



Universidad de Nariño
FUNDADA EN 1904

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS



Francisco Delgado Maya

Revista Científica
CODEX

Vol. 9 N° 17 Año 2023
ISSN: 2463-1558
ISSN-E: 2463-2031



Universidad de **Nariño**
FUNDADA EN 1904

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista Científica
CODEX

Volumen 9 N.º 17 Año 2023
ISSN: 2463 - 1558
ISSN-E: 2463 - 2031

Revista Científica CODEX

Volumen 9 N.º 17 Año 2023

MARTHA SOFÍA GONZÁLEZ INSUASTI
Rectora Universidad de Nariño

JORGE FERNANDO NAVIA ESTRADA
Vicerrector Académico

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

DIRECTOR GRUPO CEJA
Centro de Estudios Jurídicos Avanzados
OMAR ALFOSO CÁRDENAS CAYCEDO

DIRECTOR GRUPO DEJURE
Derecho, Justicia y Región
ROLANDO VÍCTOR GUERRERO TENGANÁN

COMITÉ EDITORIAL
MIEMBROS EXTERNOS

ALEJANDRO SÁNCHEZ CERÓN
Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño, y especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional. Doctor en Derecho por la Universidad Externado. Se ha desempeñado como docente universitario en más de ocho Universidades en posgrados y ha publicado múltiples artículos y textos. Actualmente ejerce como litigante en asuntos penales y conjuez de la sala penal en la Corte Suprema de Justicia. Docente Invitado de la Universidad de Nariño.

DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA
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.

JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ
Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Doctor Europeus (Universidad de Salamanca / Universidad de Coimbra) en Derecho y Premio Extraordinario de Grado y Doctorado.

GAMAL MOHAMMAND ATSHAN RUBIANO
Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Derecho Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Financiero, Cambiario y Bursátil; Derecho Procesal y Derecho Probatorio de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes.

MIEMBROS INTERNOS

JUAN CARLOS LAGOS MORA

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

MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN

Magíster 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 y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho - UC3M. Docente de pregrado y postgrado de Derecho.

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

Magíster en Derecho Público. Magíster en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo. Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales, Universidad Castilla de la Mancha (España). Diploma de formación Específica en Postgrado en Fundamentos de Derecho Público Global, Universidad de La Coruña (España).

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

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

Catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España). Premio extraordinario de licenciatura. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia), y por la Universidad de Valencia. Premio extraordinario de doctorado. Profesor especializado en Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional.

ROBERTO MOLINA PALACIOS

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

SAMIR BONNET

Docente de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Laboral. Doctor en Derecho. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro del Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Colombia. Árbitro de la lista de la Corte Suprema de Justicia para tribunales arbitrales obligatorios en materia laboral. Asesor y litigante en Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

MONITORA

ISABEL RAMÍREZ VILLOTA

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño.

MARÍA CAMILA SARMIENTO PÉREZ

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño.

APOYO

TIPOGRAFIA CABRERA SAS

Aura C. Torres B.

Juan Pablo Rosero Gomajoa.

Leidy Valentina Pérez Tatalchá.

Luis Alejandro Muñoz Bolaños.

FILIACIÓN INSTITUCIONAL

Universidad de Nariño

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Calle 18 Cra. 50. Ciudadela Universitaria
Torobajo, Bloque D,
Facultad de Derecho

<https://www.udenar.edu.co/facultades/fader/derecho/>

Email: derecho@udenar.edu.co

Página web revista: <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

Email revista: rcodex@udenar.edu.co

Teléfono: (+57) 602 7315438

Vol. 09 N° 17. Año 2023

Portada

Homenaje al Doctor

FRANCISCO DELGADO MAYA

Fotografía: Archivo personal

**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 Científica 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 Científica 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 FRANCISCO DELGADO MAYA.....9

EL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL JUICIO DE CULPABILIDAD A PARTIR DE LA SENTENCIA SP2649 DEL 2022 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA.....12

Angie Liseth Ruales Suárez

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA: UN EJERCICIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE REGULACIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES43

Astrid Lorena Casanova Aza

PERSPECTIVA DE ESTUDIANTES Y FUNCIONARIOS DE LA FUERZA PÚBLICA SOBRE EL DESARROLLO DE LA PROTESTA SOCIAL EN EL MARCO DEL ESTALLIDO DE 2021, EN SAN JUAN DE PASTO ...70

Carlos Fabián Gallardo del Castillo

RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA FIGURA DEL CUIDADOR COMO DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA.....94

María Fernanda Josa Valenzuela

PERCEPCIÓN O REALIDAD: EL “EFECTO RASHOMON” Y SU IMPACTO EN EL DERECHO PROBATORIO COLOMBIANO..... 118

Víctor Camilo Ortega Botina

INEFICACIA EN LA GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS
Y DE INTERVENCIÓN INTERNACIONAL EN EL CENTRO
PENITENCIARIO EN GUANTÁNAMO 145

María Lucía Pereiro Maya

REFLEXIÓN SOBRE POSICIÓN JURÍDICA DE LA AGENCIA
NACIONAL PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA
COMPRA EFICIENTE) EN TORNO A LA POTENCIAL
CONCURRENCIA DE MODALIDADES DE SELECCIÓN DE
CONSULTORES 169

Carlos Arturo Cuéllar De Los Ríos

ÍNDICE DE AUTORES..... 184

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO 186

INSTRUCCIONES PARA AUTORES..... 190

MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS 197

EDITORIAL

HOMENAJE A JOSÉ FRANCISCO DELGADO MAYA

Hace 188 años se fundó en la ciudad de Pasto la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño; es muy vasta la historia de esta facultad, una de las formas de abordar el decurso histórico de la misma es la cultura jurídica.

¿Cómo entenderíamos el concepto de cultura jurídica?

El concepto es muy diferente al de términos lingüísticos parecidos, tales como pensamiento jurídico, doctrina jurídica, historia del derecho, etc.

Cultura Jurídica es, de una parte, el conjunto de técnicas de exposición y de las técnicas de interpretación de los teóricos y prácticos del derecho, junto con la ideología (concepción del papel del estado y del derecho dentro de una sociedad determinada por el tiempo y el espacio) de la función del derecho que tales técnicas contienen consciente o inconscientemente. Esto sería cultura jurídica interna.

En el proceso histórico de la formación de la cultura jurídica, la academia tiene un papel importante y dentro de la misma, el profesor ha tenido, tiene y tendrá un sitio preponderante.

La revista Codex continúa con la exaltación de sus profesores que marcaron un hito en la larga historia de la misma y contribuyeron a la formación de nuestra cultura jurídica.

En el mes de agosto de 1976 una nueva cohorte de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, con la expectativa de enfrentarnos a los saberes jurídicos, asistimos a nuestra primera clase, la materia: Introducción al Derecho, el docente: el Doctor Francisco Delgado Maya.

El imaginario del docente y del abogado -con razón o sin razón- ha sido y será un encantador, un mago de la palabra, para nuestra promoción como para muchas otras promociones de egresados de nuestra facultad, el arquetipo del abogado y del docente que secretamente algunos queríamos ser fue el doctor Delgado Maya.

Se vinculó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño en el año 1971 como docente hora cátedra, posteriormente docente de tiempo completo, desempeñó en dos oportunidades la decanatura de esta facultad.

Perteneció al área de derecho público de la misma, con las cátedras de Introducción al Derecho, Derecho Constitucional Colombiano, Deontología Jurídica y Filosofía del derecho, entre otras. También fue docente de posgrado en la Especialización en Derecho Administrativo que ofrece la Universidad de Nariño. El Dr. Delgado Maya se retiró de la universidad en el año 2002.

Fuera de las aulas universitarias, desempeño los cargos de Magistrado (E) del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo y Fiscal Delegado ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. También ha sido un destacado abogado litigante en derecho administrativo, derecho constitucional y experto en derecho legislativo.

Retomando la relación del Dr. Delgado Maya con la academia, su enseñanza de los teóricos del derecho nos incentivó a adentrarnos en los saberes jurídicos con un espíritu crítico y reflexivo. Muchos de sus alumnos no podemos citar a Kelsen sin que sus lecciones sobre la Teoría Pura del Derecho nos sirvan de riguroso ejemplo de cómo abordar la complejidad del derecho.

Con el cambio constitucional de 1991, un texto de su autoría denominado ¿Pueden existir normas inconstitucionales en la Constitución Política de Colombia de 1991? abrió el debate dentro de la facultad de derecho sobre el papel y la trascendencia de la constitución en la sociedad colombiana contemporánea.

Citando a Nicolás Gómez Dávila en “Escolios a un texto implícito”: “Cada hombre nace con un deber propio y su único placer está en cumplirlo”. Podemos decir que para Francisco Delgado Maya su deber propio fue

enseñar derecho y lo ha hecho con todo el placer de un auténtico docente; de esta forma ha contribuido a la construcción de una cultura jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

Juan Carlos Lagos Mora

Profesor asociado

Departamento de Ciencias Jurídicas

Facultad de Derecho

Universidad de Nariño

EL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL JUICIO DE CULPABILIDAD A PARTIR DE LA SENTENCIA SP2649 DEL 2022 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA

Angie Liseth Ruales Suárez¹

Fecha de recepción: 25 de julio de 2023

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2023.

Referencia: Ruales, A. (2024). El enfoque de género en el juicio de culpabilidad a partir de la sentencia SP2649 del 2022 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Revista Científica Codex*, 9(17), 12-42.

RESUMEN

La violencia y discriminación basada en género es un fenómeno que pretende dar un trato diferenciado a las personas mediante la imposición de roles, prejuicios, estereotipos y constructos que coartan las posibilidades y oportunidades de quienes la padecen, usualmente mujeres, de vivir una vida digna y libre de malos tratos; y para superar esto se han formulado distintas herramientas y enfoques analíticos para el reconocimiento de estas prácticas, inaceptables a la luz de los derechos humanos, como primer paso en su lucha para la erradicación. Así, desde la administración de justicia se ha adoptado una posición férrea en la eliminación de todo tipo de violencia de género desplegando una serie de parámetros y categorías analíticas, la perspectiva y el enfoque de género, para la identificación de prácticas violentas y discriminatorias con el fin de adoptar las medidas que bien se encuentren necesarias para la dignificación de las mujeres, no solo como víctimas directas

1 Abogada especialista en Derecho Penal de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: angieruales94@gmail.com

de prácticas machistas, sino como víctimas de las circunstancias sociales y culturales, más aún desde el ámbito del derecho penal que siempre ha de guardar implicaciones directas en los derechos a la libertad, debido proceso y tutela judicial efectiva de quien al proceso se somete.

Palabras clave: Justicia, igualdad, enfoque de género, culpabilidad, proceso penal.

ABSTRACT

Gender-based violence and discrimination is a phenomenon that aims to treat people differently through the imposition of roles, prejudices, stereotypes, and constructs that limit the possibilities and opportunities of those who suffer from it, usually women, to live a dignified life free from abuse. To overcome this, different tools and analytical approaches have been formulated to recognize these practices, which are unacceptable in the light of human rights, as a first step in the fight for their eradication. Thus, the justice administration has taken a firm position in the elimination of all types of gender-based violence by deploying a series of analytical parameters and categories, the gender perspective and approach, to identify violent and discriminatory practices in order to adopt the necessary measures for the dignification of women, not only as direct victims of sexist practices but also as victims of social and cultural circumstances. This is especially relevant from the perspective of criminal law, which always has direct implications on the rights to freedom, due process, and effective judicial protection of those who are subject to the process

Key words: Justice, equality, gender approach, guilty, criminal process.

INTRODUCCIÓN

Con el reconocimiento de los derechos de la mujer y la evolución en su protagonismo en la sociedad, se avanzó en la búsqueda de la igualdad material y real de las personas en materia de derechos, deberes y oportunidades, sin embargo, aún persisten roles y estereotipos culturales que, disfrazados de diferencias biológicas, pretenden imponer actitudes, comportamientos, papel o actuaciones que tratan de manera discriminatoria y sexista a las personas sobre quienes recaen, generalmente mujeres.

Para solventar y eliminar esta situación, ha surgido el enfoque de género como una herramienta de gran relevancia para la identificación de tales actitudes, roles y estereotipos, que se presentan en contextos determinados para así formular y adoptar las medidas o acciones que resulten necesarias de acuerdo con el ámbito en el que estas ocurran. El estrado judicial es una de las instituciones que ha dado aplicación al enfoque de género para la protección de derechos fundamentales, entre ellos la jurisdicción penal, donde se ha dado paso al cambio de perspectiva en el análisis de determinadas conductas punibles cuyo móvil está basado justamente en roles de género donde, usualmente, las mujeres son las víctimas de las conductas punibles y el análisis jurídico normalmente gira alrededor del contexto en el que acontecieron y la condena a las conductas y violencias enjuiciadas.

En el 2022, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia pudo conocer de un caso donde una mujer fue procesada por la comisión de una conducta punible y, analizando las circunstancias del caso bajo el enfoque de género, se evidenció que estereotipos y roles de género habían servido de base fundamental para la decisión sobre la responsabilidad de la procesada sobre los hechos y sobre su derecho fundamental a la libertad.

Advirtiendo lo innovador de la decisión, la presente investigación se propuso analizar el tratamiento que la Corte Suprema de Justicia le otorgó al enfoque de género en la sentencia SP2649 del 2022 en la valoración de la culpabilidad en casos donde una mujer es autora del delito o conducta punible perseguida. Pero para ello fue esencial establecer lo siguiente: en primer lugar, los elementos, características y elementos que componen la culpabilidad en el derecho penal colombiano; luego hubo de determinar qué es el enfoque de género para posteriormente identificar los antecedentes de aplicación del enfoque de género en las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia hasta la emisión de la sentencia SP2649 del 2022.

Este análisis se hace desde el enfoque cualitativo, ello por cuanto se pretende describir, interpretar y analizar la aplicación que la Corte Suprema de Justicia ha realizado del enfoque de género al momento de estudiar la comisión de conductas punibles y endilgar responsabilidad personal; en este sentido, se busca discutir y determinar la trascendencia de dicha interpretación en el ámbito de la culpabilidad, en el cual se detallan las

circunstancias en que se cometió la conducta ilícita y su reprochabilidad de acuerdo a la autodeterminación del agente. Ahora bien, se acudió a la recolección de información documental por cuanto se presentan como fuentes formales a decisiones judiciales en las que se ha abordado el enfoque de género en Colombia, así como a conceptos dogmáticos en materia de culpabilidad y enfoque de género.

1. LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Como elementos del delito se han adoptado dos variantes importantes que hacen referencia a los conceptos de los cuales este debe estar compuesto, a saber, (i) la concepción bipartita ha precisado que se compone de la antijuridicidad y la culpabilidad, comprendida la tipicidad y la conducta en el primero (Mir Puig, citado en Plascencia, 2004) y (ii) la concepción tripartita, que separa como elementos la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (Ortiz, 1978). En Colombia se ha acogido esta concepción tripartita (Código Penal, 2000, art. 9) de ahí que no pueda determinarse la responsabilidad penal de una persona si no se constata la presencia de todos los elementos y la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad (Barbosa, 2002).

Si bien no es del resorte de la presente investigación lo concerniente a la tipicidad y antijuridicidad, de manera breve se hará referencia a estos elementos para posteriormente centrarse en la culpabilidad y en sus componentes.

Cuando se habla de la *tipicidad*, se está haciendo referencia a la adecuación de la conducta realizada por un sujeto con el tipo consagrado en el Código Penal, es decir, que los hechos se adecuen a la descripción de una conducta prohibida por la ley (Código Penal, 2000, art. 10), lo que se traduce en el desarrollo del principio de legalidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia (1991); esta a su vez se compone del tipo penal objetivo y subjetivo (Galán, 2010). Cuando se habla del tipo objetivo, se hace referencia a la descripción textual del delito: sujeto activo y pasivo, bien tutelado, el o los verbos rectores que indican la conducta, y las circunstancias propias del tipo como agravantes o las situaciones en las que se desarrolla el supuesto del tipo (Vega, 2016). En el elemento subjetivo del tipo “se estudian los posicionamientos subjetivos que al entender del legislador son más peligrosos en abstracto” (Vega, 2016, p. 66),

esto es, la modalidad de la comisión de la conducta punible: dolo, culpa o preterintencional (Código Penal, 2000, art. 21)².

La *antijuridicidad* refiere a la violación directa de la ley sustancial (antijuridicidad formal) y a la afectación o transgresión del bien jurídico tutelado por la norma (antijuridicidad material), es decir, para que la conducta sea antijurídica, se requiere que se constate que lo realizado esté prohibido legalmente y que, a su vez, se lesione o se ponga en peligro el derecho que la norma se encuentre protegiendo, pues de lo contrario no se cumpliría con este elemento y no podría continuarse con la investigación penal. En efecto, el Código Penal Colombiano establece que “para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal” (Código Penal, 2000, art. 11); al respecto, la Corte Constitucional ha conceptualizado que este guarda una íntima conexión con el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”, el cual se deduce jurisprudencialmente de los postulados de Estado Social de Derecho, la dignidad humana, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, los derechos inalienables de la persona, la prohibición de la pena de muerte y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el principio de igualdad y de la proporcionalidad de las medidas excepcionales. (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016)

Ahora bien, en cuanto a la *culpabilidad*, esta ha sido entendida como “un concepto político-jurídico que pone al individuo frente al Estado, para lo cual es indispensable que exista el reconocimiento de su autonomía e inocencia inherentes a su dignidad” (Galán, 2010, p. 146) y a su vez, “constituye un límite al poder estatal que sin ella podría sancionar ante la sola y proscrita responsabilidad objetiva” (Galán, 2010, p. 146). En efecto, en Colombia el elemento de culpabilidad busca dejar por fuera la imposición de penas como resultado de la atribución de responsabilidades objetivas del actor frente a un daño (Código Penal, 2000, art. 12).

La culpabilidad ha sido entendida y desarrollada de diversas formas a lo largo del tiempo de acuerdo con los contextos en que se gestaron, entre

2 En palabras de la Corte Constitucional, la tipicidad requiere que “i) la conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) debe existir una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y, iii) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción” (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016).

ellos se encuentran (i) la teoría sicologista, (ii) la teoría normativista y (iii) la teoría del finalismo.

Primero, cabe traer a colación lo que Alfonso Ortiz Rodríguez (1978) denomina la *Estructura Objetiva Anormativa* de la culpabilidad, donde “la punición de las faltas es mera reacción vengativa contra la ofensa” (p. 351), bajo una relación de causa-efecto entre el acto y el daño que, dado a su irracionalidad y su espíritu netamente vengativo, muchas veces no logra distinguir entre el verdadero autor y puede ir en “contra personas inocentes, contra animales, plantas y cosas inanimadas” bajo la premisa de que “el mal merece el mal, que el dañador debe ser dañado para mantener un equilibrio entre aquél y la víctima del daño” (Ortiz, 1978, p. 352).

En la *Teoría Sicologista*, la culpabilidad fue entendida como “la relación psicológica entre el hecho y el autor” (Plascencia, 2004, p. 162), ello toda vez que se entendía la culpabilidad desde un aspecto interno y uno externo, siendo lo externo lo antijurídico y lo interno la culpabilidad como elemento subjetivo (Plascencia, 2004). En esta concepción, el dolo y la culpa hacían parte de la culpabilidad como especies de esta, siendo el dolo la forma de culpabilidad ideal “porque suponía la relación síquica completa entre el autor y el hecho y la culpa se entendía como una conexión síquica imperfecta con el hecho” (Mir Puig, citado en Plascencia, 2004, p. 163).

Según expone Miguel Córdoba Angulo, esta teoría fue objeto de críticas por cuanto no alcanza a desarrollar la culpa sin representación, cuando el agente ni siquiera previó lo previsible, ni cuando una persona se halla frente a una situación, que no provocó ni está llamada a soportar, en la que únicamente se puede salvar (más bien salvar su bien jurídico) sacrificando otro (bien jurídico), es decir, en casos de estado de necesidad (Córdoba, 2011, p. 47). Dicha teoría tampoco resuelve lo relacionado con el fundamento de la culpabilidad: qué pasaba mentalmente en el sujeto activo de la conducta y porqué esto era relevante en la responsabilidad o en la ausencia de responsabilidad penal que se le atribuya.

Como respuesta a las críticas realizadas a la Teoría Sicologista surgió la *Teoría Normativista* donde la culpabilidad es un juicio de valor entendido como *reprochabilidad*, de ahí que se tuviera en cuenta la imputabilidad como la capacidad de la culpabilidad, al dolo y la culpa, que continuaban estando en la culpabilidad, como una voluntad defectuosa, y adicionalmente

se incorporó la ausencia de causas de exculpación (Córdoba, 2011, p. 47; Plascencia, 2004).

La concepción normativa de la culpabilidad intentó incluir la totalidad de los elementos síquicos del hecho bajo un solo concepto material que permitió la valoración de la parte interna del hecho y la hizo comprensible, así como la definición de los factores pertenecientes a la culpabilidad y cómo deberían enjuiciarse la falta de sus elementos particulares (Plascencia, 2004, p. 1).

Esta teoría agrega el factor importante de la voluntad del actor para determinarse de una manera precisa, lo que implica el análisis de la psiquis del actor, postura que ha evolucionado al análisis de la imputabilidad y las modalidades de la conducta punible: dolo, culpa y preterintención.

En la *Teoría Normativa del Finalismo* la culpabilidad dejó de ser interpretada como el continente de todo lo subjetivo, la reprochabilidad que se hacía al autor pasó a analizarse dentro del comportamiento típico y antijurídico quedando como elemento de análisis en la culpabilidad las condiciones que permiten atribuirle al autor dicho reproche, de ahí que la culpabilidad en el finalismo quedó reducida a (i) la imputabilidad como la condición central de responsabilidad; (ii) el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y (iii) la ausencia de causales de inculpabilidad (Plascencia, 2004, p. 167; Córdoba, 2011, p. 47) siendo estos los elementos que hoy en día hacen parte de este tercer ítem que compone la teoría del delito. Bajo esta perspectiva, en el sistema penal colombiano, el elemento de la culpabilidad se entiende como el:

Juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento, entre otros. (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016)

Es decir, la culpabilidad es el elemento que permite determinar “si puede reprocharse el injusto al autor y, por ende, si puede imponerse pena y hasta qué medida según el grado de ese reproche” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2007, p. 507).

De ello se sigue que el principio de que a nadie puede cargársele con un injusto si no ha sido resultado de su libre determinación y que no puede hacérselo en medida que supere su ámbito de autodeterminación, sea un mínimo requisito de racionalidad. (Zaffaroni et al., 2007, p. 508).

Eugenio Zaffaroni et al. (2007) resaltan que este elemento de culpabilidad “no tiene por objeto legitimar el ejercicio del poder punitivo, sino señalar un filtro, o sea, proporcionar un criterio racional de limitación del ejercicio de ese poder” (p. 512), no debe olvidarse que ese poder punitivo caracteriza por ser selectivo en elegir a quienes serán sometidos al proceso y sancionados, selectividad que responde a criterios racistas, clasistas, xenofóbicos, sexistas, etc., bajos los cuales se *sospecha* de la *inclinación* de algunos individuos de la población a la comisión de delitos, lo que resulta inaceptable a todas luces en el contexto de un Estado Social de Derecho; entonces la culpabilidad “no convierte al poder punitivo en racional, sino que sólo dota de racionalidad a la actividad de contención” (Zaffaroni et al., 2007, p. 512).

La Constitución Política proscribire todo tipo de responsabilidad objetiva con la presunción de la inocencia, no de la culpabilidad, de una persona y es aquí donde el proceso penal adquiere sentido por cuanto es el mecanismo mediante el cual se demuestra, en un escenario regido por la garantía del debido proceso, las circunstancias en que se cometió el injusto, las condiciones personales que llevaron al actor a su comisión y su intención, de forma que se dé “certeza de la responsabilidad subjetiva del procesado por el hecho punible que dio lugar al juicio” (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016)³; pero esta racionalidad también permite la graduación o dosificación de la sanción que se ha de imponer al actor como consecuencia del injusto reprochado (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016), teniendo en cuenta que esa capacidad de castigar del poder punitivo debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (Código Penal, 2000, art. 3).

3 Textualmente, la Corte Constitucional expone que: “El artículo 29 de la Constitución consagró que ni el Legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie, puesto que toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario en el escenario de un juicio regido por el debido proceso”. En tal sentido, la aplicación de las sanciones previstas en la ley está condicionada a la certeza de la responsabilidad subjetiva del procesado por el hecho punible que dio lugar al juicio, lo que implica la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva” (Corte Constitucional, Sentencia C181, 2016).

Ahora, el juicio de culpabilidad consiste en constatar unos elementos esenciales para endilgar responsabilidad alguna sobre la comisión de un delito, estos son: la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de antijuridicidad del hecho, y la exigibilidad de otra conducta.

1.1. La imputabilidad como condición de la culpabilidad

Aquí se refiere a la conciencia que tiene el actor sobre su actuación delictiva, así como a la capacidad de motivación de este para ese fin, es decir, la imputabilidad refiere a la “capacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión” (Código Penal, 2000, art. 33).

En primer lugar, para atribuir responsabilidad alguna, el autor del hecho debe comprender su actuación, debe “percatarse del significado del comportamiento, es saber la trascendencia o el sentido de lo que se hace” (Agudelo, 2011, p. 49), entender las implicaciones éticas y morales de una acción material⁴; en segundo lugar, está la autodeterminación del sujeto para dirigir o encaminar su actuación en la consecución del daño pretendido, lo que también hace referencia a la personalidad del actor y esta, según Zaffaroni et al. (2007):

... sirve para señalar el catálogo de posibles conductas que el sujeto tenía a su disposición, el menú del que pudo servirse a la hora de elegir. No se le reprocha la personalidad misma, sino el ámbito de decisión que su personalidad contribuía a configurar. En función de la personalidad, se le reprocha lo que hizo (p. 510).

Pero para Velásquez (2013) la imputabilidad, la conciencia del ilícito, implica más un juicio cultural de carácter complejo que, además de lo personal, también implica lo social, lo cultural y lo normativo, posición que comparten Zaffaroni et al. (2007):

Es incuestionable que las características personales -el carácter y la personalidad, la vida y las experiencias anteriores de la persona- también forman parte de las circunstancias que lo condicionan. En este aspecto, cabe afirmar que el carácter y las demás circunstancias personales y biográficas

4 Aquí entiéndase el término acción no de manera literal como un hecho u acto, sino en el sentido de la forma en la que se puede presentar la conducta punible: como acción u omisión.

de la persona son relevantes a los efectos del reproche de culpabilidad, pero con la advertencia de que en ésta son datos que no se reprochan -como lo hace la culpabilidad de autor-, sino que se computan para determinar la magnitud del ámbito de autodeterminación concreto (pp. 532-533).

Así, si una persona es incapaz de comprender lo ilícito de un hecho, se dice que es *inimputable* y no podrá ser llamado a responder penalmente, de esto se ocupa el artículo 33 del Código Penal, que estatuye que esa inimputabilidad puede darse por “inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares” (Código Penal, 2000, art. 33). La *inmadurez psicológica* refiere a la incapacidad de comprender la naturaleza y la magnitud de las decisiones a causa de la edad, como por ejemplo los infantes de quienes se presume su “incompleta evolución afectiva, esto es, de falta de maduración de instintos, sentimientos y emociones... con persistencia de actitudes infantiles y la detención de la sexualidad” (Velásquez, 2013, p. 556), aunque Agudelo (2011) refiere un concepto más amplio:

La falla en la identidad personal clara, dificultad importante del inmaduro para responder por sí mismo, incapacidad para que otras personas dependan de él (él tiene que depender de otros), incapacidad para aceptar las decisiones de otros que tienen autoridad, incapacidad para ser independiente, no lograr disfrutar de las relaciones interpersonales, incapacidad para establecer una relación íntima, satisfactoria y amorosa con un miembro maduro del sexo opuesto, intolerancia a las deficiencias de los demás, sin prospección clara o con prospección poco realista (p. 49).

Téngase en cuenta que este tipo de inimputabilidad parte de la presunción del artículo 34 del Código Civil colombiano (1873), que distingue al infante del impúber a la edad de 14 años, criterio replicado por el Código de Infancia y Adolescencia que crea el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil y establece su competencia al juzgamiento de los delitos cometidos por menores entre los 14 y los 18 años (Código de Infancia y Adolescencia, 2006, art. 139).

Ahora, con respecto al *trastorno mental* como causal de Inimputabilidad “se entiende por tal cualquier perturbación de la personalidad en sus esferas afectiva, volitiva o intelectual, o en su conjunto, que lleve a la supresión o la disminución de la capacidad de comprender y/o de determinarse del

sujeto” (Agudelo, 2011, p. 49), de acuerdo con los postulados sociales y/o normativos. Dicho trastorno puede ser transitorio o permanente: el trastorno mental permanente se predica más de las afecciones con base patológica de duración indeterminada, como, por ejemplo, la esquizofrenia en sus tipos más extremos; mientras que los trastornos mentales transitorios pueden o no tener una base patológica y suelen ser a corto plazo⁵. Ejemplo de ello serían los ataques psicóticos que pueden padecer algunas personas sin una enfermedad mental de base⁶ o, incluso, las alteraciones por consumo de alcohol, de ciertas sustancias psicoactivas o alucinógenos⁷.

No sobra acotar que las distinciones que se hacen sobre los trastornos mentales cobran relevancia no en el juicio de reproche de la conducta típica y antijurídica, ya que la persona es inimputable sea por la razón que sea, sino para la elección de la medida de seguridad que se requiera en el caso específico de acuerdo con los artículos 71 y 75 del Código Penal (Velásquez, 2013, p. 555).

Para comprender la *diversidad sociocultural* como causal de inimputabilidad, téngase en cuenta una escena de la película Los dioses deben estar locos de 1980:

Xi, el protagonista de esta película, es el líder de una comunidad aborígen y se embarca en la búsqueda de los dioses para devolverles un artefacto que estos les dieron y que cayó del cielo, una botella de Coca-Cola. Durante el viaje, Xi se siente hambriento y decide cazar una cabra que encuentra en la llanura para alimentarse. Acto seguido, una fuerza de seguridad lo detiene para que posteriormente sea juzgado por *robo de ganado*, ya que dicha cabra tenía dueño. Luego se pone en evidencia que, para Xi, y su pueblo, no existe el concepto de propiedad privada o de pertenencia como en la sociedad occidental. Para él, la cabra no es un bien o una cosa que pueda

5 Para Velásquez (2013) son cuatro los requisitos que deben constatar frente a la inimputabilidad por trastorno mental transitorio: “a) Debe tratarse de una reacción vivencial anormal, de causa inmediata, evidenciable, pasajera, que termina por la curación sin dejar huella; b) no implica necesariamente base patológica; c) debe alterar de manera profunda la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de autodeterminarse en el sentido de la norma, y d) puede ser de índole exógena o endógena” (p. 555).

6 Por ejemplo, la psicosis posparto que pueden padecer algunas mujeres.

7 Con la salvedad de que la predisposición consciente previa a la comisión del delito no es causal de inimputabilidad (Código Penal, 2000, art. 33).

ser adueñada por una persona; es tanto así su cosmovisión que, cuando llegan sus captores, Xi les invita a compartir de ese alimento que le había brindado la naturaleza⁸.

La diversidad sociocultural, entonces, radica justamente en la visión y la comprensión que una persona tenga sobre el mundo como consecuencia, o a causa, de su identidad cultural que no le permite comprender el alcance social de su conducta (Corte Constitucional, citada en Agudelo, 2011, p. 49), y “que da cabida a una fórmula de error de prohibición invencible” (Velásquez, 2013, p. 556). Es por ello que, en el juicio de reproche, para establecer la culpabilidad de una persona, es igual de importante que la norma jurídica el estudio del contexto social, cultural y antropológico del que viene el sujeto y que “le impide motivarse según los dictados de la norma” (Velásquez, 2013, p. 557).

Esta diversidad sociocultural no es únicamente algo referente a comunidades indígenas o aborígenes, sino también a sociedades diametralmente distintas a la occidental, especialmente a la colombiana, e incluso puede llegar a acobijar el analfabetismo⁹. Pero, ojo, la diversidad sociocultural no se acaba con que el agente se identifique o manifieste su pertenencia a un grupo étnico o cultural determinado, sino que la cosmovisión de esa cultura o etnia haya permeado en el sujeto de forma tal que no comprende las relaciones y normas sociales y jurídicas de la misma forma que un individuo cualquiera de la capital bogotana.

1.2. La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho

“La ignorancia de las leyes no sirve de excusa” dice el Código Civil en su artículo 9 (1873), si bien lo anterior, se requiere constatar que el sujeto en juicio, al momento de la comisión de la conducta, haya conocido y comprendido que dicha conducta es antijurídica y está prohibida su comisión. Esto implica la incorporación en la psiquis del sujeto de que una determinada conducta, o un determinado acto es considerado como antijurídico o sencillamente *malo*.

8 Puede accederse a la película en referencia a través de la plataforma Dailymotion; la escena en mención comienza a partir del punto 1:05:00 de la reproducción.

9 Velásquez (2013) afirma que la cláusula abierta de inimputabilidad por “estados similares” carece de efectividad ya que “resulta difícil imaginar una causa que no quede comprendida en las tres anteriores” (p. 557).

En general, no se exige que las personas conozcan todos los tipos o delitos del Código pero sí se espera del sujeto que, mediante el raciocinio y las máximas de la experiencia, pueda dilucidar que su comportamiento no es jurídicamente aceptado, que constituye un delito; a esto se lo puede denominar como *posibilidad de comprensión de la antijuridicidad* que “no es más que un *grado de exigibilidad* de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto del hecho y, por ende, se tratará siempre de un presupuesto de la culpabilidad dado en *cierta medida*, o sea, *eminente y graduable*” (Zaffaroni et al., 2007, p. 536), es decir, el conocimiento no es efectivo sino potencial, basta la representación que haga el sujeto sobre el posible carácter antijurídico del hecho, estableciendo así una “relación inversa entre el esfuerzo que el sujeto deba realizar para comprender la antijuridicidad de su conducta y la exigibilidad jurídica de la comprensión (a mayor esfuerzo menor culpabilidad)” (Zaffaroni et al., 2007, p. 536).

Sobre esta materia se han desarrollado dos teorías o posturas: la teoría del dolo, que postula la culpabilidad del sujeto en la conciencia de la ilicitud, en la mala fe del actuar del sujeto. La persona sabe que lo que quiere hacer está mal y es considerado delito, o bien este actúa de manera impulsiva y no se detiene a pensar si actúa bien o si comete delito alguno; por otra parte, está la teoría de la culpabilidad, que evoluciona el concepto de dolo en el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y aun así querer su realización, por lo que en el juicio de culpabilidad se evalúa el conocimiento de la antijuridicidad y el deseo de su resultado (Agudelo, 2011; Zaffaroni et al., 2007).

Pero ¿qué sucede cuando el sujeto activo actúa bajo la influencia del error? En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la legislación penal colombiana ha establecido dos tipos de errores: el error de prohibición y el error de tipo (Código Penal, 2000, art. 32). En segundo lugar, el actuar bajo el error puede conllevar la exculpabilidad o la atipicidad, es decir, que a causa del error al sujeto no se le puede reprochar la comisión de una conducta típica y antijurídica o siquiera imputársele.

El *error de tipo* es aquel donde el sujeto actúa convencido de que lo que hace no se enmarca en los elementos objetivos de un tipo penal, y por ende su actuación no puede ser catalogada como típica al carecer del componente subjetivo del dolo. Empero, si el error existe, pero es vencible, esto es, si habiendo aplicado el cuidado debido hubiera podido salir del error, se descarta el dolo, pero se aplica la culpa, o imprudencia,

cuando la conducta tenga prevista modalidad culposa; de lo contrario será atípica. Con respecto al *error de prohibición*, este no da pie a realizar un juicio de reproche en sede de culpabilidad, pues quien actúa bajo esta causal de ausencia de responsabilidad yerra por desconocimiento y falta de comprensión en la prohibición de la conducta que realiza; es decir, actúa creyendo que su comportamiento es ajustado a la norma o está amparado bajo los presupuestos objetivos de una (otra) causal de ausencia de responsabilidad¹⁰ (Zaffaroni et, al., 2007).

1.3. La exigibilidad de otra conducta

El juicio de culpabilidad es el reproche al actuar del sujeto frente al hecho y su autodeterminación frente a la consecución, o no, de un resultado injusto. Aquí se reprocha si al sujeto se le exigía, o se esperaba, una determinada conducta y este actuó en contravía, por ejemplo quien teniendo a su cargo el cuidado de una fuente de peligro como un animal feroz, y descuidando el deber de cuidado, decide no asegurar la reja de la jaula que lo contiene, ya sea porque confía en que no va a pasar nada ya que el animal duerme o ya porque simplemente considera innecesario el uso de, por ejemplo, el candado por cuanto la reja se ajusta *fuertecito* al cierre sin que quede abierta de par en par. Ante el acaecimiento del daño antijurídico, el reproche de culpabilidad radica en su negativa a asegurar la jaula como se le exigía, no tanto como una exigencia jurídica, sino también porque el desarrollo normal de su labor frente a la fuente de peligro que le imponía el uso del candado para contenerle, independientemente de si el animal dormía o si la reja ajustaba *fuertecito*. La negligencia de su actuar conforme a lo que se le exigía es lo que se reprocha.

Entendiendo todo lo que implica la atribución de la responsabilidad penal, se procede a desarrollar la aplicación del enfoque de género por la Corte Suprema de Justicia.

2. EL ENFOQUE DE GÉNERO

La discriminación y la violencia de género son un fenómeno y una dinámica presentes en la sociedad desde hace ya muchos años, las cuales se buscan

10 De los enlistados en el artículo 32 del Código Penal (2000), como el estado de necesidad exculpante (cuando dos bienes jurídicos de una misma categoría e importancia colisionan), la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable.

derrotar desde todos los frentes posibles, incluso desde el jurídico, partiendo con el reconocimiento de la igualdad de hombres y mujeres en capacidades, oportunidades y derechos (C. P., 1991, art. 13 – 43), pero este reconocimiento formal de igualdad no asegura la realización material de esta garantía para las mujeres, quienes han sido discriminadas históricamente, principalmente, porque tales disposiciones “se producen a partir de las expectativas de los grupos en el poder” (Pabón, 2022, p. 110-113). Y si bien en la actualidad se propende por eliminar y erradicar todas las violencias o discriminación que, “fundamentados” en las diferencias biológicas, pretenden dar un trato diferenciado mediante la imposición de actitudes, roles, estereotipos, estos aún están presentes y vigentes en la sociedad, por lo que pueden pasar desapercibidos a la vista, ya que están naturalizados e interiorizados debido a esa continuada exposición, y para superarlo se han desarrollado herramientas para su detección: la perspectiva y el enfoque de género.

La *perspectiva de género* identifica y se apropia de las diferencias biológicas y características de hombres y mujeres (Miranda, 2012), “implica hacer una diferenciación sobre lo que se conoce como sexo y las atribuciones, roles, o representaciones sociales que se han construido con base a la diferencia sexual” (Lamas, 1996), así como del contexto cultural en el que estas se desarrollan; dicho de otra manera, “constituye una herramienta esencial para comprender aspectos fundamentales relativos a la construcción cultural de la identidad personal, así como para entender cómo se generan y reproducen determinadas jerarquías, relaciones de dominación y desigualdades sociales” (Aurelia Martin, citada en Miranda, 2012, p. 347).

Ahora bien, el *enfoque de género*, debe entenderse como “una categoría de análisis y metodológica que incluye al mismo tiempo la perspectiva de género” (Comisión de Género, citado en Niño, 2019, p. 7). Con este se analizan justamente “las relaciones desiguales de poder jerarquizadas que subordinan a las mujeres o identidades de género y orientación sexual diversas, producen discriminación, violencia y desigualdad de género” y así garantizar la igualdad material de las personas (Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz, s.f., 9-10). En resumidas cuentas, la perspectiva es la teoría en virtud de la cual deben estudiarse las problemáticas que enfrentan las mujeres con parámetros distintos,

y el enfoque como aquellos métodos a utilizarse para el estudio de dicha diferenciación.

Ahora bien, si en la sociedad persisten y existen actitudes sexistas y discriminatorias, es normal que las instituciones que la componen también reproduzcan aquellas actitudes que la perspectiva y el enfoque de género buscan acabar, y el Derecho y la administración de justicia no son la excepción; téngase en cuenta que estas son “producto de sociedades patriarcales que han sido construidas desde el punto de vista masculino, reflejando valores, necesidades e intereses masculinos” (Mantilla, 2013, p. 133), por lo que no podrán atender adecuadamente las necesidades e intereses de las mujeres cuando estas hagan parte (Pabón, 2021; Mantilla 2013). Pero la construcción de este enfoque:

Se encuentra determinada por diferentes leyes y pronunciamientos constitucionales a nivel regional, que justifican la inclusión de una mirada diferente en relación con los problemas de las mujeres, y esto no se presenta como algo contradictorio con el principio de imparcialidad del derecho, en la medida en que el problema en concreto no se puede solucionar desde ahí (Niño, 2019, p. 18).

En Colombia, la Corte Constitucional, a través de la sentencia T012 del 2016, introdujo unas subreglas sobre cómo analizar y resolver casos que involucren situaciones de discriminación hacia la mujer, para que “se convierta en un *deber constitucional* no dejar sin contenido el artículo 13 superior y, en consecuencia, interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género” (Corte Constitucional, Sentencia T012, 2016). En consecuencia, todos los operadores judiciales, al adoptar decisiones en casos donde se involucre discriminación hacia las mujeres deberán:

Desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;

(v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas indirectas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador y perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres (Corte Constitucional, Sentencia T012, 2016).

Lo anterior tiene como fin el cumplir con el mandato que adoptó el Estado colombiano de adecuar el ordenamiento jurídico interno para prevenir y erradicar la violencia en contra de las mujeres, obligación que provienen de distintos instrumentos internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW (1979), o la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, Convención de Belem do Pará (1994), estos instrumentos establecen como un deber de los Estados, entre otros, el “deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (Convención de Belem do Pará, 1994, art 7; CEDAW, 1979, art. 2), el de velar por que las instituciones públicas no incurran en la práctica de actos de discriminación en contra de las mujeres, así como el adoptar las medidas necesarias para “conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma” (Convención de Belem do Pará, 1994, art 7), sobre estos mandatos el legislador, a través de leyes como la 1257 de 2008¹¹, 1709 de 2014¹² y 1761 del 2015¹³, estableciera parámetros para la investigación de hechos que involucren violencia ejercida en contra de la mujer.

En la administración de justicia, entonces, la perspectiva y el enfoque de género se incorporan como una herramienta diferencial obligatoria, que, sumada a la ley, la doctrina, la experiencia y la sana crítica, le permite al operador judicial resolver una determinada cuestión de derecho, materializando los derechos a la igualdad de las mujeres y a la justicia de personas históricamente

11 Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y la Ley 294 de 1996.

