



Universidad de **Nariño**
FUNDADA EN 1904

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista Científica
CODEX

Volumen 10 N.º 18 Año 2024
ISSN: 2463 - 1558
ISSN-E: 2463 - 2031

Revista Científica CODEX

Volumen 10 N.º 18 Año 2024

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 ALFONSO 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. Candidato a 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 BONNETD

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 Golmajea.
Leidy Valentina Pérez Tutalchá.
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. 10 N° 18. Año 2024

Portada

Homenaje a la Doctora

AURA RENÉ

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 sociojurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

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

ISSN: 2463 - 1558
ISSN-E: 2463 - 2031

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

ENTIDAD EDITORA

Universidad de Nariño Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas Grupo CEJA -
Centro de Estudios Jurídicos Avanzados.

Página web: www.udenar.edu.co/derecho.
udenar.edu.co

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

SISTEMA DE ARBITRAJE

Los artículos se someten al proceso de arbitraje con dos pares externos a la entidad editora, bajo

el sistema de doble ciego. Los árbitros otorgan calificación numérica a los ítems exigidos y clasifican los más altos puntajes. Posteriormente el Comité Editorial revisa la calidad científica, la pertinencia del artículo y selecciona los artículos a publicar. El procedimiento se explica en el instructivo para autores.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

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

Las directrices pueden consultarse en: http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange.

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

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

CONTENIDO

EDITORIAL, HOMENAJE A AURA RENÉ	9
DE MODELO DE CONTROL FISCAL PREVIO A CONTROL FISCAL POSTERIOR Y SELECTIVO: ¿CAMBIO SUSTANCIAL PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO?	11
ANA MARÍA PEREIRO MAYA	11
EL DERECHO A NO SABER LA VERDAD BIOLÓGICA A CONTRA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA.....	42
ANDREA MARCELA SALAS ZAMBRANO	42
MECANISMOS DE PROTECCIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN DE LOS CONSUMIDORES DE PLATAFORMAS «E-COMMERCE» SIN DOMICILIO EN COLOMBIA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	71
SARA GABRIELA DELGADO NARVÁEZ.....	71
APLICABILIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LOS TRIBUNALES DE ARBITRAJE EN COLOMBIA A PARTIR DE 1991	102
ENAR DEL CARMEN ARAUJO.....	102

MODIFICACIONES DE LA CAPACIDAD DE EJERCICIO DE LOS MENORES ADULTOS, EN LA CONFORMACIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNIONES MARITALES DE HECHO, A PARTIR DE LA SENTENCIA SC 3535 DEL 18 DE AGOSTO DE 2021 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, EN COLOMBIA..... 122

YESIKA TATIANA CALDERÓN BENAVIDES..... 122

CARACTERIZACIÓN DE LOS TIPOS DE VIOLACIONES A DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS QUE ENFRENTAN LAS LIDERESAS RURALES SON RESPECTO AL EJERCICIO DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL MARCO DEL POST ACUERDO EN POLICARPA NARIÑO DURANTE LOS AÑOS 2019 A 2020..... 143

EVELIN DANIELA ROSERO HERRERA..... 143

ALEXANDRA KATERINE GUADIR HURTADO 143

ÍNDICE DE AUTORES..... 175

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO 177

MIEMBROS EXTERNOS 177

INSTRUCCIONES PARA AUTORES..... 180

MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS 187

SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA..... 194

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA..... 195

EDITORIAL

HOMENAJE A AURA RENÉ

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño fue la casa de estudios donde se formó la jurista Aura Rene Rodríguez Cerón, la tercera abogada graduada en nuestra casa de estudios, después de las doctoras: Blanca Peña Lara y Adela Nichols De R. durante su paso por la Universidad demostró sus altas capacidades intelectuales y sensibilidad por las causas sociales y estudiantiles, que la llevaron a tener el mejor promedio de calificaciones en su carrera y ser representante estudiantil ante el Consejo Directivo de la Universidad. La Doctora Rodríguez despertó un fuerte interés por el Derecho Público y en especial por el Derecho Tributario, su tesis titulada: “Impuesto Sobre la Renta”, evaluada con la máxima calificación prueban su rigurosidad investigativa y dedicación.

Su trayectoria profesional se hace en la administración pública siendo la Abogada de la Dirección de Impuestos, posteriormente en la judicatura como Magistrada del Tribunal Administrativo de Nariño, siendo la primera Juez nombrada en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el país. En la academia, la Doctora Rodríguez se desempeñó como catedrática de nuestra alma mater, en la asignatura de Derecho Tributario y Derecho Administrativo desde 1965 hasta mediados de los años 80, en la que también brilló por su maestría y compromiso.

Durante los días 12 al 14 de septiembre de 2018, en la ciudad de San Juan de Pasto, se llevó a cabo el XXIV Encuentro de la Jurisdicción Contenciosa, organizado por el Consejo de Estado con la alianza académica de la Universidad de Nariño, que terminó con el homenaje a la Doctora Aura Rene Rodríguez Cerón, por haber sido la primera Magistrada en la

jurisdicción contenciosa administrativa en el país y destacarse, por su importante trayectoria en el ejercicio de la administración de justicia administrativa.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, rinde tributo a la gran jurista AURA RENE, mujer aguda e intelectual de nuestra casa de estudios, que hoy engalana la portada de la revista Codex en esta edición.

CRISTHIAN ALEXANDER PERERIA OTERO

Docente Tiempo Completo

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Nariño

DE MODELO DE CONTROL FISCAL PREVIO A CONTROL FISCAL POSTERIOR Y SELECTIVO: ¿CAMBIO SUSTANCIAL PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO?

Ana María Pereiro Maya

Fecha de recepción: 08 de marzo de 2024

Fecha de aceptación: 14 de junio de 2024.

Referencia: Pereiro, A. (2024). De modelo de control fiscal previo a control fiscal posterior y selectivo: ¿cambio sustancial para la protección del patrimonio público?. *Revista Científica Codex*, 10 (18), 8-51.

RESUMEN

El presente artículo analiza si el cambio o sustitución del modelo de sistema de control fiscal previo al modelo de control fiscal posterior evocado por la Constitución Política de 1991, con las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 04 de 2019, es oportuno y pertinente en el ámbito de protección y recuperación del patrimonio público. En efecto, a través de un estudio teórico y crítico acerca del control fiscal previo y posterior, se busca establecer que la supresión del control previo en el ordenamiento jurídico conlleva a limitar el ejercicio de una vigilancia integral por parte del ente fiscal, puesto que, al presentarse inconsistencias e irregularidades durante el proceso de contratación estatal, el ente fiscalizador se limita en su actuar. Por lo tanto, no puede evitar los efectos nocivos y riesgos de manera oportuna, interviniendo cuando el daño está consumado.

Palabras clave: control fiscal; patrimonio público; principios; función pública; contratación estatal.

ABSTRACT

This article examines whether the transition or substitution of the ex ante fiscal oversight system for the ex post oversight model envisioned by the Political Constitution of 1991, as amended by Legislative Act 04 of 2019, is timely and relevant in the context of protecting and recovering public assets. Through a theoretical and critical study of both ex ante and ex post fiscal control, the article aims to demonstrate that eliminating ex ante oversight within the legal framework restricts the exercise of comprehensive supervision by the fiscal authority. When inconsistencies and irregularities occur during the public procurement process, the oversight body becomes constrained in its actions. Consequently, it is unable to prevent harmful effects and risks in a timely manner, intervening only after the damage has already occurred.

Keywords: fiscal control; public patrimony; principles; public function; government contracting.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centró en el análisis teórico acerca de si la sustitución o cambio del modelo de sistema de control fiscal previo al sistema de control fiscal posterior y selectivo es oportuno y pertinente en el marco del cumplimiento de los principios de la función pública y en la protección y recuperación del patrimonio público y de los bienes del Estado. Si bien se introducen modificaciones a la vigilancia y control fiscal a través del Acto Legislativo 04 de 2019, según el cual se denota un control preventivo y concomitante, mas no previo, este es de carácter excepcional no vinculante, sin regular los eventos y situaciones en los cuales es procedente.

En efecto, para que los controles establecidos en la Constitución y la ley, entre ellos, el control fiscal, sean eficaces y se efectúen en condiciones y parámetros de oportunidad, deben ejercerse dentro de los plazos razonables previstos en la normatividad vigente. Según la Corte Constitucional y lo establecido en sentencia C- 623 de 1999, la oportunidad está íntimamente ligada con los principios de eficacia y eficiencia (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-623, 1999).

De ahí que, si bien todo el proceso de contratación en sus distintas etapas -precontractual, contractual y poscontractual- debe ejecutarse en observancia de los principios de la función administrativa, no existe un control fiscal integral que intervenga en la protección del patrimonio público de manera oportuna. Por el contrario, la intervención de las autoridades fiscales, por regla general, se realiza de manera posterior al perfeccionamiento del contrato, esto es, cuando los recursos ya se encuentran comprometidos y/o cuando el contrato se encuentra terminado o liquidado; es decir, cuando los recursos ingresaron al patrimonio del contratista o un tercero y, en la mayoría de casos, su recuperación es casi nula o nula; dejando en evidencia que la transformación de un control previo a un control posterior es insuficiente e inoportuna. Esta situación conlleva a indicar que el fin último del control y vigilancia fiscal, esto es, evitar el detrimento patrimonial, sea inviable y sin efectos.

Por lo tanto, el control se ejerce por parte de las autoridades fiscales cuando existe una vulneración a los principios de la función pública y de la contratación estatal y se ha causado un perjuicio irremediable. En consecuencia, si se permitiera el control de las autoridades fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, como se predicaba con la existencia del control previo, y sin facultades de intervención y ejerciendo plenamente funciones de control y vigilancia, se protegerían los recursos del Estado y se garantizaría que su utilización sea destinada para el interés general y el cumplimiento de los fines estatales. Dicho de otra manera, el modelo de control fiscal vigente no le otorga al ente de control la capacidad de reacción inmediata con ocasión de los riesgos inminentes en operaciones y procesos en el marco de la contratación estatal.

Para analizar esta problemática, es necesario mencionar las características y criterios bajo los cuales se ejercía el control fiscal previo y las condiciones en las cuales se ejerce el control fiscal posterior y selectivo en los procesos de contratación en la vigencia de la Constitución Política de 1991 y el Acto Legislativo 04 de 2019, con el fin de determinar la necesidad de retornar al control fiscal previo y selectivo bajo criterios de cuantía y relevancia del objeto contractual y su relación con el interés general, en aras de garantizar el cumplimiento de los principios de la función pública y evitar las actuaciones tardías que no permiten resarcir los daños al erario.

1. CONTROL FISCAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

1.1. Modelo de sistema de control fiscal previo en el ámbito de la contratación estatal

En primer lugar, es preciso realizar un recuento histórico del control fiscal previo. En efecto,

Hasta la expedición de la Ley 42 de 1923, y como resultado de las recomendaciones de la Misión Kemmerer, se dispuso la creación de una institución autónoma, denominada Departamento de Contraloría, encargada de fiscalizar el manejo de los recursos públicos. Mediante el Decreto 911 de 1932 el Gobierno Nacional decidió reorganizar la institución otorgándole el carácter de oficina de contabilidad y control fiscal e incluyendo, dentro de sus funciones, la de control previo de la gestión administrativa; para ello se establecía que los contratos o erogaciones de fondos que excedieran cierto monto debían contar con la certificación de disponibilidad de la partida correspondiente, emitida por el Contralor General, y se disponía el registro de los respectivos contratos en el Departamento de Contraloría (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

Posteriormente, el sistema de control se consagró en el Acto Legislativo 01 de 1945,

... que en su artículo 93 atribuyó a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración. La Ley 20 de 1975 en su artículo 3 autorizó a dicha entidad para aplicar los sistemas de control fiscal que había venido empleando dentro de sus etapas integradas de “control previo”, “control preceptivo” y “control posterior”. La consolidación del control previo y preceptivo -unido a un control posterior de carácter restringido- constituiría una de las reformas más importantes al control fiscal en Colombia, pues aumentaría la facultad del organismo para fiscalizar a entes públicos y privados garantizando la correcta ejecución de los gastos del tesoro Nacional (Corte Constitucional, Sala Plena, C-103, 2015).

El Decreto 925 de 1976, “por el cual se determinan los procedimientos generales de control fiscal y de auditoría, el alcance que deben tener el control previo y la contabilidad general de la Nación y se dictan normas sobre estadística” (Decreto 925, 1976) definió cada una de estas modalidades de fiscalización. Con relación al control previo, dispuso:

Art. 2. El control previo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos (Decreto 925, 1976, art. 2).

A su vez,

El artículo 9 de la Ley 20 de 1975 establecía que el Contralor no autorizaría pagos por contratos administrativos si no se allegaba copia auténtica del Diario Oficial o de un diario de amplia circulación, en el que apareciera publicado el extracto que para cada caso visara el Auditor o Revisor Fiscal correspondiente. El artículo 20 ibídem autorizaba a la Contraloría General de la República para efectuar controles previos a las empresas industriales y comerciales del Estado cuya junta directiva lo solicitara, o de oficio, con carácter temporal o permanente, cuando advirtiera frecuentes o repetidas irregularidades en el examen posterior de cuentas o en visitas practicadas por dicha entidad (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

De igual manera, el artículo 5 del Decreto 925 de 1976 otorgaba la siguiente potestad a la Contraloría General en el trámite previo a la celebración del contrato:

Art. 5. A todas las Juntas o Comités de licitaciones o adquisiciones y de compras, de los organismos de la administración y sus entidades descentralizadas y demás entidades sujetas a fiscalización de la Contraloría General de la República, asistirá un representante del Contralor General de la República designado por éste o el respectivo Auditor, quien intervendrá en las deliberaciones de dichas juntas o Comités, con voz pero sin voto.

Parágrafo 1. Cuando el criterio del representante del Contralor General de la República o del respectivo Auditor se adverso a una licitación, adquisición y compra, por considerar que en tales actos se violan normas legales o que de realizarse se menoscaban los intereses de la Nación, deberá expresar sus observaciones en forma motivada por escrito y las hará conocer oportunamente a la entidad interesada.

Parágrafo 2. El representante del Contralor General de la República o el respectivo Auditor enviará inmediatamente un informe sobre el particular al Contralor para que éste en el término de seis días, determine el criterio de la Contraloría General de la República, al respecto. En tanto la entidad deberá abstenerse de perfeccionar los actos respecto a los cuales se hayan hecho las observaciones. Si el concepto de la Contraloría General fuese igualmente desfavorable a la entidad, la Junta o Comité lo analizará ampliamente, reestudiará su decisión y la rectificará o conformará según lo estime conveniente (Subrayado original) (Decreto 925, 1976, art. 5, como se citó en Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

Por otra parte,

El artículo 59 de la Constitución de 1886 establecía un límite claro al señalar que "(l) a Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización". Bajo la vigencia de este marco constitucional y legal, el Consejo de Estado se ocupó de precisar el alcance del control previo, señalando que, si bien tal modalidad de fiscalización faculta a la Contraloría para verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto, en modo alguno podía llegar hasta la intromisión en las actividades propias de la Administración:

A la Contraloría le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, exclusivamente, y le está vedado el ejercicio de funciones propias de la Administración activa (art. 59 de la C. N.). Una de las modalidades que ofrece esa vigilancia es el llamado 'control previo', que le permite a la Contraloría verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto (...) (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

En efecto, en sentencia C-716 de 2002, la Corte Constitucional determinó que la implementación del sistema previo del control fiscal buscaba precaver la comisión de irregularidades en el manejo de los bienes públicos, pues con el mismo se aspiraba a que "la liquidación y la comprobación de las erogaciones públicas fueran revisadas y aprobadas por el fiscalizador antes de que salgan los dineros de las cajas públicas" (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-716, 2002).

Sin embargo, se formularon objeciones a este modelo por cuanto: (i) propiciaba la intrusión directa del organismo de vigilancia en la toma

de decisiones ejecutivas, intromisión que frecuentemente obstaculizaba, cuando no vetaba, el normal desenvolvimiento de la Administración; (ii) el ejercicio del control previo, pese a sus connotaciones administrativas, no implicaba responsabilidad administrativa alguna para la Contraloría y, además, comprometía la necesaria independencia y autonomía del ente fiscalizador; (iii) paradójicamente, se consideraba que dicho sistema constituía un foco de corrupción. En otras palabras, el órgano de control no ejercía un poder sancionador de carácter objetivo, *contrario sensu* se constituyeron como fortines políticos estigmatizados por ser burocratizados y con bajos niveles de eficacia en el cumplimiento de sus funciones.

Así pues, para 1991, se introdujeron debates a mencionar,

Es así como en uno de los informes de ponencia sobre el tema se admitió que [e]l control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública, pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta coadministración, que ha redundado en un gran poder unipersonal del control y se ha prestado también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas. Asimismo, fue clara la intención del constituyente de evitar la interferencia de los organismos de control fiscal en la actividad administrativa de las entidades sometidas a control (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

De ahí que, como resultado de lo anterior, en la Constitución Política de 1991 se transformó el control previo a un control posterior y selectivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 267, en el cual se dispuso que:

La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 267).

Según artículo 119 de la Constitución Política, “la Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración” (C.P., 1991, art. 119).

Corolario a lo anterior, la Ley 80 de 1993 -Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública- prevé dentro de su compendio normativo con relación al control fiscal, a saber:

Artículo 65. La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente, se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que estos se ajustaron a las disposiciones legales.

Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero de gestión y de resultados financieros en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. El control previo administrativo de los contratos les corresponde a las oficinas de control interno. Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden (Subrayado original).

Lo anterior, sin perjuicio del control preventivo y concomitante ejercido por parte de la Contraloría General de la República, el cual se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno (Ley 80, 1993, art. 65).

Por último, a través del Acto Legislativo 04 de 2019 se dispuso que el control fiscal también podrá ser preventivo y concomitante, sin embargo, tendrá carácter excepcional, no vinculante; en el cual su ejercicio y coordinación corresponderá exclusivamente al Contralor General de la Republica en materias específicas (Acto Legislativo 04, 2019, art. 1); control que, si bien se constituye en un modelo complementario al posterior y selectivo, respondiendo a la evolución de los contratos estatales; dicha medida se torna insuficiente, pues no obedece a las nuevas formas de corrupción y, al carecer de fuerza vinculante, no tendría los elementos suficientes para constituirse en un control integral.

Por su parte, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar acerca del control fiscal en los contratos estatales que **“debe ejercerse después de que se han cumplido los trámites administrativos de legalización de los contratos”**, esto es, cuando han quedado perfeccionados, durante su ejecución y después de terminados o liquidados...” (Subrayado y negrilla fuera de texto) (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-623, 1999).

De ahí que, teniendo en cuenta lo descrito de manera antecedente, es a partir de 1991 cuando el Constituyente introdujo modificaciones sustanciales sobre esta materia, a saber, el control fiscal, protección del patrimonio público y de los bienes del Estado, la transparencia, moralidad, eficiencia y eficacia de la gestión pública y el cumplimiento de los fines del Estado.

Frente a esta modalidad de control, el tratadista Brewer-Carías (2011), en un estudio denominado “La atención de desastres y el control fiscal en Colombia”, señaló:

Si bien es cierto que en la Constitución se hace referencia al control previo y selectivo cuando se regula el control fiscal como la función pública de vigilancia de la gestión fiscal atribuida a la Contraloría General de la República, por ello no puede interpretarse que el motivo de la reforma constitucional haya tenido por objeto reducir el control fiscal únicamente al control posterior, pues sería contradictorio con el contenido del artículo 267 de la Constitución (p. 24).

Con relación al control fiscal en el marco de la contratación estatal, la Ley 80 de 1993 precisa los distintos controles a que está sometida la actividad contractual, entre los cuales se encuentran: el control disciplinario a cargo de la Procuraduría General de la Nación, el control comunitario o ciudadano, el control interno de cada entidad y el control fiscal (Ley 80, 1993).

En efecto, se tiene que el control fiscal que se ejerce sobre la actividad contractual se realiza en dos oportunidades: (i) una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, esto es, una vez se perfeccionan con el acuerdo de voluntades de las partes con el objetivo de verificar y/o constatar el cumplimiento de los principios que rigen la contratación estatal y (ii) una vez liquidados o terminados los contratos; es decir, sobre las cuentas y pagos derivados de él. Siendo así, es claro que el ejercicio del control fiscal sobre los contratos estatales comienza desde

el mismo momento en que la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización de los mismos.

En definitiva, el control fiscal sobre los contratos estatales se ejerce de manera posterior y selectiva; es decir, a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución y posterior liquidación o terminación.

Lo anterior conlleva a concluir que la vigilancia fiscal se ejerce una vez el presupuesto se encuentra comprometido por parte de las entidades públicas, dejando al arbitrio el control fiscal preventivo desde la etapa de planeación y precontractual, admitiendo y posibilitando la ejecución de conductas irregulares, generando investigaciones fiscales tardías y una ineficiente protección de la moralidad pública en la contratación estatal.

1.2. Conceptualización de control fiscal posterior y selectivo en la vigencia de la Constitución de 1991 y el Acto Legislativo 04 de 2019

En los términos del artículo 113 de la Constitución Política de 1991, los diferentes órganos del Estado, entre ellos, la Contraloría General de la República, tienen funciones separadas (C.P., 1991, art. 113); es decir, se trata de un órgano autónomo e independiente.

Respecto a la gestión fiscal como noción básica, podría decirse que es el conjunto de todas las operaciones relacionadas con la administración, explotación o disposición de los recursos que integran el patrimonio de la Nación, de sus entidades descentralizadas, tales como el recaudo de fondos, la adquisición o enajenación de bienes y la ordenación de gastos e inversiones (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-716, 2002), por lo cual este control persigue proteger el patrimonio de la Nación y garantizar la legalidad y la correcta utilización de los recursos públicos.

Por su parte,

Se estableció la vigilancia de la gestión fiscal sobre todas las entidades públicas, y los particulares y entidades que manejen bienes o fondos de la Nación y se suprimió el control previo y perceptivo que fue reemplazado por el posterior y selectivo, que comprende: un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-623, 1999).

De ahí que el control posterior y selectivo se ejecuta por parte del órgano de control con posterioridad a la intervención de la entidad contratante, quien se encarga de adelantar a cabo un juicio de valor acerca de si lo ejecutado se ajusta a la normatividad vigente y, en caso de que proceda, evaluar las presuntas irregularidades.

La Corte Constitucional también ha expresado que el control de la gestión fiscal tiene como la finalidad evitar la coadministración por parte del órgano de control cuando los sujetos vigilados no dependen de autorizaciones previas para la ejecución de sus actos, sino que son revisados una vez se hayan llevado a cabo. Por ello señala:

... la gestión fiscal como proceso de operaciones administrativas de explotación, disposición y administración de los recursos que constituyen el patrimonio de la Nación, de sus entidades descentralizadas, de los particulares así como el recaudo de fondos, la buena adquisición o enajenación de bienes e inversiones se hace en forma posterior y selectiva. Esta función tiende a evitar que el control incida negativamente en la administración, de manera que los sujetos de este control dependan de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos, igualmente es selectiva en cuanto que no deben ser objeto de control todas las actuaciones, sino aquellas que la Contraloría estime deben ser revisadas, sin que se congestione la actividad administrativa de los sujetos controlados (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-167,1995).

Según pronunciamiento del Consejo de Estado, retomando a la Corte Constitucional, se estableció acerca de la vigilancia y el control fiscal:

(...) la vigilancia de la gestión fiscal se ejerce de manera integral puesto que ahora incluye el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal incluye también el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y la valoración de los costos ambientales.

La jurisprudencia constitucional ha aludido al sentido y alcance de los controles financiero, de gestión y de resultados. Entre otras, en la sentencia C-623 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, señaló la Corte que: “En el control financiero se examina si los estados financieros reflejan el resultado de las distintas operaciones hechas por una entidad y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas constitucionales y legales y las relacionadas con los principios y reglas que rigen la contabilidad. En el control de gestión se analiza la eficiencia y la eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, lo cual se lleva a cabo mediante la evaluación de los procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño, y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad. En el control de resultados se establece el cumplimiento o logro de los objetivos, planes, programas y proyectos de la administración, en un periodo determinado”.

De acuerdo con lo señalado, la vigilancia de la gestión fiscal tiene como fin la protección del patrimonio público, la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado. Estas medidas se enmarcan por la concepción del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, y propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-648, 2002, como se citó en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 11001-03-06-000-2020-00001-00(2442), 2020).

En este orden de ideas, un modelo de control fiscal que anticipe la consumación del daño coadyuvaría a la prevención de actos de corrupción, *máxime* cuando no se puede convertir en excusa y pretexto el temor hacia la coadministración para obstaculizar el desarrollo del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público.

Por su parte, la Corte Constitucional precisó:

Ante la demostrada ineficiencia e ineficacia del control fiscal que con carácter previo y perceptivo venían realizando tanto la Contraloría General de la República como las contralorías regionales, el constituyente de 1991 decidió introducir algunos cambios

sustanciales en esta materia, los que además de estar acordes con la concepción del Estado social de derecho tenía que cumplir los objetivos de interés general para los cuales fue creado, que no son otros que la protección de los bienes del Estado y del patrimonio público, la transparencia, moralidad, eficiencia y eficacia de la gestión pública y el cumplimiento de los fines del Estado.

Así pues, se estableció la vigilancia de la gestión fiscal sobre todas las entidades públicas, y los particulares y entidades que manejen bienes o fondos de la Nación y se suprimió el control previo y perceptivo que fue reemplazado por el posterior y selectivo, que comprende: un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

...

El artículo 5 de la ley 42 de 1993 define los controles posterior y selectivo, así:

“Para efecto del artículo 267 de la Constitución Nacional se entiende por **control posterior** la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. **Por control selectivo** se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades, para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal” (subrayas fuera del texto).

De acuerdo con esta definición legal el control posterior se realiza una vez se hayan “ejecutado” las distintas operaciones, actividades y procesos que serán objeto de él.

La selectividad significa que no se revisan todas y cada una de las actuaciones administrativas adelantadas por las entidades o los particulares que manejan fondos o bienes públicos, sino que, utilizando la técnica de muestreo, se examina solamente un grupo representativo de operaciones, cuentas u otros procesos relacionados con el gasto público que, a juicio de las Contralorías, sea suficiente para extraer conclusiones sobre los asuntos atinentes al control fiscal (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-623, 1999).

Así pues, el control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva y, además, podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante, no previo, no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

No obstante, ¿Qué tan efectiva es la vigilancia y control fiscal posterior y selectivo como regla general para el seguimiento a los contratos estatales? ¿Cómo se refleja la efectividad del control fiscal actual frente a los índices de impunidad relacionados con actos de corrupción en los contratos celebrados por entidades públicas?

Al respecto, se precisó que

En efecto la Constitución Política de 1991 dio una nueva dimensión al concepto de control fiscal en nuestro país y abrió un nuevo espacio para su ejercicio, cambiando la noción de control numérico por la de control de gestión y resultados, eliminando la modalidad de control previo por un moderno sistema de control posterior y selectivo (Velázquez, 1998, como se citó en Mira et al., 2001, p. 52-53).

Asimismo,

Para salvaguardar la autonomía del máximo ente de control fiscal, esta disposición mantuvo la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas inherentes a su propia organización, ya contenida en el artículo 59 inciso 2º de la anterior Constitución. Se ha destacado el carácter amplio e integral del modelo de vigilancia fiscal diseñado en la Constitución (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

Según lo establecido en el artículo 267 de la Constitución Política y el artículo 9 de la Ley 42 de 1993, la vigilancia fiscal comprende un control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno. Tales controles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la citada ley, se efectúan con base en criterios de

Eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos (Ley 42, 1993, art. 8).

En efecto, teniendo en cuenta el compendio normativo y jurisprudencial anterior, se trata de predicar del control posterior y selectivo como una herramienta eficiente para el seguimiento al buen uso de los recursos y bienes públicos y contribuir a la modernización del Estado; pero, en realidad, dicho instrumento fue una solución frente al daño que se produce al patrimonio público como consecuencia de la conducta en modalidad culposa o dolosa de quienes realizan el mencionado control fiscal.

Como quiera, el principal objetivo de la responsabilidad fiscal es resarcir los daños producidos al patrimonio público como consecuencia de la conducta en modalidad culposa o dolosa de quienes realizan el mencionado control fiscal, mediante el pago de una indemnización en dinero que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso (Mendoza, 2021).

Por último, la naturaleza del control fiscal comporta que este tenga lugar en todos los sectores y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales. En tal sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

Contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibles. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos.

No obstante, esta amplitud del control fiscal, que se proyecta tanto en el ámbito de los sujetos sometidos al mismo, en los aspectos y criterios tenidos en cuenta, así como en los momentos y actividades en los que tiene lugar dicha fiscalización, ha de interpretarse en consonancia con la decidida apuesta del constituyente por eliminar el sistema previo e instaurar en cambio un sistema posterior de control fiscal, al igual que con la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

2. ESTUDIO Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTROL POSTERIOR DE CONFORMIDAD CON SU REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La Contraloría General de la República, como ente de control fiscal, es el órgano autónomo e independiente encargado de llevar a cabo las investigaciones dirigidas a obtener el resarcimiento de los bienes o recursos que han sido objeto de detrimento patrimonial por parte de servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas. Por su parte, hoy en día se predica que el control fiscal se ejecuta en forma posterior y selectiva según los procedimientos y principios establecidos en la Ley 42 de 1993, Ley 610 de 2000, y Ley 1474 de 2011.

De esta manera,

El cambio del control previo y preceptivo a posterior y selectivo, debe entenderse como una política del fortalecimiento de la institucionalidad del Estado, en el sentido de dar más discrecionalidad al funcionario, pero principalmente no limitar el control a un aspecto meramente financiero, sino ir más allá hasta la verificación de la calidad de los resultados de las obras que se realizan. Sólo de esta forma se puede entender que existe una real garantía social del cumplimiento de los deberes del Estado para sus coasociados.

De esta forma lo entendió el legislativo, y así se encuentra consignado en la exposición de motivos de la Ley 42 de 1993, en la que se aprecia que se propende por evaluar la calidad e impacto de las acciones de la administración pública. Lo anterior indica que la moralidad que debe observar el administrador de recursos del Estado en sus acciones es uno de los aspectos que será valorado por la Contraloría en el ejercicio del control fiscal (Maldonado, 2014, p. 145).

Empero ¿el control fiscal posterior y selectivo es oportuno para garantizar el cumplimiento de los principios de la contratación estatal y de la función pública?, dicho control fiscal, ¿materializa su objetivo esto es, la protección del patrimonio público y de los bienes del Estado?

Desde la óptica de la eficacia para el cumplimiento de los principios, en primera medida, es preciso señalar que el artículo 209 constitucional constituye el fundamento de los principios sobre los cuales debe regirse la función administrativa. A su vez, la Ley 80 de 1993, en su artículo 23 y siguientes, señala los principios de la contratación estatal, a saber, transparencia, economía y responsabilidad (Ley 80, 1993, art. 23). En materia jurisprudencial, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en distintos pronunciamientos han determinado el alcance de los principios y su importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En este orden de ideas, si bien el control fiscal posterior y selectivo busca evaluar los resultados obtenidos con el gasto o la inversión, se tornan insuficientes, toda vez que se permite la celebración y ejecución de procesos de contratación que, en la mayoría de casos, no satisfacen los principios establecidos en la Constitución y la recuperación de los recursos se torna imposible.

De esta manera, tener claro la importancia de la implementación de un modelo que maximice los resultados del control fiscal va a permitir evitar el detrimento del patrimonio público, identificar las causas o vicios de ilegalidad o de inconstitucionalidad en la contratación estatal, prevenir la corrupción y garantizar la oportunidad de la intervención de la Contraloría. Pues puede esperarse que las causas de la corrupción aumenten con el grado de ineficiencia en el cual se desarrolla las actividades institucionales, con la omisión de los funcionarios, con el grado de monopolio sobre servicios, con los ingresos que pueden obtenerse en las actividades corruptas, con una baja probabilidad de ser descubierto con unos bajos castigos para las actividades corruptas y una mínima intervención de las entidades de control (Fernández y Gonzalez, 2019).

En efecto, hasta el año 2016, según las cuentas de la Auditoría General,

De cada 1.000 pesos en procesos de responsabilidad fiscal solo se recuperan 40 (el 4 %) (El Tiempo, 2016, párr. 3).

...