12 Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000 y de la Ley 55 de 1985.

13 Ley Rosa Elvira Cely, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo.

discriminadas y violentadas, atendiendo las necesidades del contexto en el que se originaron tales violencias, a la vez que se trabaja decisión por decisión en la erradicación de las violencias de género.

3. APLICACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LAS DECISIONES DE LA CSJ – SALA PENAL – DESDE EL 2016 HASTA LA SENTENCIA SP2649 DEL 2022

En desarrollo de lo estipulado en la Sentencia T 012 del 2016, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su sala penal, en adelante CSJ, ha dado aplicación al enfoque de género en sus decisiones como una evolución en su forma de resolver casos de violencia de género, pues anterior a ello la Corte se limitaba a establecer que no es viable atribuirle cargas a la mujer cuando es víctima de violencia sexual, justamente porque ello riñe con sus derechos. Aquí debe precisarse que, si bien en el acápite anterior se puso de presente la diferencia entre enfoque y perspectiva de género, la CSJ no realiza ningún tipo de distinción entre esos términos, sino que los toma como un mismo concepto, ya que, para la Corte, ambos términos se han de referir al ejercicio de analizar e identificar el trato diferenciado por la asunción de actitudes, roles, estereotipos, así como las prácticas violentas y discriminatorias (CSJ, Sentencia SP5451, 2021).

Ahora bien, uno de los pronunciamientos que marcaron la aplicación del enfoque de género fue la sentencia SP12161-2015 (CSJ Sala Penal, 2015, Rad. 34514), en donde, al analizar la *vis grata puellis grata*, precisó que era inaceptable determinar que, por regla general, si la mujer dice que “no” en el ámbito sexual, realmente quiere expresar un “sí”, ya que se trata de un juego de la mujer previo a la consumación del acto sexual. Esto marcó un límite en la valoración de los supuestos de hecho de casos en que la mujer es víctima de delitos sexuales, toda vez que tal consideración solo sería aceptable en sociedades que aún no han adoptado una perspectiva de género, en donde “las ideas de discriminación e inferioridad de la mujer dominaban en las ciencias sociales” (CSJ, Sentencia SP12161, 2015).

En la sentencia STC2287-2018, la CSJ hace referencia a la perspectiva de género respecto a la obligación que tiene el funcionario judicial de aplicar el derecho a la igualdad con un enfoque diferenciado, en donde se destruyan los patrones de machismo que existen en el ejercicio de los roles de hombre-mujer, mismos que contrarían el artículo 13 de la Constitución (C, P, 1991); en este sentido, el juzgar con perspectiva de género implica:

Recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria (CSJ, Sentencia STC2287, 2018).

El enfoque de género conlleva el deber de indagar por el contexto o antecedentes que engloba un determinado caso para identificar si se está ante una violencia de género¹⁴ o no (CSJ, Sentencia SP4135, 2019), y así determinar el grado de culpabilidad de la persona enjuiciada, así como la vulnerabilidad de la víctima o víctimas y las medidas de reparación idóneas para su resarcimiento. En efecto, para la CSJ, el estudio del contexto permite establecer si la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos (CSJ, Sentencia SP4135, 2019).

Este análisis incluso permite determinar la existencia de otras víctimas, los antecedentes sociales, familiares y personales del agresor para la identificación de patrones de comportamiento y su incidencia en la tasación de la pena o sanción, así mismo, logra determinar si la acción violenta desplegada por una mujer en determinado contexto obedece a un mecanismo de legítima defensa, a la par que permite que las decisiones que se adopten trascienda lo netamente jurídico y se acerquen más a la realidad generando frente a la sociedad y sus integrantes la prevención frente a conductas intolerables, inadmisibles, e ilícitas (CSJ, Sentencia SP3274, 2020; Código Penal, 2000, art. 4) para alcanzar la erradicación de la discriminación y la violencia de género desde el ámbito del derecho penal.

14 Incluso en casos de agresiones mutuas.

Pero para la persona que debe soportar el proceso penal, el ejercicio que supone la perspectiva o enfoque de género puede resultar imparcial y vulnerador de sus garantías fundamentales, sin embargo, la aplicación de la perspectiva de género “no implica el desmonte de las garantías debidas al procesado y la imposición automática de condenas” (CSJ, Sentencia SP931, 2020, p. 22)¹⁵. De ser este argumento cierto, se estarían protegiendo derechos humanos a través de la violación de estos, lo que contradice el ordenamiento jurídico colombiano y resta legitimidad a la actuación del Estado (CSJ, Sentencia SP3274, 2020), por el contrario, permite el acceso a la administración de justicia de las mujeres forma idónea y adecuada a sus necesidades en la medida de que la garantía de la tutela judicial efectiva supone no solo un cambio estructural del derecho penal, en la creación de tipos penales, sino también en la forma en cómo se atienden, investigan y se sancionan estos casos (CSJ, Sentencia SP3274, 2020; Corte Constitucional, Sentencia C297, 2016)¹⁶.

Además, con la aplicación del enfoque de género, el proceso aún impone que “la valoración probatoria esté guiada exclusivamente por criterios generales de racionalidad fundados en la epistemología jurídica” (CSJ, Sentencia SP3274, 2020) y los estándares probatorios; por lo tanto, la determinación de la responsabilidad del procesado corresponde al nivel de corroboración exigido por la ley. No obstante, no puede ignorarse lo interiorizados que están los estereotipos de género y su influencia en las máximas de la experiencia del juez en la valoración probatoria. Es por ello que el enfoque de género es necesario y obligatorio, porque de lo contrario se puede constituir en un defecto de valoración que puede resultar en la universalización de “como criterios de racionalidad simples prejuicios machistas” (CSJ, Sentencia SP1795, 2022)¹⁷.

15 “La valoración bajo la perspectiva o enfoque de género no supone una flexibilización del estándar epistemológico exigido para proferir condena, ni conlleva como conclusión necesaria que siempre y en todo caso deba tenerse por cierto lo dicho por quienes denuncian actos de violencia sexual. Aquella únicamente implica que la apreciación de los medios persuasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas desprovistas de sustento probatorio en el caso concreto”. (CSJ, Sentencia SP2136, 2020)

16 Lo descrito es acogido en las sentencias SP5451 y SP403 del 2021 de la Corte Suprema de Justicia, en donde, una vez se realiza el estudio del caso en concreto, en el cual se enjuician delitos cuyas víctimas son mujeres, se adopta una decisión teniendo en cuenta los parámetros previamente citados.

17 Posición reiterada por la Corte en sentencias SP3218 y SP1944 del 2022.

Como puede verse, para la Corte Suprema de Justicia el enfoque o perspectiva de género ha sido una herramienta para tamizar o filtrar estereotipos machistas, violentos y discriminatorios cubiertos bajo el halo de criterios racionales como, por ejemplo, la categorización de *disfuncionalidad* de las dinámicas discriminatorias y violentas en las relaciones afectivas en casos de violencia intrafamiliar (CSJ, Sentencia SP3002 del 2020; Sentencia SP4135, 2019), pero principalmente como el mecanismo idóneo para evitar revictimizar a quien ha sufrido la violencia de género al concretar la tutela judicial efectiva, y sus derechos a la justicia e igualdad, dentro del proceso penal; mientras que en materia de culpabilidad ha servido como una herramienta para la identificación de conductas inaceptables, estereotipos, los patrones y las prácticas violentas, así como de las circunstancias personales del agresor, para sancionar la conducta y enviar un mensaje claro y contundente para la abstención en la comisión de violencias basadas en género, su inaceptabilidad e intolerancia dentro del Estado Social de derecho, del procesado y de la sociedad general.

4. EL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL ESCENARIO DE LA CULPABILIDAD A PARTIR DE LA SENTENCIA SP2649 DEL 2022 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Para comprender el avance jurisprudencial en materia de género que supone la sentencia SP2649 del 2022 de la Corte Suprema de Justicia, es necesario exponer sumariamente los hechos en los que se funda, no sin antes advertir que se evitará a toda costa hacer referencia a la identificación de la persona procesada por considerarse, a juicio personal de quien realiza el presente escrito, que suficiente victimización ya ha padecido ella como para exponerla al público, así sea con fines académicos.

Esta sentencia conoce de un caso donde una mujer fue condenada a pena de prisión por la comisión del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo (Código Penal, 2000, arts. 103 y 104). De las circunstancias personales se identificó que fue víctima de abuso sexual y acceso carnal en su infancia por su padre y, pese a haber puesto en conocimiento de su madre esta situación, ella no le creyó; por el contrario, tildó de falsas esas manifestaciones, lo que se desembocó en una situación de violencia que llevó a la actora a la condición de habitante de calle. Desde su adolescencia, y años más tarde, se convierte en madre de 3 menores, pero desde su primer embarazo comenzó a “escuchar recurrentemente voces que la compelián a

quitarse la vida” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022). La mujer, tiempo después, restableció contacto y su relación con sus padres al punto de retornar al hogar junto a sus hijos, sin embargo, su padre abusó sexualmente de uno de sus hijos y, ante esta situación, ella y su pareja deciden abandonar el hogar. Mientras tanto, el padecimiento de la actora empeoraba; además de escuchar las voces, comenzó a sentir “pasos en el techo del inmueble” y evitaba mirarse al espejo porque no veía su reflejo, sino el de otra mujer. No dormía, lloraba persistentemente y padecía incesantes dolores de cabeza. “Tenía ansiedad y depresión” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022). Ya para la fecha de los hechos, y padeciendo lo descrito, la actora terminó con la vida de sus hijos e intentó suicidarse.

Una psicóloga diagnosticó su padecimiento como un “trastorno esquizoafectivo que, al momento de los hechos, le impidió comprender la realidad” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), sin embargo, este concepto fue desechado por el juzgador de segunda instancia a causa de la falta de idoneidad de la profesional que hacía el diagnóstico por encontrar que esto era del ámbito de la psiquiatría, no de la psicología (CSJ, Sentencia SP2649, 2022)¹⁸.

Bajo este panorama se advierte lo siguiente: aquí se presenta un escenario innovador, por cuanto la aplicación del enfoque de género pasa de atender las circunstancias de un caso para la protección de una víctima a ser una herramienta para comprender la comisión de un delito; por otra parte, pone de presente que las circunstancias personales, el contexto y las violencias de género padecidas, bajo la óptica de la perspectiva de género, toman relevancia en el juicio de reproche de culpabilidad en el que se somete a una mujer, así como tales circunstancias, contextos y violencias inciden en la necesidad de imponer una determinada medida de seguridad o, de ser el caso, la tasación de la pena.

En efecto, la CSJ reconoce que el enfoque de género también tiene una aplicabilidad obligatoria en casos donde se procesa a una mujer, en primer lugar, porque frente a las discriminaciones, estereotipos, sesgos, roles sexistas, el enfoque de género obliga a que el operador judicial las aprecie como fenómenos *anormales* para luego atribuirles el efecto correspondiente “de llegar a concluir que tuvieron alguna relación con

18 De hecho, bajo este argumento se privilegió el dictamen pericial de la Fiscalía que contradecía el diagnóstico inicial realizado por una psicóloga, muy a pesar de que este diagnóstico era corroborado por el compañero permanente de la actora (CSJ, Sentencia SP2649, 2022).

la perpetración del injusto” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022). En segundo lugar, porque ante el ejercicio de imputación, o la revisión de esta, ayuda a determinar si la comisión del delito es el resultado de violencias de género donde, prácticamente, se instrumentalizan a las mujeres, como sucede en casos de prostitución, en el que una mujer que induce o recluta a otras también ha sido víctima de prostitución por quienes la llevan a reclutar, o como en casos de tráfico de estupefacientes donde es utilizada por su pareja para dicho tráfico (CSJ, Sentencia SP2649, 2022)¹⁹, situaciones en que estas son sometidas a la voluntad de otra persona, generalmente, un hombre y que tiene efectos directos en la autodeterminación de la mujer.

En tercer lugar, porque en sede de la culpabilidad, donde las circunstancias personales, el contexto, y las vivencias son elementos de juicio para el reproche de la conducta típica y antijurídica cometida, el enfoque de género es el criterio analítico que establece tales circunstancias para medir el grado de culpabilidad que tuvo la actora frente al resultado (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), es decir, analiza si a pesar del contexto, las circunstancias y las vivencias del agente este comprendía las dimensiones de su actuación y los resultados, si en el contexto en el que se desarrollaron los hechos le era posible o exigible que actuara de manera distinta a como actuó, y si era consciente de que su conducta era contraria al ordenamiento jurídico (CSJ, Sentencia SP2649, 2022). Y en este punto, en cuarto lugar, el enfoque de género es el complemento a la sana crítica del juez a la hora de valorar las pruebas en el juicio de reproche que se le hace a la actora que justamente dan fe y ponen de presente las circunstancias, violencias, y vivencias personales de la procesada.

En el caso concreto, la Corte Suprema de Justicia encontró que, efectivamente, la mujer procesada había cometido una conducta típica y antijurídica, así como que de ella se esperaba que su conducta estuviera encaminada al cuidado y conservación de las víctimas (Código Penal, 2000, art. 25). Pero, el contexto en el que ella se desarrolló como persona influyó de manera importante en su actuación: fue víctima de violencia sexual y psicológica, fue habitante de calle siendo adolescente, no terminó ni siquiera su educación básica primaria, fue víctima del abandono estatal, aspectos que la colocaron en una situación de *vulnerabilidad* que se sumaba a una grave

19 “también cuando se juzgue a una mujer y pueda inferirse que la comisión de los hechos tuvo relación con una victimización precedente o concomitante” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022).

afectación mental que padecía y de la que nunca fue atendida médicamente (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), lo que supone un contexto de violencia de género y desprotección inaceptable.

Este último aspecto es decisivo por cuanto la enfermedad mental que se le diagnosticó posteriormente a la actora afectó justamente la imputabilidad de ella como condición de culpabilidad, recuérdese que este elemento recae sobre la conciencia sobre de la ilicitud del acto y la autodeterminación del actor, esta situación, su enfermedad, causó que la procesada no pudiera racionalizar sus actos cuando atentaba contra la vida de sus hijos ni tampoco poder determinar su voluntad en modo distinto, estas circunstancias imposibilitaba la realización de un juicio de reproche de la conducta justamente porque la falta de comprensión de su conducta no hacía posible atribuirle responsabilidad alguna y por ende la sanción penal, es decir, era inimputable por trastorno mental permanente.

Sin embargo, en este pronunciamiento, al reconocerse la inimputabilidad de la actora se hace imposible realizar el juicio de reproche de culpabilidad, y mucho menos a la necesidad de la pena, justamente por la falta de comprensión y entendimiento de la actora sobre sus actos y el injusto que esto suponía (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), pero lo verdaderamente interesante de esta sentencia es como la Corte condena y reprocha a las autoridades judiciales que conocieron el caso y que, a pesar de conocer y reconocer las circunstancias personales de la autora, estas fueran pasadas por alto y se atrevieran a castigarla por el hecho de haber ido en contra de su rol de madre, situación que calificó el Tribunal de segunda instancia como un acto *inmoral* y *monstruoso* precisamente por ir en contra de ese rol de *progenitora*, de madre, frente a las víctimas y que justificó la imposición de una pena altísima considerando las circunstancias personales de ella (CSJ, Sentencia SP2649, 2022).

Así, el rol materno de la actora –y las consecuencias, cargas y deberes jurídicos que del mismo se desprenden– no podían estimarse al dosificar la pena (cuando menos no sin incurrir en una interpretación manifiestamente equivocada de los artículos 12 y 61 del Código Penal) sin reconocer las circunstancias específicas y concretas en las que ese rol se consolidó, desarrolló y llevó a cabo en el caso concreto, pues sólo a partir de tal ponderación era posible elaborar un juicio adecuado y completo de la culpabilidad y la necesidad de pena de ella (CSJ, Sentencia SP2649, 2022).

Dicho de otra manera, se le condenó y reprochó a la actora ir en contra de su deber y rol de madre, ya que una madre no mata a sus hijos, ignorando groseramente que el contexto de carencias, abandono y la vulnerabilidad que estas causaron, limitaron el ámbito de control que ella tuviera sobre las circunstancias en las que se consumó el acto delictivo, o si se quiere, en su padecimiento mental, que fue lo que la empujó a terminar la vida de sus hijos²⁰. También, groseramente se ignoraron las pruebas que obraban en el asunto; el supuesto acto vil de una madre que mata a sus hijos le restó importancia a las manifestaciones de sus vecinos, quienes conocieron la relación de la actora con sus hijos y la calificaron como una “madre atenta y dedicada” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), así como el testimonio de su compañero permanente que refirió que ella “fue siempre «muy cuidadosa» con sus hijos y se mantenía «pendiente de todas sus cosas»”. Los llevaba al colegio en las mañanas, los recogía en las tardes y les organizaba sus «meriendas»” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022); lo anterior da luz sobre el aspecto de la vida de la procesada respecto a un rol que ella desempeñaba como la guardiana y protectora de sus descendientes: ella cumplía a cabalidad con las expectativas de género de la actora por lo que se la podría calificar como una *buena madre*, sin embargo, este antecedente en nada aportó al reproche que se le hizo toda vez que quien conoció y juzgó a esta mujer, decidió desde su propio sesgo y prejuicio sexista, lo que invisibilizó todas las aristas que la componen como ser humano y llevó a su encasillamiento únicamente en su papel de *progenitora* y cuyo incumplimiento fundamentó la condena y la imposición de la sanción; situación que en lugar de dignificar a una persona vulnerable, violentada y abandonada, la revictimizó y discriminó por sus circunstancias personales desde los estrados judiciales yendo en contravía del mandato de eliminación de todas las violencias de género por el que aboga el Estado Social de Derecho colombiano.

En suma, la perspectiva de género impone que se indaguen la posible existencia de precedentes de discriminación sexista que puedan estar relacionados directa, indirecta, total o parcialmente con el delito, por

20 El compañero permanente de la procesada refirió mediante testimonio que “llevaba cierto tiempo exhibiendo señales de alguna condición mental. Escuchaba gente en el techo y voces que le decían «que no la querían... que estaba sola, que se quitara la vida, que ella estaba sola en este mundo»; en las noches salía al patio «llorando sola, constantemente andaba llorando tanto de día como de noche», no se miraba en espejos porque «veía a otra persona distinta, la cara de otra mujer»” (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), e incluso que ya había intentado quitarse la vida anteriormente.

ende, quien juzga y la Fiscalía no solo debe identificar las circunstancias victimizantes demostradas sino que deben reconocerlas como anormales y atribuirles el efecto que corresponda: ya sea reconociendo una circunstancia de menor punibilidad, o mitigando el juicio de reproche en atención al criterio de necesidad; incluso podría decirse que se anuló su capacidad de autodeterminación que dé pie a la inimputabilidad, lo cual estaría enmarcado en los “estados similares” del artículo 33 del Código Penal (CSJ, Sentencia SP2649, 2022), como ocurre en el caso en mención.

Lo anterior no significa que un hombre no pueda cometer delitos en situaciones de marginalidad y exclusión también relevantes para comprender el injusto. Lo que obliga a reconocer la perspectiva de género es que las mujeres con mayor frecuencia se ven expuestas, por razones estructurales sociales, familiares y económicas de orden patriarcal, a situaciones de vulnerabilidad y violencia, a cuestionar esas prácticas para que sean corregidas y erradicadas (CSJ, Sentencia SP2649, 2022) desde el campo del derecho penal, y así lograr la realización de la igualdad y la justicia de las mujeres en el mundo real.

CONCLUSIONES

La discriminación y las violencias basadas en género son un fenómeno que, fundamentado en las diferencias y características biológicas y sexuales de los seres humanos, pretenden justificar y racionalizar estereotipos, patrones y roles abiertamente machistas y patriarcales que denigran a las mujeres como seres humanos, limitan y niegan sus derechos y su dignidad. Sin embargo, para los Estados se ha convertido en una obligación, en un deber, en un mandato el luchar por acabar con este flagelo, por erradicar toda violencia basada en género y propender por la igualdad material de las mujeres en la sociedad.

Pero luchar contra un fenómeno enraizado profundamente en la sociedad no es fácil, principalmente porque este no siempre resulta evidente a la simple vista. Es por ello que es necesario desarrollar herramientas analíticas que permitan identificar los patrones, prácticas y particularidades de la violencia de género para así desarrollar estrategias para atenderlas y erradicarlas del plano social. La perspectiva de género nació como esa categoría analítica que, reivindicando y empoderando las diferencias

biológicas, denuncia y hace evidentes esas prácticas y construcciones sociales como argumentos inaceptables a la luz de los derechos humanos; y para lograr este cometido, el enfoque de género es la metodología para el desarrollo de mecanismos, instrumentos, métodos y ordenamientos orientados a solventar y superar las barreras que supone la discriminación.

El Estado colombiano se ha sumado a esa lucha por erradicar todas las formas de violencia y discriminación basadas en género, adoptando y adaptando el ordenamiento jurídico con mandatos generales, al que han correspondido instituciones como la administración de justicia, desarrollando enfoques de atención a contextos donde se desarrollan dichas violencias. En este ámbito, el enfoque de género se incorpora como una herramienta diferencial obligatoria, que, sumada a la ley, la doctrina, la experiencia y la sana crítica, le permite al operador judicial resolver una determinada cuestión de derecho, materializando los derechos a la igualdad y a la justicia de personas históricamente discriminadas y violentadas, atendiendo las necesidades del contexto en el que se originaron tales violencias.

Dentro de los procesos que persiguen acciones criminales, el enfoque de género ha sido justamente el mecanismo para atender a víctimas de violencias de género, pero a partir de la Sentencia SP2649 de 2022 de la Corte Suprema de Justicia, se trascendió este enfoque al juicio de responsabilidad penal de una mujer transgresora del ordenamiento jurídico con el fin de identificar las circunstancias que conllevaron a la comisión de un delito desde una perspectiva diferencial. Este análisis resulta crucial en el juicio de culpabilidad que se le hace al autor, o autora, de una determinada conducta punible para atribuir y determinar el grado de responsabilidad subjetiva del agente frente a su actuar, tomando en cuenta cómo las circunstancias personales, culturales, sociales y las violencias y discriminaciones de género influyen en la determinación y en la voluntad de la actora en la comisión del injusto.

Pero, además, la aplicación de este enfoque de género tiene también repercusiones importantes en el ejercicio del poder punitivo del Estado para castigar. No debe perderse de vista que la culpabilidad tiene como fin el mediar, racionar o racionalizar ese poder punitivo, no la imposición del castigo, salvaguardando así a aquellos individuos que por circunstancias personales, culturales, biológicas o sociales son más vulnerables a la imposición de sanciones severas, injustas y a todas luces en contra de la dignidad humana del sancionado.

En suma de lo expuesto, el enfoque de género es el mecanismo que busca materializar y efectivizar los Derechos Humanos y la Dignidad Humana de aquellas personas históricamente victimizadas y discriminadas, mediante la erradicación de estereotipos, prejuicios, prácticas y discursos sexistas desde los estrados judiciales, al dotar a los servidores judiciales de parámetros de género al investigar o decidir un caso que involucre a una mujer con el fin de identificar y comprender los contextos o circunstancias de violencia y discriminación de género, así como los efectos negativos que tienen dichas violencias en las vidas de las mujeres.

REFERENCIAS

Agudelo, N. (2011). Lección 22: Elementos de la culpabilidad. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (pp. 401-426). Universidad Externado de Colombia.

Barbosa, G. (2011) Lección 13: Teoría del Delito. Tipo Objetivo. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (pp. 221-234). Universidad Externado de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098 de 2006, “Por la cual expide el Código de Infancia y Adolescencia”. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html.

Congreso de la República de Colombia. (2008, 4 de diciembre). Ley 1257 del 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1257_2008.html

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

otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1709_2014.html

Congreso de la República de Colombia. (2016, 6 de julio). Ley 1761 del 2015, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely) http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1761_2015.html.

Congreso de la República de Colombia. (1973). Código Civil de los estados Unidos de Colombia. [Ley 84 de 1873]. DO: 2 867.

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. (1994). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26547.pdf>

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1979). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

Córdoba, M. (2011). Lección 21: Culpabilidad. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (pp. 390-400). Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional. (2016, 08 de junio). Sentencia C 297 de 2016. [M.P.: Ortiz D.].

Corte Constitucional. (2016, 13 de abril). Sentencia C 181 de 2016 [M.P.: Ortiz D.].

Corte Constitucional. (2016, 22 de enero). Sentencia T 012 de 2016 [M.P.: Vargas S.].

Corte Suprema de Justicia. (2015, 09 de septiembre). Sentencia SP12161 de 2015. [M.P.: Fernández C.].

Corte Suprema de Justicia. (2018, 21 de febrero). Sentencia STC2287 de 2018. [M.P.: Cabello B.].

Corte Suprema de Justicia. (2019, 01 de octubre). Sentencia SP4135 de 2019. [M.P.: Salazar C.].

Corte Suprema de Justicia. (2020, 02 de septiembre). Sentencia SP3274 de 2020 [M.P.: Salazar C.].

- Corte Suprema de Justicia. (2020, 1 de julio). Sentencia SP2136 de 2020 [M.P.: Acuña V.].
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 19 de agosto). Sentencia SP3002 de 2020 [M.P.: Salazar C.].
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 20 de mayo). Sentencia SP931 de 2020 [M.P.: Quintero B.].
- Corte Suprema de Justicia. (2021, 01 de diciembre). Sentencia SP5451 de 2021 [M.P.: Quintero B.].
- Corte Suprema de Justicia. (2021, 17 de febrero). Sentencia SP403 de 2021 [M.P.: Patiño C.].
- Corte Suprema de Justicia. (2022, 01 de junio). Sentencia SP1795 de 2022 [M.P.: Acuña V.].
- Corte Suprema de Justicia. (2022, 13 de septiembre). Sentencia SP3218 de 2022 [M.P.: Quintero B.].
- Corte Suprema de Justicia. (2022, 25 de mayo). Sentencia SP1944 de 2022 [M.P.: Quintero B.].
- Corte Suprema de Justicia. (2022, 27 de julio). Sentencia SP2649 del 2022 [M.P.: Acuña V.].
- Galán, H. (2010). *Teoría del Delito*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m17-22.pdf>
- Lamas, M. (1996). La perspectiva de género. *Revista de Educación y Cultura de la sección*, 47(8), 216-229. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/2_genero/20.pdf
- Mantilla, J. (2013). La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos. *THEMIS Revista de Derecho*, (63), 131-146. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8994>
- Miranda, M. (2013). Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. *Dikaion*, 21(2), 337-356. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2749>

- Niño, N. (2019). Perspectiva y enfoque de género: herramienta para la toma de decisión judicial. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(77), 11-28. <https://doi.org/10.29375/01208578.3741>
- Ortiz, A. (1978). Estructura de la culpabilidad. *Estudios de Derecho*, 37(94), 350-366. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/332748>
- Pabón, A. P. (2022). Perspectiva de género en la decisión judicial: justificación y metodología. *Academia & Derecho*, 12(22). <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/8917>
- Plascencia, R. (2004). *Teoría del delito*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez, G. (1978). *Derecho penal: Parte general*. Civitas Ediciones.
- Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz. (s.f.). Lineamientos para la implementación del enfoque de género en la Jurisdicción Especial Para la Paz. <https://www.jep.gov.co/Políticas%20y%20Lineamientos/Lineamientos%20para%20la%20Implementación%20del%20Enfoque%20de%20Género%20en%20la%20Jurisdicción%20Especial%20para%20la%20Paz.pdf>
- Uys, J. (Director). (1980). *Los dioses deben estar locos* [película]. C.A.T. Films.
- Vega, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, (29), 53-71. <https://doi.org/10.17081/just.21.29.1233>
- Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Zaffaroni, R., Alagia, A. y Slokar, A. (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editores

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA: UN EJERCICIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE REGULACIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Astrid Lorena Casanova Aza¹

Fecha de recepción: 21 de agosto de 2023.

Fecha de aceptación: 25 de octubre de 2023.

Referencia: Casanova, A. (2024). La maternidad subrogada en Colombia: un ejercicio de derecho comparado sobre regulación, derechos fundamentales y obligaciones internacionales. *Revista Científica Codex*, 9(17), 43-69.

RESUMEN

Este artículo aborda la problemática de la maternidad subrogada en Colombia, destacando la falta de una legislación clara que garantice los derechos fundamentales de las partes involucradas, especialmente de las mujeres gestantes. A través de un análisis comparado con otros países, se estudian las diversas posturas legales sobre la subrogación, desde su prohibición absoluta hasta su regulación controlada. El presente resalta los riesgos de explotación a los que se enfrentan las mujeres gestantes y llama a que el Estado colombiano cumpla con sus obligaciones internacionales, principalmente bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para proteger la dignidad de las personas. La metodología empleada incluye un enfoque cualitativo y comparado del derecho, observando la jurisprudencia colombiana y las resoluciones de las altas cortes.

1 Abogada, Universidad de Nariño. Estudiante de la Especialización de Derechos Humanos de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: 1lorenacasanova@gmail.com

Palabras clave: Maternidad subrogada, reproducción asistida, jurisdicción colombiana.

ABSTRACT

Based on a comparative law study, this paper analyzes surrogate motherhood in the Colombian legal system; warning that, in the absence of a solid legal framework that ensures the guarantee of fundamental rights, the execution of agreements of this assisted reproduction technique allows the exploitation of women and the violation of their rights. Finally, there is a need for the State to comply with its international obligation to legislate on the matter, in order to protect the dignity of the people under its jurisdiction.

Keywords: Surrogate motherhood, assisted reproduction, colombian jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

Debido a los sobrevenientes paradigmas sociales y a los avances tecnológicos de la actualidad, las necesidades y deseos humanos que antes no podían garantizarse por impedimentos biológicos como la infertilidad, hoy en día pueden llevarse a cabo por medio de intervención médica y con ayuda de terceros; tal es el caso de la gestación subrogada, que le permite a las personas acceder a la maternidad y/o paternidad a través de un acuerdo de gestación.

El presente artículo se centra en el papel de la mujer gestante. En él se cuestionarán las condiciones, garantías y medidas de protección bajo las cuales se lleva a cabo el pacto de maternidad subrogada; se analizarán las consecuencias y riesgos en los que se encuentran las mujeres subrogantes al realizar estos acuerdos, en países cuyo ordenamiento jurídico no cuenta con un marco legal sólido que vele por la garantía de sus derechos fundamentales.

Dada la globalidad en la que se enmarca la temática, y para comprender el punto de partida de este análisis, fue necesario acudir a una metodología de investigación cualitativa a manera de estudio dentro de la disciplina de Derecho Comparado para, primero, dar cuenta de la

inexistencia de la universalidad de la jurisprudencia respecto a la práctica de maternidad subrogada; segundo, enunciar los riesgos que puede generar la tendencia a la homogeneidad en la adopción de acuerdos; y tercero, hacer un diálogo posible desde el recorrido que en materia jurídica ha tenido la maternidad subrogada en el mundo.

Para analizar los aspectos éticos, inicialmente se realizó un acercamiento a la concepción de maternidad subrogada al margen de las técnicas de reproducción asistida; posteriormente, se estudió a la luz del derecho comparado las posturas existentes: prohibición absoluta, admisión regulada y/o autorizada, y países sin regulación taxativa. De tal manera que no solo se presenta la posición adoptada, sino los términos en sus respectivos ordenamientos jurídicos y las condiciones que en mayor medida han permitido que estos contratos se lleven a cabo. Esto siguiendo a Gómez cuando afirma que el Derecho comparado implica la confrontación continua de las reglas nacionales con las extranjeras, observando los aspectos en común y discrepancias, y de manera tal que se estudie no sólo los efectos que produzca, sino determinando sus causas (Gómez, 2009).

A continuación, se estudiará la postura del ordenamiento jurídico colombiano y los conflictos que han dirimido las altas cortes respecto a este tipo de acuerdos en el país, para finalmente cuestionar si, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), las condiciones del ordenamiento jurídico colombiano resultan garantes para las mujeres contratantes, o si posibilitan su explotación en el territorio.

Cabe anotar que el auge de la maternidad subrogada, al impactar la concepción tradicional de maternidad, ha recibido atención desde diferentes perspectivas, es por ello que frente a esta práctica no existe un consenso universal a pesar de ser rastreada incluso desde el año 1975 (Beetar, 2019). Entre los amplios debates suscitados en relación a la maternidad, encontramos autoras como Carabaña y Lamo (1978) que sostienen que debe ser entendida desde el interaccionismo simbólico, es decir, como un proceso que va más allá de lo biológico (gestación y parto), para pasar a ser un proceso de interacción y significación que involucra aspectos culturales, sociales y afectivos, lo que ha permitido que surjan argumentos que señalan que la maternidad subrogada puede entenderse como un ejercicio altruista (Martínez, 2015).

Por otro lado, hay autores que señalan que en la maternidad subrogada se reduce a la mujer a una incubadora humana y al niño en una mercancía, lo que constituye un atentado a la dignidad de la mujer, ya que en la subrogación el cuerpo femenino queda sometido a comercio, en tanto la mujer explota su útero con fines de lucro y lo emplea como incubadora de un niño que no va a ser suyo (Marín, 2002).

1. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Por algún tiempo se consideró que la procreación estaba al alcance de cualquier persona adulta que deseara la paternidad sin intervención de terceros. Sin embargo, ello fue cambiando a medida que se avizoraba que algunas personas infértiles no contaban con esa posibilidad. Fruto de ello se desarrollan las técnicas de reproducción asistida (TRA), entendidas como procedimientos que pueden facilitar el proceso de reproducción a través de la intervención en algunas de sus etapas.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2010), las TRA son los tratamientos que implican la manipulación de ovocitos, espermatozoides o embriones humanos para lograr llevar a cabo un embarazo, dentro de los cuales se encuentran la maternidad subrogada, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones.

1.1. Maternidad subrogada

Pese a no existir un consenso global para denominar esta TRA, se le ha conocido como gestación por sustitución, maternidad subrogada, alquiler de vientre, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, donación temporaria de útero, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, madres de alquiler, madres gestantes, entre otros (Conferencia de La Haya, 2012).

En 1985 se realiza la primera conceptualización de esta técnica como una aplicación de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil (Albornoz y Velarde, 2020). La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el

semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darlo a luz o procrearlo. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada lo adopte (Coleman, 1982).

Por otra parte, la OMS ha denominado a esta práctica como útero subrogado, y respecto a la madre gestante, ha manifestado que es la mujer que, por acuerdo previo, lleva adelante un embarazo, y el bebé que de este nazca se entregará a los padres previstos; aclarando que los gametos utilizados en este procedimiento pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros (OMS, 2010).

Sin embargo, para el desarrollo de este artículo se considera una definición pertinente y actual de la gestación por sustitución, la planteada por Lamm (2013), puesto que nos permite diferenciar a las partes del contrato de manera objetiva. La autora considera a esta práctica como la

... forma de reproducción humana asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente (Lamm, 2013, p. 24).

2. LA CONCEPCIÓN DE MATERNIDAD SUBROGADA BAJO EL DERECHO COMPARADO

Considerando que cada Estado tiene pleno margen de apreciación nacional sobre la maternidad subrogada, existen países que la prohíben, otros que la permiten solo cuando es altruista y países que la regulan ampliamente. En torno al primer grupo, se encuentran países como Francia, Alemania, Suecia, España o Italia, que establecen que la técnica en cuestión puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas (Lamm, 2012). Por ello, desde sus ordenamientos jurídicos han intentado crear medidas para prevenir y eliminar la gestación por sustitución, sin embargo, sobre la marcha han surgido inconvenientes o nuevos aspectos de necesaria regulación, por lo que los Estados se han visto obligados a establecer parámetros dinámicos para salvaguardar derechos fundamentales, como se evidenciará a continuación.

En Alemania se encuentra prohibida mediante la Ley 745 de 1990. En busca de la protección del embrión, este país ha penalizado la utilización abusiva de las técnicas de reproducción de embriones humanos, interdicción de la selección del sexo, fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación post mortem, modificación artificial de células sexuales durante el curso de la gametogénesis, clonación, creación de quimeras e híbridos y demás (Parlamento Federal de Alemania, 1990).

La protección que se busca dar tiene radical y especial importancia, por lo que se han establecido penas privativas de la libertad de hasta tres años y multas a quienes accedan, realicen o utilicen técnicas de reproducción asistida, incluida la maternidad subrogada. Por otra parte, en el ordenamiento jurídico italiano, esta TRA se encuentra prohibida mediante la Ley 40 de 19 de febrero de 2004, referida a la procreación médica asistida. En ella se señala que la mujer solo podrá ser fecundada con gametos de su marido, previo consentimiento por escrito otorgado por los cónyuges, sin que exista la posibilidad de intervención de donantes y limitando el acceso a esta solo para parejas de distinto sexo, estables, casadas o uniones de hecho, mayores de edad y en edad potencialmente fértil (Parlamento de la República Italiana, 2004).

Suiza, por su parte, ha establecido en el artículo 119 de la Constitución Federal la prohibición de donación de embriones, todas las formas de maternidad subrogada y la intervención del patrimonio genético de las células reproductoras. Sin embargo, señala que excepcionalmente el método de reproducción asistida estará autorizado en los casos de esterilidad y de peligro de transmisión de enfermedad grave incurable por otro medio (Parlamento Suizo, 1999).

Finalmente, la maternidad subrogada ha sido prohibida mediante la Ley 14/2006 de 26 de mayo en el ordenamiento jurídico español; esta versa sobre técnicas de reproducción humana asistida y en el artículo 10 establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin costo, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero (Jefatura del Estado de España, 2006).

En igual sentido, la Ley 14/2006 plantea que, debido a que la filiación de los hijos nacidos por esta TRA está determinada por el parto,

no existe una obligación en la mujer contratante de entregar al bebé. Sin embargo, se otorga la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Bajo ese entendido, el derecho español permite que los niños tengan una filiación respecto al padre biológico, pero no de manera automática, sino que requiere una reclamación ante tribunal.

Ello en concordancia con el artículo 27 de la Ley 14/2006, en el que se han establecido multas para quienes practiquen esta TRA, con sumas entre 10.000 y 1.000.000 de euros, En tanto se considera una infracción muy grave, la sanción a centros de servicio o clínicas que realicen esta práctica puede llegar hasta su cierre definitivo.

Paralelamente:

... existen países que regulan esta técnica únicamente cuando es altruista y bajo ciertas reglas y condiciones, como, por ejemplo, Canadá, Grecia o Australia. Estos Estados establecen de forma previa cláusulas contractuales que deben ser cumplidas por las partes en cuestión, por ejemplo, que la mujer gestante sea capaz, o que se cumpla un plazo de 6 meses posteriores al parto para que la mujer gestante decida si desea entregar al niño o a la niña que dio a luz.

Finalmente, en el último grupo, se encuentran Estados como Ucrania, India o Rusia. Estos países permiten la gestación por sustitución en forma amplia, y la regulan de tal manera que las partes no vean menoscabados sus derechos. Se establece un control médico y de clínicas, se otorgan recursos legales en caso de controversias entre las partes y se establecen reglas como, por ejemplo, la plena información hacia la mujer gestante, principalmente sobre el procedimiento e implicancias de la técnica (Pojmaevich, 2019, p. 4).

Debido a la prohibición y penalización de la maternidad subrogada en algunos Estados, se evidenció un peregrinaje reproductivo a otros países, que han regulado esta TRA bajo precios asequibles y fijos para programas integrales de maternidad sustitutiva, convirtiéndolos en epicentros del turismo médico, donde cualquier familia puede acceder a su deseo de tener hijos.

En la práctica se ha evidenciado que la suma de los precios de vuelos, viajes y costos para contratar la subrogación con una mujer ucraniana o en

la India resulta ser más barata que en los EE. UU. Y Canadá, países con la maternidad subrogada legalizada (British Broadcasting Corporation [BBC], 2018).

El problema surge cuando los nacionales de países que han prohibido esta práctica buscan el reconocimiento de la filiación de estos bebés en su país, conforme sostiene D'Amil (2012):

[El sueño de formar una familia] ha ocasionado una incertidumbre jurídica importante que obliga a los estudiosos del derecho a analizar ciertos aspectos de Derecho Internacional Privado que se han planteado como consecuencia del uso de esta técnica por ciudadanos españoles en países donde es admitida la misma (p. 62).

Esta problemática queda en evidencia mediante la sentencia del tribunal superior español, No 835/2013, que ha supuesto la confirmación de la anulación de una resolución que resuelve la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de dos menores nacidos por la celebración de un contrato de gestación subrogada en California (EE.UU), a favor de los padres comitentes, un matrimonio de varones españoles; a quienes les fue otorgada la filiación determinada por las autoridades de California con base en la legislación propia. Los juzgados españoles, inicialmente solicitaron la anulación del registro en tanto era contrario a la ley. Sin embargo, se obtuvo la filiación en favor de los padres bajo el argumento de la defensa del interés de los menores, alegando que no pueden dejar a los menores desprotegidos, aunque los padres hayan usado un procedimiento que no es legal en España (Tribunal Superior, Sala de lo Civil, 2013).

Este argumento es el mismo que utilizó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014) para condenar a Francia por no inscribir a los menores concebidos mediante gestación subrogada en el Registro Civil. La Corte Europea manifiesta que prevalece el interés de los niños sobre la legalidad de la técnica de reproducción.

Bajo ese entendido, resulta evidente que, aunque exista una prohibición legal en algunos países, no resulta ser una medida eficiente para proteger los derechos de las mujeres subrogadas y de los menores frutos de esta TRA, en tanto los contratos se llevan a cabo en otros países. De manera que la problemática no se soluciona, sino que se traslada, y se agrava cuando se involucra a un estado diferente al de los padres comitentes, pues con el

nacimiento del bebé surgen las dificultades de filiación, y aunque en algunos casos se logran subsanar vía jurisprudencial argumentando el interés del menor, resulta un proceso extenuante para las partes, y de inestabilidad para el bebé (Tribunal Superior, Sala de lo Civil, 2013).

2.1. Conflictos en torno a la ejecución de acuerdos de maternidad subrogada a nivel internacional

La maternidad subrogada se ha establecido como un mercado, que, conforme a la evidencia, se ha desplegado en mayor medida en países en vías de desarrollo y en los que existe una mayor desigualdad entre mujeres y hombres. En igual sentido, se ha constatado que esta TRA a nivel internacional da lugar a la explotación habitual de las mujeres, pues es una relación dispareja en la que la subrogante se encuentra en una situación de sometimiento, aun cuando teóricamente se defiende que esta práctica se funda en el ejercicio de la libertad de la mujer para comerciar con su capacidad gestacional (Comité de Bioética de España, 2017).