Las estadísticas de la Auditoría General, muestran que en el último cuatrienio (2012 a 2015), del presupuesto total de esos años: 406 billones de pesos, solo se les puso la lupa a 312 billones, es decir, el 76,8 por ciento (El Tiempo, 2016, párr. 6).

Al respecto, Nova (s.f.), precisó acerca del alcance del cambio a modelo posterior y selectivo desde la óptica de la reducción de la corrupción a saber:

Por esta razón, en interpretación de la Corte Constitucional, se prohibió a la Contraloría ejercer la función preventiva del control fiscal al asimilarlo al control previo. Para contrarrestar esta situación, se presentó en el Congreso de la República el acto legislativo No. 04 de 2019 que buscó desarrollar una normativa que le diera vía libre al control preventivo y concomitante, en tiempo real, para que la Contraloría pueda actuar con criterio preventivo y no llegar cuando los hechos ya estuvieran consumados. Los resultados están por verse (párr. 7).

¿Pero cuál ha sido el rol del control fiscal en la reducción de la corrupción? Al mirar los informes de transparencia internacional para Colombia durante los años 1995 (primer informe del índice de percepción de la corrupción – IPC) y 2020, no se evidencia un cambio importante en la mejora del indicador. En efecto, el IPC, que clasifica a los países menos corruptos con puntajes cercanos a 100, presenta a Colombia en el puesto 31 (entre 41 países), con 34 puntos en 1995 y en el puesto 92 (entre 180 países), con 39 puntos en 2020. Con estos datos se destaca que en materia de control fiscal todo cambió para seguir igual (párr. 8).

A su vez, se indicó que “el control fiscal concomitante y preventivo, complementario al control posterior selectivo” (Gaceta del Congreso No. 432, 2019, p. 20) es el primer acápite propuesto para la reforma fiscal. Allí se destaca que, ante el actual modelo de control solo actúa después de la ocurrencia del daño, es decir cuando este se ha materializado: Esto se ha transformado en una verdadera barrera para la efectiva protección del patrimonio público, fin último de los entes de control fiscal; pues son innumerables los casos en los que el daño al patrimonio público resulta previsible e inminente; sin embargo, como la consolidación o materialización de este, en términos jurídicos y económicos aún no ocurre, no es procedente la actuación de los organismos de fiscalización.

En virtud de lo anterior y de conformidad con lo previsto en el artículo 6 Constitucional, bajo un examen previo ejercido por parte de la Contraloría a los contratos seleccionados, las autoridades fiscales iniciarían las acciones de responsabilidad correspondientes contra los servidores estatales o los particulares que manejen fondos o bienes públicos, que hayan incurrido en violación de las normas que rigen la materia, o en extralimitación u omisión de sus funciones. Es deber suyo, además, promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

Si bien mediante Acto Legislativo 04 de 2019 se contempla el control preventivo y concomitante como una herramienta para la vigilancia al manejo de los recursos públicos, se contempla de carácter excepcional; es decir, sigue siendo una medida insuficiente para la garantía y protección del erario.

Bajo esta perspectiva, se realizaría un control *integral*, puesto que cubre desde el mismo momento en que la entidad recibe los recursos que le han sido asignados, incluyendo el proceso de su manejo o utilización, hasta la evaluación de los resultados obtenidos con su inversión.

No obstante, es pertinente señalar que:

El control fiscal es muy distinto del control de resultados. El fiscal refiere al presupuesto, se refiere a si el funcionario correspondiente encuadra sus gastos dentro del marco de autorizaciones que en otra cosa es el presupuesto aprobado por el Congreso, y así verificará si existe un crédito para determinado objetivo y verificará si la partida todavía alcanza para ejecutar el gasto, es lo que se conoce como el control numérico legal. El control de resultados, por el contrario, hace referencia a las acciones de la administración, a los planes y programas de desarrollo y contrasta los recursos con los resultados obtenidos y los resultados obtenidos con los objetivos y las metas preestablecidas de manera que estamos hablando de cosas que de común solo tienen la palabra control, fuera de eso no tienen en común absolutamente nada [...] creo que sería un grandísimo error; un error que probablemente si esta Constitución lo llegará a cometer, no se lo perdonaría en el futuro, pretender entregarle un instrumento nuevo de tanta importancia para lograr la eficiencia del Estado a una institución burocratizada, clientelizada, unos funcionarios que tienen una manera de

actuar y una mentalidad determinada, eso es un nicho de clientelismo y vamos a esterilizar ese instrumento formidable del control de resultados (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, como se citó en González y Mosquera, 2020, p. 76).

De ahí que el modelo de control fiscal vigente se torna limitado e insuficiente, pues este modelo no permite enfrentar la corrupción ni la mala administración de los recursos públicos.

Ahora bien, la contratación estatal es uno de los más importantes instrumentos con que cuenta la administración pública para el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y garantías de los asociados. Por esta razón, el control fiscal que se ejerza sobre tales actos debe ser oportuno, celer y eficiente, pues allí están comprometidos intereses generales.

Cabe advertir que, si bien los órganos de control, en cumplimiento de sus funciones y en garantía de los fines estatales consagrados en el artículo 2 Constitucional, realizan distintos requerimientos para acceder a los contratos celebrados por entidades estatales y solicitudes de información dirigidas a conocer acerca del procedimiento y/o actuación que lleva a cabo la administración; su intervención puede cuestionarse como insuficiente, toda vez que no está dirigida, ni tiene como finalidad la aplicación de los principios de la función administrativa ni de la Ley 80 de 1993. *Contrario sensu*, la Contraloría General de la República tiene como propósito principal ejercer control fiscal sobre los recursos o bienes pertenecientes al Estado. No obstante, dichos recursos no logran ser recuperados en su totalidad, dejando a un lado la necesidad de un modelo de evaluación de resultados del modelo fiscal que trascienda lo financiero, presupuestal y contable, dando prioridad a la vigilancia de la gestión y resultados.

Adicionalmente, si bien la intención del Gobierno nacional a través de la Ley 1474 de 2011-estatuto anticorrupción-, puede considerarse como loable, no logra su cometido frente a sus destinatarios. El sector público a nivel nacional, departamental y territorial es muy extenso; por lo tanto, buscar alinear a la ley a un sector tan amplio con miles de funcionarios y con tanta diversidad en los territorios que, además, enfrentan dificultades sociales, se ha transformado en un reto que a veces parece inalcanzable. No obstante, el estatuto anticorrupción del 2011 se estableció como bandera

de lucha en contra de la corrupción. Empero, con ocasión al insuficiente y limitado modelo de control fiscal vigente se tiene que no genera resultados frente a los problemas de la contratación estatal, entre ellos, prescripciones y archivo de procesos por la imposibilidad de demostrar el hecho punible; deficiente planeación (ausencia de estudios previos, inapropiada selección del contratista, sobrecostos, falta de claridad en pliegos o términos de referencia); omisión de requisitos del contrato o deficiencia de estudios de factibilidad, etc.

Sin embargo, en la práctica, las actuaciones de los ciudadanos se han enmarcado en dos hechos determinantes: (i) adecuarse a todas las condiciones legales para aparentar condiciones justas y transparentes en todas y cada una de las etapas contractuales y (ii) hay cientos de kilómetros entre la conducta corrupta y la sanción; el brazo de la justicia anticorrupción es muy débil y se limita a fallar de vez en cuando y de forma lenta. Ante tanta debilidad e ineficiencia, se genera un ambiente de calma para los corruptos, lo que puede traducirse en que todas las leyes con sanciones duras nazcan muertas dentro del marco legal colombiano.

En definitiva, es necesaria e imperativa la vigilancia de los órganos de control, pero con una mirada dirigida a lograr el cumplimiento de los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, *máxime* cuando la trascendencia de lo que se ha denominado “principios” ha logrado ganar tanto terreno que hoy en día pueden, incluso, establecer qué tan democrático es un Estado social de derecho.

No obstante, no debe dejarse de lado la responsabilidad que debe tener cada servidor público que, dentro de sus funciones, se encuentre de manera implícita el imperativo del cumplimiento de los principios, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano, los principios no son los finales de una poesía bien escrita; por el contrario, son mandatos que se encuentran incluidos en las distintas normas y que se constituyen como eje transversal y criterio orientador de toda actuación administrativa.

3. RETORNO AL CONTROL PREVIO COMO PREMISA DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Es preciso señalar que, en vigencia del Decreto 925 de 1976, se indicaba que:

El control previo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, Leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos (Decreto 925, 1976, art. 2).

Por su parte, la Ley 42 de 1993 señala expresamente que:

El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad (Ley 42, 1993, art. 12).

Desde el derecho comparado,

... El tribunal de cuentas de Francia, fue creada por Napoleón I en 1807, el cual está dotado de una estructura parecida a la del consejo de estado y es integrado por funcionarios inamovibles, con calificaciones muy estrictas, con una probada experiencia en el conocimiento y administración de la hacienda pública.

Dentro de este tribunal se distinguen dos clases de tareas, las jurisdiccionales y las que no lo son, en la primera, la función fundamental asignada al tribunal de cuentas de Francia consiste en juzgar las que deben presentar funcionarios que manejen fondos públicos, revisando si se ajustan a las reglas de contabilidad pública, dentro de las no jurisdiccionales está la de asistir al parlamento y al gobierno en el control de la ejecución financiera, también se encuentran dentro de estas, las que se aplican sobre la seguridad social, las empresas públicas, los organismos parafiscales y un control sobre la legalidad de los impuestos municipales, con el objetivo de informar al ministerio de hacienda sobre lo sucedido.

...

Para resaltar la existencia desde 1948 de un Tribunal con competencia sobre disciplina presupuestal, el cual se encontraba integrado por miembros de la Corte y el Consejo el Estado, el cual su misión el examen de

la responsabilidad de los funcionarios, por vulneración de las normas sobre presupuesto y administración de bienes del Estado, teniendo en cuenta que podían ser acreedores de sanciones si llegasen a ser responsables de dicha conducta (Jiménez, 2019, pp. 45-46).

En el mismo sentido, Jiménez (2019) menciona que,

Es completamente autónomo en el desarrollo de sus funciones, de igual forma juzga a los responsables de bienes y fondos públicos por las violaciones legales a las que se encuentren inmersos durante su gestión o actividad administrativa. Otras de sus funciones son; auditar tanto la administración nacional como a los organismos autónomos, corporaciones locales, sociedades y empresas estatales del sector privado que manejen dineros del Estado, también realiza un control de legalidad y regularidad contable, contando también con la facultad para establecer los grados de eficacia, eficiencia y economía en la gestión de los recursos públicos, anualmente presenta ante las Cortes un informe con los resultados del examen y comprobación de la cuenta general del Estado, la cual se llama declaración definitiva, en el mismo tiempo rinde un memorial relacionando todas sus labores incluyendo su actividad jurisdiccional (p. 47).

El Contralor General de la República presentó un proyecto de acto legislativo con el fin de complementar al control posterior y selectivo con el control fiscal concomitante y preventivo. A su vez, pretendía solventar el fenómeno de la corrupción identificando los daños al erario previo a que se materialice. En efecto, se señaló:

Una de las mayores críticas a las que se ha enfrentado el actual sistema, corresponde a que el ente de control solo actúa después de la ocurrencia del daño; es decir, cuando este se ha materializado, lo que implica en muchas ocasiones que, en contratos o ejecuciones plurianuales, el ente de control deba permanecer inerte, mientras el daño al patrimonio tiene lugar y se consolida (Córdoba, 2019, como se citó en González y Mosquera, 2020, p. 83).

De ahí se puede inferir que, en efecto, un control previo busca la adopción de medidas y la realización de diligencias necesarias para verificar el manejo de los recursos públicos bajo criterios de eficiencia y eficacia.

La sentencia C-382 de 2008 enmarca una definición del control fiscal, donde la Corte Constitucional indica que:

La jurisprudencia constitucional se ha referido a la función de control fiscal, definiéndola como el instrumento idóneo para garantizar el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado. A partir de tal definición, ha señalado que el ejercicio de esa atribución implica un control sobre la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, con el propósito de determinar si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-382, 2008).

En efecto, el actual modelo de control fiscal posterior y selectivo que ejerce el órgano de control es insuficiente para responder a los conflictos derivados de la gestión fiscal de las entidades públicas, pues no responden a una gestión de evaluación y resultados eficiente, comoquiera que no ha demostrado avances significativos o positivos que evidencien una adecuada y/o apropiada aplicación de los principios de la función pública o de la contratación estatal en los procesos de contratación; según sea el caso.

En consecuencia, el control fiscal previo debe aplicarse como una medida de vigilancia complementaria al control posterior selectivo, pues este último solo opera y/o actúa posterior a la ocurrencia del daño; esto es, cuando se encuentra materializado. Por lo tanto, este control con ocasión de la recuperación del patrimonio público resulta insuficiente, innecesario e irracional; generando una barrera para la protección efectiva del patrimonio público, que constituye el:

Fin último de los entes de control fiscal; pues son innumerables los casos en los que el daño al patrimonio público resulta previsible e inminente; sin embargo, como la consolidación o materialización de este, en términos jurídicos y económicos aún no ocurre, no es procedente la actuación de los organismos de fiscalización” (Gaceta del Congreso No. 432, 2019, p. 20).

Lo anterior deja en evidencia la necesidad y pertinencia de un control previo que permita que el control posterior y selectivo sea efectivo, *máxime* cuando la Contraloría no intervendrá de manera amplia y/o abstracta, pues sus funciones se ejercerían dentro de un marco dirigido al riesgo o daño potencial. En efecto, al ente de control no se le otorgaría una naturaleza de coadministración, sino un alto grado de eficiencia y eficacia en el ejercicio

de sus funciones, en especial las encaminadas a proteger y defender el patrimonio y no únicamente la de identificar y registrar el daño una vez se configura, para proceder a su posterior enjuiciamiento y cobro.

Adicionalmente, Moreno (2002, como se citó en Jiménez, 2019) menciona que:

Es por ello que cuando se considere que el marco de funciones, vigente actualmente, sea insuficiente para responder a los conflictos que se deriven de la gestión fiscal de las entidades públicas, deberá hacerse la revisión correspondiente para evaluar la necesidad de modificarlas o aumentarlas, cabe señalar que también se pueden reducir funciones, con lo que permitiría que una función sea más eficiente, cuando el resultado de la misma no aporte resultados positivos (p. 54-55).

En efecto, el control previo no conllevaría a un juzgamiento de las actuaciones. *Contrario sensu*, permite establecer inconsistencias presentadas al interior del proceso de contratación a título de advertencia para evitar la configuración del daño o en el caso de que se produzca.

Además, el control fiscal previo, como una prerrogativa del ente fiscalizador, permitirá garantizar el cumplimiento de los requisitos y formalidades desde la etapa precontractual. Ahora bien, este control no se reflejará como un obstáculo o intervención indebida para el manejo de los recursos públicos por parte de la entidad pública, sino que se convertirá en un mecanismo de verificación y legitimación de los intereses generales.

Si bien la función de control fiscal en cabeza de la Contraloría tiene una naturaleza independiente y autónoma, su alcance y eficacia se circunscribe a la ausencia de inmediatez de su actuar. Hoy en día, el ente de control presenta niveles bajos de recaudo o recuperación de los recursos públicos del Estado.

De esta forma,

Este ente no solo está en la obligación legal de pronunciarse en forma posterior y selectiva sobre la gestión y resultados del manejo de los recursos y bienes públicos; sino que debe advertir con criterio técnico, preventivo o proactivo, a los gestores públicos, del posible riesgo que se pueda presentar por conductas que afecten el patrimonio público y el cumplimiento de los

finés del Estado al que se destina dicho patrimonio (Dávila y Tinoco, 2019, p. 39).

Es importante resaltar que la supresión del control previo en el ordenamiento jurídico conlleva a limitar el ejercicio de una vigilancia integral por parte del ente fiscal, puesto que, al presentarse inconsistencias e irregularidades durante el proceso de contratación estatal, el ente fiscalizador se limita en su actuar y, por lo tanto, no puede evitar los efectos nocivos y riesgos de manera oportuna. Por el contrario, interviene cuando el daño está consumado. Finalmente, las irregularidades presentes en los procesos de responsabilidad fiscal tienen origen principalmente en la falta de capacitación de funcionarios y la falta de recursos. Por ello, para que el control fiscal posterior pueda ser efectivo, debe ir acompañado de la agilidad en los trámites para evitar perpetuar los efectos nocivos de una irregular gestión fiscal, así como la imposibilidad de reintegro de los dineros disipados.