Según Naciones Unidas (2018), la maternidad subrogada se da entre mujeres provenientes de países como la India, Tailandia o Nepal, y los aspirantes a progenitores de países como Alemania, Australia, Canadá, España o Francia. Concluyendo que la mayoría de mujeres que suscriben estos contratos, lo hacen principalmente motivadas al encontrar en ellos una salida a la pobreza.

Esta relación de poder desequilibrada implica un aumento en la vulnerabilidad de las mujeres ante diferentes formas de explotación, y por ende, serias violaciones de derechos humanos, en tanto las mujeres son cosificadas, hasta el punto en que para evadir legislaciones nacionales restrictivas son trasladadas a terceros países, en los cuales se establecen los llamados criaderos de bebés, sin que existan las medidas necesarias para garantizar el bienestar y salud integral de las madres (Naciones Unidas, 2018).

De esta manera, resulta claro que la ausencia de legislación no es el único problema, pues el mundo ha conocido prácticas abusivas en Estados en donde la maternidad se permite y se regula, pero sin unos requisitos estrictos que sirvan para garantizar los derechos de las partes, por lo que poco a poco fue creciendo hasta convertirse en un problema interestatal, que llevó incluso a la denuncia de clínicas especializadas por participar en redes de venta de recién nacidos, lo que viola los derechos del niño (Dickenson, 2016).

Tal es el caso de India, Tailandia, Nepal y Camboya, donde tuvieron una regulación demasiado permisiva durante años. El mercado creció tanto que ofrecía precios asequibles, garantías para los padres comitentes, pero casi nula garantía y protección para las madres subrogantes, hasta el punto de considerarse el paraíso de la maternidad subrogada (Dickenson, 2016).

Ejemplo de lo anterior es el caso de Reino Unido, donde, a pesar de que se encuentra permitida la maternidad subrogada, la mayoría de ingleses que acuden a esta TRA lo hacen en India, en tanto en este país se ofrecía un servicio económico y efectivo, pues las mujeres vivían la etapa de gestación en residencias, donde controlaban todos los aspectos de su vida, como su alimentación, actividad física e incluso relaciones sexuales. Esta regulación resultaba ser menos restrictiva para los comitentes que en Reino Unido, en donde el proceso de reproducción asistida con donación de óvulos resultaba costoso e incierto, en tanto sobre la gestante no recaía la obligación de entregar el hijo tras el nacimiento y no existía el control sobre el cuerpo de la mujer subrogada, como ya se mencionó, si ocurría en India (Dickenson, 2016).

Un informe publicado en el 2010 por el Centre for Social Research concluye que las madres subrogadas en India se encontraban en situación de analfabetismo, falta de formación, que la gran mayoría lo hacía debido a la “pobreza” y por presión de sus maridos o familia. Se señaló que no reciben información objetiva del procedimiento de esta TRA, en tanto la única asesoría recibida provenía de la clínica intermediaria (Centre for Social Research, 2010).

El informe también señala que no existían garantías para las mujeres, ya que los contratos se firmaban hasta aproximadamente la mitad del embarazo, y con padres comitentes extranjeros. Por ello, muchas mujeres, en caso de requerir elevar una reclamación, no sabían a quién hacerlo, pues en teoría las clínicas no eran parte del contrato. Sin embargo, la realidad reflejaba que el médico tratante era quien decidía el pago de manera arbitraria (Centre for Social Research, 2010). Y aunque se señale que las gestantes en India reciben hasta 8.000 dólares, las investigaciones demuestran que muchas veces después del parto, recibían 800 dólares (CNN, 2013).

El problema de explotación creció tanto en India que, a partir del año 2012, se empiezan a realizar esfuerzos para detener esta práctica, pues

se empezó a exigir visado médico para los extranjeros que contraten una gestación subrogada, certificado de legalidad de esta TRA en su país de origen, limitando significativamente este “turismo reproductivo” (Ministerio del Interior de la India, 2012). Posteriormente, se prohibió la celebración de contratos de gestación subrogada con extranjeros, independientemente del país de origen, y se limitó a celebrarse entre nacionales y parejas heterosexuales, siempre que exista parentesco entre la gestante y los padres comitentes y de forma altruista, logrando así una limitación para la explotación de las mujeres y niños (Álvarez, 2019).

Ello generó que la suscripción de estos contratos se incrementara en países en donde antes escasamente se desarrollaban, pese a que la práctica estaba legalmente permitida, como Vietnam, Ucrania, Rusia, Portugal y Grecia (Beetar, 2019). Dejando en evidencia la necesidad de una regulación global, pues “si no se hace nada, las redes de gestación subrogada continuarán moviéndose de una jurisdicción a otra” (Organización de las Naciones Unidas, 2018).

2.2. Nuevas previsiones internacionales al marco de la maternidad subrogada

2.2.1. Conferencia de La Haya, Certificado Europeo de Filiación y normativas para combatir la trata de seres humanos, proyecto de protocolo de la Conferencia de La Haya (2022)

Considerando que la diversidad de regulaciones a nivel global de la maternidad subrogada ha provocado conflictos internacionales relacionados con la filiación, los derechos de las gestantes y los menores nacidos a través de esta técnica, se ha buscado enfrentar estas problemáticas, garantizando los derechos fundamentales de los intervinientes. Es así que La Conferencia de La Haya, en su Proyecto de Protocolo de 2022, propone establecer estándares mínimos a nivel internacional que regulen los acuerdos de maternidad subrogada, con el objetivo de unificar las normativas entre los países para garantizar que los derechos de todas las partes involucradas estén protegidos, con un enfoque especial en la filiación y la transparencia de los acuerdos.

Uno de los puntos clave de dicho Protocolo es la filiación de los menores nacidos mediante subrogación internacional, exigiendo que los Estados respeten y reconozcan el estatus legal de estos niños, sin importar las diferencias legislativas entre las jurisdicciones involucradas.

Ello con el fin de resolver la incertidumbre que enfrentan muchas familias al trasladarse a un país donde la subrogación no es legal o está regulada de manera diferente. En igual sentido, en dicho instrumento se establece que los acuerdos deben ser transparentes y no lucrativos, evitando así la explotación económica de las gestantes. Busca establecer normas que aseguren que estas no sean explotadas o sometidas a tratos injustos, y recomienda que las gestantes reciban la debida asistencia médica, legal y psicológica durante todo el proceso, y que los Estados monitoreen de cerca los acuerdos para garantizar que las gestantes actúen de manera voluntaria y bien informada.

2.2.2. Certificado europeo de filiación

Complementando las recomendaciones de la Conferencia de La Haya, el Parlamento Europeo aprobó el 14 de diciembre de 2023 el Certificado Europeo de Filiación, una herramienta jurídica diseñada para unificar el reconocimiento de la filiación en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Este certificado permite que los menores nacidos mediante maternidad subrogada en un país de la Unión Europea con filiación legalmente reconocida puedan mantener su estatus en otros Estados miembros, incluso en aquellos donde la subrogación no está permitida.

El Certificado Europeo de Filiación evita que las familias y los niños enfrenten obstáculos legales cuando se trasladan entre diferentes países de la UE, protegiendo el derecho de los menores a ser reconocidos como hijos legítimos de sus padres comitentes. Esta medida responde a la creciente movilidad dentro de la Unión y al aumento de los acuerdos de subrogación transfronterizos. El Certificado facilita un proceso estandarizado, eliminando la necesidad de procedimientos judiciales complejos y garantizando la seguridad jurídica de los menores y sus familias en todo el territorio de la Unión Europea (Parlamento Europeo, 2023).

Por otra parte, en respuesta a los riesgos asociados a la maternidad subrogada que se traducen en la explotación de mujeres en países en desarrollo, donde las condiciones socioeconómicas vulnerables facilitan la trata de seres humanos bajo la apariencia de acuerdos de subrogación, El Parlamento Europeo aprobó el 24 de abril de 2024 una serie de nuevas reglas para combatir la trata de seres humanos y proteger a las víctimas, con especial atención en los casos vinculados a la maternidad subrogada comercial.

Estas normativas reconocen que, en muchos casos, la subrogación comercial puede convertirse en un mecanismo de trata, especialmente cuando las mujeres se ven obligadas a participar en estos acuerdos por razones económicas o coercitivas. Para prevenir estas prácticas, el Parlamento estableció medidas de control y monitoreo estricto sobre las agencias y clínicas que gestionan los acuerdos de subrogación, con el fin de identificar y sancionar cualquier forma de explotación.

Las nuevas reglas incluyen la protección legal y social de las mujeres gestantes, asegurando que reciban la asistencia necesaria para garantizar su bienestar físico y emocional durante y después del proceso de subrogación. Además, se implementan sanciones severas para las agencias o intermediarios que infrinjan la ley o participen en redes de trata de seres humanos. Estas sanciones no solo buscan disuadir el tráfico de mujeres, sino también proporcionar un marco jurídico robusto para proteger a las gestantes y los niños que resultan de estos acuerdos.

Con las nuevas previsiones internacionales en materia de maternidad subrogada, impulsadas por la Conferencia de La Haya y el Parlamento Europeo, son pasos decisivos para la regulación global de esta técnica de reproducción asistida. El Proyecto de Protocolo de La Haya y el Certificado Europeo de Filiación abordan los desafíos legales y de filiación que enfrentan las familias transnacionales, ofreciendo marcos jurídicos que buscan la protección tanto de los menores como de las gestantes. Al mismo tiempo, las normas contra la trata de seres humanos reflejan un enfoque integral que reconoce la vulnerabilidad de las mujeres en situaciones de explotación, proporcionando medidas preventivas y sancionadoras para erradicar el abuso en la subrogación comercial.

2.3. La maternidad subrogada en Colombia

Una vez analizadas las tensiones entre países que han regulado la maternidad subrogada bajo prohibición o permisión, se debe estudiar ahora la situación de Colombia, que no tiene una postura clara al respecto, existiendo así una laguna legal y jurídica, como se demostrará a continuación.

A la luz de la legislación civil, la madre será aquella persona de quien en el parto ha nacido un hijo vivo. Ella no podrá ser suplantada o registrada falsamente por otra mujer de quien no ha sucedido el parto (Congreso de la República de Colombia, 18973, Art.335). Bajo ese entendido, en la legislación

colombiana respecto a la maternidad, aparentemente no tendrían cabida las prácticas de maternidad subrogada, en tanto en esta se concibe como madre a una mujer diferente a quien da a luz al bebé. Sin embargo, que no exista una regulación específica no implica su prohibición, o que no pueda realizarse encontrando amparo en otros instrumentos jurídicos. Por ejemplo, el artículo 42 de la Constitución Política (Congreso de la República, 1991), por el cual se reconoce que los hijos que nazcan en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

Para evitar las vulneraciones de derechos que pueden suscitarse debido a este vacío en el ordenamiento jurídico colombiano, a través de los años, han sido presentadas iniciativas legislativas que han pretendido regular esta práctica de modo restrictivo y otras de modo permisivo pero restringido, sin que ninguna tuviese éxito. Por ello, la jurisprudencia se ha convertido en el único medio que aborda el tema en cuestión, reconociéndole al juez autonomía y potestad para tomar una decisión, siempre que esta no atente contra la ley (Corte Constitucional, 2022).

Según la Corte Constitucional (2009), la maternidad subrogada es un tipo de reproducción asistida que surge como una alternativa para que aquellas personas que por enfermedades fisiológicas o por otras razones les es imposible ser padres de manera natural, tengan la posibilidad de serlo a través del alquiler de vientre de una mujer contratada para ser la gestante, quien se compromete a entregar al bebé posterior al nacimiento a los padres comitentes o contratantes.

En Colombia, se ha abordado la técnica de maternidad subrogada bajo dos modalidades: i) la tradicional, plena o total: consiste en que la madre gestante es la misma madre genética y sus propios óvulos son fecundados mediante inseminación artificial con espermatozoides del padre comitente o donante; y ii) la gestacional o parcial: en la que la concepción se da a partir de los óvulos de una mujer diferente de la mujer gestante; en la mayoría de los casos son de la madre comitente y se lleva a cabo en un laboratorio a partir de fecundación *in vitro* y posteriormente se transfiere al útero de la madre subrogada el embrión resultante (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2020).

Bajo ese entendido, jurisprudencialmente se ha demostrado un amparo constitucional a la maternidad subrogada tradicional, pues al no

existir duda sobre la propiedad del material genético, los derechos como madre no son discutibles. Sin embargo, no se evidencia aval respecto a la modalidad gestacional abordada por la Corte bajo el término alquiler de vientre, en tanto implica que la mujer gestante ceda todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este, aun cuando la gestante aporte su material genético (Corte Constitucional, 2009).

Bajo este entendido, no resulta clara la permisón o la prohibición para practicar esta modalidad de reproducción asistida, pues no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos, y aunque al momento de dirimir conflictos al respecto, La Corte se apoye en la doctrina para legitimar jurídicamente la maternidad subrogada, en virtud del artículo 42-6 constitucional (Corte Constitucional, 2009), ha sido reiterativa en los últimos 12 años, en señalar la necesidad de regular la materia para evitar los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas (Corte Constitucional, 2022).

Esta necesidad de que el Congreso de la República dé cumplimiento a su obligación de legislar sobre esta práctica y sobre todos los nuevos aspectos que de ella devienen, se debe a que el vacío que existe sobre la materia ha generado que sea el juez quien resuelva asuntos concretos, optando por los principios que hacen parte esencial del derecho y del ordenamiento jurídico para fundar su decisión, sin que se puedan establecer reglas o condiciones para hacerse extensivas a otros casos, (Corte Constitucional, 2022), puesto que, ante la inexistencia de regulación, como lo menciona Hart (1994).

[...] los jueces tienen un cierto margen de discrecionalidad para resolver, frente a las circunstancias de cada caso, las indeterminaciones de las normas jurídicas. Esa discrecionalidad no equivale a arbitrariedad, sino a buen juicio, e implica que los jueces deben apoyar sus decisiones en pautas razonables, que bien podrían ser principios morales, aunque no formen parte del derecho (p. 55).

El llamado realizado por la Corte (2022) para la regulación de esta práctica se centra en la importancia de que reciba mayor reconocimiento estatal, en tanto la inexistencia de un marco legislativo específico implica que esta práctica actual y vigente conlleva situaciones de inseguridad

sociojurídica para todas las personas que acceden e intervienen en ella, sin importar si son las entidades prestadoras del servicio, los padres comitentes, las madres subrogadas o los recién nacidos fruto del contrato. Por lo cual, también ha mencionado la necesidad de prohibirla cuando existan intermediarios que pretendan un lucro, y de penalizar a quien constriña a las mujeres a llevar a cabo estos contratos.

Las disposiciones de la Corte se encaminan a evitar la mediación lucrativa, garantizar los derechos e intereses del recién nacido y de la mujer subrogada, haciendo énfasis en los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley, considerando que en la mayoría de casos las mujeres contratantes están en situaciones de vulnerabilidad económica. Por ello, desde el año 1998 se han presentado ante el Congreso 16 proyectos de ley para reglamentar la maternidad subrogada, sin que ninguno tuviese éxito, demostrando así la ausencia de voluntad del legislador para cumplir con el requerimiento reiterativo de la Corte (Corte Constitucional, 2022).

Ante la renuencia del congreso, La Corte ha enunciado algunas condiciones que deben tenerse en cuenta al momento de realizar este tipo de acuerdos como son que la madre gestante no sea quien aporta material genético, si no que el mismo provenga de una tercera donante o de la mujer contratante; que la gestante antes, durante y después del proceso de gestación reciba atención psicológica y médica para que se valore periódicamente su condición mental y física, así como el bienestar del bebé; que los padres creen medidas para que en caso de muerte no dejen en situación de desprotección al menor; que se realice mediante contratación directa sin que existan intermediarios que puedan lucrarse; que la mujer gestante debe entregar al bebé una vez nazca; que los padres comitentes no pueden rechazarlo bajo ninguna circunstancia; y que la mujer gestante no pueda interrumpir el embarazo, salvo prescripción médica (Corte Constitucional, 2009).

Una vez que se cumpla con las condiciones básicas anteriormente enunciadas, ya se podría hablar de aspectos particulares que se pacten conforme a la voluntad de las partes, siempre que no involucren derechos fundamentales de la madre gestante, padres contratantes y del recién nacido, para ser consignados en un contrato en el que se estipulen derechos y obligaciones, que, ante incumplimiento, pueda ser exigido ante un juez de la República (Cárdenas, 2021).

3. FACTORES DE RIESGO DE VULNERACIÓN DE DERECHOS EN COLOMBIA ANTE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Para realizar el análisis de las posibles vulneraciones a derechos humanos reconocidos por la CADH, a falta de regulación de esta TRA en Colombia, primero se debe tener en cuenta que, si bien es deber del Estado garantizar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, a la par debe permitir el acceso a nuevas técnicas de reproducción. Bajo esa premisa, se concibe que el avance de la tecnología debe ser reconocido como un medio para ejecutar, acceder a los derechos propios, ejercer libremente el proyecto de vida, sin que ello implique la vulneración de derechos de terceros (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

Ahora bien, el presente análisis se limita a lo anteriormente enunciado y se realiza sobre los conflictos que han surgido en Colombia, de los que se tiene información en tanto son mediáticos o han sido de conocimiento de los jueces, pues al no existir un marco que regule el ejercicio de esta práctica en Colombia, no se ha designado una entidad para realizar un seguimiento estricto, y, por ende, no se puede determinar objetivamente el número de mujeres que acceden a esta TRA.

Sin embargo, aunque no se conozca una cifra exacta de las mujeres que acceden a ser gestantes subrogadas, se vislumbra la posibilidad de que muchas se encuentren expuestas, bajo coacción o presión por terceros, al incumplimiento del acuerdo, a tratos degradantes y vulneración de sus derechos. En tanto no se realiza un contrato que tenga respaldo legal, la madre puede estar sujeta al arbitrio de los padres comitentes, como ha ocurrido en otros países (Amador, 2010).

Ejemplo de lo anterior es el caso que aborda la sentencia T-968 de 2009, en donde la pareja comitente que residía en Estados Unidos, por los altos costos para acceder al servicio de gestación subrogada en este país, decidió buscar opciones más accesibles, eligiendo realizarlo en Colombia. Contactaron a una mujer de bajos recursos, quien finalmente aportó sus óvulos debido a que la fecundación no fue exitosa con los aportados por la madre comitente.

El procedimiento permitió el embarazo de gemelos, y aunque el padre de intención se comprometió a la manutención de la señora y al pago

de los aportes a la seguridad social, ello se cumplió hasta que estuvo en el quinto mes de gestación; en adelante, la señora no contó con el pago de lo acordado, ni apoyo alguno. Por encontrarse sola al momento del parto, registró a los menores únicamente con sus apellidos.

Los bebés vivieron con ella, y de su padre nunca recibieron la cuota alimentaria debida, ni asistencia médica, si no hasta que fue requerido por la Corte por el proceso que se inició para asignar la custodia a la tía materna. Decisión que se originó debido al estado de afección gripal que presentaban los menores, ya que la casa en la que vivían estaba ubicada al lado de un horno de cal, y a pesar de que estaban siendo atendidos por su madre, su condición económica le impedía conseguir una mejor vivienda (Corte Constitucional, 2009).

Este caso claramente expone las complicaciones de que no existan unas reglas claras que legalmente se exijan para que esta TRA se lleve a cabo. Evidencia la gravedad del incumplimiento del acuerdo entre la madre gestante y la pareja comitente, que ya no solo afecta la calidad de vida de la gestante, sino que también incide en los derechos y bienestar de los menores que de esta práctica resultan.

Ahora bien, como se enunció previamente, uno de los factores de la problemática del denominado turismo reproductivo ocurrido en Europa, se debió a que los países que regulaban la materia de manera permisiva, establecieron obligaciones para quienes quisieran acceder a una TRA, de manera que estas medidas garantistas implicaban que los padres comitentes realicen un aporte económico más grande, en comparación al pago que realizarían en países que no han regulado la materia o no han optado por establecer medidas seguras para la gestante y el menor.

El ya mencionado factor de riesgo de explotación y violencia de género que llevó a la vulneración de derechos a las mujeres en Europa, se materializa en Colombia al observar el precio promedio que se paga en el país para acceder a esta TRA. Mientras en EE.UU. y en Europa se considera que el costo de maternidad subrogada oscila entre 100.000 y 150.000 dólares, en Colombia está entre 4.000 y 10.000 dólares (El Tiempo, 2021). Es por ello, que parejas procedentes de Francia y España han elegido a Colombia como un destino ideal, porque hay mujeres dispuestas a quedar en embarazo por reproducción asistida o por relaciones sexuales (Ulloa, 2017).

Las anteriores cifras, junto al caso expuesto de la sentencia T-968 de 2009 y la problemática del turismo reproductivo europeo, nos permiten reflexionar sobre los claros riesgos de explotación y vulneración de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico. Se requiere regular y controlar las condiciones bajo las cuales se realizan estos contratos; dotar de garantías jurídicas a las partes antes, durante y después de ejecutarse un proceso de maternidad subrogada, pues no basta la posibilidad de reclamar ante la justicia cuando el daño ya ha sido causado. Dada la complejidad del proceso, se debe rescatar el carácter humano de estos contratos, y no abordarlo como un contrato más de bienes.

4. DERECHOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA NECESIDAD DE REGULACIÓN SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

En virtud del Art. 1.1 de la CADH, Colombia tiene la obligación de respetar los derechos y libertades absteniéndose de afectar arbitrariamente los derechos y libertades reconocidos en el mismo instrumento, al tiempo que garantiza su libre y pleno ejercicio, en concordancia con el Art. 2 de la Convención, por el que los Estados se obligan a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos y libertades (Organización de Estados Americanos [OEA], 1969).

Lo anterior en concordancia con el Art. 7b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que fue ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995, que impone al Estado el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Estas disposiciones enuncian que, sobre el Estado recae el deber de crear las condiciones necesarias para garantizar el libre y pleno goce de los derechos de sus nacionales, y que internacionalmente se requiere que tome un papel proactivo, ya que incluso desde la legislación interna los Estados pueden prever iguales o mayores protecciones y garantías para salvaguardar los derechos de la mujer (OEA, 1994).

Ahora bien, teniendo clara la concepción de la maternidad subrogada en Colombia, y considerando que Colombia es un Estado parte de la Convención Americana, se procede a enunciar los derechos que en sí mismos son una razón y un fin de la regulación de la maternidad subrogada. Por un lado, deben garantizarse para que no exista incumplimiento por parte del

Estado frente a sus obligaciones internacionales, y, por otro lado, se regula la materia para efectivizar estos derechos a todos los intervinientes: a las mujeres gestantes, padres comitentes y al bebé.

4.1. Derecho a fundar una familia

La obligación en cabeza del Estado de regular la maternidad subrogada responde al derecho de fundar una familia, que, en estos acuerdos, le debe ser reconocido a los padres comitentes. Este derecho ha sido considerado por la Corte Interamericana como un derecho básico de la Convención Americana que no se puede derogar ni siquiera en condiciones extremas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012). En igual sentido, el artículo 17.2 de la Convención Americana (1969) establece el derecho a fundar una familia.

En igual sentido, esta obligación de regular la maternidad responde al mandato constitucional que en su artículo 42 reconoce el derecho a conformar de manera responsable una familia y de las parejas a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos (Congreso de la República, 1991). Este derecho es, a su vez, una de las expresiones de los derechos sexuales y reproductivos (Corte Constitucional, 2015). Existe como tal, en cabeza de todas las personas e implica el deber de abstención por parte del Estado, en relación a actividades que tiendan a su restricción o determinación autoritaria (Corte Constitucional, 2000).

4.2 Derecho a la integridad personal

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) resalta en el marco de este derecho, que algunas situaciones que generan angustia y ansiedad, o impactos graves por la falta de atención médica, por problemas de accesibilidad a procedimientos en salud, se consideran factores de riesgo para la efectividad de este derecho. Resalta la responsabilidad del Estado de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. Pues establece que la salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social. Dentro de la salud, se encuentra la salud reproductiva, que implica que hombres y mujeres puedan tener información suficiente para elegir libremente el acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

A este derecho se encuentra vinculado el consentimiento informado, definido por la Corte como una condición *sine qua non* para la práctica médica, que encuentra su base en el respeto a la autonomía y libertad para tomar propias decisiones de acuerdo al plan de existencia personal para dar efectividad a la dignidad humana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012), y que tendría aplicabilidad en esta práctica, cuando a la gestante y padres comitentes, se les dota de información independiente, a la luz del derecho de familia y el derecho de bioética.

4.3 Derecho a la vida privada

Este derecho se debe garantizar a todos los partícipes del acuerdo de maternidad subrogada, reconociendo la relación que guarda con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer este derecho (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012). El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), según el cual las mujeres gozan del derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos, a tener acceso a la educación, información y medios que les permitan ejercer estos derechos.

La Corte señala que este derecho es vulnerado cuando los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad son obstaculizados. Bajo ese entendido, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos o volitivos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

De esta manera, tanto el derecho a la vida privada, como el derecho a la libertad reproductiva, guardan estrecha relación con el derecho de acceder a la tecnología médica, en tanto este último es la vía que permite la ejecución de dichos derechos. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana (1948) y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador (1998).

Al respecto, la Asamblea General de Naciones Unidas, en la Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la

paz y en beneficio de la humanidad (1975), planteó la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Bajo ese entendido, y acorde al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

Considerando que el Estado ya tiene conocimiento de los acuerdos de maternidad subrogada que se celebran de manera informal, y partiendo de la obligación que recae sobre el Estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH, a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969), se evidencia la necesidad y el deber de que Colombia reconozca y regule la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida, estableciendo parámetros y medidas garantistas para quienes decidan realizarla.

CONCLUSIONES

La solución para evitar la vulneración de derechos de las mujeres gestantes, no será la prohibición de la gestación subrogada, pues la práctica de la gestación subrogada como una TRA, por sí sola no vulnera los derechos a la integridad y dignidad humana de las mujeres gestantes. Las vulneraciones tienen cabida debido a que no se establecen parámetros y medidas garantistas para ejercer la maternidad subrogada.

La autonomía de las personas, en especial de las mujeres gestantes, se materializa a la luz de la CADH cuando eligen si desean ejercer la maternidad subrogada, dentro de un ordenamiento jurídico que proteja sus derechos fundamentales, en el que el Estado ha implementado las medidas necesarias para salvaguardar la integridad de los participantes, previendo los posibles daños o vulneraciones que puedan devenir de estos contratos.

El derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva y, en consecuencia, es deber del Estado

otorgar condiciones aptas para que las personas bajo su jurisdicción, acorde a su autonomía reproductiva, puedan ejercer la maternidad subrogada sin restricciones desproporcionadas.

Del ejercicio de derecho comparado, resulta evidente que en Colombia se requiere una regulación sólida, que además dote de garantías a las mujeres gestantes y de herramientas para salvaguardar su dignidad al ejecutar estos acuerdos, de manera que, se les ofrezca la suficiente información y acompañamiento antes, durante y después de un proceso de gestación subrogada, para así evitar tener que buscar soluciones improvisadas sobre hechos consumados.

Mientras la mayoría de países no regulen de manera garantista el acceso a la maternidad subrogada, existe el riesgo de vivir nuevamente el fenómeno de turismo reproductivo ocurrido en Europa. Se constató que esta TRA a nivel internacional implica una relación dispareja debido a que parejas de países desarrollados acuden a países en vías de desarrollo, que no han regulado estos contratos, o que lo han hecho de manera deficiente, para encontrar una subrogante que esté dispuesta a aceptar un acuerdo por menor dinero al que pagarían en su país de origen, y a quien, en la mayoría de los casos, se le vulneran sus derechos, e incluso, es sometida al arbitrio de los padres comitentes, o de los intermediarios.

REFERENCIAS

- Albornoz, M. y Velarde M. (2020). Aproximación a la gestación por sustitución. En M. Albornoz (Ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado* (pp. 3-29). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/5a.pdf>
- Álvarez, N. (2019). Gestación subrogada en la India. ¿Qué dice la nueva ley? *Babygest*. <https://babygest.com/es/india/>
- Amador, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. *Revista CS*, (6), 193-217. <https://www.redalyc.org/pdf/4763/476348369007.pdf>

- Beetar, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 135-166. <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73360074007/html/index.html>
- Carabaña, J. y Lamo E. (1978). La teoría social del interaccionismo simbólico. *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (1), 159-203. <https://doi.org/10.5477/cis/reis.1.159>
- Cárdenas, C. (2021). *Maternidad subrogada en Colombia: aportes psicológicos y jurídicos* (Trabajo de grado). <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/19396/Trabajo%20de%20grado.pdf?sequence=1>
- CNN. (2013). Vientres en alquiler, bebés hechos en India. <https://cnnespanol.cnn.com/2013/11/04/vientres-de-alquiler-bebes-hechos-en-india/>
- Coleman, P. (1982). Surrogate motherhood: Anaylsis of the problems and suggestions for solutions. *Tenn. L. Rev.*, 50, 71-118. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tenn50&div=9&id=&page=>
- Comité de Bioética de España. (2017). Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/17405>
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. (2012). <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (1973). Código Civil de los estados Unidos de Colombia. [Ley 84 de 1873]. DO: 2 867.
- Constitución Política de Colombia. (1991). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. (1994). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

- Corte Constitucional. (2000). Sentencia T-114 de 2000 [M.P.: Cifuentes, E.].
- Corte Constitucional. (2009). Sentencia T-968 de 2009 [M.P.: Calle, M.].
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-274 de 2015 [M.P.: Palacio, J.].
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-316 de 2018 [M.P.: Pardo, C.].
- Corte Constitucional. (2022). Sentencia T-275 de 2022 [M.P.: Pardo, C.].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica. Serie C 257.
- D'Amil, Y. V. (2012). Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11/2011: No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (3), 61-70. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5074814>
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp#:~:text=Todos%20los%20hombres%20nacen%20libres,exigencia%20del%20derecho%20de%20todos>
- Dickenson, D. (2016). ¿El fin del alquiler de úteros en el extranjero? *El País*. https://elpais.com/elpais/2016/06/17/planeta_futuro/1466176902_291327.html
- El Tiempo. (2022). ¿Regular la maternidad subrogada? Detalles de un debate polémico. <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/vientres-del-alquiler-debate-por-peticion-de-regular-maternidad-subrogada-700145#:~:text=El%20alto%20tribunal%20señaló%20que,Congreso,%20el%20último%20en%202021>
- Gomez, L. (2009) Metodología y técnicas en el derecho comparado. https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/8498/2011_Metodolog%C3%ADa_y_t%C3%A9cnicas_en_el_derecho_comparado.pdf?sequence=1
- Hart, H. (1961). *El concepto de derecho*. Editorial Abeledo - Perrot.

- Hernández, M. (2017). De lo que no se habla: riesgos para la salud de las madres de alquiler. *Diario de Mallorca*. <https://www.diariodemallorca.es/opinion/2017/05/26/habla-riesgos-salud-madres-alquiler-3405850.html>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2020). Concepto ICBF 23. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/normatividad/23_concepto_no-23-listo-para-web.pdf
- Jefatura del Estado de España. (2006) Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida [Ley 14 de 2006]. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y derecho. *InDret - Revista para el análisis del derecho*, (3), 1-49. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994926>
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. https://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf
- Marín, G. (2002). El arrendamiento de vientre en Colombia. *Opinión Jurídica*, 2(3), 69-86. <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1336>.
- Martínez, V. (2015). Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en México. *Dikaion*, 24 (2), 353-382. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4956/4291>
- Ministerio del Interior de la India. (2012). Regarding Surrogacy issues involving Foreigners. <http://www.iwannagetpregnant.com/wpcontent/uploads/Surrogacy-Issues-Involving-Foreigners.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2018). La gestación subrogada puede convertir a los niños en mercancías. <https://news.un.org/es/story/2018/03/1428492>
- Organización Mundial de la Salud. (2010). Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted

Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud.

Parlamento de la República de Italia. (2004). Reglas sobre la procreación médicamente asistida [Ley 40 de 2004].

Parlamento Federal de Alemania. (1949). Ley Fundamental de la República Federal de Alemania [Ley 745 de 1990]. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Parlamento Suizo. (18 de abril de 1999). Constitución Federal de la Confederación Suiza.

Pojmaevich, S. (2019). Deconstruyendo la maternidad: la gestación por sustitución. <https://fcp.uncuyo.edu.ar/upload/deconstruyendo-la-maternidad.pdf>

Ponniah, K. (2018). Vientres de alquiler: cómo Ucrania se convirtió en la nueva capital internacional de las madres sustitutas. *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43072732>

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1988). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Ruiz, R. (2013). La maternidad subrogada. Revisión bibliográfica (Trabajo de grado). Universidad de Cantabria. <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2014). Caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11).

Tribunal Superior, Sala de lo Civil. (2013). CC 835 – 2013. [M.P.: González, A.].

Ulloa, M. (2017). En Colombia se alquilan vientres desde \$ 5 millones. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/salud/como-funciona-el-alquiler-de-vientres-en-colombia-131472>

PERSPECTIVA DE ESTUDIANTES Y FUNCIONARIOS DE LA FUERZA PÚBLICA SOBRE EL DESARROLLO DE LA PROTESTA SOCIAL EN EL MARCO DEL ESTALLIDO DE 2021, EN SAN JUAN DE PASTO

Carlos Fabián Gallardo del Castillo¹

Fecha de recepción: 5 de junio de 2023.

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2023.

Referencia: Gallardo, C. (2024). Perspectiva de estudiantes y funcionarios de la fuerza pública sobre el desarrollo de la protesta social en el marco del estallido de 2021, en San Juan de Pasto. *Revista Científica Codex*, 9(17), 70-93.

RESUMEN

La presente investigación hace énfasis en el análisis de las diferentes perspectivas, tanto de estudiantes como de funcionarios de la fuerza pública, sobre el desarrollo de la protesta social en el marco del estallido de 2021. Para esto, se hace uso de una metodología de revisión documental y estudio de caso de 3 estudiantes y 3 miembros de la fuerza pública, con el fin de recolectar información de un número limitado de casos para su estudio a profundidad. Obteniendo de ello, en primer lugar, que existen varias limitaciones sobre la protesta social, como el caso de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, en las cuales se asegura que no existen derechos absolutos; por tanto, las restricciones de expresión de dicha protesta son válidas si se afectan

1 Abogado egresado de la Universidad de Nariño, especialista en Derechos Humanos de la misma universidad, quien se desempeñó desde el año 2020 al 2022, como asesor jurídico senior en la firma nariñense Soluciones Jurídicas Especializadas en el área administrativa, asesorando municipios y empresas sociales del Estado. A partir del año 2023 y en la actualidad, se desempeña como asistente jurídico grado 19 del Juzgado Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Santiago de Cali.

intereses comunes. Asimismo, con el análisis de los diferentes antecedentes encontrados, se concluye que el desarrollo del diálogo local y la movilización social permiten la coordinación y eficacia de las agendas de cambio regionales y locales, que contribuyen para poder eliminar los factores estructurales que desencadenan o aceleran los conflictos y, finalmente, frente a las perspectivas, se obtiene que, si bien la fuerza pública cuenta con mejor dotación y entrenamiento para este tipo de situaciones, las dos partes siempre estarán perjudicadas de manera física y psicológica en el desarrollo de estos escenarios.

Palabras clave: Estallido social, movilización, protesta social.

ABSTRACT

This research emphasizes the analysis of the different perspectives of both students and law enforcement officials on the development of social protest within the framework of the 2021 outbreak. To this end, a documentary review methodology and case study of 3 students and 3 members of the law enforcement are used, in order to collect information from a limited number of cases for in-depth study. Obtaining from this, first of all, that there are several limitations on social protest, such as the case of the sentences issued by the Constitutional Court, in which it is assured that there are no absolute rights, therefore, the restrictions on the expression of said protest are valid if common interests are affected. Likewise, with the analysis of the different antecedents found, it is concluded that the development of local dialogue and social mobilization allow the coordination and effectiveness of regional and local change agendas, which contribute to eliminating the structural factors that trigger or accelerate conflicts and finally, in view of the perspectives, it is obtained that, although the public force has better equipment and training for this type of situations, both parties will always be physically and psychologically harmed in the development of these scenarios.

Keywords: Social outbreak, mobilization, social protest.

INTRODUCCIÓN

En primera medida, se debe tener en cuenta la coyuntura y el desenlace del paro acaecido en Colombia desde abril de 2021 hasta aproximadamente mayo de 2022, el cual produjo un impacto político y emocional con las

movilizaciones de amplios sectores sociales. Se puede caracterizar dichas acciones como movilizaciones y protestas masivas, fundamentalmente pacíficas, siendo una de las más grandes “en varios decenios, tanto a nivel nacional, como local y regional, que puso en evidencia la inconformidad de diferentes grupos sociales y medios de Colombia, que la pandemia y su manejo mostró y amplificó” (Fernández et al. 2022, p. 2).

Con el desarrollo del paro se detectó, según Fernández et al. (2022), que existía un problema de fondo, basado en la permanencia de condiciones estructurales, “pero sobre todo la percepción de inacción o desconfianza en la puesta en marcha de acciones y procesos efectivos de cambio [por parte del Estado colombiano]” (p. 11). Además de ello, también se encontró una alta participación de la sociedad que se alzó durante el estallido y combatió con valentía, a pesar de los múltiples puntos de vista que lograron recoger e integrar sus saberes, prácticas y experiencias.

Debido a las razones mencionadas, la presente investigación busca analizar una perspectiva objetiva que tenga en cuenta diferentes posturas y ayude a realizar una determinación clara sobre el desarrollo de la protesta social en el marco del estallido de 2021 en San Juan de Pasto.

Para lograrlo, se aplica la técnica de recolección documental para extraer información secundaria relacionada con el tema y, de igual manera, se recopila información primaria, mediante la realización de seis entrevistas semi-estructuradas dirigidas a casos en específico. Cabe resaltar que la definición de estudio de caso hace referencia a un diseño investigativo que pretende estudiar uno o un número limitado de casos a profundidad (Jimenez, 2018). Es de gran ayuda para la presente investigación, debido a que, es una herramienta multidimensional diseñada para la descripción específica de casos determinados.

Para lograr el objetivo del artículo fue necesario, en primer lugar, realizar una identificación de los diferentes contextos en los cuales se ha encontrado una violación de derechos humanos en donde esté involucrada la fuerza pública y los estudiantes, para con ello establecer las principales bases causales de dicho estallido, y finalizar determinando los primordiales antecedentes contextuales y características que se presentaron en el estallido social en el marco de la teoría de los derechos humanos a nivel nacional e internacional y su relación con lo ocurrido en la ciudad de Pasto en 2021.

1. ENFOQUE ESTUDIANTIL Y DE FUNCIONARIOS DE LA FUERZA PÚBLICA SOBRE EL DESARROLLO DE LA PROTESTA SOCIAL EN EL MARCO DEL ESTALLIDO DE 2021, EN SAN JUAN DE PASTO

Para el desarrollo del presente objetivo se toma el resultado de las entrevistas realizadas a 3 estudiantes y 3 funcionarios de las fuerzas públicas activos en el estallido social de 2021, para el posterior contraste de sus perspectivas. Con el fin de proteger la identidad de las personas entrevistadas, se los denominará:

Estudiante 1: E1

Estudiante 2: E2

Estudiante 3: E3

Funcionario de la Fuerza Pública 1: FFP1

Funcionario de la Fuerza Pública 2: FFP2

Funcionario de la Fuerza Pública 3: FFP3

En primer lugar, en cuanto a los aspectos generales de los entrevistados, se obtuvo que en su totalidad son mayores de edad, de género masculino. El E1 es bachiller académico y E2 y E3 cuentan con estudios de pregrado; FP1 y FP2 son técnicos y FP3 tiene estudios de pregrado (Entrevistas a estudiantes y funcionarios, 2022).

En lo correspondiente a la pregunta sobre ¿cuáles considera que fueron las principales causas para que se presente el estallido social de 2021?, los estudiantes mencionan que estas fueron el hambre, desempleo, expropiación de los trabajadores a raíz de la explotación laboral por pandemia, descontento social hacia las medidas que implementó el gobierno en las reformas tributarias, económicas y de salud. Sin embargo, la totalidad de FFP considera que las causas del estallido social fueron principalmente el desconocimiento en el manejo que el gobierno pasado le estaba dando al país y la incorrecta interpretación de los cambios propuestos para la reforma tributaria.

Frente a la siguiente pregunta: “¿Considera usted que las razones para el estallido social fueron suficientes y bien justificadas o hubo mala interpretación por parte de la sociedad?”, el E1 afirmó que, debido a su

participación en los diferentes comités, asambleas y ollas comunitarias, considera que existieron razones de enorme peso para el desarrollo del estallido social, dado que este se presentó con un carácter histórico, puesto que desde 2019 se evidenciaban importantes descontentos construidos con orígenes de baja calidad en la educación y desigualdades. E2 y E3 afirman que, si hay razones bien argumentadas, no solo como lo vendían los medios de comunicación, sino que también se presentaron diálogos con la academia en las diferentes comunas sobre los impactos negativos de las acciones del gobierno, así como también los impactos negativos de medidas anteriormente ya implementadas.

En lo correspondiente a la postura de los funcionarios de las fuerzas públicas de Colombia, afirman en su totalidad que no existieron razones suficientes y que estas no se encontraban bien justificadas; además, consideran que existió una mala interpretación por parte de la sociedad y había desconocimiento de la mayoría de ciudadanos respecto al motivo por el cual se estaba luchando.

Ahora bien, en cuanto a si están de acuerdo con las exigencias presentadas por parte del comité del paro, se obtuvo del presente estudio, que la totalidad de entrevistados no se encontraba de acuerdo con dichas peticiones, dado que, como afirman los estudiantes, a manera general, en cuanto a derogar las medidas de reformas que iban a ser aplicadas estaba bien; sin embargo, el pliego de peticiones presentó propuestas de soluciones desfasadas que no se dieron a conocer antes de llevarlas a debate, razón por la cual, la comunidad empieza a realizar reuniones para llegar a concluir peticiones acordes y coherentes con las necesidades que presentaban en esos momentos. Por parte de la Fuerza Pública se obtuvo una postura similar al considerar que no hubo una articulación de ideas y que el comité expuso sus beneficios personales y no las necesidades de la totalidad de los ciudadanos.

En lo concerniente a la pregunta, ¿cree usted que el estallido ha revelado los problemas de liderazgo político y gobernabilidad local, las debilidades y la baja capacidad de gestión del lado gubernamental? E1 menciona que este es un punto de gran importancia, que se evidenciaba desde anteriores protestas y que, debido a ese conglomerado de acciones impertinentes por parte del gobierno, con lo de la reforma tributaria estalla la población, cansada de callar y pasar por alto tantas fallas e inequidades por parte del Estado.

E2 menciona que, si se evidenció esta falencia, desde antes algunos actores la notaron pero no la resaltaron y gracias al estallido se demuestra mejor la desconexión entre la sociedad y finalmente, E3 considera que es un problema que la sociedad ya conocía varias décadas atrás, sin embargo, hacía falta demostrar ese descontento, ya que todos viven con leyes y normas que no se están legislando y no están en pro de la ciudadanía, hay problemas de gobernabilidad y hay desconocimiento de estas normas y desconexión de docentes y de los diferentes gremios, que salen a participar en protestas únicamente por beneficios personales y hace falta una mejor forma de participación con la ciudadanía y los representantes gubernamentales. Todo este problema viene desde la mala estructuración del gobierno en Colombia.

En cuanto al punto de vista de los funcionarios de la fuerza pública, FFP1 aseguró que el problema en Colombia es que los ciudadanos no son objetivos sino subjetivos al momento de elegir a sus gobernantes y piensan, no en el beneficio común, sino el particular. FFP2 menciona que los problemas generados por un mal gobierno son el resultado de años de malas tomas de decisiones por parte de la sociedad o por su indiferencia y cultura apolítica y, finalmente, FFP3 asegura que los problemas que desataron el estallido social de 2021 no son únicamente problemas causados por el gobierno, sino más bien de toda la sociedad que no cuenta con una adecuada educación y que mantiene una cultura individualista.

Posteriormente, la presente investigación indaga sobre la concepción que tienen las personas objeto de estudio frente a ciertos conceptos:

Comité Nacional de Paro: Para la totalidad de estudiantes entrevistados, este concepto hace referencia a un escenario de unidad de acción donde recaen gremios, de diferente naturalidad y escala. Puede contarse con participación de individuos que cuentan con mucha historia y conocimiento, pero ya no tienen obligación con la realidad social popular e incluso dentro de sus propias fuerzas se desconoce las realidades de los individuos o comunidades. Mientras que, para los funcionarios de la fuerza pública, este concepto concierne a las personas intermediarias entre la ciudadanía y el gobierno, quienes se manifiestan en contra de toda acción que el gobierno realice.

Estudiantes universitarios: Según E1, E2 y E3 son jóvenes que se agremiaron en barrios, grupos de defensa y acción, tanto para ayudar con

acciones como las de primeros auxilios, como las de cuidado a la ciudadanía. También mencionan que la virtualidad generó una desnaturalización frente a las organizaciones estudiantiles y, por ende, estos jóvenes, al no ver dónde concurrir, asisten a las organizaciones comunitarias y de las comunas. Para FFP1, FFP2 y FFP3 los estudiantes universitarios son personas que reciben conocimientos en diferentes áreas en una institución con el fin de obtener un título legal para que se puedan articular a la ciudadanía respecto al ámbito laboral y, asimismo, mencionan la existencia de estudiantes que asisten a la universidad con fines diferentes a los académicos y consideran que son quienes fomentan actos vandálicos.

Docentes: Los estudiantes mencionan que son personas encargadas de la enseñanza en sus diferentes niveles, algunos agremiados con gran experiencia de lucha; asimismo, consideran que, en el contexto del estallido social, los docentes no jugaron un papel preponderante y se mantuvieron en dinámicas apartadas a las demandadas por el paro. Para los FFP son personas quienes imparten conocimientos en las instituciones educativas, sean en término general o especializado en un campo particular del conocimiento, ciencia, arte, asignatura, disciplina académica, ciencia, arte, etc.

Campesinos: Para los estudiantes, son hombres y mujeres trabajadores del campo, encargados de producir alimentos con condiciones paupérrimas de vida, sin reconocimiento como sujetos de derecho y a quienes se los vulnera y se los aleja del país, menospreciando su importancia en la sociedad. Según los FFP son personas quienes administran la tierra para comercializar alimentos en el país.

Comunidades indígenas: Para E1, E2 y E3 son pueblos originarios ancestrales que han sobrevivido a la conquista española y siguen viviendo la explotación y marginación económica y el flagelo del narcotráfico. Según FFP1, FFP2 y FFP3 son personas quienes conservan estilos de vida los cuales pertenecían a las comunidades antes de la colonización de América.

Organizaciones afrodescendientes: los estudiantes encuestados consideran que estas organizaciones son formas de reunión y participación política, algunas populares, otras patronales de los pueblos negros de Colombia, y los funcionarios de la fuerza pública entrevistados mencionan que son personas quienes se asocian para alcanzar un fin determinado.

Primeras líneas: Los estudiantes presentan dos interpretaciones de este concepto; la primera de ellas es la que se originó en Chile, y que hace referencia a los lugares donde las fuerzas policiales y los manifestantes se enfrentan, donde las bombas y balas se arrojan. El segundo concepto que mencionan concibe a las llamadas por medios de comunicación y grupos universitarios primeras líneas de Colombia, las cuales nacen en el estallido social de 2021 y se desarrollan sin ningún tipo de connotación política, sino que toman un enfoque social. En su organización cuentan con hombres, mujeres, campesinos, afrodescendientes, empresarios, etc., creándose como un espacio muy amplio y multicultural que no hace distinciones de ningún tipo, porque su propósito era defenderse de las medidas neoliberales que intentaba aplicar el gobierno y construir políticas y soluciones desde las diferentes perspectivas e instituciones. En cuanto a este concepto desde la perspectiva de los FFP se tiene que, para ellos, únicamente se refiere a las personas quienes por vías de hecho intentan presionar al gobierno para que atienda sus requerimientos y con la violencia y los daños a la sociedad y los bienes comunes esperan conseguir respuestas a sus peticiones.

Fuerza pública: Los estudiantes entienden este concepto como personas que, por vocación, sirven a las entidades del Estado y del gobierno para la aplicación de sus normas, especificando que, para el caso del estallido social de 2021, las normas se enfocaban en la explotación, convirtiéndolos en garantes de que se apliquen las leyes y que la vulneración a los derechos se incremente. Por otro lado, para los FFP este concepto se refiere a instituciones que están al servicio del gobierno y de la ciudadanía, ayudando, cuidando y velando por el bienestar y la seguridad de la población.

Gobierno: Para los FFP, el gobierno hace referencia a las personas quienes administran el presupuesto del país para cubrir, por medio de diferentes proyectos, las necesidades que éste necesita hasta el punto de alcanzar su desarrollo. A diferencia de los estudiantes, que lo conciben como un ente corrupto, que a pesar de las múltiples promesas y cambios de gobernantes no ha presentado ninguna diferencia sustancial a través de los años, aseguran que se encuentra teóricamente diseñado para la coexistencia entre sectores y clases sociales, pero en la práctica, gracias a la corrupción y el narcotráfico, se prestan para la contención social, el favorecimiento de unas clases mayormente potenciadas y desarrolladas y para la explotación de otras con menores oportunidades.

Finalizando las entrevistas, se los interroga acerca de ¿cuál es la postura que presentan con relación a la actual forma de protestar en la ciudad de Pasto?. De ello se obtiene que los estudiantes consideran que en el año 2021 se evidenció el cúmulo de afectaciones que se presentaban hacia la ciudadanía, como el código de policías, reformas neoliberales lesivas, pandemia, incremento en impuestos, desempleo, hambre, pobreza, falta de oportunidades, etc. Demostrando un panorama de desolación acorde a las protestas presentadas, por ende, frente a esta inadecuada forma de gobernar, las protestas de 2021 deben considerarse bien justificadas y legales para la defensa de la vida de las mayorías.

Por otro lado, los FFP consideran que en Pasto la protesta es relativa, puesto que hay personas objetivas que protestan como lo indica el marco legal y hay personas subjetivas que hacen uso de estas protestas para alcanzar sus fines delictivos.

Frente a si están de acuerdo con las acciones de la fuerza pública en situaciones de protestas, los entrevistados de las FP consideran que, en la mayoría de los casos, los funcionarios actúan articulados a las indicaciones legislativas, pero en algunas ocasiones, pueden llegar a desarticularse y no cumplir con las indicaciones dadas, llegando a sobrepasar los límites de las reglas. Por otro lado, los estudiantes afirman que el accionar de la fuerza pública es vergonzoso, ya que, en teoría, deben ser personas que por vocación y empleo están dispuestos a cuidar y velar por el bienestar de la sociedad; sin embargo, se evidencia que, por cumplir lo que el estado y el gobierno demanden, no presentan límites y obedecen órdenes, así estas se encuentren en contra de la misma sociedad.

Finalmente, se termina con una pregunta propositiva, en la cual se indaga sobre una forma correcta de protestar y luchar por el goce efectivo de los derechos, para lo que los estudiantes consideran que, lo correcto tiene un juicio de moral y subjetivo, por ende, las formas de protestar no pueden seguir todas un mismo rumbo, ya que sería injusto esperar que los gremios protesten todos de la misma manera, dado que por su condición natural, cada sector social tiene unas condiciones particulares, pero también se debe analizar la exigencia o afectación de las peticiones de cada gremio para determinar una manera de protestar o limitar las protestas sociales dependiendo del rango de urgencia que tengan las peticiones. Sin embargo, los FFP aseguran que la manera correcta de protestar debería

ser la identificación de los propósitos que tiene la ciudadanía, luego de una investigación meticulosa de los mismos, y buscar representantes que expongan estos propósitos al gobierno, evitando causar daños que la misma ciudadanía tendrá que pagar con sus impuestos.

Después de obtener los resultados, se realiza un análisis contrastando las respuestas de los entrevistados con diferentes posturas, estudios e investigaciones relacionadas con el tema. Frente a esto, en lo concerniente a las principales causas para que se presente el estallido social de 2021, el estudio desarrollado por Valencia (2021) establece la existencia de enormes desigualdades y abandonos históricos invisibilizados por décadas en Colombia, generando así cierta similitud con las posturas estudiantiles.

En cuanto a si hubo suficientes razones para que el estallido social se desarrollara o si hubo una mala interpretación por parte de la sociedad, el Laboratorio de Economía de la Educación (LEE), de la Pontificia Universidad Javeriana (2021), concluyó que muchas de las razones de dicho descontento se intensificaron debido a la pandemia Covid-19. En el caso de los estudiantes, se evidenció que ellos no participaron en actividades académicas debido a la ausencia de internet, rezagos en la conectividad y falta de equipos, demostrando con ello las grandes brechas digitales para el acceso a internet en Colombia. Además, el estudio resalta que no solo se impactó la educación, sino también a otros sectores de la sociedad de manera indiscriminada, pues ciertos grupos sociales que ya se encontraban en condiciones de vulnerabilidad, como el de las mujeres, se vieron aún más afectados, agudizando las desigualdades sociales y de género en el 2021. Demostrando así que, tal y como mencionaron los FFP las razones que se presentaron en el estallido social no se encontraban bien justificadas, a pesar de que el autor sí reconoce la existencia de razones de peso para el desarrollo de la citada protesta social.

En el mismo orden de ideas, se presentan los estudios desarrollados por Garzón (2021), quien obtuvo de sus trabajos de campo un alto nivel de inconformismo por parte del pueblo con las acciones del Estado, como la implementación de una reforma tributaria que afectaba la situación económica de la clase media, fallas en el sistema de salud, precariedad en las condiciones laborales y pocos beneficios para acceder a una educación formal, acciones que la población conocía y manejaba de manera adecuada, gracias a las jornadas pedagógicas realizadas durante el periodo del estallido

social. Dichas jornadas ayudaron a desatar pronunciamientos masivos en las calles, a pesar del temor al virus covid-19. Enfatizando aquí que, al igual que las posturas estudiantiles, el autor también justifica diversas razones por las cuales el estallido social se encontró bien justificado y no se presentaron malas interpretaciones.

En cuanto a las exigencias presentadas por parte del comité del paro, Delgado (2021) considera que la acción realizada, decepcionó a la mayoría de la comunidad, puesto que al convocar a movilización tomaron la insignia “Es el momento de parar por la vida, paz, democracia y contra el nuevo paquetazo de Duque”, con lo que muchos sectores aceptaron la invitación porque encontraron que este lema cobijaba buena parte de sus demandas, pero al analizar las peticiones que presentaron, se desencadenó un sentimiento de ausencia de representación.

Por otra parte, en lo concerniente a si “el estallido ha revelado los problemas de liderazgo político y gobernabilidad local, las debilidades y la baja capacidad de gestión del lado gubernamental” (Álvarez, 2022, p. 10), autores como Álvarez (2022) aseguran que este “puso en evidencia la inconformidad de amplios sectores sociales populares y medios de Colombia, el cansancio y la angustia frente a problemáticas acumuladas de precarización económica y desigualdades que la pandemia y su manejo mostró y amplificó”(p. 2).

En este sentido, Hoyos (2021) en sus estudios demuestra que, no se puede descartar como hipótesis que, si bien el estallido expresó el surgimiento de dinámicas estructurales resultantes de la situación creada por la pandemia del COVID y su liderazgo por parte del gobierno, la convocatoria del paro permitió la expresión de actores espontáneos de un lado y la confluencia de procesos organizados, intereses y agendas no espontáneas de otro. Estos actores aprovecharon la situación, transformando el paro y su dinámica en espacio para la acción política, con objetivos múltiples y diversos.

Como solución a estos problemas, Salazar (2021) estipula que, si bien es importante el liderazgo y los programas del gobierno, también es importante la coordinación y acción concertada del gobierno con los sectores cultural, educativo, empresarial y las comunidades organizadas. Siguiendo con esta misma idea, Fernández et al. (2022) señala que:

Una estrategia plural y mancomunada en una perspectiva de gobernanza... [pero también] la agencia de todos los actores sociales, políticos e institucionales, que comparten la perspectiva de transformaciones efectivas en el marco de las instituciones del Estado Social de Derecho y para darle efectividad a diversas promesas de la Carta Constitucional de 1991, respecto de una sociedad y un Estado democrático, incluyente y pluralista (p. 11).

Ahora bien, en cuanto a la actual forma de protestar en la ciudad de Pasto, se encuentra el punto de vista de Bohórquez (2021), quien considera que, de manera general, se puede caracterizar a las movilizaciones del estallido social 2021 como manifestaciones masivas y fundamentalmente pacíficas, la mayor en varias décadas, tanto a nivel local como regional y nacional. Obteniendo de estos hechos un impacto emocional y político al movilizar la conciencia de grandes sectores sociales, que involucran a todos los niveles de la sociedad de diversas maneras.

Frente a si están de acuerdo con las acciones de la fuerza pública en situaciones de protestas, el economista experto en gestión de paz y conflicto Álvarez (2022) en sus estudios asegura que en la dinámica del paro y particularmente en el contexto de diversos hechos de enfrentamiento, la respuesta por parte de las autoridades policiales fue violenta. Como resultado, hubo cerca de medio centenar de muertos en las primeras 6 semanas (CIDH, 2021, pp. 6-7), muchos de ellos jóvenes manifestantes y dos funcionarios estatales, así como numerosas violaciones de derechos humanos que alimentaron el enfrentamiento mediante el Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD) de la Policía y su asistencia solicitada por el CIDH.

Y finalmente, sobre la forma correcta de protestar y luchar por el goce efectivo de los derechos, Deutsche (2021) estipula, en primera medida, que, debido a que se ha dado un avance de conciencia reflejado en diversas acciones y sectores, lo cual puede traducirse en una perspectiva general de transformación pacífica, una forma correcta de protestar debe formarse a partir del diálogo múltiple, el cumplimiento de los acuerdos parciales, la profundización y el desarrollo de diversas acciones transformadoras desde el sector público, las universidades, los empresarios, organizaciones sociales, comunidad internacional y sectores de los jóvenes.

Por su parte, Álvarez (2022) considera que, debido a que Colombia presenta un proceso de colectiva politización que favorece, exactamente la no violencia, el diálogo entre distintos actores y la acción política que es crucial para lograr un goce efectivo de derechos, para el cual es necesaria una acción abierta en la que se expresan motivaciones y liderazgos diferentes, nuevos y emergentes en el contexto local.

2. PRINCIPALES BASES CAUSALES DEL ESTALLIDO SOCIAL DE 2021 SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Con los resultados obtenidos anteriormente, es menester determinar las posibles causas para que el estallido social de 2021 se haya desarrollado de forma disruptiva. Para encontrar el origen de dichas causas, es necesario conocer lo referente a las características, límites y alcances que tiene el derecho a la protesta en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para esto, en primer lugar, se debe entender que, al ser la protesta social una legalidad constitucional que se utiliza para complementar otros derechos como la libertad de expresión, hace que se dé paso a la existencia de sociedades democráticas (Fernández et, al. 2022). A pesar de ello, en la práctica, este propósito es contradictorio, dado que las instituciones encargadas de salvaguardar este derecho presentan un alto índice de desaprobación social frente a las constantes problemáticas del entorno, por lo cual se llevan a cabo múltiples protestas como mecanismo de rechazo (Fernández et al., 2022).

Antes de entrar de lleno al tema, se deben presentar ciertos hechos históricos relacionados con el derecho a la protesta social en Colombia, puesto que, llegados los 90, se crea la nueva constitución política del país, con entrada en vigor en 1991, la cual consagró el derecho a la protesta social plasmado en el artículo 37, el cual versa lo siguiente:

Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho (Constitución Política de Colombia, 1991).

De igual manera, este derecho tiene relación con los artículos 1 y 2 de la Constitución, que promueven la participación de todas las personas en la toma de decisiones que las beneficien o afecten. Asimismo, los derechos de

asociación (artículo 38), la libertad de expresión (artículo 13) y el derecho a participar en el control del poder político (artículo 40). Además de ellos, a las organizaciones sociales se les garantiza el derecho a protestar y ayudar en eventos políticos (Constitución Política de Colombia 1991).

Con la existencia del bloque de constitucionalidad, en el orden internacional se encuentran consagrados derechos de asociación como los siguientes:

1) la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 20), que salvaguarda la libertad de reunión y asociación pacífica, y además determina que ningún ser humano puede ser obligado a participar en algún tipo de gremio o asociación; 2) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo 21), que establece que las personas tienen derecho de asociarse sea en manifestación pública o asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole; 3) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 21), en el cual se precisa que el ejercicio del derecho a la protesta y las restricciones necesarias deberán estar previstas en la ley; 4) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 15). Aunque en estos no se consagra el derecho a la protesta tácitamente, se infiere protección en conexidad con los derechos fundamentales del ser humano (Fernández et al., 2022, p. 8).

Con lo mencionado, se demuestra que una de las principales características que conlleva la protesta social es que tiene inherente un conjunto de derechos fundamentales conexos establecidos en la carta magna, los cuales se regulan como una figura legítima de necesidades, reclamación y exigencia de derechos humanos (DUDH, 1948). Por ende, todas las organizaciones tienen la libertad de protestar sin discriminación alguna y que la protesta no violenta garantice protección.

Otra característica relevante es que, según Manzo (2018), la protesta social tiene derechos y lleva a exigir que se implementen todos los demás elementos propuestos en la constitución y que no sean únicamente elementos en beneficio de líderes grandes. En lo concerniente a los alcances de la protesta social, debe mencionarse el caso del derecho de asociación o reunión pacífica, el cual tiene su base en la esencia de toda sociedad y,

a través de su implementación, posibilita el ejercicio de otros derechos y visibiliza el cumplimiento efectivo de las tareas del Estado (Fernández et al, 2022).

Asimismo, el derecho a la libertad de expresión, que tiene un amplio alcance en cuanto a la protesta social, ya que tiene como objetivo garantizar que toda persona pueda expresar ideas, pensamientos o comunicarse e impartir información, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier medio, libre de discriminación o persecución. De esta manera, el Estado está obligado a respetar sin censura las formas en que los colombianos expresan sus opiniones, siempre y cuando no involucren situaciones ilegales que puedan amenazar la seguridad nacional (CIDH, 2000).

Acerca de ello, se encuentra en el artículo 20 de la Constitución Política de 1991 la garantía a la sociedad de expresar la libertad, difundir ideas y opiniones, informar y recibir información imparcial y veraz, y la libertad de establecer medios de comunicación masiva (Constitución Política de Colombia, 1991). Estos son libres y tienen responsabilidad social. La importancia de la libertad de expresión en la Constitución Política muestra el interés del Estado colombiano en proteger los derechos fundamentales.

Como señalan Fernández et al. (2022):

...la Corte Constitucional, en la Sentencia T-015 de 2015, reconoce que el derecho a la libertad de expresión es considerado como la garantía que se le reconoce a las personas para expresar y difundir libremente sus pensamientos y opiniones, para informar y recibir información de manera veraz e imparcial, también garantiza la rectificación en condiciones de equidad, eliminando en ese momento la censura. De igual manera, menciona cuatro componentes por los cuales la libertad de expresión ocupa un lugar preferente: 1) Toda expresión está amparada por el derecho a la libertad de expresión. 2) Cuando el derecho a la libertad de expresión colisiona con otros derechos, este en principio prevalece por encima de los demás. 3) Cualquier limitación a este derecho de parte de las autoridades implica un comportamiento contrario a la Constitución Política. 4) No se admite prueba en contrario cuando se demuestra censura previa de parte de las autoridades porque es una violación al derecho a la libertad de expresión (p. 11).

Y finalmente, se presentan unas limitaciones como las mencionadas en diferentes sentencias (por ejemplo, C-122 de 2012, C-075 de 1997, C-450 de 1995, C-473 de 1994 y T-433 de 1992), por las cuales la Corte Constitucional garantiza que la ley no es absoluta, por lo que es importante limitar las manifestaciones de protesta social cuando se afecte el interés general.

Por otro lado, si bien la protesta social no está penalizada en Colombia, los actos que están directamente relacionados con el derecho a la protesta, como obstruir el transporte público, el transporte colectivo u oficial, se consideran violatorios o abusivos, procesados como tal; obstrucción a vías públicas que afecten el orden público; y asonada (artículos 469 y 353) (Congreso de la República, 2000).

En el mismo sentido, la Corte Constitucional (2015) asegura que esta intromisión no es suficiente, sino que debe poner en peligro los derechos fundamentales de terceros; por ello, la Ley 1453 de 2011 (Ley de Seguridad Ciudadana) enfatiza la inclusión de la palabra “público” de la conducta como un objeto material.

Lo mencionado anteriormente tiene como objetivo fortalecer las medidas para proteger el derecho constitucional a la protesta pacífica; para ello plantea condenar y judicializar a quienes se aprovechen de la protesta para realizar actos violentos que atenten contra la seguridad de los protestantes, contra el orden público y la autoridad, acciones que desprestigien el buen comportamiento de la misma o que dañen los bienes públicos y privados. Con esto, se busca mantener el orden público, sancionar a quienes inciten o fomenten el vandalismo, y fortalecer el actuar de las fuerzas del orden a través de mecanismos penales (Rivera et al. 2020).

3. DETERMINACIÓN DE LOS PRINCIPALES ANTECEDENTES CONTEXTUALES Y CARACTERÍSTICAS DEL ESTALLIDO SOCIAL DE 2021

En lo concerniente al estallido social desarrollado en Colombia en 2021, Cruz (2021) afirma en sus investigaciones que distintos sectores de la sociedad iniciaron una protesta convocada, en un principio, por diferentes centrales sindicales, esto para continuar los esfuerzos para abordar las demandas sociales postergadas desde el 2019. Seguido de ello, para enfrentar los efectos de la pandemia, se implementó una reforma tributaria presentada por el gobierno en la que se involucró un amplio rechazo popular.

A partir de entonces, Colombia empezó a experimentar fuertes tensiones internas, distinguidas por varias violaciones a los derechos humanos debido al uso excesivo de la fuerza por parte de las entidades encargadas de la seguridad pública (Delgado, 2021). En el marco de la movilización social, la fundación Desarrollo y Paz -Fundepaz- participa en este proceso de protesta social como garante de derechos, acompañando las manifestaciones y actividades planificadas y sentidas con la misión y visión de la fundación, a causa también de la necesidad urgente dada la experiencia de protestas pasadas. Sin embargo, no existen garantías de derechos en su totalidad. (Fundepaz, 2021).

A nivel nacional se destacó la alta presencia del estudiantado y las primeras líneas de defensa (hacen referencia a un grupo de personas que enfrentan a la fuerza pública en las manifestaciones con el fin de proteger a los protestantes). La información recolectada en dichas primeras líneas muestra que, la mayoría, son jóvenes que no estudian, viven al día y no tienen empleo definido o se mantienen con un trabajo informal (Bohórquez, 2021). Cabe mencionar aquí también que los jóvenes que fueron más combativos durante el estallido social de 2021 fueron la población más afectada por el gobierno en cuanto a acceso a educación pública y de calidad y garantías laborales.

La CIDH genera un reporte para el 7 de julio de 2021, en el cual, se realiza una fuerte crítica acerca del uso irrazonable de la fuerza, la violencia ejercida contra los periodistas, las desapariciones forzadas, y el uso de la asistencia militar y misiones médicas. Asimismo, la ONG Temblores (2021) registró el uso de violencia sexual física y homicida, con 75 asesinatos entre el 28 de abril y el 28 de junio de 2021 en un informe elaborado junto a Indepaz, de los cuales 44 eran con presunta autoría de la Fuerza Pública, 28 víctimas de violencia sexual, 1.468 casos de violencia física, 1.832 detenciones arbitrarias, 83 víctimas de violencia ocular, para un total de 3.486 casos de violencia policial. Por su parte, el Estado colombiano registró 1.253 policías heridos (ONG Temblores, 2021).

Entre los antecedentes más relevantes y significativos causantes del estallido social de 2021, se encuentran:

El Acuerdo de Paz: El jefe de la Misión de Verificación de la ONU en Colombia, enfatizó los esfuerzos para consolidar la paz, pero también

destacó que los avances en la implementación del acuerdo son distintos y desiguales, por lo que señaló la necesidad de adoptar medidas para mejorar la situación (Ruiz, 2021).

Por su lado, el secretario general de la ONU pidió el pleno cumplimiento del acuerdo y advirtió sobre el aumento de violencia en algunas regiones del país y su impacto en las comunidades afrocolombianas e indígenas en particular. Indico que en el último informe trimestral (enero-marzo, 2021) sobre la implementación del acuerdo destacó el asesinato de 11 exguerrilleros de las Farc-EP, con lo que el número total de asesinatos desde la firma del acuerdo asciende a 315 (Gutiérrez, 2021).

Líderes sociales y cuestiones ambientales: “la Defensoría del Pueblo reportó 52 asesinatos de líderes sociales y defensores de derechos humanos en el primer trimestre de 2022... La mayoría de los casos se [registraron] en Cauca (8), Putumayo (7), y en Nariño, Arauca y Norte de Santander, con 4 casos en cada uno de estos departamentos”. En gran parte, los líderes y lideresas asesinados trabajaban principalmente para proteger el país y el medio ambiente. Respecto a este último, cabe mencionar que, si bien 24 Estados de la región han firmado el Acuerdo de Escazú, Colombia aún no lo ha ratificado. Esto ha sido fuertemente criticado por expertos en el tema, por la emergencia social y ambiental que prevalece en el país (Defensoría del pueblo, 2021).

Pobreza: Tomando como referencia al DANE (2021), se encuentra en sus resultados sobre pobreza monetaria que, en Colombia para 2021, la cifra de pobreza se ubicaba en el 39,3%. Cabe resaltar aquí que, sin apoyo institucional, este valor habría aumentado hasta 42,9% y la inflación no aceptó que la misma bajara hasta el 35,9%. La extrema pobreza monetaria afecta al 12,2% de los habitantes del país. Además, el 31% de la población nacional se considera en riesgo, el 1,8% pertenece a la clase alta y el 27,8% a la clase media.

Jóvenes: Las principales preocupaciones de los jóvenes son la falta de empleo y de oportunidades. Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2021), en el segundo trimestre de 2021 la tasa de empleo juvenil fue de 42,3% y la tasa de desempleo de 23,1%. Desde 2016, ambos roles se han vuelto más precarios a medida que el empleo ha seguido disminuyendo y las tasas de desempleo han aumentado en general.

Las tasas de desempleo han incrementado aún más significativamente, especialmente entre las mujeres jóvenes, y han empeorado en el contexto de la pandemia, ampliando la brecha de género.

En este contexto, y debido principalmente a la fuerte oposición a la reforma tributaria propuesta por el gobierno del presidente Iván Duque, y otros proyectos de ganancia para el gobierno, se llevó a cabo una movilización masiva que, para el caso de la ciudad de Pasto, se contó con la participación de 10.250 personas, siendo hasta el momento, unas de las movilizaciones más grandes a nivel regional (Valencia, 2021).

Según con información oficial de la Defensoría del Pueblo (2021), el 1 de mayo, resultaron heridas 11 personas, de las cuales 10 de los casos ocurrieron ejerciendo el derecho a manifestarse y no participantes de la misma y 1 de ellos pertenecía a un cuerpo policial. Se recalca que el número puede aumentar aún más si tomamos en cuenta casos que no fueron conocidos ni reportados por las autoridades, como, por ejemplo, lesionados que no fueron atendidos en centros médicos, brigadas médicas o personas que no denunciaron.

En cuanto a la información recopilada y reportada por organizaciones sociales y equipos de derechos humanos presentes en la región, incluido FUNDEPAZ (2021), del 28 de abril al 19 de mayo de 2021, se reconoce que muchos de estos casos, no han sido descubiertos y no se encuentran en las bases de datos de entidades oficiales y entidades públicas, debido a diversos factores como la atención directa por parte de organizaciones sociales, la falta de quejas y reportes de la ciudadanía, los servicios de primeros auxilios recibidos en establecimientos no hospitalarios o la atención brindada por cuerpos de socorro en escenarios ambulantes.

- 357 detenciones arbitrarias.
- 76 lesiones físicas.
- 21 menores de edad detenidos
- 6 menores de edad con lesiones físicas.

A continuación, se presenta una tabla resumen, en donde se encuentran las diferentes afectaciones como parte sociopolítica de la violencia en el marco de la movilización social entre el 28 de abril y el 19 de

mayo, en el departamento de Nariño con especial énfasis en su capital, Pasto (Álvarez, 2022).

Figura 1

Principales afecciones del estallido social en Pasto

Afecciones	Cantidad
Amenazas y/u hostigamientos	6
Asesinatos	1
Desapariciones forzadas	1
Detenciones arbitrarias	357
Lesiones físicas	77
VBG contra mujeres y personas LGBTI	12
Afecciones a la misión humanitaria	5

Nota. Fundepaz (2021).

Finalmente, se debe mencionar que el desafío vinculado con el desenlace de la situación política nacional, es tanto la posibilidad de encontrar convergencia como una intención común de cambiar las condiciones estructurales. Va a depender en parte del resultado de la concientización de la comunidad, el diálogo local y la movilización social para que sea posible coordinar, darle efectividad e implementar agendas de transformación regionales y locales, que contribuya a eliminar los factores estructurales en la base de los conflictos o invocados.

Por tanto, se requiere una estrategia mancomunada y plural desde una perspectiva de gobernanza, en la cual el liderazgo y los programas estatales son importantes, pero también requieren la acción y coordinación concertada entre los sectores empresarial, cultural, educativo y los agentes estatales y las comunidades organizadas; pero igualmente todos los actores políticos, institucionales y sociales, que comparten la visión de un cambio efectivo en el marco de las instituciones del Estado social de derecho y el cumplimiento de las diversas promesas y compromisos de la Carta Constitucional de 1991, respecto de una nación y un Estado incluyente, pluralista y democrático (Álvarez, 2022).

CONCLUSIONES

En lo que respecta a las protestas sociales, debe aclararse que estas se han analizado desde distintos puntos de vista. Obteniendo así varios estudios que afirman que la organización de la protesta social debe centrarse en la necesidad de introducir de forma progresiva en el espacio social nuevas sensibilidades, discursos alternativos y, por lo tanto, nuevas voces hacia la apropiación de los derechos fundamentales en el espacio social. Demostrando así la necesidad de líderes coherentes en sus acciones que motiven a realizar de manera adecuada el goce del derecho a la protesta.

También se concluye que las perspectivas de estudiantes y funcionarios de la fuerza pública se encuentran polarizadas y mantienen diferencias marcadas por las situaciones contextuales que vive cada uno en su entorno, justificando de las dos partes posturas violentas hacia sus contrarios. Demostrando con ello uno de los puntos en donde nace el problema general de las protestas, vistas como una guerra y no como una unión para cumplir con un objetivo común en beneficio de todos.

En cuanto a las bases causales del estallido social, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico colombiano, se demuestra que, si existen normas que ayudan y protegen a la población, concluyendo con esto que el principal problema no es normativo, sino de voluntad política para hacer ejercer los derechos de los ciudadanos y evitar al máximo la vulneración de dichos derechos, al igual que un problema cultural que conlleva los daños físicos y psicológicos y deja de lado el objetivo principal y general de las marchas.

Finalmente, debe considerarse que la protesta social ha estado asociada a luchas reivindicativas de diferentes sectores. En este sentido, se reconoce a la amplia movilización social como un proceso complejo donde confluyen heterogeneidades de iniciativas, lo que implica el reconocimiento de las dimensiones sociales, culturales y simbólicas como elementos de reconstrucción de identidades en cada zona y con la unión lograda trascender en estos espacios.

REFERENCIAS

Álvarez, A. (2021). El Paro nacional del 2021 en Colombia: estallido social entredinámicasestructuralesyde coyuntura. La relevancia de la acción política y del diálogo en su desarrollo y transformación. *PROSPECTIVA*.

Revista De Trabajo Social E Intervención Social, (33). <https://doi.org/10.25100/prts.v0i33.11864>

Árias, J., Villasís, M., & Miranda, M. (2016). El protocolo de investigación III: la población de estudio. *Rev Alerg Méx*, 63(2):201-206. <https://www.redalyc.org/pdf/4867/486755023011.pdf>

Bohórquez, W. (2021). Dialéctica del estallido social en Colombia 2021: ecosistema de la contienda política-económica inherente al capitalismo-imperialismo. Contribución al análisis de la coyuntura generada por la movilización popular entre abril y julio de 2021 en Colombia: (Segunda parte: actores 1). *El Ágora USB*, 22(1), 464-485. <https://doi.org/10.21500/16578031.6090>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Observaciones y recomendaciones: Visita de trabajo a Colombia. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ObservacionesVisita_cidh_Colombia_spA.pdf

Constitución Política de Colombia. (1991). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1978). https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (2015). Sentencia T-015 de 2015 [M.P.: Vargas, L.].

Cruz, C. (2017). Repositorio (contenido digital). Obtenido de La protesta social en Colombia: interpretación, comprensión, aplicación desde la teoría política (Trabajo de Grado, Universidad del Tolima). <http://repository.ut.edu.co/bitstream/001/2161/1/APROBADO%20CRISTIAN%20DANIEL%20CRUZ%20AMADOR%20.pdf>

Cruz, E. (2013). La reforma de la educación superior y las protestas estudiantiles en Colombia. *Revista POSTData*, 18(1), 51-71. https://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-96012013000100002&script=sci_abstract&tlng=es

- Daher, A., Moreno, D. y Aninat, M. (2017). Efectos socioterritoriales en Chile del súper ciclo de los *commodities* y de su término. *Cadernos Metrópole*, 19(38), 127-155. <https://www.redalyc.org/pdf/4028/402850409006.pdf>
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>
- Declaración de principios sobre libertad de expresión. (2000). <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-principios-libertad-expresion.pdf>
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Delgado, M. (2021). Paro Nacional 2021 en Colombia: los jóvenes en primera línea. *Distintas Latitudes*. <https://distintaslatitudes.net/historias/cronica/paro-nacional-colombia-jovenes>
- Fernández, V., Marimón, M. y Pereira, D. (2022). Análisis jurídico de la implementación de la protesta social en Colombia: una visión constitucional y normativa. *Dixi*, 24(2), 1-22. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8532451>
- Fundepaz. (2021). Balance general de la jornada de paro nacional indefinido. <https://www.fundepaz.org/balance-general-de-la-jornada-de-paro-nacional-indefinido-28-de-abril-a-mayo-19-de-2021/>
- Garcés, M. (2020). Crisis sobre la crisis: del estallido social a la emergencia del coronavirus. Obtenido de <https://lom.cl/blogs/blog/crisis-sobre-la-crisis-del-estallido-social-a-la-emergencia-del-coronavirus>
- Gilhodes, P. (1970). Las luchas agrarias en Colombia. Bogotá: Ediciones El Tigre de Papel.
- González, R. (2019). Arritmias y recovecos del post-neoliberalismo en América Latina. *Revista de la Academia*, (27), 42-77. <https://doi.org/10.25074/0196318.0.1313>
- Guardián, A. (2007). *El Paradigma Cualitativo en la investigación*. Colección Ider.

- Jiménez, H. (2018). *Cómo se hace una investigación*. Academia.
- Manzo, G. (2018). *Sobre el derecho como protesta*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Martones, E. (2021). *Derecho a la protesta y orden público en Chile: análisis normativo y jurisprudencial desde la perspectiva de los derechos humanos*. Universidad de Chile.
- Meléndez, C. (2019). *El mal menor. Vínculos políticos en el Perú posterior al colapso del sistema de partidos*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Melucci, A. (1999). *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*. Centro de Estudios Sociológicos.
- Morales, M. (2020). *Estallidos sociales en Chile 2019: participación, representación, confianza institucional y escándalos públicos*. DOSSIER.
- Moreno, M., Amézquita, A., y Mejía, A. (2021). *La protesta social de 2019 y la juventud: El octubre ecuatoriano*. Universidad Central del Ecuador y FLACSO-Ecuador.
- Parodi, C., y Sticotti, N. (2020). *Ecuador, la insurrección de octubre*. Clacso.
- Pécaut, D. (1982). *Política y sindicalismo en Colombia*. Ediciones culturales.
- Rivera, D., Ríos, M., Bustos, Q., Gómez, L., y Varón, E. (2020). Características de la protesta social. Universidad Católica de Colombia.
- Ruano, A. (2018). *Sociedad en movimiento, tejiendo paz territorial en Nariño*. Universidad de Nariño.
- Salazar, R. (2019). El “reventón social” en Chile. Una mirada histórica. *Nueva Sociedad*. <https://nuso.org/articulo/protestas-Chile-estudiantes-neoliberalismo/>.
- Sampieri, R. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw Hill Education.
- Valencia, D. (2021). Comité del paro nacional: quiénes son los representantes y quién los elige. *AS Colombia*. https://colombia.as.com/colombia/2021/05/13/actualidad/1620927509_251411.html

RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA FIGURA DEL CUIDADOR COMO DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

María Fernanda Josa Valenzuela¹

Fecha de recepción: 21 de julio de 2023.

Fecha de aceptación: 24 de octubre 2023.

Referencia: Josa, M. (2024). Reconocimiento legal de la figura del cuidador como desarrollo del principio de integralidad del derecho a la salud en Colombia. *Revista científica Codex*, 9(17), 94-117.

RESUMEN

El presente artículo pretende estudiar el alcance de la figura del cuidador como desarrollo del principio de integralidad, dentro del modelo de protección social en el sistema de salud en Colombia, de conformidad con el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal existente. Para ello, se abordarán los principios esenciales que direccionan la prestación del servicio de salud; además, se abordará el tipo de prestaciones sociales en salud que ofrece el modelo actual, se definirá la connotación del cuidador; así como la diferencia con los profesionales domiciliarios y, finalmente, se presentarán algunas iniciativas legislativas propuestas por el legislador para la regulación del cuidador en Colombia. Con ello, se establecerá la importancia de su reconocimiento y regulación legal como parte del Plan de Beneficios en Salud en aplicación de la premisa *pro homine* de que todo servicio o medicamento

1 Abogada egresada de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: mafejosa@gmail.com

que no esté expresamente excluido, se entiende incluida su prestación. Si bien dentro del sistema de salud se ofrecen prestaciones inherentes a su misión, lo cierto es que es menester del legislador regular de forma paralela las prestaciones de salud de cuidado y apoyo social requerido por un grupo específico de usuarios del sistema, ya que la misma solo ha sido analizada por la doctrina y escasamente vía jurisprudencial, lo que restringe su efectividad a la conexidad con otros derechos y no su protección directa por disposición de la ley.

Palabras clave: Cuidador, principio de integralidad, atención domiciliaria, derecho a la salud, cuidados sociosanitarios.

ABSTRACT

This article intends to study the scope of the figure of the caregiver as a development of the principle of integrality, within the model of social protection in the health system in Colombia, in accordance with the existing legal, jurisprudential and doctrinal development. To do this, the essential principles that guide the provision of health services will be addressed; In addition, the type of social health benefits offered by the current model will be addressed, the connotation of the caregiver will be defined, as well as the difference with home professionals and, finally, some legislative initiatives proposed by the legislator for the regulation of the caregiver will be presented. In Colombia. With this, the importance of its recognition and legal regulation as part of the Health Benefits Plan will be established in application of the *pro homine* premise that any service or medication that is not expressly excluded, is understood to include its provision. Although benefits inherent to its mission are offered within the health system, the truth is that it is necessary for the legislator to regulate in parallel the health benefits of care and social support required by a specific group of users of the system, since the It has only been analyzed by the doctrine and scarcely through jurisprudence, which restricts its effectiveness to the connection with other rights and not its direct protection by law.

Key words: Caregiver, principle of integrality, home care, right to health, socio-health care.

INTRODUCCIÓN

La prestación del servicio de salud en Colombia se desarrolla bajo la aplicación de principios esenciales para la efectividad del Sistema de Salud; entre ellos, el principio de integralidad, cuyo elemento principal es la garantía de la prestación del servicio de salud sin interrupciones para que él o la paciente reciba los servicios médicos que requiere para atender su enfermedad de manera oportuna, eficiente y de alta calidad, de manera que el servicio adquirido debe ser integral y no puede ser interrumpido por razones administrativas o económicas.

Como es de conocimiento amplio, las Entidades Promotoras de Salud tienen obligaciones y deberes relacionados con el servicio de salud conforme a lo regulado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, norma que fue analizada a través de la Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró inexecutable el parágrafo del artículo 8 que delimitaba las tecnologías o servicios de salud a aquellos directamente relacionados con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico, decisión que implica indirectamente la posibilidad amplia de aplicación y extensión del principio de integralidad, para la protección del usuario del sistema, puntualmente para el servicio de cuidador.

Menciona Uprimny Yepes (2017), que “la provisión de modelos estructurados de programas, cuidados, apoyos y ayudas técnicas sociales de manera coordinada con el sistema de salud no ha sido discutida y solo se ha dado respuesta a peticiones puntuales a través de tutela” (p. 145-146). Precisamente, entre las prestaciones de salud de cuidado y apoyo social se destaca la atención domiciliaria en el sistema de salud, donde existe una indiscutible diferencia entre la figura del cuidador y el auxiliar de enfermería para las personas que demuestren su necesidad. No obstante, el servicio de cuidador no ha tenido el desarrollo legal necesario para su implementación y regulación como servicio integrado al Plan de Beneficios en Salud, por lo que jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha dado una interpretación restrictiva al alcance que esta figura debería tener.