Cabe advertir que el nuevo sistema se edifica sobre dos procesos: temporal y formal. El primero se refiere al momento en el cual el órgano de control puede intervenir para evitar que se cause un daño a la nación. El segundo, por su parte, se refiere a que esta intervención sea adelantada solo cuando exista un riesgo inherente a la gestión; es decir, “aquel al que se enfrenta una entidad en ausencia de acciones por parte de la dirección para modificar su probabilidad o impacto” (Presidencia de la República, Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018, p. 7).

En ese sentido, el componente formal impide que el control se convierta en previo, dado que no sería sobre el universo de actuaciones administrativas como se desarrolla la gestión fiscal, sino sobre aquel en el que se identifique un riesgo inherente, es decir, actual (Blanco, 2015, como se citó en González y Mosquera, 2020, p. 85)

En conclusión, se debe implementar un control previo como prerrogativa permanente y de carácter general en el tema de contratación estatal, con la finalidad de contrarrestar la corrupción al interior de la administración pública donde los recursos de carácter público se pierden con la actividad contractual del Estado.

Comoquiera, es importante destacar que, como fuente de recursos de la contratación estatal, entre otros, se encuentran los recursos del

Sistema General de Regalías provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables y que, de conformidad con lo previsto en el artículo 361 de la Constitución Política, deben invertirse en el financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, en educación, ciencia, tecnología e innovación, entre otros (C.P. 1991, art. 361). Por lo tanto, se encuentra justificada la vigilancia y control fiscal sobre estos recursos, pues lo contrario conllevaría a una responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal.

Por su parte, si bien se promueve la implementación de un control previo que complemente el control posterior y selectivo, dicho control debe ejercerse de manera selectiva, comoquiera que sería una carga laboral desproporcionada al ente fiscalizador. Por ende, se ejercería bajo criterios de selectividad, lo que significa que

... No se revisan todas y cada una de las actuaciones administrativas adelantadas por las entidades o los particulares que manejan fondos o bienes públicos, sino que utilizando la técnica de muestreo, se examina solamente un grupo representativo de operaciones, cuentas u otros procesos relacionados con el gasto público que, a juicio de las Contralorías, sea suficiente para extraer conclusiones sobre los asuntos atinentes al control fiscal (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-623, 1999).

De ahí que, como criterios de selección se tendrán aquellos que permitan que la Contraloría, como ente de vigilancia, ejerza un control previo a los procesos de contratación en garantía del patrimonio público en virtud de la cuantía y relevancia del objeto contractual y su relación con el interés general, como es el caso de los recursos del Sistema General de Regalías.

En virtud de lo anterior y de conformidad con lo previsto en el artículo 6 constitucional, bajo un examen previo ejercido por parte de la Contraloría a los contratos seleccionados, las autoridades fiscales iniciarían las acciones de responsabilidad correspondientes contra los servidores estatales o los particulares que manejen fondos o bienes públicos, que hayan incurrido en violación de las normas que rigen la materia, o en extralimitación u omisión de sus funciones. Es deber suyo, además, promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

CONCLUSIONES

En definitiva, es preciso señalar que el control fiscal posterior y selectivo presenta deficiencias y no es efectivo al momento de proteger y recuperar los recursos públicos y bienes del Estado en el marco de la contratación estatal. El anterior defecto se refleja o es el resultado del ejercicio de un control fiscal inoportuno, impertinente e inadecuado, toda vez que su intervención, vigilancia y control se limita cuando se genera un daño al erario. *Contrario sensu*, un control responsable es aquel que vigila bajo criterios de oportunidad y eficiencia y evita el mal uso de los recursos públicos, así como la asignación caprichosa, arbitraria y discrecional de los mismos.

Por lo tanto, es cuestionable si el cambio sustancial incorporado en la Constitución Política de 1991 de un control previo a un control posterior es oportuno, pues si la intervención del ente de control se limita cuando el daño se ha consumado, entonces estaríamos frente a un actuar negligente y extemporáneo por parte del organismo de fiscalización.

De ahí que, si bien es imperativa la necesidad de complementar el control posterior con el control previo y selectivo en la contratación estatal bajo criterios de cuantía y relevancia del objeto contractual y su satisfacción frente el interés general, el ente de control debe limitar su vigilancia y control fiscal a funciones de protección y advertencia, evitando convertirse en una intervención y coadministración.

REFERENCIAS

Brewer-Carías, A. (Febrero, 2011). *La atención de desastres y el control fiscal en Colombia*. Trabajo presentado en el Seminario sobre Desastres naturales: experiencias y retos del control fiscal de la Contraloría General de la República, Bogotá, Colombia. <https://tinyurl.com/mwe6nwj2>

Congreso de la República de Colombia. (26 de enero de 1993). Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. [Ley 42 de 1993]. DO: 40.732.

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094

- Congreso de la República de Colombia. (31 de mayo de 2019). Gaceta del Congreso. [No. 439]. https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/textos%20radicados/ponencias/2019/gaceta_439.pdf
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (28 de mayo de 2020). Rad. 11001-03-06-000-2020-00001-00(2442) [C.P.: González, E.].
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (11 de marzo de 2015). Sentencia C-103 de 2015 [M.P.: Calle, M.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (20 de abril de 1995). Sentencia C-167 de 1995 [M.P.: Morón, F.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (23 de abril de 2008). Sentencia C-382 de 2008 [M.P.: Escobar, R.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (25 de agosto de 1999). Sentencia C-623 de 1999 [M.P.: Gaviria, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (3 de septiembre de 2002). Sentencia C-716 de 2002 [M.P.: Monroy, M.].
- Dávila, J. D. y Tinoco, G. E. (2019). *Análisis del proceso de control posterior y selectivo para el ejercicio del control fiscal en cabeza de la Contraloría Distrital de Santa Marta* (Trabajo de Pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia). Archivo digital. <https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/ed8d6387-434d-4b20-baed-464701993352/content>
- El Tiempo. (2016). *Contralorías rescatan 40 de cada \$1.000 de recursos embolados*. <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/recursos-publicos-recuperados-por-la-contraloria-40208>
- Fernández, J. L. y Gonzalez, F. J. (2019). Estrategia para ejercer un mejor control fiscal en los contratos estatales con aplicación al control previo. *Derectum*, 4(2), 27-42. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/derectum/article/download/6120/5640/13533>

- González, A. y Mosquera, L. (2020). Del control previo y perceptivo al posterior y preventivo: estudio de la trayectoria en el control fiscal en Colombia (1991-2019). *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 15(1), 71-90. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/5742/5615>
- Jiménez, W. R. (2019). *El control fiscal posterior y selectivo en Colombia y su eficacia desde la jurisprudencia después de la Constitución de 1991* (Tesis de especialización, Universidad la Gran Colombia). Archivo digital. <https://repository.ugc.edu.co/server/api/core/bitstreams/73cf939a-682d-4d4a-8ab4-879aa1169415/content>
- Maldonado, M. I. (2014). El control fiscal y su ajuste dentro del Estado Social de Derecho. *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, 44(120), 129-152. <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v44n120/v44n120a06.pdf>
- Mendoza, M. A. (2021). *Control preventivo y concomitante en las contralorías territoriales* (Tesis de maestría, Universidad de los Andes). Archivo digital. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/665ed35d-8547-4806-9632-69a28352edd0/content>
- Mira, J. C., Meza, C. y Vega, D. (2001). *El control fiscal en Colombia* (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana). Archivo digital. <https://apidspace.javeriana.edu.co/server/api/core/bitstreams/ccf21d66-34af-42cd-b002-f43846b1a2db/content>
- Nova, G. E. (s.f.). *Análisis: El control fiscal: todo cambió para seguir igual*. <http://www.cid.unal.edu.co/node/5284>
- Presidencia de la República de Colombia. (11 de mayo de 1976). Por el cual se determinan los procedimientos generales de control fiscal y de auditoría, el alcance que debe tener el control previo y la contabilidad general de la Nación y se dictan normas sobre estadística. [Decreto 925 de 1976]. DO: 34.568
- Presidencia de la República de Colombia. (18 de septiembre de 2019). Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal. [Acto Legislativo 4 de 2019]. DO: 51.080

Presidencia de la República, Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones y Departamento Administrativo de la Función Pública. (2018). *Guía para la Administración de los Riesgos de Gestión, Corrupción y Seguridad Digital y el Diseño de Controles en Entidades Públicas*. <https://tinyurl.com/nt6xp6p7>

EL DERECHO A NO SABER LA VERDAD BIOLÓGICA A CONTRA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA

Andrea Marcela Salas Zambrano

Fecha de recepción: 19 de diciembre de 2021.

Fecha de aceptación: 20 de enero de 2022.

Referencia: Salas, A. (2024). El derecho a no saber la verdad biológica a contra luz del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en Colombia. *Revista Científica Codex*, 10 (18), 56-97.

RESUMEN

El proceso de investigación de la paternidad, conforme al artículo 386 del Código General del Proceso, en correspondencia con el artículo 1 de la ley 721 de 2001, imponen al juez de conocimiento el deber de decretar la práctica de la prueba de ADN como mecanismo idóneo para excluir o incluir la paternidad investigada. Dicha prerrogativa se funda, inicialmente, en la garantía y protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, respecto de quienes se investiga su filiación. Sin embargo, existen ciertos contextos fácticos dentro de los cuales la aplicación de dicha norma, contrario a garantizar los derechos en los que se funda, conllevaría la vulneración de los mismos. Así las cosas y teniendo presente el interés superior de los niños, niñas y adolescentes como eje transversal de la actuación judicial, se procede a analizar la posibilidad de proteger los derechos fundamentales de los menores en cuestión a partir del desconocimiento de la verdad biológica y la consecuente prescindencia del decreto y práctica de la prueba técnica de ADN.

Palabras clave: familia; interés superior; filiación; investigación de paternidad; prueba de ADN.

ABSTRACT

The process of investigation of paternity in accordance with article 386 of the General Code of Process in correspondence with article 1 of law 721 of 2001, imposes on the judge of knowledge the duty to decree the practice of the DNA test as an ideal mechanism to exclude or include investigated paternity. This prerogative is initially based on the guarantee and protection of the fundamental rights of children and adolescents with respect to whom their affiliation is investigated; however, there are certain factual contexts within which the application of said norm, contrary to guaranteeing the rights on which it is based, would lead to their violation. Thus, and bearing in mind the best interests of children and adolescents as a transversal axis of judicial action, we proceed to analyze the possibility of protecting the fundamental rights of the minors in question based on the ignorance of the biological truth and the consequent disregard of the decree and practice of the technical DNA test.

Keywords: family; best interest; filiation; paternity investigation; DNA test.

INTRODUCCIÓN.

Internacionalmente, se habla del interés superior y la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Y es que dicha prerrogativa busca garantizar el correcto desarrollo, tanto físico como psicológico, del menor en cuestión. Por ello, el entramado normativo, no solo en Colombia, sino también desde estamentos internaciones, reconoce derechos básicos como el de tener una familia, un nombre, una identidad y, por supuesto, la libertad de expresión (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 44).

Actualmente, en Colombia se ha desatado un debate que pone en cuestión el reconocimiento de un nuevo derecho de los NNA: *el derecho a no saber*. Tal y como se señaló en el párrafo precedente, los NNA gozan de derechos como el de tener un nombre y una identidad, la cual parte inicialmente del reconocimiento que los padres hacen de sus hijos. Sin embargo, y a pesar de ser el escenario propicio para garantizar un entorno de crecimiento y desarrollo favorable para el menor, no se puede desconocer

que la realidad social y cultural en la que se desenvuelve la población colombiana contempla diferentes espacios en los que los menores no son recogidos por sus padres, o simplemente no llevan el apellido de alguno de sus progenitores.

Este es el caso que se estudió por parte de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC-1976 de 2019, donde se ampararon los derechos fundamentales de una menor de 15 años respecto a su decisión de no saber quién es su padre biológico (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC-1976, 2019). Así como ella, existen muchos NNA que, por diferentes circunstancias, han crecido sin el reconocimiento, acompañamiento y representación de alguno de sus progenitores. Y es que, en muchos de esos casos, lejos de vulnerar sus derechos a un nombre e identidad, lo que se busca es la protección de su integralidad psicosocial; es decir, el no dar a conocer al menor quién es su progenitor o la renuencia del mismo por saberlo es totalmente aceptable bajo ciertas circunstancias.

Sin embargo, y a la luz del derecho de familia, especialmente en lo que concierne al proceso de filiación judicial, este panorama parece no ser tenido en cuenta. En su artículo 386, el Código General del Proceso (CGP) consagra de manera imperativa la práctica de la prueba técnica de ADN como el medio idóneo para esclarecer el vínculo genético entre los presuntos padres e hijos (Ley 1564, 2012, art. 386), sin tener presente ningún otro argumento o prueba válida para negarse a la práctica de la prueba en mención. En ciertos casos concretos que se abordarán más adelante, esta situación podría trastocar derechos fundamentales de los NNA, e incluso del progenitor que tiene a su cargo el cuidado del menor en cuestión.

En este entendido, el presente documento tiene como propósito exponer al lector en términos generales cuáles son las situaciones fácticas en los que se podría contemplar la posibilidad de proteger el interés superior de los NNA a partir del desconocimiento de la verdad biológica y la prescindencia de la prueba técnica de ADN dentro del proceso de investigación de la paternidad; claro está, en concordancia con las disposiciones normativas del bloque de constitucionalidad.

Para ello, se ha dispuesto desarrollar cada una de las temáticas en tres secciones paralelas. En primer lugar, el lector podrá reconocer el panorama actual del contexto familiar en Colombia, su composición, definición y

funcionalidad; este primer capítulo centrará su atención en demostrar que dentro de la realidad colombiana los NNA se encuentran dentro de un modo particular de configuración de familia en su mayoría, la cual se caracteriza por la ausencia de alguno de los progenitores en la formación del menor.

Esta situación que, en términos generales, se entiende como una fuente de vulneración de los derechos de los NNA a conocer y tener una familia, conlleva a estudiar dentro del segundo acápite lo correspondiente a la regulación normativa del proceso de investigación de la paternidad, la cual se presenta inicialmente como la herramienta idónea para establecer el vínculo biológico y legal entre el padre ausente y el hijo no reconocido, buscando la satisfacción de los derechos fundamentales del menor. La norma, tal cual se expone, es totalmente cerrada e impone al juez de conocimiento que dentro del proceso se decrete y practique de manera oficiosa la prueba técnica de ADN, quedando obligado a culminar el proceso con una sentencia de fondo que determine la filiación o no de las personas correspondientes.

A pesar de que el proceso de investigación de la paternidad encuentra su razón de ser en la garantía y protección de los derechos fundamentales de los NNA, existen ciertos escenarios en los que su aplicación trasgrede lo que en principio se busca garantizar. Es precisamente esta condición lo que lleva al desarrollo del tercer y último capítulo, que establece la necesidad de que el juez conduzca el proceso de investigación de la paternidad a la luz del interés superior de los NNA, pues conocer la verdad biológica no siempre representa una satisfacción eficiente de sus derechos. Esta última sección permitirá vislumbrar que muchos de los eventos que se señalan como fuente de vulneración de los derechos de los NNA son realmente contextos en los que su finalidad va más allá de simplemente establecer un vínculo biológico y legal: su intención se centra en garantizar el máximo desarrollo del menor dentro de las condiciones familiares más favorables para ello.

1. LA FAMILIA COMO ESTRUCTURA NUCLEAR DE PROTECCIÓN Y SU CONCEPCIÓN EN COLOMBIA

En la actualidad, la concepción de *familia* representa un panorama totalmente distante al que se planteaba hace apenas la década pasada. La progresividad con la que se ha venido contemplando la nueva constitución de *familia* representa un avance significativo en cuanto a la garantía y protección de derechos humanos fundamentales se trata, pues se ha dado

apertura al reconocimiento de la familia y sus integrantes como el eje fundamental del desarrollo social. Consecuentemente, esto ha conllevado a repensar los modelos tradicionales de familia en los que su base central recaía en el *Pater Familias*, para pasar a una concepción más igualitaria que incluye diferentes manifestaciones de la maternidad y la paternidad en la dinámica familiar.

La definición de *familia* en Colombia, tal cual se ha expuesto en el párrafo precedente, ha atravesado diferentes estadios conceptuales. Sin embargo, cada una de ellas parece basar su definición bien sea en la fuente de creación y conformación de la familia, o bien en la finalidad o funciones que se le endilga.

En primer lugar, se puede destacar que, en la cultura y sociedad colombiana, de acuerdo a los integrantes de la familia y al vínculo filial que entre ellos exista, se han configurado los siguientes tipos de familia, sin que sean los únicos:

- a) Nuclear, elemental, simple o básica. Cuando se conforma por una pareja y sus hijos;
- b) Extensa. Formada por parientes cuyas relaciones no son únicamente entre padres e hijos; se incluyen abuelos, tíos, primos y otros consanguíneos o afines.
- c) Recompuesta, reconstituida, ensamblada, agregada o multifilial. Integrada por personas que tuvieron uniones anteriores y los hijos de éstas;
- d) Incompleta. Cuando los padres son separados y apenas uno de ellos asume el cuidado y responsabilidad de los hijos y
- e) Unipersonal, uniparental o monoparental. Compuesta por una persona separada o viuda desligada de sus parientes, o también aquellas conformadas por madres o padres solteros (Parra, 2023, p. 9).

Si bien es cierto, la configuración de los tipos de familia señalados se definen de manera rígida, lo cierto es que en la realidad su constitución va más allá de una definición estática. Al respecto, mediante la doctrina de Grosman y Herrera, la Corte Constitucional señaló la transición de la concepción de familia desde:

Una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo

núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-577, 2011).

En este sentido, y teniendo en cuenta las múltiples fases o configuraciones de la familia a lo largo de su existencia, resulta inapropiado fundamentar la concepción de familia, única y exclusivamente en la composición de la misma, pues tal y como se puede extraer del planteamiento señalado en el contexto de la sentencia en cita, un individuo puede experimentar diferentes tipos de familia y no por ello salirse del contexto o finalidad de la misma.

Ahora bien, teniendo en cuenta el concepto dinámico de familia desde su composición, resulta pertinente hacer una breve precisión respecto a la finalidad de la configuración de la familia, pues más allá de ser una agrupación de personas ligadas por vínculos naturales o jurídicos, conlleva una razón de ser que la convierte, según el artículo 42 constitucional, en objeto de protección integral (C.P., 1991, art. 42).

Dentro de la doctrina más especializada, se ha señalado a la familia como la institución más importante de la cual se despliegan las primeras acciones de formación de sus integrantes (Parra, 2023). Es ahí donde se fortalecen diferentes escenarios de cooperación, solidaridad, amor y respeto entre cada una de las personas que conforman la familia. Castro (2004, como se citó en Torres, 2017), en desarrollo de su trabajo investigativo ha señalado que:

Las actividades y relaciones intrafamiliares, que se agrupan en funciones familiares, están encaminadas a la satisfacción de importantes necesidades de sus miembros, no como individuos aislados, sino en estrecha interdependencia. Pero, además, a través de ellas en esa vida grupal se produce la formación y transformación de la personalidad de sus integrantes. O sea, estas actividades y relaciones intrafamiliares tienen la propiedad de transmitir los conocimientos iniciales y formar en los hijos las primeras cualidades de la personalidad que son la condición para su asimilación ulterior del resto de las relaciones sociales. Se debe destacar que las relaciones afectivas entre los integrantes del grupo familiar y su comunicación interpersonal, no ocurren al margen, sino que precisamente tienen su contenido psicológico en el desarrollo de estas actividades (p. 15).

En este sentido, y en palabras de Minuchin (1974), se puede establecer que, “la familia satisface dos objetivos a través de sus funciones, uno interno de protección psico- social de los integrantes y otro, de acomodación a la cultura y transmisión de la misma, de carácter externo” (p. 17). Esta situación o conjunto de funciones son lo que finamente conlleva a percibir y acoger a la familia como objeto de especial protección estatal, pues es precisamente en la familia donde se establecen los cimientos de una sociedad y, por ende, es de interés de los estamentos gubernamentales garantizar que esa primera etapa de formación se dé dentro de principios rectores que, además de satisfacer las necesidades básicas de sus integrantes, garanticen la formación de personas íntegras que contribuyan al crecimiento social, cultural y político de un país.

Así, a la fecha, el Estado colombiano ha reconocido a la familia desde una esfera de configuración dinámica que merece una protección igual a la familia nuclear tradicionalmente aceptada por la sociedad, pues independientemente de su composición, la familia es la estructura principal desde la que se despliegan las primeras acciones de formación de los hijos menores de edad que se encuentren integrando el núcleo familiar; lo que representa la esencia y el núcleo fundamental del desarrollo social y, con ello, la estabilidad y crecimiento del país (Gómez, 2024).

1.1. La estructura y el contexto actual de la familia colombiana en el proceso de formación integral de los NNA

Bien se ha señalado hasta el momento los tipos de familia y las funciones que en ella recaen. Sin embargo, en el presente acápite se hará precisión en uno de los aspectos que cobran mayor relevancia para el presente trabajo de investigación. En este sentido, se procederá a exponer la realidad del contexto familiar colombiano en el que se desarrollan los NNA, con el fin de enmarcar los diferentes escenarios que conllevan al Estado a proteger la integralidad de los menores mediante diferentes mecanismos y acciones.

Así pues, retomando lo señalado en los párrafos anteriores, los tipos de familia en Colombia son realmente variantes. A pesar de establecer la familia nuclear como un ideal estructural, la realidad y el contexto colombiano demuestran que existe una marcada tendencia de estructura familiar monoparental; es decir, aquella conformada por madre o padre solteros con sus hijos. Muestra de ello son los resultados obtenidos por el

Mapa Mundial de la Familia de los años 2014, 2015, 2017 y, especialmente, del año 2019, en donde se concluye que más del 82% de los nacimientos en Colombia se presentan de manera extramarital y que solo el 47% de estos niños crecen bajo la dirección de ambos padres; es decir que el 53% de los niños restantes no tienen vínculo con alguno de sus progenitores, bien sea con la madre o con el padre (Institute for Family Studies y Wheatley Institution, 2019).

Muchas podrían ser las razones de dicha estructura familiar: el abandono de alguno de sus progenitores, la voluntad de la madre o padre por asumir dicho rol desligado de un vínculo afectivo entre ellos (en las que se incluyen las técnicas de reproducción asistida), o incluso la decisión y oposición de uno de los progenitores respecto de la formación de un vínculo socioafectivo entre el padre (faltante) y el hijo en común. Sin embargo, y a pesar de ser una situación estadística que se expone con preocupación al considerarse en cierta forma como una fuente de vulneración de los derechos de los NNA, especialmente a tener una familia e identidad en la misma, lo cierto es que, en algunos de los escenarios que se plantearon, lejos de poner en riesgo los derechos de los niños, lo que se produce es una protección eficiente de los mismos. En este sentido, resulta de suma importancia que se lleve a cabo un proceso de investigación profundo de las condiciones en las que se desenvuelve el contexto familiar a la hora de abordar cada caso en particular y así garantizar la estabilidad integral que merecen el menor y el progenitor que tiene su cuidado.

En primer lugar, al hablar del abandono como una de las fuentes de la monoparentalidad, resulta importante mencionar los datos que reposan en el archivo del periódico El Tiempo, donde se informa que, para el año 2013, se aperturó un promedio de 41 procesos diarios de investigación de la paternidad en Colombia que buscaban establecer el progenitor de un menor (Redacción Justicia, 2013). En este contexto, resulta evidente que la falta de uno de los progenitores, lejos de fundamentarse en la protección del menor, recae en la decisión del padre o madre de desligarse irresponsablemente de su obligación moral y legal respecto de su hijo. Es precisamente en estos escenarios donde el proceso de investigación de la paternidad cobra relevancia, pues tal y como se abordará más adelante, se trata del mecanismo idóneo para establecer el vínculo filial entre padre e hijo y, consecuentemente, establecer derechos y obligaciones en favor del menor.

Pero, ¿qué sucede en los otros dos escenarios propuestos? Frente a ello, parece que el panorama no está realmente determinado. Con respecto a las técnicas de reproducción asistida, especialmente aquellas en las que su técnica utiliza óvulos o espermatozoides de donantes anónimos, no existe una regulación normativa que defina con claridad el vínculo biológico y legal que puede existir entre el hijo y el donante. La situación demuestra la inexistencia, por lo menos inicial, de un vínculo filial entre el donante anónimo y el hijo procreado bajo dichas técnicas. Este escenario es un claro ejemplo de la decisión personal e individual de una persona de ejercer su maternidad o paternidad desde una estructura de familia monoparental que, si bien goza de todas las garantías constitucionales, niega totalmente al menor la posibilidad de completar su identidad biológica.

A su vez, se plantea la posibilidad de que la monoparentalidad surja a partir de la oposición de uno de los progenitores frente al establecimiento de un vínculo socioafectivo entre el padre (faltante) y el hijo en común; o, como sucede en el caso que se expondrá en los siguientes acápite, por la misma oposición del menor a establecer un vínculo filial con su progenitor. Muchos de los eventos que se pueden presentar dentro de esta figura se enfocan puntualmente en proteger, no al adulto, sino al menor que se encuentra a su cuidado, de las situaciones conexas derivadas del establecimiento de un vínculo filial a través del proceso de investigación de la paternidad.

La oposición de dicho progenitor con respecto a la filiación encuentra, en muchos casos, su razón de ser en garantizar a los NNA todas y cada una de las condiciones necesarias para que puedan desarrollarse dentro del máximo bienestar familiar. Si bien este contexto podría confundirse con el anterior escenario, lo cierto es que, en este último, los elementos fácticos son de suma importancia a la hora de analizar y decidir en los procesos de investigación de la paternidad, pues, a diferencia del planteamiento anterior, el cual centra su atención básicamente en garantizar al individuo adulto el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, este último se enfoca puntualmente en el interés superior del menor y en la garantía y protección de los derechos fundamentales de los NNA.

Las razones podrán ser infinitas y algunas de ellas requerirán de un estudio especial, pues sus fundamentos pueden llegar a ser tan impactantes que, lo que en un principio se podría haber entendido dentro del proceso de investigación de la paternidad como la búsqueda de una garantía de los

derechos de los NNA a conocer y tener una familia y a no ser separado de ella, se transforma en una vulneración irracional de los mismos. Así las cosas, y teniendo presente estos aspectos, se procederá a desarrollar los estamentos normativos y criterios de interpretación de los mismos que giran en torno a la finalidad del proceso de investigación de la paternidad propiamente dicho, permitiendo así iniciar a resolver la segunda incógnita que desde ya se deja plasmada: ¿es el proceso de investigación de la paternidad la única herramienta idónea para garantizar los derechos de los NNA?

2. REGULACIÓN NORMATIVA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN COLOMBIA

En Colombia, el proceso de investigación de la paternidad se encuentra establecido como un mecanismo que “permite por vía de una decisión judicial declarar la paternidad respecto de quien se le ha negado la posibilidad del reconocimiento voluntario como hijo” (Aguirre y Ascencio, 2011, p. 16). Inicialmente, este proceso se fundamenta en el interés superior de los NNA y en la protección de sus derechos fundamentales, buscando que el menor tenga no solo una identidad biológica, sino un soporte formativo en el cual apoyarse para llevar a cabo su proyecto de vida.

El proceso de investigación de la paternidad, tal cual se encuentra regulado actualmente por la legislación colombiana, gira en torno a la práctica de la prueba de ADN, que tiene como fin determinar la huella o mapa genético que comparten los individuos sometidos a estudio (Ley 1564, 2012, art. 386).

El ADN que se encuentra en el núcleo de las células del ser humano,

Está compuesto por unas unidades llamadas nucleótidos, concretamente cuatro: Adenina (A), Guanina (G), Citosina (C) y Timina (T). Estas cuatro letras se alternan entre sí formando largas secuencias de ADN, como si de un collar de perlas se tratara. Esta combinación de letras no se produce al azar, sino de una forma precisa, ya que los seres vivos han codificado en estas cuatro letras las instrucciones (genes) para sintetizar todas sus proteínas (Ortíz, s.f., párr. 3).

De ahí que las secuencias y repeticiones de estas combinaciones sean precisamente las que determinan la estructura del ADN en cada individuo, y teniendo en cuenta que, al momento de la fecundación, cada progenitor

aporta a su hijo la mitad de su material genético, el estudio o prueba de ADN busca determinar la correspondencia genética entre el hijo y sus presuntos padres a través del análisis de, por lo menos, 15 marcadores genéticos (secuencias), los cuales, una vez comparados, determinan si el gen presente en el hijo se encuentra en el padre, y con ello si se excluye o no la paternidad estudiada (Lagos et al., 2011).

La prueba de ADN es la prueba más precisa para determinar la paternidad o la maternidad, según el caso; cuando el hijo no contiene dos o más de los marcadores genéticos del supuesto padre o madre, significa que biológicamente él o ella no es el padre o la madre; queda así, gracias a la ciencia, excluida la paternidad o la maternidad, en un 100%, es decir, con una certeza total, que se traduce en una paternidad o maternidad del 0% (Mojica, 2003, p. 254).

El artículo 386 del CGP regula de manera taxativa la investigación de la paternidad, entendida como aquel proceso de carácter judicial que tiene como fin restituir el derecho a la filiación de las personas cuando no son reconocidas voluntariamente por sus progenitores (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF], 2012). Este proceso, según lo ha regulado el CGP y la Ley 721 de 2001, por medio de la cual se modificó la Ley 75 de 1968, impone al juez de conocimiento la necesidad de decretar de oficio la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN como prueba idónea para establecer o no la paternidad reclamada; imposición que no tiene otra finalidad que la de encaminar la actividad judicial a la obtención de la certeza científico jurídica o no del hecho de la relación biológica paternal (Lafont Pianetta, 2009).

La Ley 721 de 2001 en su artículo 1, establece que “en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.99%” (Ley 721, 2001, art. 1).

A su turno, el CGP consagra en el artículo 386 que:

Art. 386. En todos los procesos de investigación e impugnación se aplicarán las siguientes reglas especiales:

(...) 2. Cualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda el juez ordenará aún de oficio, la práctica de una prueba con

marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial (Ley 1564, 2012, art. 386).

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-488 de 1999 y en vigencia aún de la Ley 75 de 1968, señaló por primera vez que la práctica de la prueba antropoheredobiológica es de obligatoria ejecución por parte del juez de conocimiento, debido al interés público que suscita el hecho de materializar el derecho que tiene toda persona de saber en realidad quiénes son sus padres. En este sentido, la Corte estableció que el decreto y práctica de la prueba no queda a discrecionalidad de los jueces, pues su desconocimiento conduciría a la violación de los derechos del menor respecto del cual se está llevando a cabo el proceso de investigación de la paternidad (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, T-488, 1999).

De esta manera, se concluye que, con base en el avance de la ciencia genética, el interés superior de los NNA y la especial protección constitucional que ostentan, la autoridad judicial no puede omitir el decreto de la prueba antropoheredobiológica, pues, tal y como ha señalado la Corte Constitucional en el contexto de la sentencia T-411 de 2004, dicho examen ha sido reconocido por la comunidad científica como el medio idóneo para incluir o excluir (según corresponda) con absoluta certeza y una probabilidad superior al 99,999999% a los presuntos padres o madres que se están estudiando dentro del proceso de la investigación de la paternidad, lo que representa para la justicia el fallar conforme a la realidad biológica del menor y con ello satisfacer una serie de derechos fundamentales que le asisten en su condición de sujeto de especial protección constitucional (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-411, 2004).

Ahora bien, el artículo 3 de la Ley 721 de 2001 contempla la posibilidad, si bien no de prescindir de la práctica de la prueba de ADN, sí de allegar al proceso de investigación de la paternidad otras pruebas que puedan demostrar los hechos y, consecuentemente, respaldar las pretensiones del proceso: “sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente” (Ley 721, 2001, art. 3).

Sin embargo, tal como se puede extraer del artículo transcrito, esta posibilidad se presenta solo en aquellos eventos en los que resulte totalmente imposible llevar a cabo la prueba de ADN. Es decir, que la falta de la prueba que, por excelencia, permite determinar la identidad biológica de un individuo, no constituye un motivo para que el juez se sustraiga de su deber y no dicte una sentencia de fondo. Si bien es cierto, el grado de certeza que ofrece la prueba de ADN es insustituible, el artículo 3 de la Ley 721 de 2001 autoriza al juez a recurrir a los demás elementos probatorios y así decidir frente a la filiación del menor.