En ese sentido, el presente artículo analizará la figura del cuidador dentro del modelo de protección social en el sistema de salud en Colombia, de conformidad con el desarrollo jurisprudencial y doctrinal, encaminado

a establecer la importancia de su reconocimiento legal como parte del Plan de Beneficios en Salud en aplicación de la premisa *pro homine* de que todo servicio o medicamento que no esté expresamente excluido, se entiende incluido.

Estos serán los aspectos que abordará el presente artículo: (i) principios esenciales del sistema de seguridad social en salud; (ii) prestaciones asistenciales y económicas dentro del modelo del sistema de seguridad social en salud en Colombia; (iii) desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial de la figura del cuidador en Colombia y su definición; (iv) propuestas legislativas para la regulación del cuidador en Colombia; con esos elementos; (v) se dispondrá a realizar algunas conclusiones generales.

1. PRINCIPIOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA

El Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene como objetivo garantizar el cubrimiento de los servicios previstos en el Plan de Beneficios de Salud.

Para abordar el tema de la prestación de salud en Colombia, el legislador ha dispuesto un conjunto normativo que tiene por objeto consagrar normas que garantizan el derecho a la salud. Inicialmente es necesario resaltar lo consagrado en la Constitución Política, la cual en su artículo 47 expresó la necesidad de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran. Igualmente, “De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, la prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado” (Ley 1751, 2015, art. 2).

Seguidamente, deviene necesario mencionar lo dispuesto por la ley estatutaria en salud, Ley 1751 de 2015, que desarrolla el derecho fundamental a la Salud desde la perspectiva de que este derecho

... comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud... [para ello, dispuso] que el Estado debe adoptar políticas para

asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas (Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, 2022, p. 6).

La referida ley estatutaria expresa directamente la obligación del Estado de protección y garantía del acceso efectivo al derecho fundamental de la salud. Como consecuencia de ello, es su obligación:

(i) formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema; (ii) formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales; (iii) establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio; ..., (iv) velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población. (Ley 1751, 2015, art.5).

Dicho ello, se observa que una de las obligaciones del Estado es velar por la garantía de los derechos a la salud contenidos en el numeral sexto de la Ley 1751 de 2015, cuyos elementos tienen la connotación de esenciales y, al mismo tiempo, se encuentran interrelacionados entre sí, tales como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad, la calidad e idoneidad profesional. Asimismo, señaló que el derecho fundamental a la salud comporta principios de obligatoria observancia al momento de garantizar el derecho a la salud, como el principio de universalidad y pro homine, bajo los lineamientos de equidad, continuidad, oportunidad, eficiencia, entre otros. Dichos principios, tal como señala la misma normatividad, deben gozar de una interpretación armónica, por lo que el legislador, al momento de proferir la ley, debe adoptar acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional (Ley 1751, 2015).

Más adelante, expresamente en el artículo 8 de la referida ley, se regula individualmente el principio de integralidad en relación a los servicios y tecnologías de salud, los cuales “deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia

del origen de la enfermedad, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador” (Ley 1751, 2015, art.8). Aunado a ello, señaló que “no podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”, y, en consecuencia:

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada (Ley 1751, 2015, art. 8).

Para el legislador resultó tan imperativo el principio de integralidad, que dispuso un artículo completo destinado específicamente a regular dicha disposición, lo que comporta una concepción predominante de su relevancia legal.

Mediante Sentencia C-313 del año 2014 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), de conformidad con lo previsto en el artículo 241, numeral 8 de la Constitución Política, efectuó la revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209/13 Senado, 267/13 de la Cámara, y declaró exequible el artículo octavo, salvo el párrafo del proyecto de ley que declaró inexecutable. El texto original del párrafo inexecutable contenido en el proyecto antes mencionado señalaba lo siguiente:

PARÁGRAFO. Para efectos del presente artículo, se entiende por tecnología o servicio de salud aquellos directamente relacionados con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Aquellos servicios de carácter individual que no estén directamente relacionados con el tratamiento y cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico, podrán ser financiados, en caso de que no existiese capacidad de pago, con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías en salud, en el marco de las políticas sociales del Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014).

Ello se traduce en que, una vez declarado inexecutable el párrafo referido, a voces de lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia T-395 de 2015 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo):

En caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de aquellos cubiertos por el Estado, esta se decanta a favor del derecho y cualquier

incertidumbre se debe resolver en favor de quien lo solicita. En concordancia, el tratamiento integral implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud suministrando todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno. (Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 2015)

Así, en la misma sentencia se refirió al estudio realizado por la Corte en el control de constitucionalidad realizado “y señaló que, en efecto, implicaba una limitación indeterminada de acceso, en contradicción con los artículos 2 y 49 de la Carta Política” (Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 2015).

En concordancia con lo anterior, en las Sentencias T-171 de 2018 y T-010 de 2019 (M.P. Cristina Pardo Schlesingery):

Se precisó que el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino también para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal, así como para garantizar el acceso efectivo. (Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2018 y T-010 de 2019).

Sin duda, con la exequibilidad del párrafo descrito se genera la posibilidad de aplicación y extensión del principio de integralidad para la protección del usuario del sistema, cuyo cargo también extiende su cobertura al servicio del cuidador, como se explicará más adelante.

2. PRESTACIONES ASISTENCIALES Y ECONÓMICAS DENTRO DEL MODELO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA

De conformidad con lo dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social, “el Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por el Estado, a través del Ministerio de Salud, quien actúa como organismo de coordinación, dirección y control, las Entidades Promotoras de Salud [EPS]” (Ministerio de Salud, 2014), responsables de garantizar la prestación del Plan de Beneficios en Salud a los afiliados y las instituciones prestadoras de salud [IPS], que son los hospitales, clínicas y laboratorios, entre otros, encargadas de prestar la atención a

los usuarios. También hacen parte del SGSSS las Entidades Territoriales y la Superintendencia Nacional de Salud.

La principal estrategia del Sistema General de Seguridad Social en Salud para lograr el acceso a la prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan de Beneficios en Salud es el aseguramiento de sus usuarios a través de la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores, sin perjuicio de la autonomía del usuario. El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece la obligatoriedad para todos los habitantes del territorio nacional de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud (Congreso de la República, Ley 100 de 1993).

Para lograr el acceso efectivo y la garantía del derecho a la salud, dentro del SGSSS existen dos prestaciones, a saber: (i) prestaciones asistenciales en salud y, (ii) prestaciones económicas. Respecto de las prestaciones asistenciales, las mismas ofrecen unos servicios, elementos médicos o medicamentos que el usuario necesita, que se brindan por medio de una EPS. Así, el objetivo de las prestaciones asistenciales se centra en otorgar al paciente los medios y asistencia idónea para su recuperación. Se puede decir que los servicios prestados se enmarcan en asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica. Aunado a ello, se presta el servicio de hospitalización, servicio odontológico, medicamentos, tratamientos y servicios de diagnóstico, prótesis y órtesis, rehabilitación física y profesional y gastos de traslado (Ministerio del Trabajo, Decreto 1295 de 1994).

Por su parte, las Prestaciones Económicas con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud [SGSSS] se encuadran en al menos tres: (i) incapacidades temporales, (ii) licencia de maternidad y (iii) licencia de paternidad. Para abordar las prestaciones descritas, se advierte que, según lo dispuesto en el artículo 1° de la Resolución 2266 de 1998, “se entiende por incapacidad el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio” (Resolución 2266, 1998, art. 1).

Finalmente, el pago de prestaciones económicas derivadas de las licencias de maternidad y paternidad, así como las de originarias por enfermedad general, será realizado directamente por la EPS, a través de

reconocimiento directo o transferencia electrónica. “En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas” (Decreto 1333, 2018, art. 2.2.3.1.1.).

Dicho ello, es claro que en Colombia actualmente en el SGSSS existen dos prestaciones brindadas a la población afiliada; no obstante, como se evidencia, dentro del marco del sistema de salud no existe alusión directa en torno a la provisión de los cuidados sociales ofrecidos por los cuidadores a los pacientes que lo requieran. Al respecto, debe mencionarse que existe divergencia entre si estos cuidados sociales deben incorporarse como parte de las prestaciones del sistema de salud, o si esta responsabilidad debe ser del individuo mismo o de su familia o de otros sectores. Uprimny (2017) señaló que:

El Gobierno y otras organizaciones han considerado que los servicios sociales deben ser financiados por parte de los ciudadanos o, en su defecto, cuando la persona no tenga capacidad de pago, con recursos diferentes a los de la seguridad social en salud, en el marco de las políticas sociales del Estado; por el otro, algunos consideran que, como parte del principio de integralidad, se deben incorporar de manera efectiva al sistema de salud (p. 147).

Es por ello que resulta imperativo establecer la importancia del reconocimiento de la figura del cuidador bajo el principio de integralidad del derecho fundamental a la salud, el cual tiene como punto de partida la inclusión de todos los servicios y tecnologías, siendo que las limitaciones al derecho deben estar plenamente determinadas.

Y es que dicho reconocimiento va más allá de su regulación jurídica, pues actualmente los cuidados sociales requeridos obedecen a las situaciones de dependencia de los afiliados al sistema de seguridad social en salud, que se torna también un problema político y social. Rodríguez y Monserrat (2002, como se citaron en Uprimny, 2017,) afirman que:

... la dependencia y su posible protección es objeto de debate tanto científico como político, ya que las instituciones y los actores sociales interpretan de manera legítima su diferente perspectiva del problema

así como de sus soluciones, bien como una necesidad (en el caso de las familias y sus cuidadores), como una oportunidad de actividad (sector privado mercantil o sin fin de lucro), como un costo (sobre todo para los cuidadores permanentes), como un reto para las políticas sociales (profesionales y responsables institucionales), como un problema de financiación (sobre todo para el Sector Público) o como un problema de gestión (tanto para los servicios de Salud como para los servicios sociales) (p. 144).

3. SOBRE LA FIGURA DEL CUIDADOR EN COLOMBIA

3.1. Breve desarrollo legal

En relación con el servicio de cuidador, la Corte Constitucional en Sentencia 154 de 2014, realiza un análisis en relación con su naturaleza, concluyendo que:

El servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud, y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado social de derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos (Corte Constitucional en Sentencia 154 de 2014).

Como primer acercamiento a la figura de cuidador, se tiene como antecedente lo señalado en el proyecto de Ley 33 de 2009, mediante la cual se registró la figura jurídica del cuidador familiar en casa, refiriéndose a personas que están a cargo de familiares que, por su situación física, mental, intelectual o sensorial, dependen de otro así:

El cuidador familiar será la persona que, siendo cónyuge, compañero o compañera permanente de la persona dependiente o teniendo un parentesco hasta el quinto grado de consanguinidad, tercero de afinidad o primero civil con la misma, demuestre que le presta ayuda permanente para las actividades de la vida diaria, sin recibir una contraprestación económica por su asistencia y que, por su labor de cuidador, se ve impedido de desempeñarse laboralmente. (Ley 33, 2009, art. 2)

Seguidamente, la Ley 1413 de 2010 en el artículo 3° consideró que:

Existen actividades de trabajo de hogar y de cuidado no remunerado, entre otras, el cuidado de ancianos y enfermos. Así, consideró que la labor del cuidador está enmarcada en la economía del cuidado, y si se tiene en cuenta que en esta ley se argumenta que es de “fundamental importancia económica”, se puede establecer que la figura de cuidador requiere de protección y fomento. (Ley 1413, 2010, art. 3)

Para el año 2013, con la expedición de la Ley 1618, se abordaron los lineamientos y medidas de inclusión de las personas con discapacidad, mediante las cuales se adoptaría la estrategia de rehabilitación. El artículo 8 dispuso:

Artículo 8°. Acompañamiento a las familias. Las medidas de inclusión de las personas con discapacidad adoptarán la estrategia de Rehabilitación Basada en la Comunidad (RBC), integrando a sus familias y a su comunidad en todos los campos de la actividad humana, en especial a las familias de bajos recursos, y a las familias de las personas con mayor riesgo de exclusión por su grado de discapacidad, en concordancia con el artículo 23 de Ley 1346 de 2009, para lo cual se adoptarán las siguientes medidas:

... 3. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), o el ente que haga sus veces, deberá establecer programas de apoyo y formación a los **cuidadores**, relacionados con el cuidado de las personas con discapacidad, en alianza con el SENA y demás instancias que integran el sistema nacional de discapacidad.

4. Implementar estrategias de apoyo y fortalecimiento a familias y **cuidadores** con y en situación de discapacidad para su adecuada atención, promoviendo el desarrollo de programas y espacios de atención para las personas que asumen este compromiso. Congreso de la República de Colombia, (27 de febrero de 2013). Ley 1618, 2016, art. 8

El Ministerio de Salud y Protección Social mediante la expedición de la Resolución 5928 de 2016, definió la figura de cuidador como aquella persona que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufra una enfermedad grave, sea congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que dependa totalmente de un tercero para movilizarse,

alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el plan de beneficios en salud cubierto por la UPC. (Resolución 5928, 2016).

Finalmente, como lo señala la Corte Constitucional (2018):

La única referencia a la figura del cuidador, se encuentra en la Resolución 1885 de 2018, por medio de la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios. En dicha disposición brevemente se definió la figura del cuidador como:

“Aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud cubierto por la UPC”.

Sin embargo, como se observa, la alusión a la figura del cuidador se desprende:

... solo para efectos de individualizar los requisitos para asumir los costos por parte de las entidades encargadas de los servicios en salud derivados de un fallo de tutela, en el cual se haya autorizado ese servicio sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado (Corte Constitucional, 2018).

Sin que se especifique o regule puntualmente la figura del cuidador como parte del Plan de Beneficios en Salud.

3.2. Desarrollo jurisprudencial de la figura del cuidador

Para el órgano judicial este tema resulta relevante cuando se hace remisión expresa a la acción de tutela, herramienta de rango constitucional que potencia la protección especial e inmediata de nuestros derechos fundamentales. Dicho ello, en el sentido de la investigación cualitativa elegida para el desarrollo del presente estudio, se expondrán las principales sentencias proferidas por la Honorable Corte Constitucional

de Colombia. En sentido cronológico, se expondrán las sentencias en sede de tutela y sobre asuntos de constitucionalidad, partiendo desde el año 2014, a partir de la cual se ha abordado con carácter más íntegro la figura del cuidador.

Como punto de partida del análisis jurisprudencial de la figura del cuidador, es indispensable iniciar referenciando la Sentencia C-313 de 2014 [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo], mediante la cual se declaró inexecutable el parágrafo del artículo 8 que delimitaba las tecnologías o servicios de salud a aquellos directamente relacionados con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Fue una decisión que implicó indirectamente la posibilidad amplia de aplicación y extensión del principio de integralidad para la protección del usuario del sistema, puntualmente para el servicio de cuidador, como se refirió inicialmente y lo que constituye punto de partida para la presente investigación.

Ahora bien, en relación al servicio de cuidador, una de las primeras intervenciones realizadas por la Corte Constitucional en sede de tutela se centra en la Sentencia T-154 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), la cual desarrolló una observación en relación a la figura del cuidador, análisis del cual se puede extraer lo siguiente:

El servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud, y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado social de derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos.

Por tanto, en aquella oportunidad, se dispuso que los cuidadores estaban excluidos del PBS, pues los mismos no comportan una actividad de enfermería en el marco normativo, ni tampoco era viable confundirse con la atención de pacientes en casa, pues se advirtió notoria la diferencia entre el cuidador y la atención domiciliaria del enfermero en casa. En la misma sentencia, la Corte afirmó que el servicio de cuidador está expresamente excluido del POS, remitiéndose en aquel momento a lo regulado en la Resolución 5521 de 2013, que expresamente advertía que la atención

domiciliaria no se haría extensiva a los recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como era el caso de cuidadores. (Ministerio de Salud, Resolución 5521 de 2013)

Así, para el año 2014, debido a la falta de claridad sobre la figura del cuidador como un servicio de carácter asistencial, la Corte optó por una posición en la cual el cuidado y atención de las personas con deficiencias, únicamente radicaba en la custodia de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, alejando la posibilidad de que, bajo el principio de integralidad, el cuidador haga parte del sistema de seguridad social en salud y, por tanto, sea asumido como una prestación en salud.

De igual forma, mediante Sentencia T-096 del 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

La Corte consideró que la labor de cuidador estaba expresamente excluida del POS, conforme a la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, como se señaló anteriormente. (Corte Constitucional, Sentencia T-096 de 2016)

Más adelante, en el año 2018, la Corte abordó de forma más concreta las modalidades del servicio de enfermería y cuidador. Mediante sentencia T-065 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos) se exaltó el alcance de la atención médica domiciliaria como un servicio que debe ser garantizado con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación y señaló que:

Esta modalidad de atención es una alternativa a la atención hospitalaria institucional, que debe ser otorgada en los casos en que el profesional tratante estime pertinente y únicamente para las cuestiones relacionadas comúnmente con el mejoramiento de la salud del afiliado. (Corte Constitucional, T-065, 2018):

En relación con la atención de cuidador, es decir, aquella que comporta el apoyo físico y emocional que se debe brindar a las personas en condición de dependencia para que puedan realizar las actividades básicas que por su condición de salud no pueden ejecutar de manera autónoma, se tiene que ésta no exige necesariamente los conocimientos calificados de un

profesional en salud. Se destaca que, en cuanto el cuidador es un servicio que, en estricto sentido, no puede ser catalogado como de médico, esta Corte ha entendido que, al menos en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del afiliado y no por el Estado. Ello, pues propende por garantizar los cuidados ordinarios que el paciente requiere dada su imposibilidad de procurárselos por sí mismo, y no tiende por el tratamiento de la patología que lo afecta. (pp. 10-11)

Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que (i) existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado.

Se subraya que, para efectos de consolidar la “imposibilidad material” referida, debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: (i) no cuenta ni con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio (pp. 14-15).

La sentencia referida representa una visión más amplia de la figura del cuidador, pues retoma específicamente la posición adoptada por la corte en el año 2014 cuando, a través de la sentencia C-313, declaró inexecutable el parágrafo del artículo 8 que delimitaba las tecnologías o servicios de salud a aquellos directamente relacionados con el tratamiento, siendo extensivo a la obligación del Estado de cubrir las necesidades del paciente con cuidados

especiales, más allá de las cuestiones relacionadas con el mejoramiento de la salud del afiliado.

Importante también resulta esta sentencia, pues realizó una pequeña distinción entre el servicio domiciliario bajo la modalidad de enfermería, la cual requiere de una orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente, concepto diferente a la atención brindada por la figura del cuidador:

[Ya] que se trata de un servicio que, en principio, debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este se encuentra materialmente imposibilitado para el efecto, se hace obligación del Estado entrar a suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado (Corte Constitucional, T-065, 2018, p. 15).

Es entonces cuando la Corte centra su atención en la figura del cuidador y analiza que:

Si bien se trata de cuidados que no requieren de los servicios de un profesional de la enfermería, sí se trata de unos que concuerdan perfectamente con lo que se ha definido como el servicio de cuidador, servicio respecto del cual, en virtud del principio de solidaridad, se ha entendido que se constituye en una obligación que debe ser asumida por el núcleo familiar del afiliado y respecto de la cual no es posible que éste se desentienda (Corte Constitucional, T-065, 2018, p. 24).

Sin perjuicio que por medio de acción de tutela, se otorgue esta prestación domiciliaria.

Recientemente, la Corte Constitucional introdujo en sus providencias una definición de la figura del cuidador, como se observó en la Sentencia T-136 de 2020 (M.P. Carlos Bernal Pulido), en la cual señaló:

En virtud del principio de solidaridad, el servicio de cuidador está orientado a garantizar que un familiar, una persona cercana o un cuidador no profesional de la salud, le brinde a un individuo que padece una enfermedad grave –sea congénita, accidental o derivada de su avanzada edad, el apoyo físico necesario para que éste pueda realizar sus actividades básicas cotidianas, así como aquellas que le permitan desenvolverse de

forma adecuada en escenarios en los que su condición médica le genere dependencia total (Corte Constitucional, T-0136, 2020, p. 16).

Es claro que el servicio de cuidador debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente. Sin embargo, en los casos en que no exista familia o esta se encuentre ante una ostensible imposibilidad material para brindar el apoyo permanente y necesario a su familiar, el Estado y la sociedad podrían suplir dicha deficiencia de forma excepcional para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, el juez constitucional tiene la posibilidad de ordenarle a las EPS que suministren el servicio de cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionálísimas circunstancias de sus parientes (Corte Constitucional, T-0136, 2020, pp. 1-2).

Finalmente, para el año 2021, la Corte Constitucional en Sentencia T-015 de 2021 (M.P. Diana Fajardo Rivera) integró el estudio del principio de integralidad en salud y el concepto de atención domiciliaria, centrando su atención en la figura del cuidador. Aunado a ello, retomó lo que esa Corporación ha referido desde el año 2016 aproximadamente, sobre el carácter excepcional de que el estado asuma dicha carga:

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.

Para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio, es necesario verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos

excepcionales, si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido (Corte Constitucional, T-015, 2021, p. 16).

4. PROPUESTAS LEGISLATIVAS PARA LA REGULACIÓN DEL CUIDADOR EN COLOMBIA

Dada la relevancia del tema analizado respecto a la figura del cuidador en Colombia, el órgano legislativo desde el año 2008 ha formulado propuestas legislativas para regular la figura de cuidador, inicialmente en búsqueda de su reconocimiento, y más adelante con el objetivo de protección de esta figura parte del sistema de seguridad social. Entre algunas iniciativas legislativas encontramos las siguientes:

Para el año 2008 se presentó el Proyecto de Ley 163 de 2008, mediante el cual se alertó a reconocer y garantizar los derechos que tienen las personas que, por su situación física, mental, intelectual o sensorial, dependen de otra para realizar las actividades esenciales de la vida diaria, reconociendo y garantizando igualmente los derechos de las personas que las asisten en dichas actividades, sin que el mismo tuviera éxito, ya que fue retirado después del primer debate (Proyecto de Ley 163 de 2008).

Mediante el Proyecto de Ley 033 de 2009, el órgano legislativo buscó “reconocer la figura jurídica del cuidador familiar en casa, refiriéndose a personas que están a cargo de familiares que por su situación física, mental, intelectual o sensorial dependen de otro para realizar las actividades esenciales de la vida diaria. Esta iniciativa se archivó por tránsito de legislatura” (Proyecto de Ley 033 de 2009).

Dos años más tarde, el Proyecto de Ley 34 de 2011 trazó los lineamientos para que, a través de una ley, se otorguen beneficios a aquellos padres y madres cabeza de familia con hijos o personas a cargo que tienen discapacidad y que se les imposibilita la inserción laboral, haciéndolos económicamente dependientes. Dicha iniciativa se archivó después del tercer debate por tránsito de legislatura (Proyecto de Ley 34 de 2011).

A través del Proyecto de Ley 05 del 2013 se propuso promover el empleo de aquellas personas que tienen a cargo el cuidado de algún miembro de su núcleo familiar que presenta una condición de discapacidad, lo cual les impide su inserción laboral. Esta propuesta fue archivada después del tercer debate por tránsito de legislatura (Proyecto de Ley 05 de 2013).

Para el año 2015, en la Cámara de Representantes se radicó el Proyecto de Ley 089 de 2015 (2015), cuyo objeto radicó en promover y proteger el empleo de aquellas personas que tienen a cargo el cuidado de algún miembro de su núcleo familiar que presenta una condición de discapacidad o dependencia. Pese a la buena iniciativa, fue archivado después del segundo debate por tránsito de legislatura (Proyecto de Ley 089 de 2015).

En el año 2018 se radicó el Proyecto de Ley 137 de 2018, por medio del cual se buscó autorizar al Gobierno Nacional para establecer y pagar un subsidio mensual, en la suma que determine el Ministerio de Salud, reajutable anualmente en el índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior, destinado a ayudar a las familias de estrato 1 y 2 que deben tener una persona permanente quien será directamente beneficiaria del subsidio-para el cuidado de enfermos terminales y discapacitados completamente inhabilitados para ejercer alguna actividad. El mismo fue archivado después del primer debate por tránsito de legislatura (Proyecto de Ley 132 de 2018).

El Proyecto de Ley 169 de 2019 tuvo por objeto reconocer y garantizar los derechos que tienen los cuidadores familiares de las personas que dependen de ellos por su situación física, mental, social, intelectual, sensorial o su vulnerabilidad asociada con la edad, para realizar las actividades esenciales de su vida diaria (Proyecto de Ley 169 de 2019).

Como se observa, desde diferentes enfoques sociales se ha intentado exaltar la figura del cuidador, su importancia en la sociedad y la necesidad de regulación como parte del sistema de seguridad social en salud, es decir, la inclusión de los servicios complementarios como parte de la integralidad que el Estado colombiano debe proveer de manera sistemática, regulada y coordinada.

CONCLUSIONES

En atención a los principios que orientan el Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, el Estado debe garantizar la salud como una prestación social y un derecho fundamental, bajo los lineamientos de la integralidad, junto con la accesibilidad, la calidad e idoneidad de los servicios en salud, en aplicación de la premisa *pro homine* de que todo servicio o medicamento que no esté expresamente excluido, se entiende incluido, siendo que las limitaciones al derecho deben estar plenamente determinadas.

Bajo los criterios del principio de integralidad, es necesario el reconocimiento y regulación de la figura del cuidador como servicio integrado al Plan de Beneficios en Salud, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el PBS. No obstante, se advierte que en Colombia los servicios sociosanitarios como el cuidador no forman parte del sistema, y su prestación no tiene regulación puntual.

La figura del cuidador ha sido analizada jurisprudencialmente aproximadamente desde el año 2014, momento en el cual la Corte tenía una interpretación severamente restrictiva de esta figura, siendo que, la misma al encontrarse sin regulación, se interpretaba de forma limitada y solo como obligación a cargo de la familia en razón del principio de solidaridad. Así, esta posición se extendió hasta aproximadamente el año 2017. Más adelante, a partir de las providencias proferidas en 2018, se aventuró a definir la figura del cuidador en relación a la persona que aporta una ayuda tanto física como psicológica, por tratarse de personas dependientes, sin autonomía para desarrollar actividades básicas de cuidado. Sin embargo, no es hasta después de esta fecha que se evidenció el análisis del principio de solidaridad como parte de un servicio a cargo de la familia, seres cercanos, amigos o compañeros, siendo una novedad la inclusión de la posibilidad de inexistencia de familia o personas cercanas para que ejerzan el cuidado, momento en el cual se torna viable que dicho apoyo sea prestado por el Estado para solventar la deficiencia.

Como consecuencia de la falta de regulación de la figura del cuidador dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, las únicas formas de interpretación vinculantes han sido en sede de tutela, ya que, al acudir a dicha acción, el juez constitucional de forma restrictiva tiene la posibilidad

de ordenarle a las EPS que suministren el servicio de cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus parientes.

Desde los diferentes enfoques sociales se ha intentado exaltar la figura del cuidador, su importancia en la sociedad y la necesidad de regulación como parte del sistema de seguridad social en salud, sin que ello prospere. Como se observó, pese a varias propuestas legislativas, no ha sido posible el reconocimiento y la inclusión de la figura del cuidador en ninguna de sus concepciones (laboral, social, prestacional) dentro del marco normativo colombiano. La inclusión del curador como un servicio complementario que debe ser prestado por el Estado, para evitar que su reconocimiento solo sea vía jurisprudencial y de forma restrictiva.

Bajo la aplicación del principio de integralidad que rige el SGSSS, la prestación de los servicios y tecnologías a favor del paciente no solo deben ser las necesarias para que la persona pueda acceder a una recuperación física y mental, sino que la misma debe ser completa, destinada a que su dignidad personal no sea vista conculcada o amenazada, siendo indispensable el acceso efectivo a los servicios o tecnologías complementarias, como el servicio de cuidador.

REFERENCIAS

Congreso de la República de Colombia, (2013, 27 de febrero). Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. [Ley 1618, 2016, art. 8]. DO: 48717.

Congreso de la República de Colombia. (1993, 23 de diciembre). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. [Ley 100 de 1993]. DO: 41148.

Congreso de la República de Colombia. (2008). Proyecto de ley 163 de 2008. Por la cual se reconoce al Cuidador Familiar en casa para personas en estado de dependencia, se modifica parcialmente la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. (2009, 15 de junio). Proyecto de Ley No. 209 de 2013 Senado - 267 de 2013 Cámara. Por medio de

la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. (2009, julio 28). Proyecto de Ley 033 de 2009. Por la cual se reconoce al cuidador familiar en casa para personas en estado de dependencia, se modifica parcialmente la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. (2010, 11 de noviembre). Por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas. [Ley 1413 de 2010]. DO: 47890.

Congreso de la República de Colombia. (2013). Proyecto de Ley 05 del 2013. Por medio de la cual se promueve el empleo de trabajadores con responsabilidades familiares de cuidadores, permitiendo su inserción laboral y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. (2015). Proyecto de Ley 089 de 2015. Por medio de la cual se promueve y protege el empleo de trabajadores con responsabilidades familiares de cuidadores, permitiendo su inserción laboral, y se dictan otras disposiciones: protección laboral de cuidadores.

Congreso de la República de Colombia. (2015, 6 de febrero). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. [Ley 1751 de 2015]. DO: 49427.

Congreso de la República de Colombia. (2018). Proyecto de Ley 137 de 2018. Por medio del cual se otorga un subsidio a las personas encargadas de enfermos terminales y discapacitados que necesitan cuidados permanentes: subsidio a cuidadores.

Congreso de la República de Colombia. (2019, 3 de septiembre). Proyecto de Ley 169 de 2019. Por el cual se garantizan los derechos de los cuidadores familiares de personas dependientes, se modifica parcialmente la ley 100 de 1993 y se dictan otras.

- Constitución Política de Colombia. (1991). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (2015, 30 de junio). Sentencia T-395 de 2015 [M.P.: Mendoza G.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (2015, 25 de febrero). Sentencia T-096 de 2015 [M.P.: Vargas L.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (2018, 26 de febrero). Sentencia T-065 de 2018 [M.P.: Rojas A.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (2018, 27 de noviembre). Sentencia T-458 de 2018 [M.P.: Reyes J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (2014, 29 de mayo). Sentencia C-313 de 2014 [M.P.: Mendoza G.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (2020, 5 de mayo). Sentencia T-136 de 2020 [M.P.: Bernal C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (2021, 20 de enero). Sentencia T-015 de 2021 [M.P.: Fajardo D.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (2018, 7 de mayo). Sentencia T-171 de 2018 [M.P.: Pardo C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (2019, 22 de enero). Sentencia T-010 de 2019 [M.P.: Pardo C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (2014, 14 de marzo). Sentencia T-154 de 2014 [M.P.: Guerrero L.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (2014, 14 de marzo). Sentencia T-154 de 2014 [M.P.: Guerrero L.].
- Instituto de Seguros Sociales. (1998, 6 de agosto). Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de Seguros Sociales. [Resolución 2266 de 1998]. DO: 43362.

Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama. (2022). Rad. 15238-3333-003-2022-00173-00 [Juez: Jiménez, N.].

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2013, 30 de diciembre). Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS). [Resolución 5521 de 2013]. DO: 49019. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-5521-de-2013.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2014). Aseguramiento al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Ministerio de Salud.

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2016, 30 de noviembre). Por la cual se establecen los requisitos para el reconocimiento y pago del servicio de cuidador ordenado por fallo de tutela a las entidades recobrantes, como un servicio excepcional financiado con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. [Resolución 5928 de 2016]. DO: 50074.

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2018, 10 de mayo). Por la cual se establece el procedimiento de acceso. Reporte de prescripción. Suministro, verificación, control, pago y análisis de la formación de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones. [Resolución 1885 de 2018]. DO: 50589. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-1885-de-2018.pdf>

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (1994, 22 de junio). Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales. [Decreto 1295 de 1994]. DO: 41405.

Presidencia de la República de Colombia. (2018). Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones [Decreto 1333 de 2018]. DO: 50 667.

Uprimny, M. (2017). Cuidados y servicios sociosanitarios para las personas en situación de dependencia, como parte integral del sistema de salud. *Páginas de Seguridad Social*, 1(1), 141-165. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/issue/view/458/3>

PERCEPCIÓN O REALIDAD: EL “EFECTO RASHOMON” Y SU IMPACTO EN EL DERECHO PROBATORIO COLOMBIANO

Víctor Camilo Ortega Botina¹

Fecha de recepción: 28 de agosto de 2023.

Fecha de aceptación: 25 de octubre de 2023.

Referencia: Ortega, V. (2024). Percepción o realidad: el “efecto Rashomon” y su impacto en el derecho probatorio colombiano. *Revista Científica Codex*, 9(17), 118-144.

RESUMEN

El “efecto Rashomon” es una condición epistemológica singular que resalta el riesgo intrínseco de la subjetividad en la percepción y la memoria de los testigos en el contexto de la reconstrucción de los hechos. Así, los testimonios de un mismo evento pueden ofrecer relatos o descripciones sustancialmente distintos, pero igualmente plausibles. Este fenómeno tiene implicaciones importantes para el ámbito jurídico, ya que dificulta considerablemente la tarea de los jueces en cuanto a la averiguación de la verdad. Esta circunstancia orientó el propósito general de esta investigación, que se enfocó en comprender de qué manera las vicisitudes epistemológicas del fenómeno objeto de estudio, influyen negativamente en el proceso de reconstrucción de un acontecimiento sujeto a debate judicial.

Tomando como ruta metodológica el enfoque paradigmático hermenéutico-interpretativo con enfoque cualitativo, y utilizando como

1 Abogado, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Jefe de Control Interno de la Alcaldía Municipal de El Tambo, Nariño. Correo electrónico: camilortegab@gmail.com <https://orcid.org/0000-0002-1047-6358>

técnica fundamental la recolección de información en obras de filosofía del derecho, apartes normativos y jurisprudenciales. Como resultado, se estableció que el concepto y alcance de la averiguación de la verdad, cuando se analiza a través del prisma del "efecto Rashomon", continúa representando un problema de corte *iusfilosófico* sin resolver dentro del debate del derecho probatorio contemporáneo.

Palabras clave: "efecto Rashomon"; prueba; percepción; realidad; verdad.

ABSTRACT

The "rashomon effect" is a unique epistemological condition that highlights the intrinsic risk of subjectivity in the perception and memory of witnesses in the context of the reconstruction of events. Thus, testimonies of the same event can offer substantially different, but equally plausible, stories or descriptions. This phenomenon has important implications for the legal field, since it considerably complicates the task of judges in terms of finding out the truth. This circumstance guided the general purpose of this research, which focused on understanding how the epistemological vicissitudes of the phenomenon under study negatively influence the process of reconstruction of an event.

Taking as a methodological route the hermeneutic-interpretive paradigmatic approach with a qualitative focus, and using as a fundamental technique the collection of information in works of philosophy of law, normative parts, and jurisprudence. As a result, it was established that the concept and scope of the investigation of the truth, when analyzed through the prism of the "Rashomon effect", continues to represent an unresolved philosophical-legal problem within the contemporary debate on evidentiary law.

Keywords: "rashomon effect", evidence, perception, reality, truth.

INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva histórica, las interacciones entre el séptimo arte y el estudio del derecho han sido recíprocas y profundamente entrelazadas. A medida que el cine se ha convertido en una influyente industria con la

capacidad de moldear percepciones y ejercer control social, ha encontrado en el derecho un aliado fundamental. Esta conexión recíproca ha permitido que la gran pantalla trascienda la mera esfera del entretenimiento para explorar y exponer los intrincados lazos que vinculan a los individuos con el derecho (Rivaya, 2023). Así, en este intercambio conceptual, el cine ha encontrado un sustrato narrativo invaluable en la riqueza y complejidad del ámbito jurídico. Y, por su parte, el derecho ha descubierto en la industria cinematográfica un espejo en el que reflejar sus interrogantes, desafíos y dilemas.

En ese sentido, apelando inteligentemente a dogmas universales como la verdad, la naturaleza humana, la subjetividad y el ego, germina una imagen que simboliza a la perfección la dualidad entre la percepción humana y la realidad objetiva. Bajo el evocador nombre de "efecto Rashomon", esta figura se arraiga en el legado de la icónica película japonesa dirigida por el célebre cineasta Akira Kurosawa, basada en la literatura japonesa, específicamente en los cuentos de Ryunosuke Akutagawa. En ella, diversas perspectivas confluyen para presentar un mismo evento de formas distintas y, en ocasiones, contradictorias. Esta condición, que desvela la inherente ductilidad de la verdad según la óptica subjetiva de los protagonistas, no solo trasciende las fronteras del cine, sino que también fragua su influencia en el ámbito jurídico, específicamente en el proceso de reconstrucción de los hechos y determinación de la verdad (García, 2008).

Así pues, como explica Castillo (2022), el visceral largometraje japonés logra sumergir al espectador en su trama de forma tan fascinante que le brinda momentáneamente la sensación de estar interviniendo como juez, atento a las declaraciones de los diferentes involucrados y testigos del caso *sub examine*. Estos incluyen: (i) el desafortunado encuentro de un monje con un samurái y su esposa, minutos antes, de que éste muera y ella sea violada, (ii) el testimonio de un leñador que por casualidad presencié directamente la ocurrencia de los hechos, (iii) la declaración de un famoso delincuente, quien presuntamente habría asesinado al samurái y violado a su esposa, (iv) el testimonio de la esposa, víctima del delito de acceso carnal violento, y, finalmente, (v) la sorprendente declaración del fallecido samurái, quien testifica a través de una vidente.

Estas cuatro narraciones o descripciones de un mismo acontecimiento, notoriamente distintas, pero, sin embargo, igualmente plausibles, como señala Prada (2018), dejan al espectador, ¿o debería decir al juez?,

completamente perplejo, ya que este en realidad nunca conocerá qué hechos ocurrieron verdaderamente y cuáles fueron maquinados falazmente por los protagonistas con el objeto de preservar intereses personales. Pues, al igual que en la filosofía kantiana, en "Rashomon" la cosa en sí, o *noumeno*, se encuentra más allá del alcance de nuestra percepción directa. *Mutatis mutandis*, solo disponemos de los fenómenos, es decir, de las experiencias subjetivas y particulares de cada testigo (Mayos, 2010). Así, al ser la memoria un proceso reconstructivo, más que una simple reproducción, su capacidad para reflejar fielmente el pasado se ve seriamente comprometida. La mente, al evocar un recuerdo, lo moldea y reinterpreta constantemente, acercándolo cada vez más a los esquemas cognitivos y las emociones actuales del individuo, difuminando así los límites entre lo vivido y lo imaginado (Trakas, 2017). Estas vicisitudes contrastan y, al mismo tiempo, desafían el objetivo institucional del derecho probatorio, que, según la concepción racionalista de valoración de la prueba, es sin lugar a dudas la averiguación y establecimiento de la verdad. No obstante, a pesar de su relevancia en la práctica, la cuestión relacionada con los errores y sesgos cognitivos generados por el denominado "efecto Rashomon" en las decisiones judiciales apenas ha suscitado un interés incipiente en la doctrina y jurisprudencia colombiana.

Por este motivo, el propósito fundamental de esta investigación es poner de relieve esta singular condición epistemológica en el contexto jurídico nacional e intentar comprender de qué manera factores conexos a este fenómeno, interactúan e influyen negativamente en el proceso de reconstrucción de un acontecimiento, en el cual los partícipes del proceso judicial están en la capacidad de distorsionar la realidad de tal manera que su versión alterada de los hechos puede resultar más persuasiva y coherente que cualquier otra versión que se relacione con la actividad judicial. Esto se debe a que el *ludex*, en principio, nunca podrá alcanzar la certeza absoluta de los hechos, ya que estos ocurrieron antes de su intervención. Esta situación es explicada en el cuarto presupuesto de la Concepción Racionalista del Derecho Probatorio. Esto es:

La imposibilidad de alcanzar certezas racionales en el proceso, *in situ*, siempre existirá un margen de discrecionalidad entre la verdad real (lo que ocurre en el mundo) y la verdad procesal (el conocimiento que adquiere el juez sobre la base de la valoración de las evidencias *in itinere*) (Ortega, 2023, como se cita en Beltrán, 2018a).

A partir de los postulados mencionados, el problema central de esta investigación se concentró en analizar la incidencia del “efecto Rashomon” en el proceso de reconstrucción objetiva de los hechos en un acontecimiento sujeto a debate judicial. De esta manera, se pone de manifiesto la importancia del tema en relación con el conflicto conceptual que surge entre el principio de averiguación de la verdad como condición de justicia y la verdad como presupuesto para acceder a la justicia material en el proceso, soportada en una clara imposibilidad del juez para alcanzarla.

Para lograr este objetivo se adoptó un diseño metodológico cualitativo de corte hermenéutico-interpretativo, estudiando las principales teorías que han intentado definir el alcance del “efecto Rashomon”. La hipótesis esbozada en el trabajo se planteó partiendo del impacto negativo que genera el “efecto Rashomon” en el conocimiento de los hechos y la trascendencia del principio fundamental de averiguación de la verdad.

Del estudio documental efectuado a las diversas corrientes plasmadas por los teóricos de la filosofía del derecho, así como del análisis hermenéutico de la limitada jurisprudencia y fragmentos normativos disponibles, se concluyó que el concepto y alcance de la verdad continúa erigiéndose como un problema de corte *iusfilosófico* sin resolver, teniendo en cuenta que no existe un criterio definido acerca de esta. Así, Rashomon plantea dos preguntas cruciales en torno a esta cuestión: ¿Existe la verdad? ¿Es esta alcanzable o trasciende definitivamente los límites de nuestra comprensión? Estas interrogantes se abordarán a lo largo del presente trabajo de investigación. Teniendo en cuenta que, la película admite dos interpretaciones principales: una de índole filosófica en relación con estos temas, y otra como un análisis jurídico del vínculo inescindible entre verdad y justicia.

1. EL EFECTO RASHOMON Y LA FRAGILIDAD DEL DERECHO PROBATORIO

Al formular el título de esta investigación, surge la notable dualidad entre los conceptos de percepción y realidad (verdad objetiva). Pero ¿cuál es la diferencia radical entre estas dos nociones?; la primera se refiere, a cómo una persona interpreta o experimenta el mundo que la rodea a través de sus sentidos (vista, oído, tacto, gusto y olfato) y los procesos cognitivos resultantes. Por ende, la percepción es inherentemente subjetiva y puede variar de una persona a otra. En ese sentido, dos sujetos pueden percibir

la misma situación de manera diferente debido a sus experiencias previas, creencias, emociones y sesgos personales, y ser perfectamente plausibles en el contexto que se encuentren (Silva, 2022). Por otra parte, la realidad se refiere a la existencia objetiva e independiente de los objetos, eventos y fenómenos en el mundo, soberanamente de si alguien los percibe o no. En consecuencia, la realidad es considerada como objetiva y constante y no cambia debido a las percepciones individuales, y en definitiva es la misma para todas las personas (Beltrán, 2022).