La norma es muy clara, incluso radical, pues no admite o, por lo menos hasta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 1976-2019, no admitía bajo ninguna circunstancia o fundamento prescindir de la práctica de la prueba de ADN, y mucho menos archivar un proceso de investigación de la paternidad sin haber resuelto de fondo la filiación del menor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC-1976, 2019).

En este orden de ideas, y teniendo claro el panorama normativo que permea la justicia colombiana, resulta importante determinar si en todos los contextos en los que se adelanta o podría adelantarse el proceso de investigación de la paternidad, se cumple con su finalidad y garantiza de manera integral la satisfacción de los derechos fundamentales de los NNA, o si, por el contrario, su ejercicio conllevaría precisamente a una vulneración de los mismos.

Tal y como se ha sostenido en la argumentación del presente, existen situaciones particulares donde el *no reconocimiento* de los menores por alguno de sus progenitores encuentra su razón de ser justamente en la protección del menor; pues su reconocimiento, más allá de simplemente establecer una identidad biológica, no implicaría una garantía integral de desarrollo armónico para los NNA. En eventos muy concretos que se abordarán a continuación, resulta que la acción más garantista, tanto de la familia que tiene a cargo el menor como del Estado, es precisamente la de reconocer y garantizar a los NNA el *derecho a no saber*; no saber quién es su padre, desconocer su origen biológico y desligarse de la posibilidad de establecer un vínculo netamente legal con dicho progenitor, claro está, después de que la autoridad competente adelante un estudio de ponderación eficaz que responda siempre a la garantía y prevalencia de los derechos de los NNA y su interés superior.

3. EL DERECHO A NO SABER: LA VERDAD BIOLÓGICA A CONTRA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA

Angélica M., como se llamará a la protagonista de la siguiente historia, es una madre soltera de 27 años que, a pesar de poder adelantar el proceso de investigación de la paternidad, ha decidido desconocer el llamado y continuar con el sostenimiento emocional y económico de la menor sin la presencia del padre biológico, *en pro* de la estabilidad emocional de su hija.

Mi historia no difiere mucho de las demás madres solteras, mi intención nunca fue en convertirme en una. Sin embargo, sí fue mi decisión. Te explico: cuando me enteré que estaba embarazada, yo contaba con mi pareja. Se suponía que teníamos ya una estabilidad personal y económica, por lo que asumí que nos embarcaríamos en conjunto en esta nueva etapa como papás. A pesar de ello, y contrario a lo que yo imaginé, la postura del progenitor de mi hija fue la de “abandonar el barco”. Él no estaba preparado para hacerse cargo de una niña y por ello insistió en que interrumpiera el embarazo. Con el corazón realmente dolido y con miedo de afrontar lo que venía, decidí continuar sola con el embarazo y la crianza de mi niña. Yo nunca me opuse a que Pedro (nombre modificado para proteger el anonimato) conociera a su hija y mucho menos que entablaran una relación afectiva, incluso le escribí y lo llamé muchas veces con esa intención, pero la respuesta siempre fue negativa. Algunas personas que conocen mi historia me preguntan por qué no he iniciado las acciones legales para que él reconozca a mi hija y mi respuesta es la siguiente: la inestabilidad de una persona adulta en la vida de un niño representa un daño tal vez más grande que la ausencia del mismo, bien dicen que “no se puede extrañar lo que nunca se ha tenido”. Como señalé, jamás me opuse a que él tuviera contacto con mi hija, lo permití y lo intenté, pero frente a su desinterés, decidí ser madre soltera por el bienestar de mi hija. Cuando llegue el momento, ella podrá decidir libremente si desea o no tener contacto con él (Angélica M., comunicación personal, 2021).

La de Angélica es solo una historia de muchas que se mantienen en el anonimato. Como se relata, no ha iniciado ninguna acción legal en contra del progenitor de la menor, pues su deseo, más allá de que su hija cuente con el apellido del padre, es que éste asuma lo que implica emocionalmente ser un papá.

En este tipo de situaciones, el proceso de investigación de la paternidad ciertamente puede establecer el vínculo biológico entre padre e hija, e incluso imponer cargas económicas a cargo del padre y en favor de la menor. Pero, en el presente contexto, ¿sería una herramienta que garantice los derechos de la niña a tener un nombre, una identidad, una familia? La menor tiene un nombre y una identidad, pues jamás se le ha negado la posibilidad de conocer su origen ni se ha privado la oportunidad de que entre ella y el progenitor exista contacto. Y familia, ¿acaso ya no la tiene?

Nadie desconoce que la figura paterna en el desarrollo psicosocial del menor tiene un impacto positivo o negativo, dependiendo del papel que decide acoger el padre. Sin embargo, cuando el escenario simplemente ofrece dos opciones, como son una paternidad ausente o una paternidad intermitente, la salida no es tan fácil y la decisión de Angélica implicó justamente ponderar lo que para su hija representaría una mayor estabilidad, que en últimas es la finalidad de una familia.

Las razones son totalmente válidas y, aunque según manifiesta, Angélica ha sido juzgada por su decisión, ha encontrado el respaldo en profesionales de la psicología que coadyuvan su posición, pues, además de respaldar su teoría en cuanto al malestar que generaría en la menor el desapego emocional que el progenitor demuestra por su hija, la han orientado en el manejo y educación emocional que la menor debe recibir en la primera infancia para el manejo adecuado de la situación familiar en la que se está desarrollando.

Está demostrado que el mayor desarrollo del cerebro humano ocurre durante los tres primeros años de vida (Zero To Three, 2022). Por ello la importancia de establecer en esta primera etapa los primeros vínculos de amor y comprensión y, sobre todo, propiciar un entorno de protección donde el niño pueda desarrollar su personalidad, explotar sus potencialidades y acoger las herramientas necesarias para desenvolverse en el contexto social.

Fonagy et. al (2001, como se citó en el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Fundación Kaleidos, 2012) han señalado que:

Los modos en que los adultos se ocupan del niño, las interacciones y la comunicación con él, se internalizan y el niño construye así los modelos de sí mismo que reflejan el modo en que sus padres lo ven, imágenes transmitidas no solo en el decir sino también en el hacer con él. Una vez

construidos, estos modelos de sí mismo basados en las interacciones entre el niño y sus padres tienden a persistir, y continúan operando ya a un nivel inconsciente. (p.14) Así, las experiencias emocionales del niño con su familia permiten que él construya la capacidad de pensar el mundo que lo rodea y pensarse a sí mismo, es decir, construir su propio aparato psíquico, que se va a ir desarrollando hasta que logre ser alguien diferenciado como individuo e integrado a la sociedad (p. 13).

En este orden de ideas, y teniendo presente que todo el contexto en el que el menor se desarrolla incide directamente en su construcción psicosocial, es válido aceptar que, bajo las condiciones aquí señaladas, el proceso de investigación de la paternidad no es la medida idónea para proteger más allá de los derechos económicos a favor del menor, pues, como se ha argumentado, la decisión del padre ha sido la de no estar presente en la vida de la niña. Al ser un sentir personal no coaccionable por la ley, no podría tener un impacto favorable en la crianza del menor, sino que, por el contrario, podría incluso incidir en el desarrollo de una personalidad quebrantada por la inestabilidad emocional del padre con respecto a la niña.

Ahora bien, de manera paralela a este primer escenario, se presentan otros contextos que merecen la pena hacerse visibles. Si bien es cierto que en Colombia no se tiene conocimiento concreto de estos eventos, no hay que olvidar que, por lo delicado de la situación, muchos pueden permanecer en el anonimato. El contexto es el siguiente: “una mujer es violada y, producto de la agresión sexual, queda embarazada” (BBC News Mundo, 2018, párr. 2). A pesar de tener otras opciones, decide continuar con el embarazo y tener el bebé. Tras el nacimiento del niño e independientemente de si la mujer adelantó o no la respectiva denuncia ante el ente competente, el agresor sexual reclama la filiación y demás derechos que se derivan de la misma respecto del hijo fruto de ese delito.

Tiffany, ciudadana estadounidense, quedó embarazada después de ser violada a los 12 años. Con residencia en Michigan, vivió la peor experiencia que le pudo pasar, pues, pensando que el capítulo en el que había sido agredida sexualmente había quedado atrás, se revivió al escuchar que su agresor exigía ver a su hija “Tenía miedo. No sabía si iba a tener que dejarle que lo viera. Porque en aquel momento, el juez dijo que había derechos de paternidad, le contó Tiffany a la BBC” (BBC News Mundo, 2018, párr. 12).

Christopher Mirasolo, ciudadano estadounidense de 27 años de edad y quien se encontró dos veces en prisión por violación de menores, fue favorecido por la justicia estadounidense al reconocerle, aún sin que él lo haya solicitado, el derecho a tener la custodia compartida del hijo que tuvo con su primera víctima. El juez no solo establece que el exconvicto pueda visitarlo, sino que le facilitó la dirección de la madre y ordenó sin su consentimiento que se sume el nombre del violador al certificado de nacimiento del hijo. (Pozzi, 2017).

Si bien es cierto, tal como se señaló en los párrafos antecedentes, los casos expuestos son ajenos a la jurisdicción de Colombia, la realidad no es lejana a la de estas mujeres, pues según las cifras expuestas por Caracol Radio (2020)

En 2019, 98.000 mujeres reportaron denuncias sobre violencia de género, de las cuales 22.150 eran por el delito de violencia sexual; 10.450 de ellas, menores de 10 a 14 años. “En nuestro país es lamentable decirlo, pero **cada 30 minutos una mujer es víctima de violencia sexual;** es decir, cada hora dos mujeres son violentadas y al día 48 mujeres son víctimas de este flagelo”, aseveró la presidenta de la Comisión, la representante conservadora, Adriana Matiz (párr. 4).

En el año 2018, “9.545 menores de 18 años que fueron víctimas de violencia sexual resultaron en embarazo como producto de esa violación. De ese total, el 60 por ciento tenían entre 10 y 13 años” (Redacción Justicia, 2019, párr. 1). Las cifras por sí mismas generan preocupación, y más aún cuando no incluyen a aquellas víctimas que por miedo y estigma social se privan de hacer la respectiva denuncia. Ahora bien, a la fecha no existe registro exacto que identifique el número de embarazos que efectivamente llegaron a término, y mucho menos se tiene conocimiento del vínculo filial de dichos menores.

Si bien es cierto que, a la fecha, se desconoce la existencia de algún evento en el que el agresor sexual haya reclamado derechos frente al hijo fruto de dicho ataque en Colombia, asalta la duda respecto al hipotético evento en que esto ocurriera. ¿Cuál sería el proceder de la justicia colombiana en materia de derecho de familia? La legislación colombiana, al igual que los Estados donde se presentaron los casos narrados, no contempla nada al respecto. Esto quiere decir que, efectivamente, el agresor sexual podrá

adelantar el respectivo proceso de investigación de la paternidad y, como resultado de la prueba de ADN, figurar como el padre biológico del menor.

¿Distante la posibilidad? Tal vez sí, pero no imposible. En este momento, los agresores sexuales tienen los mismos derechos que cualquier otro padre biológico. Se presenta entonces nuevamente la incógnita planteada; ¿es el proceso de investigación de la paternidad la herramienta idónea para garantizar los derechos del menor?

3.1. El interés superior de los NNA como eje transversal en la actuación judicial en Colombia

Bien se han señalado hasta el momento las bases normativas del proceso judicial de la investigación de la paternidad y las imposiciones que del mismo se derivan a cargo del juez de conocimiento. Se ha dejado claro que es deber del juez decretar de oficio la práctica de la prueba técnica de ADN y conducir el proceso de investigación de la paternidad hasta culminar con el establecimiento o no del vínculo filial entre el presunto padre y el hijo de quienes se investiga su relación biológica. Sin embargo, si se toma en consideración los casos expuestos y se aplica de manera taxativa la norma correspondiente, resulta evidente que la finalidad de la norma pierde su rumbo. Indudablemente, se estarían trastocando derechos fundamentales de los NNA que se encuentran en este tipo de escenarios, poniendo en riesgo, no solo su estabilidad psíquica y emocional, sino todo el sistema sociocultural construido en torno al menor en cuestión.

El proceso de investigación de la paternidad y la aplicación taxativa de la norma que lo regula no siempre será la herramienta idónea para garantizar los derechos del menor *no reconocido*. Si bien es cierto, el juez no puede sustraerse de su investidura y fallar conforme sus ideales, sí es su deber garantizar que el fallo sea coherente con el contexto fáctico en el que se encuentra el menor. Para la Corte Suprema de Justicia, resulta importante abordar el tema desde un análisis profundo de las condiciones en las que se encuentra el menor, pues la actividad judicial y, en general, cualquier actuación o decisión que verse sobre la modificación del ambiente en el que los NNA se encuentran, debe obedecer a la protección de sus derechos; es decir, que las decisiones que se adopten, bien sea en sede judicial o administrativa *en pro* del interés superior del menor “deben evitar la adopción de medidas que puedan ocasionar una afectación física,

espiritual o psíquica, o que reduzcan o eliminen las condiciones del entorno de protección en el que se encuentren” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

La sentencia STC1976 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, es precisamente una sentencia que demuestra que es deber del juez estudiar de manera detallada el contexto propio en el que se encuentra el menor y que la actuación judicial debe ir siempre acompañada del análisis y aplicación efectiva del interés superior del menor, pues la imposición normativa que regula la investigación de la paternidad, tal cual se sustenta en el fundamento de la sentencia, no puede trastocar derechos fundamentales de los NNA cuando del análisis del caso puntual se logra evidenciar que, contrario a la finalidad de la norma, su aplicación trasgrede directamente lo que en principio se buscaba proteger. Esta sentencia cambia totalmente el paradigma en materia procesal y sustancial, pues *desvirtúa* la obligatoriedad de la práctica de la prueba técnica de ADN dentro del proceso de investigación de la paternidad y empieza a concebir la necesidad de garantizar a los NNA *el derecho a no saber*.

En la presente oportunidad, la Corte estudió y analizó la impugnación promovida por una adolescente de 15 años contra la sentencia de tutela dictada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca. Dicho fallo ordenaba llevar a cabo la práctica de la prueba de ADN entre el demandante (presunto padre) y la adolescente de 15 años dentro del proceso de impugnación e investigación de la paternidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

Si bien es cierto, el decreto de la prueba de ADN conforme al numeral 2 del artículo 386 del CGP y el artículo 1 de la Ley 721 de 2001 reviste de obligatoriedad para los jueces, la adolescente solicitaba que no fuera aplicada dicha norma al caso en concreto, oponiéndose tajantemente a la práctica de la prueba de ADN, con fundamento en que no era su deseo conocer su verdadera filiación biológica, pues desde su nacimiento y durante 15 años había sido acogida, criada y amada por un único hombre a quien ella y su círculo social reconocían como su padre. La adolescente afirma que, durante el tiempo señalado, ya se habían consolidado lazos de amor, solidaridad, respeto y protección, lo que en definitiva demostraba que la menor se encontraba bajo la custodia de un ámbito familiar estable que le proporcionaba todo lo que se espera recibir de una familia (Moreno y Restrepo, 2020).

A pesar de que ni los padres ni la adolescente niegan la posibilidad de que el demandante sea efectivamente el padre biológico de la menor, se oponen a que su familia fuertemente consolidada sea quebrantada por un tercero que aparece en su vida después de 15 años. Frente a ello, y a pesar de la manifestación expresa de la adolescente respecto de no querer saber si el demandante era su verdadero padre biológico, el juez de conocimiento declinó la solicitud presentada por la adolescente y sus padres (quienes registran como tal) y, con fundamento en la norma, ordenó continuar con la ejecución de la providencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

Frente a esta situación, la Corte realizó un estudio pormenorizado de cada una de las esferas psicosociales que envuelven a la adolescente y su contexto familiar, concluyendo que la actividad y decisión judicial debe tener presente la aplicación inminente del principio del *interés superior* del niño (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

No hay que olvidar que, tal cual ha señalado el Comité de los Derechos del Niño a través de la Observación general N° 14 (2013) el interés superior del menor debe desarrollarse desde sus tres dimensiones; es decir, como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo y como norma de procedimientos:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o

a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos (Comité de los Derechos del Niño [CRC], Convención sobre los Derechos del Niño, Observación general No. 14, 2013, p. 4).