Para ilustrar mejor esta connotación, se trae a colación una famosa alegoría india conocida como “la parábola de los ciegos y el elefante”:

Un grupo de ciegos escuchó que un extraño animal, llamado elefante, había sido traído al pueblo, pero ninguno de ellos era consciente de su figura y forma. Por curiosidad, dijeron: “Hay que inspeccionarlo y conocerlo al tacto, de lo que somos capaces”. Entonces, lo buscaron, y cuando lo encontraron, lo buscaron a tientas. La primera persona, cuya mano se posó en la trompa, dijo: “Este ser es como una serpiente gruesa”. Para otro, cuya mano llegaba a su oreja, dijo que parecía una especie de abanico. En cuanto a otra persona, cuya mano estaba sobre su pata, dijo: el elefante es un pilar como el tronco de un árbol. El ciego que puso su mano en su costado dijo que el elefante “es una pared”. Otro que sintió su cola, lo describió como una cuerda. El último sintió su colmillo, indicando que el elefante es lo que es duro, liso y como una lanza (Enciclopedia del Lenguaje, s.f., párr. 13).

Esta narración ilustra cómo diferentes personas, en este caso un grupo de ciegos, pueden tener percepciones diversas del mismo objeto, en el mismo contexto, y ser todas ellas perfectamente admisibles. Cada uno de los ciegos basa su percepción en la parte del elefante que toca, lo que lleva a descripciones radicalmente diferentes de lo que creen que es en realidad. Lo propio ocurre en el proceso judicial, donde testigos intentan ofrecer una versión de los acontecimientos que presenciaron, pero lo hacen dentro de los límites de su comprensión y percepción, que en este caso no están relacionados con la vista, sino con sus capacidades cognitivas. A pesar de todo, esta diversidad de percepciones, lejos de ser una anomalía, refleja la naturaleza subjetiva del conocimiento y la influencia de factores cognitivos en la construcción de la realidad. En cualquier caso, como apunta Vilajosana (2007, citado en Garzón, 1999), la dicotomía epistemológica

entre conocimiento e ignorancia explica esta variabilidad, pues la ausencia de información condiciona inevitablemente la comprensión del mundo que nos rodea. Después de todo, esta vicisitud ha sido objeto de estudio en la psicología del testimonio durante más de una década, planteando una interrogante crucial que genera inquietud respecto a la precisión de las afirmaciones de un testigo al reconstruir sus percepciones sensoriales. Es decir, si el testigo, ya sea presencial o referencial, está relatando de manera fiel lo que percibió a través de sus sentidos, o si, por el contrario, está inventando una historia ficticia (Ortiz, 2020). De esa forma, como señala Peña (2009, citando a Habermas, 1994), la verdad se convierte en un ideal difícil de alcanzar, ya que requiere cumplir con criterios epistemológicos rigurosos que, en la práctica, son difíciles de satisfacer por completo.

Ahora bien, es ampliamente conocido que el testimonio, basado en la percepción directa de los hechos, constituye el pilar fundamental de la prueba testimonial. Sin embargo, la exteriorización de este discernimiento a través de la declaración judicial se encuentra condicionada por la fragilidad intrínseca de la memoria (Meneses, 2008). Esta precariedad se explica por la naturaleza subjetiva de la percepción humana, la cual se ve influenciada por factores como las emociones, las expectativas y el contexto del acontecimiento. En consecuencia, los recuerdos, lejos de ser copias exactas de la realidad, son construcciones subjetivas propensas a alteraciones y distorsiones significativas. Un ejemplo paradigmático de esta condición lo encontramos en el reportaje de Dwyer (2015), corresponsal del influyente periódico estadounidense *The New York Times*, cuando publicó una crónica titulada *Witness Accounts in Midtown Hammer Attack Show the Power of False Memory* (Los relatos de testigos en un ataque con martillo en *Midtown* muestran el poder de la memoria falsa). En este artículo, Dwyer narra un incidente policial ocurrido en la Octava Avenida de la Isla de Manhattan que ejemplifica a la perfección el “efecto Rashomon”. El suceso involucra a dos testigos presenciales, Anthony O’Grady y Sunny Khalsa, quienes, a pesar de haber presenciado el mismo hecho, ofrecen versiones completamente dispares de lo ocurrido. O’Grady afirmó haber observado la persecución de un oficial de policía a un hombre herido por la calle y disparándole en medio de la avenida. Por otro lado, Khalsa sostiene haber visto a un hombre esposado antes de recibir un disparo. Sin embargo, la realidad, captada por un video de vigilancia, dista mucho de las descripciones de ambos testigos. En las imágenes se observa que el hombre herido no estaba esposado y, en

lugar de huir del oficial, lo perseguía y golpeaba en la cabeza con un martillo. Detrás de ellos se encontraba el compañero del oficial, quien disparó contra el agresor, identificado como David Baril. Este caso pone de manifiesto la fragilidad de la memoria, especialmente en situaciones traumáticas como la presenciada por O'Grady y Khalsa. Los psicólogos cognitivos señalan que es común que los recuerdos se distorsionen o contengan inexactitudes, incluso cuando las personas están seguras de lo que han visto. Esto se debe a diversos factores, como el estado emocional durante el evento, las conversaciones posteriores con otras personas, e incluso las expectativas previas de cada individuo. Los recuerdos incorrectos, como los de O'Grady y Khalsa, no suelen ser deliberadamente falsos ni maliciosos. Sin embargo, su poder de convencimiento puede ser tan alto como el de los recuerdos genuinos, lo que representa un gran desafío para el sistema judicial, particularmente en lo que respecta a la credibilidad y exactitud de un testimonio.

En ese contexto, y siguiendo la propuesta de Rodríguez (2024a), como se evidenció en el caso expuesto precedentemente, la reconstrucción de los hechos está significativamente influenciada por estereotipos formados a partir de asociaciones mentales que comprenden tres componentes: (i) el afectivo, relacionado con la evaluación emocional; (ii) el comportamental, que afecta nuestras acciones y pensamientos; y (iii) el contextual, sensible a factores externos. Estas asociaciones mentales, de carácter dinámico y subjetivo, se encuentran moldeadas por las experiencias individuales y el entorno sociocultural. Dichas entidades, a las que Rodríguez denomina 'sesgos implícitos', presentan las siguientes características:

1. Influyen de manera automática e inconsciente en nuestra percepción, juicios o comportamientos hacia determinadas personas en función de su pertenencia a un grupo social. Esta influencia es heterogénea (pues abarca desde indicadores de estrés e interpretación de estímulos ambiguos hasta ponderación de evidencia).
2. La fuerza de la relación entre los sesgos implícitos y el comportamiento es relativamente baja, pues no es posible predecir, con base en una única medición de sesgos implícitos, el comportamiento de una persona en particular en una sola ocasión, ya que el comportamiento es determinado por muchos factores. A nivel agregado, sin embargo, los sesgos implícitos suelen ser un buen predictor de comportamiento. Cuando se analizan a nivel colectivo, los sesgos implícitos son altamente estables y pueden ser útiles para predecir comportamientos

discriminatorios colectivos. 3.El carácter «implícito» de estos sesgos suele entenderse en términos de que son inconscientes o inaccesibles al sujeto vía introspección (Rodríguez, 2024b).

Es decir, los sesgos implícitos operan de manera subyacente a los procesos cognitivos, influyendo en cómo se perciben y procesan los estímulos sin que el individuo sea consciente de ello. Esto puede llevar a que, en la reconstrucción de los hechos, el testimonio esté filtrado por percepciones distorsionadas o prejuicios inconscientes que afectan tanto la interpretación de lo sucedido como su relato posterior. Este fenómeno tiene implicaciones significativas en los componentes credibilidad y sensibilidad observacional de la actividad probatoria, ya que los estereotipos y los sesgos implícitos pueden alterar la memoria, haciendo que el testigo incorpore detalles falsos o exagerados sin intención de mentir. De esta manera, la precisión del testimonio no solo depende de la claridad de las percepciones originales, sino también de la influencia de factores afectivos, comportamentales y contextuales que se activan automáticamente durante el proceso de evocación. Por ese motivo, como señala Luna (2021), la tendencia en la mayoría de los casos es valorar un testimonio en función del grado de confianza con que se relata. Cuanto mayor sea la seguridad que se imprima a una declaración, mayor será el grado de credibilidad o validez que se le otorgue. Sin embargo, es fundamental reconocer que esta tendencia puede llevar a errores, ya que un testimonio seguro y convincente no necesariamente es un relato verídico.

Ahora bien, en ausencia del video que capturó los hechos, ¿cuál habría sido el desenlace de este caso? Es probable que el juez o el jurado, según correspondiera, hubiesen condenado al oficial de policía por la presunta conducta punible, basándose únicamente en los testimonios de O'Grady y Sunny Khalsa. Este escenario nos plantea una pregunta fundamental: ¿Cómo podemos determinar la verdad cuando los testigos ofrecen versiones contradictorias de un mismo hecho? La respuesta a esta pregunta nos lleva a explorar la naturaleza de la "verdad" y cómo la percepción subjetiva de los hechos puede influir en nuestros juicios, de forma subyacente. A propósito, como sugiere Palacios (2022), innumerables estudios han demostrado que la verdad es una construcción cultural y subjetiva, moldeada por diversos factores. Un ejemplo claro de esta subjetividad se encuentra en el arte, donde un mismo sujeto puede ser representado de infinitas maneras, dependiendo

del punto de vista del artista. En ese contexto, al igual que un pintor captura la esencia de un rostro desde diferentes ángulos, cada testigo nos ofrece una perspectiva única de los hechos. Esta diversidad de representaciones nos recuerda que la verdad, como un objeto tridimensional, puede ser observada desde infinitos puntos de vista. En otras palabras, la verdad es un reflejo constante de la realidad, pero mediatizada por nuestras percepciones y experiencias individuales (Haack, 2012).

Esta situación nos lleva a reflexionar sobre cómo la percepción y la memoria, influenciadas por nuestros puntos de vista, emociones y creencias personales, pueden sesgar la interpretación de los hechos. Estos factores, inherentes a la naturaleza humana, afectan las decisiones de los jueces, especialmente en situaciones de incertidumbre probatoria. Puesto que, el “efecto Rashomon” está intrínsecamente vinculado con dos corrientes iusfilosóficas que han ganado protagonismo en el ámbito jurídico nacional en los últimos años: la primera, denominada “relativismo filosófico”, es una doctrina que sostiene que no existen certezas absolutas y que la verdad es relativa a cada individuo o grupo social. En ese sentido, el relativismo implica que la verdad no reside en una realidad objetiva, sino en la interpretación subjetiva de cada sujeto involucrado en el proceso judicial (Ayala, 2008). Y, la segunda está relacionada con la notoria apatía hacia la búsqueda y averiguación de la verdad, argumentando la clara imposibilidad de alcanzarla en términos epistemológicos. Esto se refiere a la teoría de la “verifobia procesal”, una doctrina que, en opinión de Hernández (2016), ha encontrado en Colombia dos aliados normativos actuales:

i) De un lado, el Código Procesal Penal, donde la verdad no importa, sustituyéndola por la lucha por derrotar al otro, y la fiscalía es uno de esos contendientes, con un juez espectador y con la posibilidad de realizarse acuerdos y preacuerdos que, a la luz del pragmatismo, la solución procesal del caso puede llegar y la verdad totalmente soslayada. ii) Del otro, el tema en estudio, la ley 975 de 2005, donde la verdad tampoco importa; donde la responsabilidad penal se establece con la renuncia a la presunción de inocencia y una tarifa legal de prueba única circunscrita en la confesión y sin valoración suficiente (Hernández, 2016).

Ahora bien, en los escenarios expuestos previamente se evidencia cómo el objetivo primordial del proceso judicial, la búsqueda de la verdad,

se desplaza hacia la obtención de resultados pragmáticos, en detrimento de una investigación rigurosa y exhaustiva. A continuación, se explicará cada una de ellas.

El “relativismo filosófico”: Esta corriente iusfilosófica, como se mencionó anteriormente, sostiene que la verdad es un constructo social, moldeado por las creencias y valores de cada individuo o grupo social. En el ámbito jurídico, esta perspectiva desafía radicalmente el ideal de objetividad, al postular que la verdad no es un hecho dado, sino una construcción que depende de las interpretaciones y los intereses en juego. Pues, como señala Pintore (1997), en ocasiones los operadores judiciales pueden verse influenciados por consideraciones sociales y políticas más que por un estricto apego a la ley. En ese escenario, el establecimiento de la verdad, al estar supeditado a la aceptación social o a criterios de conveniencia, corre el riesgo de degenerar en un relativismo donde la norma o la decisión judicial se ajustan a lo que es socialmente aceptable en lugar de a lo que es jurídicamente correcto.

La “verifobia procesal”: Por su parte, esta postura procesal representa una actitud de desconfianza hacia la posibilidad de alcanzar la verdad en el proceso judicial. Argumentando que la complejidad de los hechos y la subjetividad de las pruebas hacen que la búsqueda y establecimiento de certezas sea una tarea imposible o, al menos, poco práctica. Evidenciando que la construcción de la verdad en el proceso judicial no es su objetivo principal, sino más bien la lucha por derrotar al otro contendiente, creando un ambiente adversarial en el que las partes, incluido el ente acusador, se ven motivadas a imponer su hipótesis factual por cualquier medio posible, en lugar de fomentar la construcción de una verdad dialéctica. Esto lleva a que las partes centren su atención en la búsqueda de estrategias centradas en la persuasión y la victoria. Ignorando por completo que el derecho a saber o a la verdad trasciende el ámbito individual de las víctimas y sus familias. Se trata también de un derecho colectivo que tiene como objetivo fundamental prevenir futuras violaciones y cimentar una sociedad basada en la verdad y la justicia (Baldosea, 2017).

En este contexto, es evidente que la búsqueda de la verdad en el ámbito judicial está intrínsecamente marcada por una complejidad que supera el mero análisis de pruebas y testimonios. La confluencia de factores subjetivos, como la percepción individual y los sesgos cognitivos de los testigos, sumada

a los postulados de corrientes filosóficas como el relativismo filosófico y la “verifobia procesal”, que cuestionan la existencia de una verdad objetiva y promueven una visión escéptica sobre la posibilidad de alcanzarla en el ámbito jurídico, propicia un entorno favorable para la proliferación de la más absurda incertidumbre probatoria, amplificando las consecuencias del “efecto Rashomon”. Así, esta ambigüedad y su consiguiente desconfianza en el sistema judicial pueden incidir negativamente en las decisiones judiciales en casos complejos, evidenciando cómo la posibilidad de cometer errores nos persigue incansablemente, como una sombra que nunca nos abandona (Beltrán & Vázquez, 2020). Sin embargo, el rechazo de estos desafíos implicaría una desconexión con la realidad judicial contemporánea, en la que la complejidad de los hechos y la subjetividad de las partes implicadas son una constante. Un sistema judicial que se mantenga anclado en un enfoque reduccionista corre el riesgo de perder su capacidad para impartir justicia de manera efectiva. Si no se aceptan y se gestionan adecuadamente estas divergencias en la percepción de los hechos, el sistema judicial se convertiría en una estructura obsoleta, incapaz de responder a las demandas de justicia en un mundo cada vez más complejo y pluralista.

2. EL EFECTO RASHOMON Y LA EXISTENCIA DE LOS HECHOS SITUADOS MÁS ALLÁ DEL DISCURSO PROBATORIO

Es importante señalar que, actualmente, coexisten dos teorías antagónicas con respecto al fin de la prueba: la Concepción Racionalista del Derecho Probatorio y la Concepción Dialéctica del Derecho Probatorio. En la primera, el objetivo principal de la prueba es la averiguación de la verdad. Esta doctrina, como lo señala Taruffo (2010), nace en Lombardía con el rey Liutprando, entre los años 712 a 744 D.C. con el concepto de certa veritas o “verdad cierta”, considerado el primer estándar de prueba de la historia, y su objetivo fundamental era la asunción de las pruebas en aras de determinar lo que realmente ocurrió en un caso en particular. Esto contrasta de manera significativa con la segunda teoría, en la cual el objetivo principal de la prueba es suministrar al juez información sobre los hechos en disputa con la intención de persuadirlo para emitir un fallo a favor de las pretensiones o argumentos presentados por las partes. Esta doctrina se origina en Inglaterra, dentro del contexto del sistema continental europeo, al establecer que la decisión del veredicto emitido por un grupo de personas (jurados legos) que representan la *vox populi* (la voz del pueblo) es la garantía principal de

la justicia. En otras palabras, el enfoque del pronunciamiento no radicaba en el descubrimiento de la verdad, sino en la reconstrucción histórica de los hechos con el objetivo de allanar un litigio (Cavallone y Taruffo, 2012).

Irónicamente, el sistema judicial colombiano de raíces romano-germánicas aplica claramente la segunda doctrina. Por ende, el juez colombiano, en lugar de mostrar un interés genuino en la búsqueda de la verdad, suele concentrarse en la resolución vertiginosa y poco garantista de los conflictos que llegan a su despacho. Esto ha llevado a la ocurrencia de numerosos errores judiciales, los cuales han perjudicado enormemente los intereses de las partes en disputa y han socavado la seguridad jurídica del Estado. Así, en el contexto dogmático actual del derecho procesal latinoamericano, con el objetivo de abordar esta situación adversa, la primera teoría ha experimentado una mayor aceptación que la segunda. A continuación, se describen cinco razones fundamentales de ese cambio de paradigma:

(i) La identificación de la naturaleza de la prueba: esta teoría promueve una valoración de las evidencias más reflexiva, crítica y orientada hacia la búsqueda y averiguación de la verdad. (ii) La reivindicación del sentido de la prueba: considera los hechos y las evidencias de manera íntegra, teniendo en cuenta todas las pruebas disponibles en el contexto del caso. (iii) Las implicaciones prácticas en el proceso de toma de decisiones: reconoce que la percepción subjetiva de los testigos y las partes puede influir rotundamente en su relato de los hechos. Esto tiene implicaciones prácticas enormes, obligando a los jueces a considerar estas influencias y a realizar un examen de credibilidad de los testigos de manera más crítica. (iv) La ductilidad del derecho procesal: comparte la idea de que el sistema judicial debe ser flexible y adaptable en aras de lograr decisiones justas y efectivas en un entorno jurídico en constante cambio. Promoviendo un enfoque más pragmático y orientado hacia la justicia en lugar de apegarse estrictamente a procedimientos formales. Y, (v) la ponderación de la labor del juez: invita al juez a desempeñar un papel más activo y reflexivo en la valoración de pruebas y la toma de decisiones judiciales, en pro de lograr resultados justos y equitativos basados en una comprensión profunda de las pruebas y en la búsqueda meticulosa de averiguación y el establecimiento de la verdad.

En contraste, la Concepción Dialéctica del Derecho Probatorio, apoyada en el aforismo romano *da mihi factum, dabo tibi ius* (dame los

hechos y te daré el derecho), simplifica excesivamente el objeto de la prueba, pasando por alto la complejidad inherente al proceso de toma de decisiones. Considerando que la mera subsunción normativa es la única base para determinar el derecho aplicable en una situación jurídica específica. Por su parte, la Concepción Racionalista del Derecho Probatorio propone un énfasis en cuestiones filosóficas y epistemológicas, ya que, en el contexto de la prueba, los hechos reales y objetivos ocurren de manera específica e independiente de las percepciones o interpretaciones que coligen los sujetos procesales. Y, a pesar de ese desacuerdo beligerante sobre lo que realmente sucedió en un evento o situación de interés. Esta idea tiene implicaciones trascendentales para la realización del objetivo principal del proceso judicial contemporáneo, esto es, la averiguación de la verdad. Destacando la importancia de llegar a la verdad objetiva y la toma de decisiones basadas en ella, en lugar de depender únicamente de las interpretaciones subjetivas. Por ello, para alcanzar este fin, resulta indispensable considerar con atención herramientas como los estándares de prueba, las presunciones, los principios procesales y las reglas técnicas, dado su aporte fundamental en la adecuada distribución del riesgo de errores judiciales. Teniendo presente que, la prueba “despliega como institución una carga de garante de los derechos fundamentales, que no es otra cosa que la protección del derecho subjetivo de una de las partes” (Rodríguez, Bolaño y Algarín, 2018).

En esa medida, estos instrumentos esenciales en el quehacer de los togados, como lo señala Larroucau (2012), permiten *a priori* conocer si un relato sobre los hechos puede considerarse probado o no dentro de un proceso judicial. Y, considerando que, los jueces casi siempre fallan con información incompleta, el riesgo de cometer errores judiciales se incrementa. Esto es, la consecuencia principal del “efecto Rashomon” es decir, generar discrepancias entre los testimonios y las evidencias presentadas en un juicio, ampliando el riesgo señalado previamente. Por esta razón, como lo rotula el título de este capítulo, se debe estudiar la existencia de los hechos situados más allá del discurso probatorio, es decir, por fuera de los márgenes del derecho (marco legal), y superando los límites de la mera subsunción normativa. Pues, la labor del juez no solo se circunscribe a la ejecución mecánica de previsiones normativas, sino que, por el contrario, implica una interpretación cuidadosa, un juicio práctico y una ponderación adecuada de los elementos de juicio (Echavarría, 2003). Después de todo, los hechos alegados por las partes ante el juez pertenecen al pasado y, por tanto, son desconocidos para este. En

ese contexto, es fundamental que el juez reconozca esta ignorancia inicial y adopte una actitud proactiva para conocer dichos acontecimientos a través de las pruebas aportadas por las partes o decretadas de oficio. De ese modo, mediante la valoración exhaustiva de las pruebas, podrá formar un convencimiento acerca de los hechos ocurridos y, en consecuencia, emitir una sentencia justa (Vargas, 2019).

Acertadamente, la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005 resaltó la importancia de la búsqueda de la verdad material como objetivo fundamental de la investigación penal. Esta concepción se alinea con las ideas de Laudan (2013), quien sostiene que “un sistema de justicia penal es primordialmente un motor epistémico, es decir, un dispositivo o herramienta para descubrir la verdad a partir de lo que a menudo comienza con una mezcla confusa de pistas e indicios”. En este sentido, la actividad investigativa de la Fiscalía General de la Nación debería estar orientada hacia ese objetivo institucional. Sin embargo, la Ley 906 de 2004 parece contradecir este principio ponderando la resolución de conflictos sobre la búsqueda exhaustiva de la verdad. De esa forma, las disposiciones del Código de Procedimiento Penal colombiano, al centrarse básicamente en la gestión del litigio, podrían obstaculizar el esclarecimiento cabal de los hechos. Por ello, esta tensión entre la búsqueda de la verdad y la resolución de conflictos plantea un serio desafío para garantizar que el sistema judicial colombiano cumpla efectivamente con su función de impartir justicia. En ese contexto, esta connotación plantea dos preguntas trascendentales sobre cómo reconciliar la averiguación de la verdad con el anhelo de justicia en el marco del sistema jurídico vigente: (i) ¿cómo es posible que el sistema judicial colombiano garantice el objetivo fundamental de averiguación y establecimiento de la verdad cuando las mismas estructuras normativas lo impiden? (ii) ¿Es necesario reformar el contenido del Código de Procedimiento Penal Colombiano para armonizarlo con la búsqueda y averiguación de la verdad? Estas interrogantes de indiscutible relevancia jurídica a menudo se consideran cuestiones triviales y de poca utilidad en la práctica. Siendo esta aparente disyunción un rezago del sistema probatorio clásico, se presenta como un desafío notorio en el sistema de justicia colombiano.

Siguiendo esa línea de pensamiento, aunque el reconocimiento del “efecto Rashomon” nos invita a adoptar una mirada crítica y reflexiva sobre la subjetividad inherente a la prueba. Esta perspectiva choca frontalmente

con la necesidad de aplicar normas jurídicas objetivas. De ese modo, aunque una norma no puede ser rechazada simplemente por contradecir la verdad (es decir, por enunciar algo falso), como señala Wright (2016), sí puede ser cuestionada si resulta irracional o contraria a principios fundamentales de justicia. Esta tensión entre la subjetividad de la percepción y la objetividad del derecho se explica por la naturaleza misma de las normas jurídicas, que son prescripciones generales diseñadas para regular la conducta humana en situaciones diversas. Por ello, como señala Bulygin (2003), los enunciados normativos, a diferencia de las proposiciones descriptivas, no aspiran a reflejar una realidad objetiva, sino a prescribirla. En otras palabras, las normas jurídicas no buscan describir cómo son las cosas, sino establecer cómo deben ser, definiendo lo que está permitido o prohibido. Esta distinción es fundamental para comprender que el lenguaje del derecho no opera de la misma manera que el lenguaje de la ciencia, y que la búsqueda de una “verdad absoluta” en el ámbito jurídico puede ser un objetivo inalcanzable. Sin embargo, el establecimiento objetivo de los hechos jurídicamente relevantes, aunque complejo y matizado, sigue siendo el objetivo fundamental del proceso judicial. Si bien la subjetividad de la prueba nos obliga a ser cautos y a reconocer los límites de nuestro conocimiento, no puede convertirse en un obstáculo insalvable. Por este motivo, es necesario encontrar un equilibrio entre la flexibilidad necesaria para adaptarse a las particularidades de cada caso y la exigencia de certeza jurídica que permita tomar decisiones justas y razonables. De todos modos, ya sea dentro o fuera de los límites del derecho, la determinación de los hechos continúa siendo el punto de referencia fundamental en torno al cual gira la actividad probatoria del juez (Carrillo y Luna, 2021a).

3. EL EFECTO RASHOMON: RETOS, ALCANCES Y REFLEXIONES

A modo de analogía con un paciente que se enfrenta a una adicción y debe dar el primer paso hacia la recuperación reconociendo su propia enfermedad, el Ordenamiento Jurídico Colombiano, con el objetivo de mejorar la Administración de Justicia, debe admitir la existencia de la vicisitud epistemológica conocida como el “efecto Rashomon”, la cual impregna toda la actividad probatoria, especialmente la prueba testifical. En consecuencia, los sujetos procesales que se enfrentan a la valoración objetiva de las evidencias deben ser plenamente conscientes de este sesgo cognitivo, reconociendo su existencia y comprendiendo cómo puede

influir en su actividad judicial y toma de decisiones. Después de todo, como lo explica Dellepiane, el derecho probatorio es principalmente una disciplina reconstructiva o histórica. Aunque en la mayoría de los casos, las interpretaciones que respaldan los hechos mediante pruebas no pueden ser replicadas de manera exacta en las mismas circunstancias, sí pueden ser recreadas en situaciones análogas mediante procesos mentales en el presente, como si se tratara de una especie de narración ficticia (Ortega, 2023b).

Esta realidad es desde luego una cuestión principalísima, en el ámbito del razonamiento probatorio contemporáneo. Teniendo en cuenta que, desde un punto de vista metodológico, la práctica del Derecho Probatorio generalmente colige el siguiente patrón: “i) prueba de los hechos individuales; ii) su subsunción en el hecho abstracto o genérico descrito por la norma; y iii) la aplicación de la consecuencia jurídica prevista asimismo en la norma” (Casino, 2016). Sin embargo, es evidente que las diversas partes involucradas en el proceso tienen la capacidad de interpretar los mismos hechos de manera diferente. Como resultado, subsumirán esos hechos en normas distintas, lo que llevará a un cambio radical en la aplicación de la ley. Esto plantea una pregunta primordial: ¿es posible lograr una subsunción objetiva de los hechos descritos por la norma cuando las partes tienen visiones discordantes de los mismos? Claramente no, pues el “efecto Rashomon”, ciertamente colige que la percepción subjetiva y la interpretación de los hechos por parte de los sujetos procesales pueden ejercer una influencia tan profunda en el proceso judicial que llega a alterar de manera sustancial el ámbito normativo de su aplicación. Esta precisión es importante porque permite concebir al conocimiento judicial de los hechos como una actividad precisamente inconsistente y subjetiva, que necesita reformularse profundamente en aras de robustecer la prestación del servicio de justicia. De todas maneras, la búsqueda de la verdad es inherente al ejercicio del derecho. Sin una averiguación rigurosa de los hechos, la aplicación de las normas jurídicas carecería de legitimidad y justicia (Reyes, 2017).

No obstante, como se señaló en párrafos anteriores, debido a la incipiente incorporación en los sistemas judiciales actuales, incluido el nuestro, de la Concepción Racionalista del Derecho Probatorio, donde el objetivo principal de la prueba es la búsqueda de la verdad y con el fin de

consolidar este propósito, se presentarán las siguientes recomendaciones con el objetivo de reducir el “efecto Rashomon” en la evaluación de los acervos probatorios:

(i) Establecer procedimientos claros y uniformes para la obtención de las pruebas, pues el juez, independientemente de la etapa procesal en que se encuentre, nunca tendrá la oportunidad de presenciar los hechos frente a los que debe tomar una decisión: por ende, se hace necesario que los conozca a través de mecanismos fiables, que además le permitan a los demás intervinientes ejercer el derecho de contradicción. Después de todo, como señala Santacruz (2018), los jueces, al emitir una sentencia, construyen una narrativa de lo ocurrido. Es decir, una versión que se acepta como la oficial. Esta versión, en muchos casos, se alinea con la de una de las partes o es una síntesis de ambas. Sin embargo, es fundamental entender que la sentencia judicial no es un descubrimiento absoluto de la verdad, sino una construcción social basada en la evidencia presentada y la interpretación del juez. Al fin y al cabo, como manifiesta Moya (2020), el proceso penal, al establecer garantías procesales y límites a la potestad punitiva del Estado, cumple una función esencial en la protección de los derechos individuales. De ese modo, al limitar la posibilidad de que los jueces dicten sentencias arbitrarias, contribuye a garantizar el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia.

(ii) Asegurar que las entrevistas a testigos, partes involucradas y peritos se realicen por profesionales capacitados en psicología del testimonio, mediante preguntas estructuradas con el objeto de minimizar la influencia de sesgos y percepciones personales, con el objeto de intentar determinar la calidad (exactitud y credibilidad) de las narraciones realizadas por los intervinientes, en aras de purificar la contaminación cognitiva y de esa forma, minimizar las inconsistencias producidas por el “efecto Rashomon”. Innegablemente, porque el uso de métodos inapropiados puede limitar la calidad de información que el testigo proporciona a la hora de recordar los sucesos que ha presenciado, siendo, como lo menciona Fajardo (2023), “la preparación del testimonio un novedoso mantra sumido en la ambigüedad”.

(iii) El registro y documentación de forma obligatoria de las entrevistas, testimonios e interrogatorios de parte, en audio o video, mismos que coadyuvarán radicalmente a la verificación de la precisión de los testimonios individuales en aras de reducir las disonancias cognitivas

producidas por la propia subjetividad y percepción personal de cada interviniente al momento de representar conceptualmente los eventos presenciados por sus sentidos. Después de todo, es ilusorio pensar que una sentencia judicial pueda revelar una verdad absoluta, dado que las pruebas presentadas suelen estar sesgadas por los intereses de las partes involucradas. La naturaleza adversarial del proceso judicial, donde cada parte busca imponer su propia versión de los hechos, hace difícil determinar una verdad objetiva. Sin mencionar que la subjetividad de los testigos, la presión sobre los peritos y la naturaleza de las confesiones hacen que la búsqueda de la verdad en un juicio sea un desafío constante (Polanco, 2014). Empero, el registro audiovisual obligatorio de las declaraciones podría mitigar en gran medida estos problemas. De hecho, al contar con una grabación fidedigna, se puede contrastar la versión de los hechos ofrecida por cada parte con las pruebas materiales y con las declaraciones de otros testigos. Esto permitiría a los jueces realizar una valoración más objetiva de la evidencia y, en consecuencia, emitir sentencias más justas.

(iv) Capacitar a jueces, fiscales, personal de apoyo, peritos y abogados litigantes sobre el “efecto Rashomon” y su influencia en la percepción y evaluación de acervos probatorios, especialmente en un momento histórico en el que los jueces son nombrados o elegidos entre un cuerpo de abogados, a menudo carentes de un conocimiento sólido en cuestiones filosóficas y epistemológicas que son fundamentales para la correcta aplicación de las normas procesales. Considerando que, como señala Herrero (2021), la formación jurídica no debe limitarse a la mera adquisición de conocimientos específicos, sino que debe fomentar el desarrollo de una cultura del razonamiento científico. Este proceso implica adquirir una perspectiva transversal que permita a los futuros juristas relacionar diferentes disciplinas y aplicar el pensamiento crítico a diversas situaciones. Solo de esa forma, como lo menciona Ibáñez (2021), la averiguación y posterior determinación de la verdad de los hechos se convertirían en requisitos indispensables para garantizar la justicia en todo proceso judicial. Así, la legitimidad de cualquier decisión judicial se sustentaría en la solidez de los fundamentos fácticos sobre los que se construye. Evitando, en consecuencia, acudir como lo hacen los jueces de la actualidad al excesivo uso de la prueba científica, surgiendo una condición epistemológica negativa nombrada por Gascón Abellán (2016) como “la sobrevaloración de la prueba científica”, es decir, “una actitud deferencial del juez hacia las declaraciones de los expertos”.

Finalmente, cabe recalcar que el proceso judicial consiste en una relación reglamentaria que crea efectos jurídicos, no solamente respecto de los intervinientes, sino también para la sociedad en su conjunto. Es decir, los efectos de las decisiones de los jueces configuran la vida en sociedad. Así, el valor del proceso no reside en su posibilidad de cumplimiento o de coacción frente a la inobservancia de las decisiones judiciales, sino en que la respuesta entregada sea producto de un razonamiento probatorio fundado y heurístico, donde la premisa fundamental sea la presunción de inocencia y la garantía de los derechos fundamentales de los intervinientes (Tisnés, 2012). Sin embargo, este principio en la mayoría de los casos no se respeta, concibiendo el repudio de la sociedad al sistema de administración de justicia, situación que a su vez genera inseguridad jurídica y la pérdida de la confianza en nuestros jueces y magistrados. En este contexto, este estudio de investigación no solo se destaca como un análisis del "efecto Rashomon" y su impacto en la correcta administración de justicia, sino que también se erige como un ensayo crítico que cuestiona el anticuado y obsoleto sistema de justicia, donde la determinación de los hechos es conforme se han probado y no como ocurrieron en la realidad (Carrillo y Luna, 2021b).

CONCLUSIONES

Un aspecto fundamental que no debe dejar de lado es la existencia de dos efectos distintos vinculados a la película "Rashomon". El primero se refiere a la impresionante atmósfera que experimentan los espectadores al ver la película por primera vez, gracias a su cautivadora historia y su destacada calidad técnica, a pesar de estar basada en un relato antiguo. El segundo efecto se centra en la conceptualización de un marco epistemológico necesario para comprender la complejidad tanto en situaciones cotidianas como extraordinarias (Anderson, 2016). Ambos efectos, uno relacionado con la experiencia cinematográfica y el otro con la comprensión de la ambigüedad de la naturaleza humana, suscitan interrogantes sobre cómo el argumento de una película estrenada hace 74 años puede influir en paradigmas cognitivos y culturales socialmente aceptados, como el derecho y el razonamiento probatorio. En definitiva, contribuyendo a la reducción de los potenciales errores que surgen en el desarrollo de la actividad judicial, como también estableciendo una regla de exclusión aplicable a casos graves de contaminación probatoria derivados de una valoración indebida de las evidencias.

En esa línea de pensamiento, a pesar de que en la actualidad existe un estándar de prueba denominado “más allá de la duda razonable”, donde el peso probatorio de las evidencias controvertidas en juicio debe ser lo suficientemente persuasivo como para dejar al juez firmemente convencido de la culpabilidad del acusado (Castillo, 2011). Este sigue siendo condición necesaria, mas no suficiente, en el proceso de toma de decisiones. Así, aunque el estándar expresa el grado de probabilidad necesario para dar un hecho por probado (Richter, 2023), existen otros factores adicionales que los jueces deben tener en cuenta al momento de adoptar un fallo. Pues, como señala Bonorino (2015), el término “probabilidad” admite diversas interpretaciones. En este caso, se refiere a la probabilidad epistemológica, que evalúa el grado de justificación que un conjunto de premisas otorga a una conclusión. Estas variables incluyen la edad, el género, la memoria, la presión social, las ideologías y los prejuicios, todos ellos integrantes del fenómeno materia de estudio, los cuales pueden tener un impacto negativo en el proceso de reconstrucción de un acontecimiento, influyendo así en la actividad cognitiva del juez. Es importante destacar que la búsqueda de certezas absolutas a través de la actividad judicial es una meta inalcanzable. Como señala Accatino (2019), el conocimiento obtenido mediante la prueba es inherentemente probable y falible debido a su naturaleza inductiva y a las limitaciones derivadas de su institucionalización.

De esa forma, el “efecto Rashomon” el “relativismo filosófico” y la “verifobia procesal” nos recuerdan la importancia de la empatía y la apertura hacia las perspectivas de los demás al reconocer que la verdad es relativa y que nuestras percepciones son subjetivas, permitiendo bordear una diversidad de opiniones y comprender mejor la complejidad del mundo que habitamos. Así, para responder a las preguntas: ¿existe la verdad? y ¿esta puede ser alcanzable a través del proceso judicial o trasciende definitivamente los límites de nuestra comprensión? La respuesta para la primera es positiva, la verdad de los hechos existe, siendo una sola y presentándose independientemente de toda observación, esto es, desnuda de subjetividades e interpretaciones. En contraste, la segunda, denominada verdad procesal, es imposible de alcanzar en términos epistemológicos, ya que en este dogma la “verdad” es lo que el juez declara que es verdad, con autonomía de lo que ocurriera en realidad (Beltrán, 2022b). En otras palabras, la verdad procesal no es un reflejo objetivo de los hechos, sino

una construcción narrativa, una hipótesis elaborada por el juez a partir de los elementos probatorios disponibles. Es como si el juez fuera un dramaturgo que, a partir de los testimonios y las pruebas, construyera una historia coherente sobre lo sucedido.

Finalmente, cabe destacar que el sistema judicial colombiano se basa eminentemente en la aplicación rígida de reglas y procedimientos establecidos por la ley, reflejando en definitiva un enfoque formalista en el proceso de toma de decisiones judiciales. Y, a pesar de que, mediante reformas procesales, se ha intentado equilibrar el formalismo con consideraciones más flexibles de justicia y equidad, la verdadera innovación, en el contexto procesal, sería la implementación expresa de los postulados de la Concepción Racionalista del Derecho Probatorio, y con él la adopción de herramientas epistemológicas como las resultantes de la deconstrucción del “efecto Rashomon” en la evaluación de acervos probatorios. Paralelamente, ponderando la importancia de proporcionar una formación *iusfilosófica* a los jueces para fomentar un pensamiento más empático y reflexivo sobre su labor y las consecuencias que esta tiene en la sociedad. Posibilitando la inminente y necesaria reforma del contenido del Código de Procedimiento Penal Colombiano para armonizarlo con la búsqueda y averiguación de la verdad. Sin embargo, la implementación de esta idea requeriría un examen exhaustivo y un debate profundo de política criminal, por parte del Estado colombiano. Al fin y al cabo, como señala Garreta (2010, como es citado en Cohen, 2009), la justicia, como concepto político, está intrínsecamente ligada a la verdad. Un sistema jurídico que no se esfuerza por descubrir la verdad en cada caso socava su propia legitimidad y credibilidad, pues la justicia sin verdad se convierte en una mera apariencia.

REFERENCIAS

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora? *Revus*, (39), 1-17. <https://doi.org/10.4000/revus.5559>
- Anderson, R. (2016). The Rashomon effect and communication. *Canadian Journal of Communication*, 41(2), 249-270. https://www.researchgate.net/publication/314781888_The_Rashomon_Effect_and_Communication

- Andrés Ibáñez, P. (2021). Michele Taruffo: el magisterio y la obra ejemplares del genial procesalista «todoterreno». *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (44), 41-62. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.02>
- Ayala Fuentes, M. (2008). Relativismo y dogmatismo. causas y consecuencias. *Persona y Bioética*, 12(2), 118-131. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83211487004>
- Baldosea Perea, H. (2017). El esclarecimiento de la verdad, la confesión y el derecho de no autoincriminación y de guardar silencio en los contextos judiciales de transición. *El caso de Justicia y Paz en Colombia. Derecho Penal y Criminología*, 38(104), 151-177. <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.05>
- Beltrán, J. y Vázquez, C. (2020). El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Marcial Pons.
- Bulygin, E. (2003). El papel de la verdad en el discurso normativo. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 79-85. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.04>
- Carnevali Rodríguez, R. y Castillo Val, I. (2011). El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Ius et Praxis*, 17(2), 77-118. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200005>
- Carrillo de la Rosa, Y., y Luna Salas, F. (2021). Aproximaciones conceptuales al razonamiento de los hechos, la verdad y la prueba. *JURÍDICAS CUC*, 17(1), 173-210. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.07>
- Casino, M. (2016). La fragilidad de los hechos probados (o “donde dije digo, digo Diego”). Instituto Nacional de Administración Pública. <https://laadministraciondia.inap.es/noticia.asp?id=1505855>
- Castillo, M. (2022). «Efecto Rashomon» versus la prueba testifical en el proceso penal. *Economist & Jurist*. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/efecto-rashomon-versus-la-prueba-testifical-en-el-proceso-penal/>
- Cavallone, B. y Taruffo, M. (2012). *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*. Palestra Extramuros.

- Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C-591 de 2005 [M.P.: Vargas, C.].
- Dwyer, J. (2015). Witness accounts in hammer attack show the power of false memory. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2015/05/15/nyregion/witness-accounts-in-midtown-hammer-attack-show-the-power-of-false-memory.html>
- Echavarría, B. (2003). Los límites de los derechos y el sistema normativo. *Derecho privado y Constitución*, (17), 449-478. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=835588>
- Enciclopedia del Lenguaje. (s.f.). Parábola (literatura). <https://lenguaje.com/parabola-literatura/>
- Fajardo Vanegas, J. S. (2023). La preparación del testimonio: un falso mantra, cargado de riesgos epistémicos. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (5), 63-94. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i5.22904
- Ferrer Beltrán, J. (Coordinador). (2022). *Manual de Razonamiento Probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- García, B. R. (2008). El efecto Rashomon en la jurisprudencia. conocimiento de los hechos y aplicación de las normas según el materialismo cultural. En M. Elósegui y F. Galindo (Eds.), *El pensamiento jurídico: pasado, presente y perspectiva: libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades* (pp. 883-906). El Justicia de Aragón.
- Garreta Leclercq, M. (2010). Liberalismo político, justificación pública y verdad. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (33), 215-238. <https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.11>
- Gascón Abellán, M. (2016). Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema). *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (39), 347-365. <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.18>
- Haack, S. (2012). Toda la verdad y nada más que la verdad. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (35), 571-587. <https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.25>

- Herrero, C. (2021). Los conocimientos de la psicología más allá de la prueba pericial. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (2), 363-408. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22533
- Larroucau Torres, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783-808. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Marcial Pons.
- Luna Salas, F. (2021). Fiabilidad de la prueba testimonial: breve análisis desde la psicología del testimonio y los errores de la memoria. *Prolegómenos*, 24(48), 53-67. <https://doi.org/10.18359/prole.5701>
- Mayos, G. (2010). El 'Efecto Rashomon'. Análisis filosófico para el centenario de Akira Kurosawa. *CONVIVIUM*, (23), 209-233. <https://raco.cat/index.php/Convivium/article/view/184479>
- Meneses Pacheco, C. (2008). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Ius et Praxis*, 14(2), 43-86. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200003>
- Moya Vargas, M. (2020). El principio de congruencia en los procesos penales. Una reconsideración basada en la semiótica jurídica. *Derecho Penal y Criminología*, 40(109), 13-76. <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n109.02>
- Muñoz Hernández, L. (2016). Prueba, verdad, verifobia en la justicia transicional. Tensión derecha, paz y justicia – Colombia, ley 975/2005. *Jurídicas CUC*, 12(1), 215-238. <https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/1123>
- Ortega, V. (2023). El estándar de prueba de inferencia razonable: fundamento epistemológico del auto que decreta la medida de aseguramiento preventiva. *Revista Criterios*, 30(2), 83-98. <https://revistas.umariana.edu.co/index.php/Criterios/article/view/3519>
- Palacios Parra, D. (2022). El estándar probatorio en la medida de aseguramiento: un análisis a partir de la Ley 1826 de 2017.

Derecho Penal y Criminología, 44(116), 95-115. <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.05>

Peña, C. (2009). Habermas y el problema de la verdad. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (32), 585-591. <https://doi.org/10.14198/DOXA2009.32.23>

Pintore, A. (1997). Consenso y verdad en la jurisprudencia. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (20), 279-293. <https://doi.org/10.14198/DOXA1997.20.09>

Polanco Polanco, A. (2014). Prolegómenos del estado actual del derecho probatorio en México. Reforma Judicial. *Revista Mexicana de Justicia*, 1(23), 37-53. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487929e.2014.23.8855>

Prada, A. (2018). Rashomon en los tribunales. Hechos y relatos judiciales sobre los hechos. En J. Martínez y J. Moreno (Coords.), *Comprender el presente, imaginar el futuro: nuevas y viejas brechas sociales* (pp. 46-62). Corisco.

Ramírez Ortiz, J. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (1), 201-246. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288

Reyes Molina, S. (2017). Sobre derecho y la averiguación de la verdad. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (40), 317-336. <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.13>

Richter, A. (2023). El arrepentido: entre prueba y error. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (5). https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i5.22892

Rivaya, B. (2023). El efecto Rashomon en los jueces. *Pòlemos Portal Jurídico interdisciplinario*. <https://polemos.pe/el-efecto-rashomon-en-los-jueces/>

Rodríguez Martínez, H. (2024). Sesgos implícitos, injusticia explícita: Efectos epistémicos de los sesgos inconscientes en el razonamiento probatorio en México. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre*

Razonamiento Probatorio, (7), 103-135. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i7.22987

Rodríguez, F., Bolaño, N. y Algarín, G. (2018). De la valoración racional de la prueba en la verdad procesal a la teoría de la probabilidad preponderante. *JURÍDICAS CUC*, 14(910), 259-286. <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.12>

Santacruz (2018). La reconstrucción del hecho en el proceso penal en México. *Derecho Penal y Criminología*. 38(105), 159-177. <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n105.07>.

Silva, F. P. (2022). La racionalidad argumentativa en la prueba pericial: una aproximación desde la teoría probatoria contemporánea. <https://ring.uaq.mx/handle/123456789/3562>

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons.

Tisnés Palacio, J. S. (2012). Presunción de inocencia: principio constitucional absoluto. *Ratio Juris UNAULA*, 7(14), 53-71. <https://doi.org/10.24142/raju.v7n14a1>

Trakas, M. (2017). Rashômon. La memoria y su conexión con el pasado. *Ética Y Cine Journal*, 7(3), 11-21. <https://doi.org/10.31056/2250.5415.v7.n3.19619>

Vargas Vélez, O. (2019). *El razonamiento inductivo en la valoración de la prueba judicial*. Ediciones Universidad de Salamanca.

Vilajosana Rubio, J. M. (2007). Entre el saber y la ignorancia. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (30), 217-221. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.31>

Wright, G. (2016). ¿Lógica sin verdad? *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (39), 21-34. <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.02>

INEFICACIA EN LA GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS Y DE INTERVENCIÓN INTERNACIONAL EN EL CENTRO PENITENCIARIO EN GUANTÁNAMO

María Lucía Pereiro Maya¹

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2023.

Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2023.

Referencia: Pereiro, M. (2024). Ineficacia en la garantía de derechos humanos y de intervención internacional en el centro penitenciario en Guantánamo. *Revista Científica Codex*, 9(17), 145-168.

RESUMEN

El presente artículo analiza la ineficiencia de los mecanismos e instrumentos jurídicos del sistema normativo interamericano en la protección de los derechos humanos en el centro penitenciario en Guantánamo (Cuba). Este análisis se llevará a cabo a través de la observación del marco teórico y político que dio lugar a la creación del centro penitenciario en Guantánamo, así como el contexto normativo y de derechos humanos en la base naval. Atendiendo en todo caso a un paradigma cualitativo, con un enfoque histórico hermenéutico y la aplicación de técnicas de revisión bibliográfica. Estas metodologías permitirán reflejar de manera concreta los problemas

1 Abogada de profesión, especialista en derechos humanos, en calidad de becaria, especialista en derecho penal de la Universidad de Nariño. María Lucía es reconocida por su destacada trayectoria en el sector de los servicios públicos. Originaria de Ipiales, Nariño, ha dedicado más de 2 años a EMPOOBANDO E.S.P., la empresa encargada de los servicios de acueducto y alcantarillado en el municipio de Ipiales. Actualmente, como contratista en la dependencia del Plan Departamental de Agua, adscrita a la Secretaría de Planeación del Departamento de Nariño, comprometida en la garantía de los derechos humanos en el marco de los servicios públicos domiciliarios de la comunidad.

graves de derechos humanos que enfrentan los detenidos, tales como la falta de garantías judiciales, protección judicial, integridad personal, libertad y dignidad humana, bajo el régimen de justicia impuesto por los agentes estadounidenses en Guantánamo. El objetivo final es evidenciar que el sistema interamericano y sus distintos instrumentos de intervención en materia de derechos humanos son aún incipientes y de limitada eficacia frente al discurso de soberanía y diplomacia que sostiene Estados Unidos, así como a la protección de derechos humanos en el centro penitenciario.

Palabras clave: Guantánamo, derechos humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, terrorismo, diplomacia.

ABSTRACT

This article analyzes the inefficiency of the legal mechanisms and instruments of the inter-American regulatory system in the protection of human rights in the penitentiary center in Guantánamo (Cuba). This analysis will be carried out through the observation of the theoretical and political framework that gave rise to the creation of the penitentiary center in Guantánamo, as well as the regulatory and human rights context at the naval base. In any case, taking into account a qualitative paradigm, with a historical hermeneutic approach and the application of bibliographic review techniques. These methodologies will allow us to concretely reflect the serious human rights problems faced by detainees, such as the lack of judicial guarantees, judicial protection, personal integrity, freedom and human dignity, under the justice regime imposed by US agents in Guantánamo. The final objective is to show that the inter-American system and its different instruments of intervention in matters of human rights are still incipient and limited in effectiveness in the face of the discourse of sovereignty and diplomacy that the United States supports, as well as the protection of human rights in the penitentiary center.

Keywords: Guantánamo; human rights; Inter-American Commission on Human Rights; terrorism; diplomacy.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centró en la ineficacia de los mecanismos y tratados internacionales en la protección de los derechos humanos de

los detenidos extranjeros en la prisión de Guantánamo (Cuba). Enfocó específicamente las violaciones graves como detenciones indefinidas, juicios sin el debido proceso, tratos crueles, inhumanos y degradantes, discriminaciones por razones de raza, etnia y afectaciones a la integridad personal y libertad que se realizaron por agentes estadounidenses de manera arbitraria e ilícita durante su arresto y permanencia en el centro.

Este problema ha emergido debido a la inoperancia y desestimación de los mecanismos internacionales establecidos por órganos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que no han logrado el cumplimiento de las garantías y el respeto de los derechos en este contexto. Esta situación se ha visto agravada por la postura de Estados Unidos, que, amparado en el principio de soberanía y seguridad nacional, ha minimizado o ignorado la relevancia de estos asuntos internacionales.

Para abordar esta problemática, la investigación exploró las causas que llevaron a Estados Unidos a tomar posesión de Guantánamo, el contexto social y el entorno político y jurídico que se desarrolló tras los eventos del 11 de septiembre de 2001, y se realizó una descripción detallada de las actuaciones y comportamientos que evidencian la amenaza a los derechos humanos.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DE CREACIÓN E INSTITUCIÓN DEL CENTRO DE RECLUSIÓN GUANTÁNAMO (CUBA)

1.1 Ataque terrorista: 11 de septiembre de 2001

La base naval se encuentra a unos 30 kilómetros de Guantánamo con un área de 120 km² y se conoce como “Base Naval de la Bahía de Guantánamo” de los Estados Unidos; caracterizándose en el mundo latinoamericano y ante la comunidad internacional como uno de los centros que presenta flagrantes vulneraciones de derechos humanos y garantías mínimas fundamentales frente a los detenidos extranjeros. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) expresó al respecto:

779 personas están o han estado detenidas en la base naval estadounidense en Guantánamo, todos ellos hombres, extranjeros y musulmanes (régimen discriminatorio por razón de nacionalidad, étnica y religión): de los cuales el 93% no fueron capturados por EEUU, la mayoría fueron vendidos a EEUU por una recompensa; 8 detenidos condenados por comisiones

militares (violación al derecho al ser juzgados por un tribunal competente, independiente e imparcial); 22 niños y adolescentes fueron detenidos; 104 realizaron una huelga de hambre; 23 detenidos trataron de cometer suicidio y 116 hombres extranjeros musulmanes siguen detenidos (considerada la detención indefinida de personas como violación flagrantes del derechos internacional de los derechos humanos y una forma de trato cruel, inhumano y degradante) (p.1).

Se trata de una de las primeras bases navales -y la más antigua- instituida por Estados Unidos en Cuba, tras un proceso de apropiación por la decisión de transferir porciones territoriales resultado de la guerra de independencia.

El origen de la base de Guantánamo se remonta al tratado de paz entre Estados Unidos y España suscrito en París el 10 de diciembre de 1898, en el que se señaló:

España renunciaba a todo derecho de soberanía y propiedad sobre Cuba y reconocía el derecho a que fuera ocupada por los Estados Unidos, que se comprometían a asumir y cumplir «las obligaciones que, por el hecho de ocuparla, les impone el Derecho internacional, para la protección de vidas y haciendas», mientras durara la ocupación (Castillo, 2014, p. 1).

Otro de los orígenes de la base, tiene que ver con lo que se conoce como Enmienda Platt, presentada ante el Senado en 1902, en virtud de la cual se buscaba regular las relaciones entre el nuevo Estado independiente cubano y Estados Unidos.

De ahí que, en la Constitución de Cuba de 1901, en su apéndice se estipuló la idea de que los Estados Unidos intervinieran en la isla. En efecto, el gobierno de Cuba se comprometió, como lo señala Castillo (2014), “a vender o a arrendar a los Estados Unidos las tierras necesarias para carboneras o estaciones navales en ciertos puntos determinados que se convendrán con el presidente de los Estados Unidos” (p. 1).

Con posterioridad, en el año 1902, con la independencia de Cuba, los presidentes de este país y Estados Unidos suscribieron el acuerdo *for the Lease of Lands for Coaling and Naval Stations*. En él se mantuvo la idea de arrendamiento para asuntos carboneros y navales. Tratado que fue complementado con el acuerdo del 2 de julio de 1903 “por el que Estados

Unidos se comprometía a pagar a Cuba una suma anual de dos mil dólares, en monedas de oro de los Estados Unidos, durante el tiempo que durara la ocupación y el uso de las tierras” (Castillo, 2014, p. 1). Este acuerdo fue reafirmado en vigencias posteriores con la suscripción de otros tratados.

Circunstancia precedida que cambió con el triunfo de la Revolución cubana en 1959, donde se inició a considerar la ocupación de Estados Unidos como arbitraria e ilegal, contemplando que los tratados fueron suscritos a través del ejercicio de la violencia y la coerción. Pese a ello, el país norteamericano mantuvo, y mantiene hasta el día de hoy, la ocupación de la base naval de Guantánamo.

Con posterioridad, el 11 de septiembre de 2001, ocurrió el atentado terrorista en Estados Unidos que ocasionó un revuelo en el mundo jurídico y de derechos humanos, sobre todo en lo que refiere al tratamiento en la base naval contemplada en Guantánamo. Así se evidenció:

Cuyo inicio se concretó el 7 de octubre de 2001 con los primeros ataques aéreos sobre Afganistán y más tarde con la intervención de tropas terrestres en territorio afgano, operaciones en las cuales detuvieron hombres, algunos de los cuales fueron enviados a la Base de Guantánamo. Sin proceso judicial, sin identidad, sin acceso a ellos, sin información alguna sobre la realidad de su vinculación con actos ilícitos, sin comunicación, sin individualizar la situación de cada uno de ellos, no se les reconoció el estatus de prisioneros de guerra, sino que fueron llamados combatientes enemigos, con lo cual Estados Unidos afianzaba el cierre al acceso de un mínimo aceptable de respeto a sus derechos (Sampedro, 2005, pp. 1-2).

En adelante, se evidenciaron las primeras vulneraciones de derechos humanos a prisioneros situados en la sede de Guantánamo: secuestros ilegales, detenciones indefinidas sin debido proceso, sin juicio justo, torturas y tratos crueles, degradantes e inhumanos de conformidad con informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en especial la Resolución Terrorismo y Derechos Humanos, expedida el 12 de diciembre de 2001.

Como resultado, este espacio comenzó a considerarse como una zona de no derecho debido a que, durante años, Estados Unidos ha justificado sus violaciones y actos ilícitos cometidos en este centro alegando que se trata de “combatientes enemigos”. En este contexto, se les ha negado el derecho

fundamental a ser escuchados en un juicio ante un tribunal competente, con normas preexistentes; circunstancia que, al ser vulneradora del derecho internacional, ha conllevado la intervención de organismos internacionales de protección de derechos humanos.

Estados Unidos sostiene argumentos con el fin de validar su actuación en el Centro. En primer lugar, desconoce la calidad de prisioneros de guerra a los prisioneros de Guantánamo, aun cuando su situación jurídica así lo avala, por no encontrarse cobijados por los Convenios de Ginebra, según su criterio. Al respecto se manifestó:

La postura de Estados Unidos sobre el tema se fundamenta en que dichas personas no encuadran en el estatus mencionado porque no cumplen los requisitos que debe reunirse para ser considerados prisioneros de guerra según el artículo 4 del convenio III de Ginebra tales como: (...) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas deben (...) a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra (Gutiérrez, De Cristofaro y Woods, 2011, como se citó en Madrid, 2020, p. 32).

Posición que encuentra controversia, ya que conservar o no el estatus, no impide la protección de los derechos de los prisioneros en Guantánamo. En otras palabras, el alcance y la aplicación de los derechos se extiende a todas las personas que se encuentren detenidas, independientemente de su estatus.

Otro de los argumentos del Estado norteamericano tiene que ver con la idea de una política que termine con el terrorismo internacional para justificarse de sus propios actos violatorios, es decir, plantea el origen de la base naval a partir del presupuesto de soberanía, defensa y seguridad nacional para vulnerar garantías humanas.

En definitiva, la Base Naval de Guantánamo es un símbolo complejo de conflicto entre seguridad nacional y derechos humanos. Aunque su ocupación se basa en acuerdos históricos, su uso actual ha suscitado serias preocupaciones sobre el respeto a los derechos humanos y el derecho internacional. Las prácticas en Guantánamo, como las detenciones

indefinidas y la tortura, han sido ampliamente condenadas por organismos internacionales, lo que pone en evidencia una brecha significativa entre las políticas estadounidenses y los estándares internacionales de derechos humanos.

La controversia en torno a Guantánamo refleja un conflicto más amplio sobre el equilibrio entre la seguridad nacional y los derechos individuales, y plantea interrogantes sobre la legitimidad y el impacto de las políticas de detención en el contexto de la lucha contra el terrorismo.

2. CONTEXTO NORMATIVO Y RÉGIMEN DE DERECHOS HUMANOS QUE SE DESARROLLA EN EL CENTRO PENITENCIARIO EN GUANTÁNAMO (CUBA)

2.1. Derecho internacional en el marco de los derechos humanos

2.1.1. Derecho a la libertad personal

En relación con la vulneración de derechos humanos en la base naval de Guantánamo, de conformidad a los diversos monitoreos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se tiene que, una de las violaciones más graves que se generó en el Centro está relacionada con la libertad personal consecuencia de las detenciones indefinidas a la que eran sometidos los procesados; violación que reviste relevancia normativa ya que, además de contravenir el artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos acerca de garantías judiciales y protección judicial, respectivamente, afecta de manera significativa la libertad del ser humano que es considerada uno de los derechos innatos y fundamentales con los que nace una persona, y el arrebatársela, representa una de las amenazas más graves en el marco de protección que debe ofrecer un Estado.

Dentro de la normatividad internacional se tienen los artículos I y XXV de la Declaración Americana de Derechos Humanos, que preceptúan el derecho de todo ser humano a la vida, libertad y seguridad de una persona, aunado a la prohibición de su privación sin que medie el cumplimiento de las leyes preexistentes.

Norma que fue confirmada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) en los siguientes términos:

Entre las numerosas garantías encaminadas a la protección de las personas contra la interferencia ilegítima o arbitraria de su libertad por parte del Estado se encuentran los requisitos de que toda privación de la libertad se realice de acuerdo con una ley preestablecida, que el detenido sea informado de las razones de su detención y notificado sin demora de las acusaciones que se le imputan; que toda persona privada de su libertad tiene derecho a un recurso jurídico, a obtener, sin demora, una determinación de la legalidad de su detención; y que la persona sea juzgada dentro de un plazo razonable o liberada mientras continúa el proceso (p. 41).

Si bien es cierto que en específicos espacios se pueden realizar detenciones más allá de un plazo razonable, siempre y cuando se justifique el motivo y el procedimiento que lo rige conforme al derecho a la guerra, también lo es que Estados Unidos avaló múltiples arbitrariedades, amenazando el debido proceso y la libertad de los detenidos, bajo la justificación de protección y salvaguarda de su soberanía; evidencia de ello es la omisión de juicios y procesos en contra de los detenidos durante y después del conflicto suscitado el 11 de septiembre del 2001.

Diversos actores internacionales han señalado en torno a las detenciones arbitrarias lo siguiente:

El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha condenado el tratamiento de los detenidos en Guantánamo, observando que la detención indefinida constituye per se una violación a la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Adicionalmente, un informe de 2006 adoptado por el Consejo Económico y Social de la ONU sobre la situación de los detenidos en la Bahía de Guantánamo, y que lamentablemente sigue siendo relevante, señala que “el objetivo principal de la detención continuada no es evitar que los combatientes reanuden la lucha armada contra los Estados Unidos, sino obtener información y recabar datos para los servicios de inteligencia sobre la red Al Qaida” (p.50).

Aunque la justificación de las detenciones por parte de Estados Unidos era prevenir futuros actos terroristas en contra de los estadounidenses, se han impetrado diversas detenciones sin el cumplimiento de los requisitos legales correspondientes. Esto incluye la

falta de acceso a recursos jurídicos y la ausencia de una motivación legal adecuada para las detenciones. Causa que, para autores como Blandón y Molina (2015), constituyen lo que se conocería en adelante como doctrina del mal menor:

En la teoría del mal menor, la violencia es indispensable para combatir el terrorismo. Esta tiene esa trascendencia por el hecho de que un órgano protector (el Estado) tiene la responsabilidad intrínseca de respaldar a todas las víctimas del terrorismo (...) la idea subyacente sugiere que la imposición de la violencia estatal es la forma más eficaz de combatir el terrorismo. Como valor agregado, la columna vertebral de la teoría es el desconocimiento de la ley y el Estado de derecho, es decir, el mal que se ejecuta para evitar otro mal de mayor trascendencia es más efectivo, pues se mide a través de las consecuencias que puede evitar (p. 166).

En definitiva, las detenciones en Guantánamo justificadas en nombre de la soberanía nacional por parte de los estadounidenses han suscitado un debate profundo sobre la legitimidad y la legalidad de las acciones estatales en contextos de guerra. A pesar de los argumentos de seguridad, la falta de procesos legales adecuados y las violaciones a los derechos humanos han sido ampliamente documentadas y criticadas por organismos internacionales. La teoría del mal menor, aunque intenta justificar la violencia estatal como un medio para prevenir mayores males, subraya la necesidad de balancear medidas de seguridad con el respeto a los principios fundamentales del derecho y la justicia. La cuestión fundamental sigue siendo cómo garantizar la seguridad nacional sin sacrificar los derechos y libertades individuales, y cómo asegurar que las acciones del Estado estén en conformidad con el marco legal aceptado internacionalmente.

2.1.2. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

Otra de las prácticas vinculadas a la base naval de Guantánamo es la ejecución de torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes hacia los detenidos que se realizan de manera ilegal o sin la debida autorización del contenido normativo. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) documentó y detalló estas técnicas empleadas por los funcionarios estadounidenses en Guantánamo, evidenciando su carácter violatorio de los derechos humanos:

Entre las diez técnicas descritas se encuentran: el confinamiento estrecho ("la colocación del individuo en un espacio confinado [generalmente oscuro], cuya dimensión restrinja la libertad de movimiento"); la parada de pared ("los brazos de la persona se estiran hacia el frente, con sus brazos reposando sobre la pared. Sus brazos soportan todo el peso del cuerpo. No se permite al individuo moverse o reposicionar sus manos o pies"); las posiciones de estrés ("diseñadas para producir molestias físicas asociadas con la fatiga muscular"); la privación del sueño, y el ahogamiento simulado.

Adicionalmente, se alega que otras prácticas de interrogatorio, como la privación sensorial, golpizas severas, choques eléctricos e hipotermia inducida, habrían sido autorizadas por el Director de la CIA durante la "guerra contra el terror". Muchas de las técnicas utilizadas por la CIA contra sospechosos de Al-Qaeda están basadas en el programa militar "Supervivencia, Evasión, Resistencia y Escape" (Survival, Evasion, Resistance and Escape, "SERE" por sus siglas en inglés), un programa de entrenamiento que era utilizado para entrenar a soldados estadounidenses durante la Guerra Fría para soportar tortura durante interrogatorios. (p. 54)

Entre otras disposiciones, el artículo 1 de la Declaración Americana, en concordancia con el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, subraya la importancia fundamental de la dignidad humana en el marco de los derechos. Estos textos normativos establecen que la protección de la dignidad humana es esencial para la salvaguarda de diversas garantías humanas. De allí que, todas las actuaciones adelantadas por los Estados deben estar orientadas a garantizar y respetar este derecho fundamental.

Particularmente en Guantánamo, Cuba, se han puesto en grave riesgo las garantías de derechos fundamentales, lo que supondría afectar severamente el núcleo de la dignidad humana; evidencia de estos actos atroces se ha documentado en informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde se describe el siguiente testimonio:

Según el Dr. Stephen Xenakis, Brigadier General (Retirado), perito médico y psiquiatra en varios casos relacionados con detenidos en Guantánamo, con frecuencia estos prisioneros no tienen expectativa de ser liberados, se encuentran traumatizados, sus vidas han sido perturbadas, y es muy

común que tengan problemas de sueño, ataques de ansiedad y una serie de dolencias físicas atribuibles al envejecimiento. Los detenidos que hoy están en la década de los 50, 60 y 70 años estarían desarrollando enfermedades crónicas que surgen en esta etapa de la vida. Al respecto, el Dr. Xenakis testificó ante el Comité Judicial del Senado que “la población que está envejeciendo en Guantánamo es vulnerable a desarrollar trastornos neuropsiquiátricos debilitantes derivados del trauma y el estrés, así como a sufrir demencia, depresión grave e inestabilidad emocional creciente” (p.63).

Finalmente, las prácticas de tortura y trato cruel en Guantánamo, como se detalla en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los testimonios del Dr. Stephen Xenakis, evidencian una violación sistemática de los derechos humanos. Las técnicas de interrogatorio empleadas no solo contravienen las normativas internacionales, sino que también provocan daños duraderos en la salud física y mental de los detenidos. El testimonio del Dr. Xenakis subraya el impacto devastador de estas prácticas en la salud y el bienestar de los prisioneros, muchos de los cuales sufren de trastornos neuropsiquiátricos y enfermedades crónicas.

El respeto a la dignidad humana, como lo enfatizan la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige que todos los Estados actúen dentro de los límites legales y éticos. La documentación de estos abusos en Guantánamo pone de relieve la urgente necesidad de reformar las políticas y prácticas de detención y garantizar que los derechos fundamentales sean respetados y protegidos por parte de los Estados. Las violaciones a estos principios no solo afectan a los individuos directamente involucrados, sino que también socavan la integridad del sistema de derechos humanos en su conjunto.

2.1.3. Acceso a instancias judiciales (debido proceso)

El derecho a la protección judicial está establecido tácitamente en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, definiéndose en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos

por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Esto implica que, además de otorgar recursos sencillos y rápidos, los Estados deben velar porque estos resulten idóneos y efectivos para la salvaguarda de los derechos que se persigue o se entienden amenazados. En consecuencia, debe activarse una actuación de tal modo que, respete el debido proceso y ampare a todas las personas en cuanto a los derechos que a ellas se les confirió en cartas e instrumentos internacionales, suscritos previamente por los Estados.

Concretamente, Estados Unidos incumple su obligación de respetar y garantizar la protección judicial ya que, al momento de su detención, a los individuos no les son otorgados los recursos mínimos necesarios para acceder ante la justicia competente ni para ejercer una defensa equitativa y justa. No es válido afirmar que, en cumplimiento de procedimientos legales, se vulneren otras prerrogativas humanas. Derechos fundamentales como la protección judicial, garantías judiciales y la integridad personal no pueden verse comprometidos por la existencia de un conflicto internacional; incluso en tales contextos, los derechos humanos deben ser respetados y garantizados plenamente.

En otras palabras, el respeto por las garantías judiciales es fundamental para toda persona detenida, pues de no asegurarse ese respeto, se estaría afectando el núcleo esencial de los derechos, socavando así la dignidad humana, que es el pilar de una sociedad democrática.

Informes de la CIDH desde 2001 en adelante han manifestado que los detenidos en Guantánamo fueron privados del acceso a la justicia y a recursos efectivos que permitan alegar su inocencia frente a los hechos conculcados ante los tribunales. Por lo tanto, Estados Unidos, en virtud de su obligación jurídica de garantizar el derecho a la protección judicial en el ámbito internacional, debía ofrecer a los detenidos la oportunidad de acceder al sistema jurídico. Esto permitiría, en su caso, que se dictara una sentencia justa, ya sea de condena o absolución, de conformidad con la ley.

Uno de los primeros casos sometidos a juicio se realizó en 2002 por la interposición de un habeas corpus ante la Corte de Distrito de D.C, del cual se obtuvo a saber:

El 28 de junio de 2004, la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Rasul v. Bush*, revocó dicha decisión, estableciendo que las cortes federales de Estados Unidos tienen jurisdicción para conocer recursos de hábeas corpus presentados por detenidos de Guantánamo. Transcurridos casi dos años y medio desde la apertura de las instalaciones, los detenidos de Guantánamo tuvieron, por vez primera, acceso a recursos judiciales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p.77).

Pese a fijarse un precedente importante en lo que refiere a asuntos de habeas corpus, el mismo no tuvo incidencia en lo que en adelante se trataría frente a este tipo de actuaciones; a partir del 2005 se expidió la Ley de Tratamiento a Detenidos por parte del Congreso de Estados Unidos que negó de manera tácita la presentación de habeas corpus por los detenidos en la sede de Guantánamo, generando, nuevamente, una amenaza no solo a las garantías judiciales, sino también a la libertad personal, que es el fin último de este privilegio.

Sin embargo, a partir de 2008, con los casos *Boumediene v. Bush* y *Al-Adahi v. Obama*, se generó un cambio importante en torno a la regulación de los trámites presentados por los detenidos; como resultado, se resolvió el derecho a presentar habeas corpus ante cortes federales, cuestionando la importancia e incidencia en el derecho de libertad personal y objetando la privación que realizaba en su momento el poder ejecutivo; ello generó un avance importante en materia de legalidad en torno a la detención y a la presentación de recursos, como el habeas corpus, en sujetos detenidos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) emitió al respecto:

Desde *Boumediene*, las cortes federales han conocido más de cien recursos de hábeas corpus presentados por detenidos de Guantánamo, procedimientos que abarcan distintas categorías de recursos. La mayoría de dichos recursos tratan el tema de la legalidad de la detención. Entre octubre de 2008 y julio de 2010, la Corte de Distrito de D.C. conoció 38 recursos de hábeas corpus presentados por detenidos de Guantánamo, y concluyó que el gobierno había incumplido su deber de establecer que los detenidos estaban involucrados con Al-Qaeda o los talibanes (p. 79).

Otro de los aspectos que se desarrollan en torno al derecho al debido proceso es lo atinente a la jurisdicción que conocerá los asuntos de los detenidos; ello implica que se tramiten ante un tribunal competente,

independiente e imparcial. En particular, en la sede de Guantánamo se llevaron a cabo numerosos trámites ante la comisión militar, lo que resultó en arbitrariedades en el proceso de juzgamiento de los prisioneros. Esto se debe a que dicha comisión, al ser un órgano jurídico que opera con cierta discrecionalidad, evaluara las pretensiones de manera arbitraria.

Varios asuntos fueron llevados bajo esta modalidad, entre ellos el de Salim Ahmed Hamdan, que tras la presentación de un habeas corpus cuestionó la constitucionalidad de estas comisiones militares; ello llevó a que con posterioridad se dieran pronunciamientos frente a estos juzgamientos que terminan dando la razón al detenido.

Finalmente, de acuerdo con lo establecido en la protección judicial, uno de sus pilares esenciales es el derecho a una defensa adecuada. Esto implica, en primer lugar, el acceso a un abogado que se encargue por la salvaguarda de los derechos vulnerados y, además, la garantía de la privacidad como parte fundamental de una defensa técnica efectiva.

En el caso de Guantánamo, los detenidos eran obligados a utilizar abogados designados por el mismo gobierno. Si deseaban contratar abogados civiles, debía cumplir con requisitos específicos. Esta situación vulnera la confidencialidad y comunicación entre el detenido y su abogado, así como la posibilidad de contar con una defensa técnica adecuada.

Dicha relación está sometida a múltiples retos, no solo en cuestión de la información que se maneja durante la estrategia de litigio, sino además lo que enmarca temas de organización, logística y manejo en los procesos; así se evidenció por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015):

Según se informa, a los abogados defensores militares no se les permite hablar con sus clientes por teléfono; de forma tal que necesitan viajar a la Bahía de Guantánamo personalmente para hablar con ellos. Esto, a su vez, requiere una enorme inversión de tiempo; los vuelos a la base naval por lo general son semanales, sea de lunes a viernes o de martes a jueves. Por tanto, consultar con el cliente sobre cualquier asunto normalmente consume de dos a cinco días de trabajo de los abogados defensores militares (p. 105).

El caso de Guantánamo ilustra una grave vulneración del derecho a la protección judicial y otros derechos fundamentales. A pesar de los esfuerzos legales para proporcionar recursos judiciales a los detenidos,

las restricciones impuestas por legislaciones como la DTA y la MCA han limitado severamente el acceso a la justicia. Las comisiones militares han demostrado ser un mecanismo arbitrario que socava las garantías procesales, y las barreras en la comunicación entre detenidos y abogados han comprometido aún más el derecho a una defensa adecuada.

El respeto por los derechos fundamentales y las garantías judiciales es esencial para la integridad de cualquier sistema legal y para la dignidad humana. Los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacan la necesidad urgente de reformas que aseguren la protección efectiva de estos derechos, incluso en contextos de conflicto. Solo a través de un compromiso genuino con estos principios se podrá restaurar la confianza en el sistema de justicia y garantizar que los derechos humanos sean respetados y protegidos en todas las circunstancias.

2.1.4. Régimen de discriminación

Como resultado del atentado del 11 de septiembre de 2011, se ha generado un régimen de discriminación frente a los extranjeros que residen en la sede de Guantánamo, pues se ha cuestionado que integrantes de Arabia Saudita son personas enemigas de Estados Unidos y generadores de guerra y se les ha otorgado tratos diferenciales y normativa particular.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) ha señalado que el sistema de justicia en Guantánamo, diseñado específicamente para extranjeros, en su mayoría musulmanes, representa una violación de la cláusula de no discriminación de la Declaración Americana. Este régimen particular y severo no solo establece un sistema de justicia extremadamente restrictivo, sino que también refleja un discurso de guerra que diferencia y deshumaniza a los detenidos en función de su origen y religión.

El sistema estadounidense ha, por tanto, creado una estructura que no solo trata a los detenidos de manera desigual, sino que también ha facilitado la vulneración sistemática de sus derechos. Los detenidos en Guantánamo han enfrentado numerosas violaciones de derechos, incluida la omisión de procedimientos legales adecuados y garantías fundamentales, lo que contraviene los principios de igualdad y justicia.

La crítica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destaca la necesidad urgente de reformas para garantizar que todos los

detenidos reciban un trato justo y equitativo, sin discriminación basada en su origen o religión. Es fundamental que se reviertan las prácticas que han llevado a la implementación de un régimen de detención y justicia que no respeta los derechos humanos universales. Solo así se podrá asegurar que el sistema legal respete y proteja la dignidad y los derechos de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o religión.

3. MECANISMOS E INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA ACCEDER ANTE INSTANCIAS INTERNACIONALES PARA EFECTIVIZAR LA GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS

3.1. Sistema interamericano de derechos humanos

En el sistema interamericano de derechos humanos, se encuentran tres instrumentos normativos fundamentales: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que proporciona un amplio catálogo de garantías y derechos humanos; la Carta de la OEA, que es el tratado fundacional y de creación del sistema; y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que establece los principios iniciales en materia de derechos humanos.

Además de estos documentos, el sistema interamericano está compuesto por dos órganos clave: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos órganos son responsables de supervisar el cumplimiento de los derechos establecidos en los instrumentos mencionados y de promover y proteger los derechos humanos en los Estados miembros.

Por su parte, la Comisión examina las peticiones en las cuales se alegan violaciones a la Convención Americana, para los Estados que la han ratificado. En tales casos, conforme a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2022), emitirá las siguientes recomendaciones: “Suspender los actos violatorios de los derechos humanos; investigar y sancionar a las personas que resulten responsables; reparar los daños ocasionados; introducir cambios al ordenamiento legal y/o requerir la adopción de otras medidas o acciones estatales” (p.8).

Desde sus inicios, en la sede de Guantánamo, la CIDH fue la primera instancia internacional en instar a tomar medidas urgentes para respetar los derechos fundamentales de los detenidos y el primer órgano cuasi-

jurisdiccional en pedir el cierre de Guantánamo. La Comisión ha utilizado todas sus herramientas y mecanismos con el fin de proteger los derechos de los detenidos en Guantánamo, incluyendo medidas cautelares que protegen los derechos de todos los detenidos en Guantánamo, sistema de petición individual, audiencias públicas, solicitudes de anuencia para visitar el centro de detención, resoluciones y comunicados de prensa.

3.2. Medidas e instrumentos internacionales empleados en el centro penitenciario en Guantánamo

3.2.1. Resoluciones

El análisis del marco normativo revela una serie de graves violaciones de derechos de los detenidos en la base de Guantánamo, documentadas por diversos instrumentos internacionales. Documentos clave como las resoluciones 2/11 y 2/06 reflejan claramente las violaciones relacionadas con el derecho a la libertad, la seguridad jurídica y las garantías judiciales.

Por su parte, en la Resolución 2/11, la CIDH recibió una solicitud de medidas cautelares a favor de 254 detenidos por Estados Unidos en ese momento en su base naval de la Bahía de Guantánamo. La Comisión otorgó la medida, solicitando a Estados Unidos adoptar las medidas urgentes necesarias con el fin de que un Tribunal Competente defina el status legal de los detenidos.

Posterior a ello, se amplió el objeto de las medidas cautelares con el fin de que se investiguen de manera clara, completa e imparcial y además se castigue y juzgue todos los actos de tortura y otros tratos inhumanos de los que han sido víctimas los detenidos; lo anterior en virtud del principio *non refoulement* establecido en la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas. Medida que no se cumplió y llevó a la Comisión a señalar un daño irreparable para los derechos fundamentales de los detenidos en la Bahía de Guantánamo por parte de Estados Unidos; instando a este último a cerrar el centro de detención y transferir a los detenidos mediante un proceso que respetara las obligaciones que marca el derecho internacional.

La Resolución 2/06 reiteró la preocupación por las detenciones injustificadas y la falta de cumplimiento por parte de Estados Unidos con las medidas cautelares solicitadas. Este patrón continuo de desobediencia destaca una sistemática falta de voluntad por parte del gobierno

estadounidense para adherirse a las normas internacionales de derechos humanos y garantizar las debidas garantías judiciales.

En resumen, el incumplimiento de las medidas cautelares y la persistente violación de los derechos humanos en Guantánamo reflejan una crisis en la protección de los derechos fundamentales en el contexto de la "guerra contra el terrorismo". La evidencia acumulada por la CIDH señala una necesidad urgente de reformas y acciones correctivas para garantizar que los derechos de todos los detenidos sean respetados y protegidos conforme a las normas internacionales.

3.2.2. Peticiones ante la CIDH

Paralelamente, se han presentado peticiones ante el sistema interamericano con el objetivo de proteger las garantías humanas en el centro de detención de Guantánamo. Sin embargo, estas iniciativas aún resultan insuficientes debido al limitado compromiso de Estados Unidos frente a las amenazas y violaciones señaladas.

En el Informe de Admisibilidad 17/12, Petición 900/08, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una solicitud de medidas cautelares presentada por el Centro para los Derechos Constitucionales (CCR) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Estas acciones fueron interpuestas contra los Estados Unidos en nombre de Djamel Ameziane, un ciudadano argelino que actualmente se encuentra detenido en el Centro de Detención de la Bahía de Guantánamo.

El peticionario sostuvo que fue capturado por militares estadounidenses en Pakistán en 2002; estuvo detenido en la base aérea de Kandahar, Afganistán, más de un mes y luego fue transferido al centro de detención de la Bahía de Guantánamo, donde permanece privado de su libertad hasta la fecha. Alega que durante su detención el Sr. Ameziane ha sido objeto de diversos actos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, privación deliberada de atención médica, abusos a sus creencias y prácticas religiosas, obstáculos desmedidos al contacto con su familia y falta de determinación de la legalidad de su detención por parte de un tribunal competente, lo que convertiría su detención, aún vigente, en arbitraria. Aunado a ello, denunció que, corre el riesgo de ser repatriado a Argelia, donde estaría en peligro de sufrir graves daños.

En consecuencia, las peticiones presentadas ante el sistema interamericano buscan proteger los derechos humanos de los detenidos en el centro de detención de Guantánamo, pero estas iniciativas aún son insuficientes debido al limitado compromiso de Estados Unidos para abordar las violaciones y amenazas señaladas. En particular, el caso de Ameziane ilustra serias preocupaciones sobre la legalidad y humanidad del tratamiento de los detenidos en Guantánamo. Aunque se han tomado medidas a nivel internacional para proteger los derechos de los detenidos en Guantánamo, el compromiso de Estados Unidos con estos estándares sigue siendo insuficiente. Las peticiones ante el sistema interamericano subrayan la necesidad urgente de abordar las violaciones de derechos humanos y garantizar que se respeten los derechos fundamentales de todos los detenidos.

3.2.3. Medidas cautelares

La CIDH ha tramitado numerosas medidas cautelares que dan cuenta de la situación de amenaza de derechos humanos que enfrentan los detenidos en la Base de Guantánamo.

En la Medida Cautelar 422/14-07 de julio de 2015, la CIDH decidió solicitar la adopción de medidas cautelares a favor de Mustafa Adam Al-Hawsawi, proveniente de Arabia Saudita, toda vez que fue presuntamente privado de su libertad por 12 años y desde 2006 habría sido detenido en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo, Cuba. Aunado a ello, habría sufrido amenazas y actos de violencia que atentan contra su vida, salud e integridad personal como víctima del programa de rendición, detención e interrogación de la Agencia Central de Inteligencia estadounidense (CIA); detención que se habría realizado por las autoridades estadounidenses en Pakistán por su presunta implicación en los atentados del 11 de septiembre de 2001 en suelo estadounidense.

De manera similar, en la Medida cautelar 8/06 emitida el 21 de marzo de 2006, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de Omar Khadr, un ciudadano canadiense de 19 años de edad que estaba siendo procesado por una comisión militar en Guantánamo por un presunto crimen cometido en Afganistán. Durante su detención e interrogatorio por parte del personal militar se le habría negado atención médica, habría permanecido esposado de pies y manos durante periodos prolongados

y habría sido mantenido en una celda con perros hostiles. Además, se le habrían hecho amenazas de violencia sexual y su cabeza habría sido cubierta con una bolsa de plástico.

Si bien es cierto, las medidas cautelares solicitadas por la CIDH buscan proteger a los individuos de mayores abusos y garantizar que se respeten sus derechos mientras se investigan las alegaciones de violaciones. Estos ejemplos subrayan la necesidad de una supervisión internacional rigurosa y continua para garantizar el respeto de los derechos humanos en contextos de detención prolongada y en situaciones de conflicto.

Ambos casos reflejan una preocupación generalizada por las condiciones de detención en Guantánamo y la posible violación de derechos humanos fundamentales. La CIDH ha intervenido en estos casos debido a las graves acusaciones de maltrato y violaciones de derechos, que incluyen tortura, condiciones inhumanas y violencia física y psicológica, pero sin resultados satisfactorios.