Teniendo presente cada una de las esferas señaladas, la Corte Suprema de Justicia determinó que la menor se encontraba dentro de una dinámica familiar favorable para el desarrollo de sus aspiraciones más profundas. Es precisamente en ello que la Corte se fundamentó para sustraerse de su deber legal en cuanto al decreto de la práctica de la prueba técnica de ADN. De esta manera, procedió a proteger a la familia consolidada por la realidad de las relaciones interpersonales derivadas del trato continuo entre la adolescente y su padre de crianza, por sobre aquella que podría derivarse de la verdad biológica (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019). La Corte señaló que:

La filiación está ligada, en forma íntima, con la realidad de las relaciones humanas, las cuales con el pasar del tiempo consolidan y estructuran el libre desarrollo de la personalidad, que a su vez se armoniza con los postulados axiológicos de dignidad y autodeterminación. El mundo contemporáneo contiene nuevas configuraciones familiares que trascienden los lazos de sangre, siendo la afectividad el criterio prevalente para reconocer la constitución de una relación de parentesco (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC1976, 2019).

Así pues, resulta evidente que, para la Corte Suprema de Justicia, la simple progenitura no genera lazos de socio-afectividad entre el presunto padre y el menor que merezcan por sí mismas la protección estatal, sino la convivencia y el trato cotidiano, “la seguridad jurídica del estado civil

consolidado en el vínculo socio-afectivo vivenciado entre la adolescente tutelante y su padre legal prevalece sobre la verdad biológica” (Moreno y Restrepo, 2020, p. 369). Así, compartiendo la postura de Moreno y Restrepo (2020), “la prueba de ADN, como elemento propio del derecho procesal, no puede sobreponerse a los criterios axiológicos de la paz y la armonía familiar de crianza” (p. 369) alcanzada, pues se ha dejado claro que la menor ya tenía constituida su identidad en su núcleo familiar y, por ello, la aplicación de la norma procesal implicaría que la misma derribara por capricho meramente formalista todo el entorno psicosocial en el que se encontraba desarrollando la menor.

Teniendo en cuenta los fundamentos señalados, la Corte Suprema de Justicia dispuso revocar la providencia que ordenaba la práctica de la prueba de ADN y, consecuentemente, archivar las diligencias adelantadas con fundamento en la demanda de impugnación e investigación de paternidad promovida, en tanto la misma se configuraba como una violación inminente a los derechos de la menor a tener una familia y a no ser separada de ella.

En este orden de ideas, y conforme a la posición de la Corte, es posible señalar que toda actuación judicial o administrativa que requiera de una decisión cuyos efectos se extiendan a los NNA, debe valorar todo el contexto social, cultural y afectivo en el que el menor se encuentra, hallando en ello el sustento ideal para fallar conforme a la realidad y al bienestar del menor y no simplemente frente al llamado normativo, atendiendo al interés superior del menor. Cabe resaltar, que tal como ha señalado la Corte Constitucional:

El interés superior del menor no puede constituirse una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por ello para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas:

- 1) En primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas;
- 2) En segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo;

3) En tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto, cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio;

4) Por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo, consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-587, 1998).

Ahora bien, a pesar de que en el contexto de la sentencia STC1976 de 2019 no se exponen de manera concreta los criterios necesarios para desvirtuar la idoneidad de aplicación y ejecución propiamente dicha del proceso de investigación de la paternidad en casos semejantes al desarrollado, sí es posible extraer de su contexto aquellos que, para el presente trabajo investigativo, revisten de vital importancia, pues, independientemente del contexto en el que se estén estudiando, pueden ser fácilmente abordados por la autoridad que así lo requiera.

En este sentido, se ha rescatado la necesidad de abordar, por lo menos inicialmente, tres esferas en las que se incluya el contexto familiar y las condiciones personales del NNA. Entre ellas, se destaca: la evaluación de las condiciones socioafectivas en las que se desarrolla el menor; la valoración de la postura del NNA respecto a su filiación desde la autonomía progresiva del mismo y la valoración de los aspectos fácticos que conllevaron inicialmente al no reconocimiento voluntario del presunto padre o madre respecto de su hijo.

Estas tres esferas, desarrolladas bajo la luz del interés superior del NNA, tienen la capacidad de ilustrar a la autoridad competente sobre el contexto real del proceso de investigación de la paternidad, exponiendo el panorama completo de los derechos vulnerados en contraposición a los derechos que efectivamente se encuentran garantizados. En cierta medida, estas tres esferas se convierten en criterios de ponderación de los derechos que se encuentran en juego dentro del proceso de investigación de la paternidad.

Así las cosas, toda actividad judicial o administrativa que verse sobre derechos de los NNA debe siempre desarrollarse conforme las tres

dimensiones que implican el interés superior del menor. Tal cual ha señalado la jurisprudencia constitucional, el interés superior:

No constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario, el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-510, 2003).

De esta manera es importante señalar que, en escenarios como los propuestos, los jueces deben encontrarse en la capacidad de responder con la altura, preparación y apropiación necesaria para garantizar el bienestar integral de los NNA. El interés superior del niño debe ser la base para identificar tanto factores de riesgo como elementos protectores y, con ello, determinar si el contexto real de su ambiente familiar y demás elementos son criterios suficientes para sustentar la prescindencia de la obligación procesal que recae sobre el juez a la hora del decreto y practica de la prueba de ADN, con la finalidad de ceder el derecho a conocer la verdad biológica, priorizando el ejercicio del *derecho a no saber*, la estabilidad física, emocional y psicológica del menor en cada caso en concreto.

Sin duda, el papel del juez debe ir más allá de la simple aplicación de la norma. Debe garantizar que esa norma responda a la finalidad de la misma: proteger a quienes por esencia son el futuro de la sociedad, ¡LOS NIÑOS!

CONCLUSIONES

Dado el contexto familiar colombiano y el ámbito de desarrollo y protección que el Estado le ha proporcionado, es posible afirmar que la familia, más allá de una simple estructura organizativa de un grupo de personas, es, por esencia propia, la fuente de surgimiento y estabilidad de una sociedad en general. El Estado no solo ha visto la necesidad de garantizar a los integrantes de la familia la igualdad en sus derechos, sino la de proporcionar las herramientas y condiciones necesarias para que pueda desplegar acertadamente sus funciones.

A la fecha, no existe una única fuente de formación de la familia, y mucho menos una que revista de mayor importancia respecto de las otras. Bien se ha señalado que la dinámica familiar no obedece a un concepto estático y que la protección estatal debe estar precisamente encaminada a respaldar en cada etapa de la configuración familiar la estabilidad funcional de la misma.

Ahora bien, como se ha dejado en evidencia en cada uno de los acápites que ocupan al presente documento, no siempre el entorno familiar proporciona a sus integrantes las condiciones que idealmente se plantean como necesarias para su desarrollo integral. Existen múltiples contextos en los que resulta necesario disponer de las acciones legales correspondientes como mecanismo idóneo para garantizar la efectiva satisfacción de los derechos de sus integrantes; especialmente cuando giran en torno a la protección de los NNA.

Tal cual se ha expuesto en el contexto de la presente investigación, existen ciertos escenarios en el que los NNA no cuentan con el reconocimiento de alguno de sus progenitores, siendo ésta una fuente de vulneración de los derechos del menor a conocer y completar su identidad biológica. Sin embargo, y a pesar de ser el proceso de investigación de la paternidad, por regla general, la herramienta idónea para garantizar los derechos que inicialmente pueden verse vulnerados, la realidad y el contexto fáctico en algunos de ellos puede controvertir la finalidad de la norma. Es decir, no siempre el proceso de investigación de la paternidad podrá satisfacer la finalidad del mismo, pues existen ciertas circunstancias como: el desinterés, abandono, depravación, negligencia o intermitencia afectiva de alguno de los progenitores, lo que implicarían que dicho reconocimiento, lejos de ser garantista de los derechos de los NNA, trastoque su integralidad psicosocial, sobreponiendo erradamente el interés particular de los adultos por sobre el interés superior del NNA en cuestión.

Actualmente, los NNA han conquistado un papel preponderante a nivel internacional. Su condición no es limitante de derechos y obligaciones, por el contrario, los hace titulares de derechos de rango superior, pues su interés particular se sobrepone a cualquier circunstancia que los confronte. En este entendido, y a la luz del tema que ocupa al presente documento, es factible señalar que es deber del juez analizar las condiciones físicas, emocionales y psicológicas del menor sobre el cual recaen los efectos de la

decisión judicial derivada del proceso de investigación de la paternidad en cada caso en particular y ponderar, a la luz del interés superior del menor, el derecho de conocer su origen biológico y el derecho de desconocerlo.

Así las cosas, la sentencia STC1976 de 2019 es, para muchas familias, madres solteras, NNA, e incluso, para diferentes profesionales que se relacionan con la esfera psicosocial de la dinámica familiar, una herramienta que, en principio, podría extender sus efectos a aquellos escenarios como los que se plantearon, con el fin de proteger los derechos de los NNA de quienes se investiga su vínculo filial.

El juez de conocimiento tiene la responsabilidad de fallar conforme al contexto fáctico del caso puntual y no simplemente al frío llamado de la ley procesal. En este orden de ideas, y cuando del análisis puntual del caso se vislumbran escenarios como los planteados, queda claro que, tanto la prescindencia del decreto y práctica de la prueba de ADN, así como la garantía del derecho a no saber, se muestran como el mecanismo más garantista de los derechos fundamentales de los NNA que su ejecución dentro del proceso de investigación de la paternidad, pues la verdad biológica debe protegerse en la medida en que el interés superior del menor así lo requiera.

La consideración del escenario propuesto a la fecha requiere del trabajo e investigación multidisciplinar de las diferentes áreas del conocimiento social. Sin embargo, con esta primera aproximación por parte de la Corte Suprema de Justicia, es posible empezar a vislumbrar otros escenarios en los que la aplicación del interés superior del menor ya no sea una simple consideración mecánica, sino que efectivamente el juez tome un papel activo a la hora de examinar bajo la efectiva aplicación del interés superior del menor, todos los escenarios posibles que giran en torno al NNA. Indudablemente, la tarea requerirá de muchos otros insumos, pero si se tiene presente que los mismos se encuentran dirigidos a garantizar un desarrollo armónico de la infancia que proporcione las herramientas necesarias para desarrollar su máximo potencial, todo esfuerzo será oportuno.

REFERENCIAS

Aguirre, D. y Ascencio, P. (2011). *El proceso de investigación de la paternidad a favor de los menores de edad, en el Distrito Judicial de Manizales desde el año 2008 hasta el año 2010* (Tesis de especialización, Universidad Libre Seccional Pereira). Archivo digital. <https://>

repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16633/ELPROC~1.PDF?sequence=1&isAllowed=y

BBC News Mundo. (2018, 14 de agosto). Estados Unidos: los estados donde la ley no impide que los violadores reclamen la custodia de los niños que nacen fruto de la agresión. *Publimetro*. <https://www.publimetro.co/co/bbc-mundo/2018/08/14/estados-unidos-los-estados-donde-la-ley-no-impide-que-los-violadores-reclamen-la-custodia-de-los-ninos-que-nacen-fruto-de-la-agresion.html>

Caracol Radio. (2020, 25 de mayo). *Cada 30 minutos una mujer es víctima de violencia sexual: Comisión Mujer*. https://caracol.com.co/radio/2020/05/25/nacional/1590433432_999569.html

Comité de los Derechos del Niño [CRC]. (2013). Convención sobre los Derechos del Niño. Observación general No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489

Congreso de la República de Colombia. (24 de diciembre de 2001). Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968. [Ley 721 de 2001]. DO: 44.661

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

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (26 de julio de 2011). Sentencia C-577 [M.P: Mendoza, G.].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (06 de mayo de 2004). Sentencia T-411 [M.P: Araujo, J.].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (09 de julio de 1999). Sentencia T-488 [M.P: SÁCHICA, M.].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (19 de junio de 2003). Sentencia T-510 [M.P: Cepeda, M.].

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (20 de octubre de 1998) Sentencia T-587 [M.P: Cifuentes, E.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (21 de febrero de 2019). Sentencia STC1976 de 2019 [Salazar, A.].
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF] y Fundación Kaleidos. (2012). *Desarrollo emocional. Clave para la primera infancia* (1ª ed.). Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF] y Fundación Kaleidos. https://fundacionkaleidos.org/wp-content/uploads/2022/05/Desarrollo_emocional_0a3_simple.pdf
- Gómez, J. C. (2024). La protección a la familia en Colombia: ¿costumbrismo o modernidad? *Tabula Rasa*, (50), 203-222. <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n50/1794-2489-tara-50-203.pdf>
- Institute for Family Studies y Wheatley Institution. (2019). Mapa Mundial de la Familia. *Cambios en las estructuras familiares y el bienestar de los niños*. https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/09/WorldFamilyMap-2019_Spanish-Digital.pdf
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF]. (2012, 20 de febrero). *¿Qué es la Investigación de la Paternidad?* <https://www.icbf.gov.co/que-es-investigacion-de-la-paternidad>
- Lafont Pianetta, P. (2009). *Derecho de Familia. Derecho marital-filial-funcional* (4ª ed.). Ediciones El Profesional.
- Lagos, M., Poggi, H. y Mellado, C. (2011). Conceptos básicos sobre el estudio de paternidad. *Revista médica de Chile*, 139(4), 542-547. <https://www.scielo.cl/pdf/rmc/v139n4/art19.pdf>
- Minuchin, S. (1974). *Familias y terapia familiar* (V. Fichman, Trad.). Gedisa Editorial. (Trabajo original publicado en 1974).
- Mojica, L. (2003) La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación. *Estudios Socio Jurídicos*, 5(1), 250-265. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/244/196>
- Moreno, V. y Restrepo J. (2020). Análisis jurisprudencial de la sentencia stc-1976 de 2019 de la corte suprema de justicia de Colombia: Un caso de corrección constitucional en la filiación de crianza. *Estudios*

Constitucionales, 18(2), 363-381. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v18n2/0718-5200-estconst-18-02-363.pdf>

Ortiz, J. A. (s.f.) *La importancia del ADN en nuestra vida: 25 de abril Día Mundial del ADN*. <https://www.institutobernabeu.com/es/foro/la-importancia-del-adn-en-nuestra-vida-25-de-abril-dia-mundial-del-adn/>

Parra, J. (2023). *Derecho de Familia. Tomo I* (4ª ed.). Editorial Temis.

Pozzi, S. (2017, octubre 10). Un violador obtiene la custodia compartida del hijo de su víctima. *El País*. https://elpais.com/internacional/2017/10/10/mundo_global/1507628510_525255.html

Redacción Justicia. (2013, noviembre 03). En Colombia se buscan más de 40.000 padres irresponsables. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13159228>

Redacción Justicia. (2019, junio 26). 5.713 niñas entre 10 y 13 años quedaron en embarazo por violación. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/registro-de-ninas-embarazadas-por-una-violacion-segun-medicina-legal-forensis-2018-380594>

Torres, C. A. (2017). *Propuesta de acompañamiento a comunidades y familia* (Trabajo de Diplomado, Universidad Nacional Abierta y a Distancia). Archivo digital. <https://repository.unad.edu.co/bitstream/handle/10596/13379/1032412069.pdf;jsessionid=11DE3A14C89D5E-C09EF3353BB3C9519E?sequence=3>

Zero To Three. (2022, 18 de mayo). *22 Statistics You Need to Know About Childhood Brain Development*. https://www.zerotothree.org/resource/distillation/22-statistics-you-need-to-know-about-childhood-brain-development/?utm_source=chatgpt.com

AGRADECIMIENTOS

A quien en la tierra fue el pilar de mi hogar y quien ahora en el cielo es mi guardiana al caminar. A ella infinitas gracias por haber estado presente en cada uno de mis logros.

MECANISMOS DE PROTECCIÓN PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN DE LOS CONSUMIDORES DE PLATAFORMAS «E-COMMERCE» SIN DOMICILIO EN COLOMBIA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Sara Gabriela Delgado Narváez

Fecha de recepción: 5 de julio de 2024.

Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2024.

Referencia: Delgado, S. (2024). Mecanismos de protección para el ejercicio del derecho de acción de los consumidores de plataformas «e-commerce» sin domicilio en Colombia: una mirada desde el derecho internacional privado. *Revista Científica Codex*, 10(18), 98-147.