CONCLUSIONES

La situación en el centro penitenciario de Guantánamo, Cuba, ha sido objeto de considerable preocupación y debate en el ámbito de los derechos humanos y del derecho internacional. La doctrina e información recopilada acerca de la eficacia de los mecanismos internacionales en relación con las violaciones de derechos humanos en Guantánamo ha permitido resumir varios puntos clave: (i) Si bien Estados Unidos es parte de varios tratados internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) la aplicación de los mismos en Guantánamo ha sido controvertida; (ii) existen mecanismos como el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que supervisa la implementación del PIDCP, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que puede examinar casos de violaciones de derechos humanos en el continente americano sin embargo su actuación no ha sido activa frente a amenazas de derechos humanos en el centro penitenciario; (iii) Diversos organismos internacionales, como el Comité contra la Tortura de la ONU y el Relator Especial sobre la Tortura, han emitido informes y recomendaciones sobre las condiciones en Guantánamo. Estas recomendaciones suelen incluir demandas para cerrar el centro

de detención y mejorar las condiciones de los detenidos, pero que han quedado aún pendientes sin aplicación en el marco de vulneración de derechos humanos; (iv) La presión de organismos internacionales y de derechos humanos ha llevado a algunos cambios, como la reducción del número de detenidos y mejoras en las condiciones. Sin embargo, la eficacia total ha sido limitada, ya que EE. UU. mantiene su soberanía sobre la base naval y sus decisiones respecto a Guantánamo; (v) algunos detenidos han llevado sus casos a tribunales internacionales o han recibido decisiones favorables en tribunales estadounidenses, pero estas soluciones han sido parciales y han enfrentado obstáculos legales y políticos; (vi) la soberanía nacional y la seguridad nacional son a menudo citadas como razones para mantener las políticas actuales.

Lo cierto es que las discusiones sobre el cierre de Guantánamo y la reforma de sus prácticas continúan y los mecanismos internacionales continúan desempeñando un papel crucial en la presión para asegurar el respeto a los derechos humanos. Para ello, la implementación efectiva de las recomendaciones internacionales dependerá de factores políticos y jurídicos, tanto a nivel nacional como internacional.

Si bien es cierto que instancias internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han realizado esfuerzos significativos para supervisar las libertades mínimas de los detenidos en el centro de Guantánamo, incluyendo peticiones como la 900/08 y medidas cautelares como la 422/14- Mustafa Adam Al-Hawsawi y la medida cautelar 8/06-Omar Khadr, también lo es que, no han resultado eficientes y contundentes para detener o mitigar las violaciones a los derechos humanos.

Recursos como el habeas corpus han perdido eficacia en asuntos que involucran a detenidos en el centro penitenciario de Guantánamo. A pesar de su validez teórica, en la práctica estos recursos a menudo quedan desplazados o incluso inaplicados, lo que resulta en una prolongación indefinida de la detención de los sujetos procesados.

En este sentido, resulta decir que los estándares de protección de derechos humanos descritos en el sistema americano han rebajado drásticamente en niveles de eficiencia para dar lugar a un centro penitenciario que incumple las garantías y derechos que son fundamentales en el marco normativo de un Estado.

Queda claro que la Base Naval en la Bahía de Guantánamo (Cuba) se ha convertido en un escenario donde los detenidos, desde su inicio, han sufrido de amenazas a su libertad, a un juicio justo, a una detención e investigación bajo parámetros legales, a un trato en condiciones humanas y de dignidad; desestimaciones que se hicieron bajo el pretexto de una salvaguarda a la diplomacia y seguridad del Estado norteamericano, misma que bajo ningún supuesto puede ser una justificación para la vulneración del sistema de derechos humanos, incluso el Derecho Internacional Humanitario.

El panorama de derechos humanos y de defensa en Guantánamo, es extremadamente precario, y la única solución viable es el cierre definitivo del Centro. El marco normativo y los operadores judiciales están subordinados a la voluntad y la observancia de Estados Unidos, que ha demostrado, a lo largo del tiempo, un incumplimiento de sus obligaciones ante instancias internacionales en materia de derechos humanos. Este incumplimiento se ha considerado como un daño irreparable a los derechos humanos de los detenidos en Guantánamo.

Además, el cierre está justificado por la alta inversión y los gastos necesarios para su funcionamiento, recursos que no se reflejan en las condiciones ofrecidas a los detenidos. Según el Departamento de Defensa (DoD), el costo de operación de Guantánamo asciende aproximadamente a US\$454 millones, una suma extremadamente alta en comparación con las condiciones físicas y los derechos garantizados a los detenidos.

En definitiva, la medida más efectiva para reducir la amenaza a los derechos humanos en el centro penitenciario en Guantánamo, dado que las instancias internacionales carecen de la obligatoriedad y fuerza necesaria al momento de actuar, es el cierre definitivo del centro. Este debe realizarse con la premisa de que, aunque los presuntos delitos deben ser juzgados, estos juicios deben llevarse a cabo bajo el marco normativo legal existente y con las garantías mínimas justas que requiere todo proceso judicial.

Caso contrario, de continuar el funcionamiento del centro penitenciario, se deben adoptar reformas tanto en el sistema internacional de derechos humanos como en las prácticas de detención de Estados Unidos. Las graves violaciones documentadas y la falta de cumplimiento con las recomendaciones de la CIDH resaltan una brecha significativa en

la protección de derechos humanos en contextos de seguridad nacional y conflictos prolongados. La comunidad internacional, en conjunto con los órganos del SIDH, debe intensificar sus esfuerzos para asegurar que los derechos de los detenidos sean respetados y que se implementen medidas correctivas efectivas.

REFERENCIAS

- Blandón Lotero, L. C., y Molina, J. (2015). El centro penitenciario de Guantánamo: algunas reflexiones sobre la justificación ética a la enajenación de los Derechos Humanos. *Ciudad Paz-ando*, 7(2), 158-172. <https://doi.org/10.14483/udistrital.jour.cpaz.2014.2.a09>
- Boeglin, N. (2022). La devolución de la base de Guantánamo: primeras consideraciones de la CELAC. *SciencesPo*. <https://www.sciencespo.fr/opalc/content/la-devolucion-de-la-base-de-guantanamo-primeras-consideraciones-de-la-celac.html>
- Castillo Daudi, M. (2014). Los campos de detención de la base naval de Guantánamo: Aspectos del derecho internacional humanitario. *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(1), 159-179. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4673023>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Resolución No. 2/06 Sobre las medidas cautelares sobre los detenidos en Guantánamo. <http://www.cidh.oas.org/resoluciones/reso.2.06.sp.htm#:~:text=EXHORTAR%20a%20Estados%20Unidos%20a%20cumplir%20su%20obligaci%C3%B3n%20de%20investigar,centro%20de%20detenci%C3%B3n%20sea%20cerrado>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). CIDH insta a Estados Unidos a cerrar la cárcel de Guantánamo. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/086.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Resolución No.2/11 sobre la situación de los detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos Medidas Cautelares 259-02. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Resoluci%C3%B3n%202-11%20Guant%C3%A1namo.pdf>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Hacia el cierre de Guantánamo. <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/guantanamo/guantanamo.html>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2022). Decisiones sobre el Centro de Detención de EEUU en Guantánamo. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/decisiones/Guantanamo.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2022). Folleto Informativo Sistema de Peticiones y Casos. http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/16/>
- Madrid, J. (2020). La situación jurídica de los prisioneros en Guantánamo y el excepcionalísimo norteamericano. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 10(2), 25-41. <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a02>
- Sampedro, C. (2005). Caso Guantánamo. *OASIS*, (11), 321-331. <https://vlex.com.co/vid/caso-guantanamo-845249821>

REFLEXIÓN SOBRE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA AGENCIA NACIONAL PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE) EN TORNO A LA POTENCIAL CONCURRENCIA DE MODALIDADES DE SELECCIÓN DE CONSULTORES

Carlos Arturo Cuéllar De Los Ríos¹

Fecha de recepción: 10 de junio de 2023.

Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2023.

Referencia: Cuéllar, C. (2023). Reflexión sobre la posición jurídica de la agencia nacional para la contratación pública (Colombia Compra Eficiente) en torno a la potencial concurrencia de modalidades de selección de consultores. *Revista Científica Codex*, 9(17), 169-183.

RESUMEN

La entrada normativa que reguló la modalidad de selección denominada mínima cuantía en materia de contratación pública trajo una novedad en cuanto a la apertura de posibilidad de la figura “conurrencia de modalidades”, consistente en que, para una misma necesidad contractual

1 Abogado titulado de la Universidad de Nariño, especialista en derecho constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en derecho administrativo y contencioso administrativo de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho tributario de la Universidad Externado de Colombia, Maestro en derecho de la responsabilidad contractual, extracontractual, civil y del Estado. Experiencia profesional: abogado litigante consultor, asesor de entidades públicas. Trabajo con el departamento de Nariño en las dependencias de asesoría o defensa judicial y contratación pública, así como derecho disciplinario, con experiencia en la defensa jurídica y la contratación en el sector público de la salud. Trabajando con la Pasto Salud, actualmente se desempeña como juez de la República en la jurisdicción de lo contencioso administrativo desde hace varios años: también ejerce la docencia universitaria a nivel de pregrado y como invitado a nivel de posgrado en la Universidad de Nariño.

de la administración pública y cumpliendo cierto tipo de características, esa modalidad podría concurrir con las ya existentes en un caso concreto.

La posición de Colombia Compra Eficiente, que ha sido replicada en altas Cortes (Corte Constitucional y Consejo de Estado), se simplifica en que: 1. Sí existe concurrencia de modalidades de selección en esos casos, y 2. El Concurso de Méritos cede ante la Mínima Cuantía por ser esta una modalidad más expedita, eficiente y célere, esto en aplicación del principio contenido en el artículo 25 de la ley 80 de 1993.

Palabras clave: Modalidades de selección, Concurso de méritos, Mínima cuantía, Consultoría, Principios en contratación pública.

ABSTRACT

The regulatory entry that regulated the selection modality called minimum amount in matters of public procurement, brought a novelty in terms of the opening of the possibility of the figure "concurrency of modalities" consisting of that for the same contractual need of the public administration and complying certain types of characteristics that modality could coincide with those already existing in a specific case.

The position of Colombia Compra Eficiente, which has been replicated in high courts (Constitutional Court and Council of State), is simplified in that: 1. There is concurrence of selection modalities in those cases, and 2. The Contest of Merits yields to the Minimum Amount for This will be a more expeditious, efficient and faster modality, this in application of the principle contained in article 25 of law 80 of 1993.

Keywords: Selection modalities, Merit competition, Minimum amount, Consulting, Principles in public procurement.

INTRODUCCIÓN

Esta reflexión, parte de una necesidad de revisión del estado del arte, específicamente normativo. Lo anterior, por cuanto la doctrina se ha limitado a aceptar en forma ortodoxa el concepto emitido por la Agencia Nacional para la Contratación Pública, entidad que se erige como la máxima autoridad en materia de contratación pública en Colombia, y que ha sido replicada

por las autoridades judiciales como órganos de cierre constitucional y de lo contencioso administrativo.

Así entonces, en el escrito, el lector encontrará un análisis dogmático jurídico de normas de naturaleza principios y de naturaleza reglas contenidas en el Estatuto General de la Contratación Pública; y considerando la naturaleza de los conceptos de la agencia y la jurisprudencia como expresión también de norma jurídica, estas harán parte de la reflexión.

Uno de los temas sensibles en materia de contratación pública en Colombia es el de la aplicación del principio de transparencia del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la elección adecuada por parte de las entidades públicas de la modalidad de selección para elegir determinado contratista según el objeto contractual a ejecutar. La elusión de las modalidades de selección adecuadas y el reemplazo de estas por algunas que conllevan un menor desgaste administrativo o incluso una posibilidad de contratación “*a dedo*”, como suele expresar el lenguaje coloquial o de jerga en ese ámbito, hace que los servidores públicos sean tentados a usar la mínima cuantía y la contratación directa cuando a dichas modalidades no es posible acudir.

La mínima cuantía como modalidad de selección expedita, breve y de fácil ejecución administrativa entra definitivamente a nivel legal con la llegada de la Ley 1474 y es regulada con los decretos reglamentarios posteriores a ella. Esto conllevó una potencial concurrencia de modalidades de selección en varios casos, como los de selección de bienes de características técnicas y de común utilización (*Selección abreviada vs. Mínima Cuantía*) o el de contratos de consultoría (*Concurso de Méritos vs. Mínima Cuantía*), y al pretender resolverse a nivel de normas de naturaleza reglamentaria se encontró un choque entre las mismas, el cual debía ser dirimido bajo la luz de normas jurídicas de naturaleza de principios.

La Agencia Nacional de Contratación, en su ejercicio funcional, ha emitido conceptos sobre el particular, los cuales han concluido que la mínima cuantía es la modalidad de selección adecuada para este tipo de casos si la confrontación normativa de las reglas se analiza bajo el principio de economía contenido en el artículo 25 de la ley 80.

En cuanto al aspecto metodológico seguido en la investigación, se analizó de forma crítica la posición jurídica frente a la denominada concurrencia de modalidades de selección en la elección del tipo contractual de *consultoría*. Tanto de la Agencia como autoridad administrativa, como de las dos autoridades judiciales ya indicadas. La revisión documental para la investigación se realizó sobre textos normativos como las Leyes 80 y 1474, decretos reglamentarios, Manuales de la Agencia y pronunciamientos de Altas Cortes.

Lo anterior conllevó la necesidad de realizar un análisis comparativo y crítico de la regulación de las dos modalidades de selección - Concurso de méritos y mínima cuantía - que en apariencia estarían concurriendo en determinados casos en los cuales la administración necesita elegir consultores. La búsqueda, entonces, de potenciales falacias argumentativas por las autoridades que han conceptuado y decidido algunos casos conllevará la búsqueda de la verdad científica de este aspecto dentro de la ciencia jurídica.

1. LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA Y SUS FUNCIONES CONSULTORA Y DE FORMULACIÓN DE POLÍTICAS EN CONTRATACIÓN

La Agencia Nacional para la Contratación Pública -*Colombia Compra Eficiente*- fue creada mediante el Decreto 4170 de 2011 y se erige como el:

... ente rector en materia de contratación pública. Su objetivo es desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas para los procesos de compra y contratación estatal, con el fin de generar una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado (Contraloría General de la República, 2020, p. 41).

Como consecuencia de lo anterior, entre una de sus funciones está la de establecer, mediante actos administrativos, directrices vinculantes en materia de contratación pública: es así como expidió la circular externa número 10 del 31 de marzo de 2014, modificada por el número 16 de septiembre de 2014, mediante las cuales se establecieron manuales de contratación que marcan políticas obligatorias en la materia ya señalada. Dentro de estos manuales vigentes se encuentra la segunda versión del año 2022 que expresa, frente a la potencial concurrencia de modalidades de contratación para elegir consultores, en uno de sus acápites:

CONCURRENCIA DE CONCURSOS DE MÉRITOS Y MÍNIMA CUANTÍA

Las modalidades de selección de concurso de méritos y de mínima cuantía concurren cuando: (a) el presupuesto del proceso de contratación es menor o igual que la mínima cuantía de la entidad estatal; y (b) el objeto del proceso de contratación es la selección de consultores o proyectos, de conformidad con el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Dado que la selección de mínima cuantía es especial para cualquier objeto contractual de conformidad con el inciso primero del artículo 30 de la ley 2069 2020, en caso de concurrencia entre el concurso de méritos y la mínima cuantía, la modalidad de selección aplicable será la mínima cuantía (Colombia Compra Eficiente, 2023, p. 15).

La anterior decisión es fruto de un análisis sobre el tema, al cual, al menos de su lectura, se estaría dando aplicación de reglas de hermenéutica contenidas en la ley 153 de 1887, en la cual se establece, entre otras, que la norma especial prevalece sobre la norma general. Aunque en su página también expresa la necesidad de acudir a principios establecidos para la materia de contratación en la ley 80 de 1993 y 1150 de 2007².

Mediante el concepto C-393 de 2023, se reitera la posición del máximo órgano en materia de contratación, insistiendo entonces que 1. Hay concurrencia de modalidades de contratación para elegir consultores y 2. La modalidad de contratación adecuada cuando hay tal concurrencia es la de mínima cuantía (Colombia Compra Eficiente, 2023).

2. LA POSICIÓN DE LAS ALTAS CORTES A TRAVÉS DE SUS SENTENCIAS

Para verificar el estado del arte, se hace necesario observar también decisiones de la funcionalidad judicial del Estado, las cuales también han apoyado la tesis de concurrencia de modalidades y utilización de la mínima cuantía en casos en los cuales el presupuesto no supera el 10% de la menor cuantía. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia C-004 de 2017 estableció:

2 “Cuando concurren modalidades de selección para un mismo objeto contractual, las Entidades Estatales deberán acudir a los principios generales establecidos en la Ley 80 de 1993 para decidir cuál modalidad de selección debe utilizarse” (Colombia Compra Eficiente, 2016, párr: 8).

...respecto del concurso de méritos, la contratación de mínima cuantía sí prevalece, ya que la especificidad del objeto a contratar mediante el concurso no es suficiente para excluir la contratación de mínima cuantía, cuando el monto de la contratación no supere dicha cuantía. Esto quiere decir que el criterio relativo a la cuantía es subsidiario y se excluye cuando exista una causal específica, relativa al objeto, lo que no ocurre en el caso del concurso de méritos. **Por esta razón, la selección de consultores o de proyectos deberá realizarse, según la cuantía, mediante contratación de mínima cuantía en aplicación del principio de economía.** Esta manera de interpretar la norma demandada es coincidente con la expuesta por los intervinientes en el proceso y la que resulta de la circular número 10 de 2014, Manual de Contratación de Mínima Cuantía, adoptada por la Agencia Colombia Compra Eficiente, la que aplicó para resolver esta duda interpretativa el criterio según el cual prevalece la disposición de carácter especial sobre la de carácter general. De esta manera, respecto de la posible exclusión de la contratación directa y de la selección abreviada por la contratación mediante acuerdos marco de Precios, la interpretación dada por los demandantes a la expresión demandada carece de certeza (negrilla fuera de texto) (Corte Constitucional, Sala Plena, 2017).

Se resalta también que el Consejo de Estado (2017), al analizar algunos casos, ha sostenido también que la modalidad de contratación adecuada en esos casos es la mínima cuantía:

... cuando el monto de la contratación sea equivalente a la mínima cuantía de la entidad estatal, pero, concomitante a ello, esta última (la entidad) advierta que también aplica alguna modalidad de selección específica (dadas las condiciones especiales del objeto), ella debe acudir al procedimiento establecido para la mínima cuantía; así, por ejemplo, si la administración necesita contratar la prestación de servicios de salud (supuesto que se enmarca en el trámite de selección abreviada), pero el valor del contrato no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad, este último *será* el criterio que se debe tener en cuenta para la escogencia del contratista; por tanto, **el procedimiento que debe seguirse será el de mínima cuantía, independientemente –se insiste– del objeto a contratar. Lo mismo se aplica cuando se necesita contratar una consultoría** o adquirir bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización,

entre otros, siempre que el costo de la contratación no supere la mínima cuantía de la entidad (negrilla fuera de texto) (p. 15).

Lo anterior, entonces, es indicativo de que existe una posición dominante en las autoridades estatales sobre la elección de contratistas “*consultores*” a través de la denominada mínima cuantía, aquello con fundamento en la aplicación de principios rectores en materia de contratación, específicamente el denominado “*principio de economía*”.

La teleología de este escrito, como se dijo en unas líneas atrás, es reflexionar sobre dicha posición bajo una revisión normativa³ que regula esas modalidades de contratación y también buscar la verdad jurídica a través de la aplicación al caso de confrontación de reglas y principios en materia contractual. Sin perder de vista el hecho de que la aplicación de dichos principios debe agotarse en forma total, sin satisfacerse solo con la mirada unívoca de alguno de ellos, sino haciéndose un análisis sistemático de toda la estructura.

3. EL INTERROGANTE DE PARTIDA Y LA PRESENTACIÓN DE LA NORMATIVIDAD IMPERANTE

¿Es jurídicamente correcta la posición de Colombia Compra Eficiente, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la existencia de una concurrencia de modalidades de selección -*Concurso de méritos y Mínima cuantía*- y la utilización de esta última como modalidad de selección idónea para elegir consultores cuando el monto del contrato futuro no supera la mínima cuantía?

Para responder lo anterior se hace necesaria la observación del sistema jurídico colombiano. Así entonces, frente al tipo contractual que nos ocupa, se tiene que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece:

3.1. La tipología contractual

Contrato de consultoría. Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

3 Se entiende el concepto de norma en sentido amplio y no restringido al concepto de ley.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (Ley 80, 1993, art. 32).

Por otro lado, frente a las modalidades de contratación pública, la Ley 1150, al regular las modalidades de selección, estableció en su artículo segundo lo siguiente.

3.2. Las potenciales modalidades de selección a aplicar por las entidades en el proceso contractual, su concurrencia y utilización de principios para solucionar el conflicto entre reglas

ARTÍCULO 2. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía⁴ y contratación directa, con base en las siguientes reglas...

“3. Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar, deliberante y calificado...

5. Contratación de mínima cuantía. La contratación, cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad, **independientemente de su objeto**⁵, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas...

4 En el texto original de la ley 80 esta modalidad no se insertó por el legislador y solamente aparece a nivel legal en la 1474 de 2011, y al solamente aparecer en forma directa en decretos reglamentarios se había suscitado la constante declaratoria de nulidad de los mismos.

5 Este desarrollo normativo, evidencia la amplitud de la utilización de esta modalidad en cuanto a la posibilidad de ejercerla frente a cualquier objeto contractual.

c) **La entidad seleccionará**, mediante comunicación de aceptación de la oferta, **la propuesta con el menor precio**, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas⁶ (Negrilla fuera de texto) (Ley 1150, 2007, art. 2).

De lo anterior se podría establecer que, en apariencia, habría una concurrencia en la potencial aplicación de las dos modalidades, en los eventos en los cuales el presupuesto asignado al futuro contrato de consultoría no supere el rango de contratación de mínima cuantía para determinada entidad, ello según el presupuesto de esta.

Al estar entonces concurriendo esas dos modalidades, en aplicación del principio de economía según el concepto de Colombia Compra Eficiente y las sentencias tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, las entidades públicas deberían llevar a cabo dichos procesos bajo la modalidad de mínima cuantía.

Ahora bien, la Agencia, dentro de varios conceptos apreciables en su página, sostiene como argumento que la adopción de la mínima cuantía obedece al carácter especial de esta. Sin embargo, frente a la confrontación normativa anteriormente planteada, dado que la misma se estaría generando entre reglas, que no encuentra a nuestra consideración una hermenéutica óptima para su resolución en lo traído por la ley 153, avocándonos entonces al análisis de principios en materia de contratación, de su análisis podemos encontrar algunas expresiones que sustentarían la postura aquí criticada en cuanto a que es el principio de economía el llamado a dar solución al choque normativo. Así podemos observar:

ARTÍCULO 25. *Del principio de economía...*

1. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

⁶ Aquí se puede evidenciar el factor de selección dentro de la modalidad mínima cuantía.

2. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias...

4. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.”

Siendo entonces la mínima cuantía un procedimiento más expedito y célere, la aplicación de dicha modalidad de contratación optimizaría de mejor forma el *principio de economía* del artículo ya mencionado. Sin embargo, la necesidad de reflexión de los principios como un sistema, hace que la revisión de estos no se agote con la sola observancia de la economía, sino que deba dirigirse la mirada hacia otros como el de selección objetiva, cuyo desarrollo contenido en la ley 1150 de 2007 permitiría tener una visión distinta de la posición que ya hemos señalado, y que a nuestro juicio no es la correcta.

4. NUESTRA POSICIÓN CRÍTICA FRENTE AL ESTADO DEL ARTE EN CUANTO A LA ESCOGENCIA DE CONSULTORES A TRAVÉS DE LA MODALIDAD DE MÍNIMA CUANTÍA

El contrato de consultoría como tipo contractual tiene una naturaleza especial y el desarrollo que ha realizado el legislador dirige a que la entidad, al contratar consultores, realice una verificación de requisitos de calidad altos tales como equipo de trabajo, experiencia, formación académica, publicaciones, entre otros, y que a criterio del mismo legislador el factor del precio en la propuesta no sea un factor relevante para la administración, pues en ese tipo de contratos no se busca economía desde el punto de vista presupuestal, sino la elección del mejor oferente en el mercado en cuanto a la calidad de su oferta.

Lo anterior hace comprensible porque, en la práctica, cuando se presentan las ofertas, el valor de estas siempre coincide con el presupuesto destinado por la entidad para dicho contrato. Es decir que los oferentes no bajan el valor de su oferta económica, sino que la equiparan al presupuesto resultante de los estudios previos y de conveniencia.

El principio de selección objetiva, tal y como sucede con los otros (*transparencia, economía, ecuación contractual, responsabilidad*), no es una norma conceptual que indique que es la selección objetiva, sino que se presenta como una serie de expresiones que, si la administración las cumple, estaría optimizando dicho principio, en caso contrario, su actuar sería atentatorio de aquel.

De la revisión minuciosa del desarrollo legal del principio se puede observar una situación puntual y es que la ley ordena a la entidad que, dependiendo de cada modalidad de contratación, haga una ponderación sobre los factores de calidad y precio. Así se puede leer:

ARTÍCULO 5. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones

del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello (Ley 1150, 2007, art. 5).

Siguiendo con la lectura del artículo, el mismo tiene un desarrollo puntual en cuanto al contrato de consultoría, resaltando que la expresión la hace sobre ese tipo contractual y no sobre alguna modalidad específica de selección. Así expresa el legislador:

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia para la selección de consultores (negrilla fuera de texto) (Ley 1150, 2007, art. 5).

Se llama la atención entonces que la norma, al tratar el asunto, no expresa que en la modalidad de concurso de méritos no se podrá incluir el precio como factor de escogencia, sino que da una prohibición normativa para que quien vaya a contratar un consultor en cualquier modalidad que pretenda utilizar. El precio no puede ser un factor determinante en la escogencia del contratista: la prohibición contenida en el principio y que a nuestro criterio es clara, no ha sido tenida en cuenta en el análisis realizado por la Agencia ni por las altas Cortes.

Si la norma es clara, se podría sostener que la revisión de los principios bajo una óptica sistemática no fue aplicada en los análisis de las autoridades ya mencionadas, limitándose su observación a lo traído por el principio de economía e incurriendo en un desatino jurídico al momento de analizar esa problemática jurídica. El concepto difundido por la Agencia de Contratación Pública como máximo órgano rector estaría incurriendo en una falacia argumentativa, y teniendo en cuenta que es un acto administrativo vinculante para las entidades públicas, su existencia dentro del mundo jurídico estaría contraviniendo un principio que es fundamental al estado de derecho y que no es otro que el principio de legalidad. Potencializando que los servidores públicos, al seguir ese lineamiento, estén recayendo en una tipología penal denominada "*celebración indebida de contratos*".

El desarrollo de ese principio en cuanto a la prohibición de incluir el precio como factor de escogencia de consultores por las entidades públicas hace que se torne imposible la aplicación de la denominada mínima cuantía para elegir consultores, dado que en esa modalidad de contratación el precio no es solamente un factor, sino que sería el *único* a tener en cuenta al seleccionar al futuro contratista, ya que, como se dejó sentado en la observación normativa, la propuesta a seleccionar en esa modalidad de contratación siempre es la de precio más bajo. Tanto el concepto de la agencia como las sentencias de las altas cortes evidentemente vulneran el principio de legalidad, así como el de selección objetiva en materia de contratación pública.

CONCLUSIONES

La posición jurídica de la Agencia Nacional para la Contratación Pública, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado es errada, dado que la conclusión a la que llegan dichas autoridades desconoce el principio de selección objetiva en materia contractual pública. Esto conlleva que las entidades actualmente estén aplicando la modalidad de mínima cuantía en la elección de consultores y viciando la actividad administrativa contractual.

En el choque entre normas de carácter general y reglas que orientan la elección en la modalidad de selección de contratistas *-curso de méritos y mínima cuantía-* al no poder dirimirse con los cánones hermenéuticos contenidos en leyes como la 153 de 1887, debe acudirse a las normas jurídicas de naturaleza de principios contenidos en el estatuto general de contratación pública, ejercicio que debe hacerse en forma integral y sistemática para verificar cuál es el principio que en realidad resuelve el problema jurídico, pues claramente en este caso no lo es el contenido en el artículo 25 de la ley *-principio de economía-*.

La observación del principio de selección objetiva contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 permite concluir que en la selección de futuros contratistas del Estado cuyo objeto sea *"consultoría"* no es posible hacer uso de la modalidad de mínima cuantía dada la prohibición contenida en dicho principio⁷, esto a pesar de que para dicha modalidad en la ley se

7 "... En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores" (Ley 1150, 2007, art. 5).

haya establecido que puede ser usada para “*todo*” proceso contractual bajo la expresión “*sin importar su objeto*”. Lo anterior limitaría dicha expresión solamente a objetos contractuales que no sean consultorías.

El estado actual normativo arroja que la única modalidad de selección adecuada para elegir consultores para el Estado, es el concurso de méritos. Esto es coherente con la regulación de ese tipo contractual y con el hecho de que también para la modalidad mencionada no haya ponderación precio - calidad, sino que solamente se tome en cuenta para su elección el factor calidad.

REFERENCIAS

- Colombia Compra Eficiente. (2014). Circular externa número 10 del 31 de marzo de 2014. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=85665&dt=S>
- Colombia Compra Eficiente. (2014). Circular externa número 16 de septiembre de 2014. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/circular_ancp_0016_2014.htm
- Colombia Compra Eficiente. (2016). Selección. <https://colombiacompra.gov.co/temas-preguntas-frecuentes/seleccion>
- Colombia Compra Eficiente. (2022). Manual de contratación pública. <https://colombiacompra.gov.co/temas-preguntas-frecuentes/seleccion>
- Colombia Compra Eficiente. (2023). Concepto C-393 de 2023. <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/conceptos/c-393-de-2023/>
- Colombia Compra Eficiente. (2023). Manual Modalidad de Selección de Mínima Cuantía. https://www.redjurista.com/Compilaciones2018/tablas_ProyectosNormas/2018/05/08/pdto_ancp_0002aj_2024.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (1973). Código Civil de los estados Unidos de Colombia. [Ley 84 de 1873]. DO: 2 867.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094.

Congreso de la República de Colombia. (2007). Por la cual se modifican algunas disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (2017, 29 de marzo). Exp. 560307 [C.P.: Zambrano, C.].

Contraloría General de la República. (2020). Informe auditoría de cumplimiento. https://www.contraloria.gov.co/documents/20125/340387/INF+071+AC+SOS+EPS+CGR_CDSS.pdf/7dfef386-dfb2-f806-1494-b770d6331a7c?download=true&t=1664909528708

Corte Constitucional, Sala Plena. (2017). Sentencia C-004 de 2017 [M.P.: Linares, A.].

ÍNDICE DE AUTORES

ANGIE RUALES SUAREZ

Abogada especialista en Derecho Penal de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: angieruales94@gmail.com

ASTRID LORENA CASANOVA

Abogada, Universidad de Nariño. Estudiante de la Especialización de Derechos Humanos de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: 1lorenacasanova@gmail.com

CARLOS FABIÁN GALLARDO DEL CASTILLO

Abogado egresado de la Universidad de Nariño, especialista en Derechos Humanos de la misma universidad, quien se desempeñó desde el año 2020 al 2022, como asesor jurídico senior en la firma nariñense Soluciones Jurídicas Especializadas en el área administrativa, asesorando municipios y empresas sociales del Estado. A partir del año 2023 y en la actualidad, se desempeña como asistente jurídico grado 19 del Juzgado Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Santiago de Cali.

MARÍA FERNANDA JOSA VALENZUELA

Abogada egresada de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: mafejosa@gmail.com

VÍCTOR CAMILO ORTEGA BOTINA

Abogado, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Jefe de Control Interno de la Alcaldía Municipal de El Tambo, Nariño. Correo electrónico: camilortegab@gmail.com

MARÍA LUCÍA PEREIRO MAYA

Abogada de profesión, especialista en derechos humanos, en calidad de becaria, especialista en derecho penal de la Universidad de Nariño. María Lucia es reconocida por su destacada trayectoria en el sector de los servicios públicos. Originaria de Ipiales, Nariño, ha dedicado más de 2 años a EMPOOBANDO E.S.P., la empresa encargada de los servicios de acueducto y alcantarillado en el municipio de Ipiales. Actualmente, como contratista en la dependencia del Plan Departamental de Agua, adscrita a la Secretaría de Planeación del Departamento de Nariño, comprometida en la garantía de los derechos humanos en el marco de los servicios públicos domiciliarios de la comunidad.

CARLOS ARTURO CUÉLLAR DE LOS RÍOS

Abogado titulado de la Universidad de Nariño, especialista en derecho constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en derecho administrativo y contencioso administrativo de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho tributario de la Universidad Externado de Colombia, Maestro en derecho de la responsabilidad contractual, extracontractual, civil y del Estado.

Experiencia profesional: abogado litigante consultor, asesor de entidades públicas. Trabajo con el departamento de Nariño en las dependencias de asesoría o defensa judicial y contratación pública, así como derecho disciplinario, con experiencia en la defensa jurídica y la contratación en el sector público de la salud. Trabajando con la Pasto Salud, actualmente se desempeña como juez de la República en la jurisdicción de lo contencioso administrativo desde hace varios años: también ejerce la docencia universitaria a nivel de pregrado y como invitado a nivel de posgrado en la Universidad de Nariño.

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO

MIEMBROS EXTERNOS

NANCY CARNIDAUX

Abogada Especialista en Sociología Jurídica y Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Ciencias Sociales por FLACSO. Investigadora principal del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina). Profesora titular ordinaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y profesora titular regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora o codirectora de proyectos acreditados en ambas universidades. Miembro de los consejos de sus institutos de investigación (el Instituto de Cultura Jurídica de la UNLP y el Instituto Ambrosio Gioja de la UBA). Ha publicado libros, artículos y capítulos de libros, ha formado recursos humanos y dicta cursos en posgrados de universidades del país y de la región.

MILTON ARRIETA LÓPEZ

Lecturer for the Passport Lecture Series (foreign relations and political issues) at Oakton College, Illinois, USA. Doctoral Candidate in Social and Legal Sciences at Rey Juan Carlos University (Spain). Master's degree in Human Rights, Democracy, and Globalization from the Open University of Catalonia (Spain), and Master's in Business Administration and Management from Camilo José Cela University (Spain). Specialist in Economic Private Law from the National University of Colombia. Lawyer from the University of Norte (Colombia). Associate Researcher categorized by the Ministry of Science, Technology, and Research of the Republic of Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3437-5025> E-Mail: miltonarrieta@yahoo.com Website: <https://miltonarrietalopez>.

academia.edu/ Researchgate: <https://www.researchgate.net/profile/Milton-ArrietaLopez>

LINA MARCELA ESTRADA

Lina Marcela Estrada Jaramillo, Abogada Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia, Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho, Universidad de Antioquia. Estudiante de Doctora en Filosofía, Universidad Pontificia Bolivariana. Docente Investigadora de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: lina.estrada@upb.edu.co. Orcid <https://orcid.org/0000-0002-8162-7272>.

ISABEL GOYES

Abogada, Especialista en derecho laboral, Magister en Educación, Magister en Derecho, Doctora en Educación, Doctora Honoris Causa en Derecho de la Universidad de Nariño.

ANDRÉS RODRÍGUEZ

Abogado por la Universidad del Rosario. Magíster y Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. Asistente Graduado Doctoral Docencia, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ

Profesora de maestría y doctorado en Universidades Públicas y Privadas de México y el extranjero, investigadora Titular "C", definitiva T.C. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.

LINA ORTEGÓN

Magister en Derecho Procesal, Especialista en Derecho Administrativo, Abogada conciliadora en Derecho, Docente Universitaria Investigadora perteneciente al Grupo de Investigación Derecho Sociedad y Empresa de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano.

MARLON DE JESÚS CORREA FERNÁNDEZ

Abogado Especialista en Derecho Administrativo, Derecho Probatorio, Magíster en Derecho con Énfasis en Derecho Procesal y Probatorio, Docente Universitario, Aspirante a Doctor en Derecho Universidad de Buenos Aires Argentina en Alianza con el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, Conferencista, Escritor de Artículos y Obras Jurídicas, Defensor Público dentro del Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes, Conciliador en Derecho inscrito ante el Ministerio de Justicia y del Derecho, Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Asuntos Civiles, Familia, Laborales, Contenciosos Administrativos, Disciplinarios, Penales, Reclamaciones Administrativas y Asuntos Notariales

JOMARY ORTEGÓN OSORIO

Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, defensora de derechos humanos. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Libre, Especialista en Derecho Constitucional y Especialista en Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Javeriana. Docente de la Universidad Santo Tomás y Universidad Industrial de Santander en el programa de Maestría en Derechos Humanos. Desde hace 23 años acompaña labores de litigio a nivel de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en representación de víctimas de graves violaciones a derechos humanos. Actual vicepresidenta del Colectivo de Abogados y Abogadas “José Alvear Restrepo” (CAJAR).

DANIELA JIMÉNEZ NARVÁEZ

Abogada, egresada de la Universidad de Nariño; especialista en Derechos Humanos de la misma casa de estudios y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente, Maestrante en Derechos Humanos en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, en México.

LAURA VANESSA CERA RODRÍGUEZ

Abogada, especialista y magíster en Derecho Público. Con amplio conocimiento en derecho constitucional, administrativo y migratorio,

aplicados especialmente en el diseño y gestión de proyectos sociales sobre acceso a derechos de la población vulnerable en la Costa Caribe colombiana. Docente catedrática en distintas universidades del país.

ÁNGELA CAROLINA MARTÍNEZ MONCAYO

Abogada de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Administrativo y Maestrante en Derecho Público de la Universidad de Nariño, docente Universitaria.

DANIELA CAMACHO VINUEZA

Abogada, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca, Doctoranda en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Docente investigadora adscrita al grupo de investigación “Derecho, innovación y desarrollo social - DIDS” de la Universidad CESMAG.

CLARA MARÍA MIRA GONZÁLEZ

Abogada de la Universidad EAFIT, especialista en gerencia de la seguridad social de la Universidad CES, especialista en estudios internacionales, Magíster en Ciencia Política y Doctora en Derecho de la Universidad de Antioquia.

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 del 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, reprográficos 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 con tenido 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 CLAVE:** 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 deben 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 (derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)
- Formato de presentación del artículo. (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 sociojurídico.
- 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 evalúan 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 la 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 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 en que la revista detecte una violación a estos, 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) 731 54 38

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, es fuerza concluir que 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, es fuerza concluir que 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 en 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, 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

1.1.1. 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).

1.1.2. Tres a cinco autores:

Se indica únicamente el apellido del primer autor y se agrega “et al.” seguido de punto, desde la primera vez que se citan.

De esta forma Pérez et al. (2010), afirman...

Sin embargo, se ha presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010).

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, requieren 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. Sin embargo, no debe ubicar citas al interior del mismo.

1.9. Sentencias

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, la denominación de la sala, el número o nombre de la sentencia y el año.

(Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-406, 1992).

(Corte Suprema de Justicia Sala, Casación de Casación Civil, SC13021, 2017).

1.10. Leyes

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Ley 1480, 2001).

(Ley 2591, 1991).

2. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa de 1,27 cm.

2.1. Libros impresos

Apellido, A. (Año). *Título*. Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2.2. Libros con versión electrónica

Apellido, A. (Año). *Título*. Editorial. URL

Goyes, I. (2018). *Derecho laboral individual con enfoque de derechos y perspectiva de género*. Editorial Universidad de Nariño. <https://sired.udenar.edu.co/6850/1/derecho%20laboral.pdf>

2.3. Libros de varios autores

Apellido, A., Apellido, A., & Apellido, A. *Título*. Editorial. URL (siempre que lo haya)

Narváez García J., Narváez Bonnet J. y Narváez Bonnet O. (2008). *Derecho de la empresa*. Legis.

2.4. Libro con editor, director o compilador (los capítulos son escritos por varios autores)

Apellido, A.A. (Ed./Dir./Comp.). (Año). *Título*. Editorial. URL (siempre que lo haya)

Morán, D. (Dir.). (2020). *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias: su implementación*. Marcial Pons. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicacion_Ley_Modelo_Interamericana_sobre_Garantias_Mobiliarias_Su_Implementacion.pdf

2.5. Capítulo de libro

Apellido, A. y Apellido, A. (Año). Título del capítulo. En: A. Apellido. (Ed./Dir./Comp./Coord.). *Título del libro* (pp. #-#). Editorial. URL (siempre que lo haya)

Martínez, M. y Gonzales A. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P. Pérez. (Ed.). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Editorial Universidad de Nariño.

2.6. Artículo de revista

Apellido, A., y Apellido, A. (Año). Título del Artículo. Nombre de la Revista, volumen(número), #-#-. URL (siempre que lo haya)

Martínez, M. y Gonzales, A. (2012). La ley en mundo Romano. Revista Foro Universitario, 13, 12-34.

2.7. Artículo de periódico impreso

Apellido, A. (Año, día de mes). Título de artículo. Nombre del periódico, pp-pp.

Mesias, L. (2020). Sede Mar Agrícola: Una obra al servicio del Pacífico Nariñense. Udenar Periódico. 3.

2.8. Artículo de periódico online

Apellido, A. (Año, día de mes). Título del artículo. Nombre del periódico. URL

Ferreyra, C. (2020, 8 de junio). Adriana Benítez, una mujer que se atrevió a cantar entre las balas. Udenar Periódico. <https://periodico.udenar.edu.co/adriana-benitez-una-mujer-que-se-atrevio-a-cantar-entre-las-balas/>

2.9. Autor corporativo - informe gubernamental

Nombre de la organización. (Año). Título del informe. URL

Ministerio de Salud. (2020). Pueblos Indígenas. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/logros-obtenidos-pueblos-indigenas-2019.pdf>

2.10. Tesis y trabajos de grado

Apellido, A. (Año). Título de la tesis [tesis de pregrado/maestría/doctorado], Nombre de la institución]. Repositorio. URL

Coral, M. (2020). La acción de tutela en litigios contractuales privados: límites jurídicos a la discrecionalidad judicial en la aplicación de derechos implícitos en principios constitucionales [Tesis de doctorado, Universidad Santo Tomás]. CRAI-USTA. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/31238/2020manuelcoral.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

2.11. Sentencias

Corporación, Sala. (Año, día de mes). Sentencia/Expediente/Radicado [M.P.: Apellido, A.].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (2016, 10 de noviembre). Sentencia T-622 [M.P.: Palacio, J.].

2.12. Leyes / Decretos

Entidad. (Año, día de mes). Por medio de... [Ley/Decreto ##### de año]. DO: ##.###

Congreso de la República de Colombia. (2015, 16 de febrero). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones [Ley Estatutaria 1751 de 2015]. DO: 49.427

Presidencia de la República de Colombia. (1991, 19 de noviembre). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política [Decreto 2591 de 1991]. DO: 40.165

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 *online* 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
TIPOGRAFÍA CABRERA SAS
Carrera 22 No. 20-65 - Cel: 301 643 6835
contacto@tipografiacabrera.com
San Juan de Pasto - Nariño



Universidad de **Nariño**
FUNDADA EN 1904



Centro de Investigaciones
y Estudios Socio-Jurídicos