RESUMEN

El uso de plataformas electrónicas es cada vez más habitual en el comercio de las sociedades modernas, dadas las ventajas significativas que genera para los comerciantes y los consumidores. No obstante, éstos últimos asumen algunos riesgos al momento de contratar, *máxime* cuando las plataformas pertenecen a sociedades extranjeras que no tienen domicilio en Colombia, pues, en dicho caso, resulta complejo hacer efectivos sus derechos, por ejemplo, frente a la infracción del deber de información, el derecho de retracto o el cumplimiento de la garantía, por lo que es difícil determinar ¿cuál es la ley aplicable? y ¿cuál es el juez competente?

En el presente artículo se analiza el ordenamiento jurídico colombiano para determinar si existen mecanismos efectivos que protejan al consumidor en la etapa precontractual y post contractual en la relación de consumo por medio de plataformas *e-commerce* de propiedad de sociedades extranjeras, concluyendo que en Colombia no existen mecanismos eficaces y, por tanto,

es necesario que se incluya una legislación que proteja los intereses de los consumidores. Finalmente, el artículo plantea algunas propuestas de regulación inspiradas en avances jurídicos que se han logrado a nivel internacional.

Palabras clave: e-commerce; marketSPACE; tienda virtual; consumidor; productor.

ABSTRACT

The use of electronic platforms is increasingly common in commerce in modern societies given the significant advantages it generates for entrepreneur and consumers. However, the latter assume some risks when contracting, especially when the platforms belong to foreign companies that do not have domicile in Colombia, since in this case, it is complex to enforce their rights, for example, in the face of the violation of the duty of information, the right of withdrawal or the fulfillment of the guarantee, since it is difficult to determine What is the applicable law? and Who is the competent judge?

This article analyzes the Colombian legal system to determine if there are effective mechanisms that protect the consumer in the pre-contractual and post-contractual stages in the consumer relationship through “e-commerce” platforms owned by foreign companies, concluding that in In Colombia there are no effective mechanisms and therefore it is necessary to include legislation that protects the interests of consumers. Finally, the article presents some regulatory proposals inspired by legal advances that have been achieved at the international level.

Keywords: e-commerce; marketSPACE; online store; consumer; producer.

INTRODUCCIÓN

El mercado mundial ha sufrido grandes cambios en los últimos años gracias al surgimiento y evolución del internet que facilitó el acceso de los productores de bienes y prestadores de servicios a los hogares de los consumidores de forma masiva, al permitirles contratar a través de plataformas electrónicas. Este fenómeno se incrementó de forma exponencial en el mundo y, por ende, en Colombia, como consecuencia de la pandemia ocasionada por el virus Covid-19, toda vez que las medidas adoptadas por el gobierno impidieron el

acceso de los consumidores a los establecimientos de comercio tradicionales, por lo que, según la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (2023), las empresas se vieron obligadas a ofertar sus productos y servicios en línea por medio de plataformas electrónicas.

Hoy en día, son varias las empresas que cuentan con una plataforma electrónica, también llamada *e-commerce*, en la que se les permite a los consumidores celebrar contratos *online*. Sin embargo, debido a los altos costos de producción y mantenimiento de una plataforma propia (conocida como “tienda virtual”), algunos comerciantes han optado por ofrecerlos a través de plataformas intermediarias que conectan las necesidades de los consumidores con los productos y servicios ofertados por empresas, las cuales se denominan plataformas *marketspace*, término acuñado por Jeffrey Rayport y John Sviokla en 1994 (Wikipedia, s.f.).

El uso de plataformas *e-commerce* establece diversas relaciones de consumo, tales como: (i) la relación entre el consumidor y la plataforma (*platform to consumer*), la cual está sujeta a los términos y condiciones y (ii) la relación entre el consumidor y el productor o proveedor (*bussines to consumer*), relación de consumo por excelencia. Dichas relaciones son asimétricas, dado que una de las partes, en este caso, el consumidor, se encuentra en una situación de indefensión, vulnerabilidad o desventaja frente al productor o la plataforma, quienes tienen a su disposición una serie de herramientas como el manejo de la información, la publicidad, las técnicas de *marketing*, la posibilidad de establecer las reglas de contratación, entre otras herramientas que influyen en la manifestación de la voluntad de los consumidores. La asimetría se intensifica cuando nos trasladamos a un escenario virtual en el que influyen variables como el *neuromarketing*, la publicidad subliminal, las técnicas de ventas agresivas, entre otras.

Teniendo en cuenta que, según Teresa Rodríguez de las Heras en la entrevista realizada por Emarket (2018), la proliferación y consolidación de las plataformas en el mercado es cada vez mayor, es necesario analizar el problema que surge frente a la infracción del deber de información, el derecho de retracto y el cumplimiento de la garantía cuando la plataforma pertenece a una sociedad extranjera sin domicilio en Colombia, pues se hace difícil identificar al momento de demandar: ¿quién es el propietario de la plataforma?, ¿en dónde se debe demandar? y ¿cuál es la ley aplicable?, puesto que ambas partes se encuentran domiciliadas en lugares diferentes.

El panorama anterior ha incentivado a que, a nivel internacional, se expidan algunos lineamientos para brindar mecanismos efectivos de protección a los consumidores. Así, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea expidieron el Reglamento 2019/1150, que busca “el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea” (Reglamento (UE) 2019/1150, 2019). Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (2019) ha hecho énfasis en los retos que supone la transformación digital y el surgimiento de nuevos modelos de negocios en los que es posible comprar y vender en línea, y la necesidad de superar los obstáculos a nivel transfronterizo, nacional, empresarial e individual.

En vista de que existen pocos lineamientos de organismos internacionales que pretenden regular la materia y que en Colombia es escasa la normatividad frente a la protección del consumidor en el comercio electrónico, tal como se verá más adelante, el presente artículo de carácter jurídico se enfocará en analizar dos tipos de relaciones de consumo que tienen lugar en plataformas denominadas “tienda virtual” y “*marketspace*” que no tienen domicilio en Colombia. Dichas relaciones son: consumidor-plataforma y consumidor-productor.

Lo anterior con el fin de determinar si en el ordenamiento jurídico colombiano existen mecanismos efectivos para proteger a los consumidores cuando hayan adquirido un bien a través de una plataforma “tienda virtual» o “*marketspace*” de una sociedad extranjera, es decir, no domiciliada en Colombia, o si, por el contrario, el Estado colombiano debe incluir una legislación que proteja los intereses de dichos consumidores.

Todo ello a través de una metodología con enfoque cualitativo, por cuanto se pretende describir, interpretar y analizar las normas existentes en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de protección al consumidor, mediante la técnica de recolección de información de revisión bibliográfica, desde una perspectiva estructurada y profesional, en la cual se respalda la información suministrada en la presente investigación, y mediante el método deductivo y la lógica jurídica, cuyo objeto es analizar el fenómeno de las plataformas electrónicas extranjeras dentro de la legislación colombiana.

Para llevar a cabo el propósito planteado de esta investigación, se explicará en primer lugar ¿cómo funcionan las plataformas *e-commerce*? y ¿qué tipos

existen?, con el fin de comprender las relaciones de consumo que se enmarcan en ellas. Posteriormente, se examinarán las regulaciones que se han dado desde el derecho comparado, la normatividad colombiana vigente en materia de protección al consumidor y el comercio electrónico, con el fin de determinar si los mecanismos de protección al consumidor resultan efectivos o no. Por último, se hará una serie de propuestas encaminadas a establecer mecanismos de protección al consumidor cuando se vea inmerso en una relación de consumo por medio de plataformas *e-commerce* sin domicilio en Colombia.

1. EL AUGE Y PODER DE LAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS O E-COMMERCE

El comercio se ha visto afectado por la incorporación de medios tecnológicos en la venta de bienes y en la prestación de servicios. Actualmente, los comerciantes han visto la necesidad de trasladarse a un escenario electrónico, toda vez que, no solo se reducen los costos al no necesitar de locales comerciales, ni trabajadores que se encarguen de mostrar la mercancía, sino que se genera una mayor accesibilidad de sus productos y servicios, por cuanto cualquier persona puede adquirirlos sin importar el lugar en que se encuentre, pues solo basta con que esté conectado a la *web*, lo que se traduce en el incremento del número de ventas.

En Colombia, la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (2023) rindió el informe trimestral del comportamiento del comercio electrónico en Colombia en el primer semestre del año 2023, en el cual concluyó que el total de ventas en línea para el primer trimestre de 2023, incluyendo ventas minoritarias y de servicios, fue aproximadamente de 15,1 billones de pesos, “lo que se traduce en un aumento del 24,1 % respecto del primer trimestre de 2022 y de un 83,2 % respecto del mismo trimestre de 2021” (Cámara Colombiana de Comercio Electrónico, 2023, p. 7).

También refirió que, en el total de ventas en línea durante el primer trimestre de 2023,

Se destaca en marzo la categoría “otras de *retail*” (15,5 %), que incluye comercio al por menor, comida, tiendas y restaurantes, entre otros; seguida por tecnología (14,8 %) y servicios financieros (12,9 %). En conjunto, representan el 43,1% de todas las categorías durante marzo de 2023, liderando la participación en el comercio electrónico (Cámara Colombiana de Comercio Electrónico, 2023, p. 5).

Según Teresa Rodríguez de las Heras, en la entrevista realizada por Emarket (2018), la proliferación y consolidación de las plataformas en el mercado se debe a tres motivos fundamentales. El primero es que las plataformas tienen la capacidad de crear un entorno de confianza en el que se pueden intercambiar bienes, servicios o contenidos digitales. El segundo motivo es que les permite a las empresas acceder a un mercado de escala potencialmente internacional; de ahí que sirve para facilitar el comercio transfronterizo y, por último, es que las plataformas actúan como proveedoras de acceso y generadoras de visibilidad. Así pues, “las plataformas facilitan el acceso, dotan de visibilidad a las empresas y confieren confianza a las relaciones que se entablan y desarrollan en su entorno” (Emarket, 2018, párr. 12).

Es por ello que cada día las empresas acceden a crear una plataforma electrónica para ofrecer sus productos o los ofertan a través de otras plataformas que sirven como intermediarias para conectarlas con consumidores interesados en adquirirlos. Ello se conoce como “economía digital”, que según De Román (2022), exige a los empresarios adoptar servicios de intermediación en línea para que sus productos lleguen a sus destinatarios.

1.1 Tipos de plataformas *e-commerce*

Existen diversos tipos de plataformas *e-commerce* catalogadas por autores como Sánchez (2019). Sin embargo, a efectos de la presente investigación, se analizarán dos de ellas: las plataformas denominadas “tienda virtual” y “*marketspace*”. Sea lo primero advertir que en ambas plataformas no existe una interacción física entre vendedores y compradores, sino que los productos se seleccionan por medio de ordenadores cuya información dada para adquirirlos también es proporcionada por el mismo medio.

La principal diferencia entre una plataforma “tienda virtual” y una “*marketspace*” es que en la primera solo se ofrecen productos de la empresa propietaria de la plataforma, mientras que, en la segunda, se ofertan productos de varios vendedores, ya sea de la empresa propietaria de la plataforma o de comerciantes externos, caso en el cual, la plataforma sirve únicamente como intermediaria.

Para mayor claridad del lector, se relaciona la siguiente tabla en la que se destacan las principales características de ambas plataformas:

TABLA 1.

Características de las plataformas “Tienda virtual” y “Marketplace”

	Tienda virtual	Marketplace
Catálogo de productos	1	∞
Compradores	∞	∞
Vendedores	1	∞
Propietarios de plataformas	Una empresa productora o proveedora que oferta solo sus productos. Ej. Zara.	Una empresa productora o proveedora que oferta sus productos y los de terceros, o solo los de terceros. Ej. Amazon.

Nota. Tabla realizada con base en información de Sánchez (2019).

Por su parte, según el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) (2020), este tipo de plataformas están compuestas por cuatro eslabones: (i) el acceso al portal de compra, (ii) gestión de pagos (*online* u *offline*), (iii) logística para la gestión de los pedidos y los envíos (donde se incluyen los trámites aduaneros para gestión de envíos desde el exterior) y (iv) postventa para atención al cliente.

Ahora bien, en la presente investigación se acoge el término “*marketplace*” y no “*marketplace*” porque, si bien han sido usados como sinónimos, su principal diferencia es que un “*marketplace*” tiene una ubicación física, mientras que un “*marketplace*” está basado en una infraestructura de información y tecnología completamente electrónica. Así pues, según Sánchez (2019) las plataformas “*marketplace*” consisten en:

Un mercado virtual en el que oferentes y demandantes publican sus ofertas/ demandas y son capaces de ejecutar transacciones de compra/ venta contra los catálogos del mismo. Este tipo de plataforma está siendo muy utilizado ahora, teniendo en cuenta la actualidad de las dos variantes B2C, como es el caso de eBay, en el que pequeños comerciantes o repositorios se aprovechan de su estructura, implantándose entre su porfolio de productos, con todas las ventajas que ello conlleva, como por ejemplo vas a ser más visto, debido a la importancia de Ebay, que si fuera por su cuenta (p. 320).

Ejemplos de plataformas “*marketplace*” son Amazon, AliExpress o eBay, en las que miles de usuarios (consumidores) acceden a adquirir

productos ofrecidos por diversas personas naturales y jurídicas (vendedores), pues cuentan con un sistema que les permite filtrar los productos de acuerdo con sus necesidades y celebrar el contrato de compraventa *online*.

Por otro lado, según Sánchez (2019), la plataforma electrónica denominada “tienda virtual” se caracteriza porque existe únicamente un solo vendedor con un catálogo de productos al cual tienen acceso los consumidores para realizar compras. En otras palabras, se trata de una plataforma que aloja el catálogo de una empresa permitiendo que compren a través de ella. Ejemplo de plataformas “tienda virtual” son las páginas *web* o aplicaciones de establecimientos de comercio como Zara, SHEIN, Avianca, Spotify, etc.

Estos son solo algunos ejemplos de plataformas electrónicas que sirven de guía para efectos de ilustrar al lector. No obstante, es importante tener en cuenta que muchas de las plataformas electrónicas existentes hoy en día no tienen domicilio en Colombia a través de una sucursal o establecimiento de comercio, lo que genera un problema para el consumidor al momento reclamar un incumplimiento contractual. Adicionalmente, es muy probable que, con el tiempo y los avances tecnológicos, las plataformas electrónicas sean cada vez más habituales, diversas y transfronterizas, de ahí la necesidad de proteger a los consumidores electrónicos colombianos.

1.2 Tipos de relaciones de consumo en las plataformas “Tienda virtual” y “Marketspace”

Tanto en la plataforma “tienda virtual” como en “*marketspace*”, se encuentran diversas relaciones de consumo que deben ser objeto de análisis con el fin de determinar si el consumidor cuenta con mecanismos efectivos que protejan sus derechos. Estas relaciones se explican a continuación:

1.2.1 Relación de consumo en las plataformas “tienda virtual”. Tal como se mencionó anteriormente, las plataformas denominadas “tienda virtual” se caracterizan por ser de propiedad de la misma empresa que oferta sus productos. De ahí que la relación de consumo en este tipo de plataformas sea de consumidor-vendedor. A diferencia de una relación de consumo que se ejecuta por medios físicos, lo novedoso en este tipo de plataformas es que el consumidor se somete a unos términos y condiciones establecidos por la empresa, los cuales constituyen el contrato de acceso a la plataforma. Este documento resulta relevante, por cuanto ahí se encuentran establecidas todas las estipulaciones contractuales que son vinculantes para las partes.

1.2.2 Relación de consumo en las plataformas “marketspace”.

Diversas son las relaciones que se enmarcan en el uso de una plataforma “marketspace”, a saber: (i) la relación entre el consumidor y la plataforma que sirve como intermediaria, la cual está sujeta a los términos y condiciones establecidos por esta, (ii) la relación entre el consumidor y el vendedor, que puede ser la misma plataforma, dado que algunas de ellas también ofertan sus propios productos, como en el caso de Amazon, o un comerciante ajeno a la plataforma, y (iii) la relación entre la plataforma y el vendedor, la cual también está sujeta a los términos y condiciones estipulados por la plataforma. Este último tipo de relación no será objeto de estudio en la presente investigación, por cuanto se sale de la esfera de análisis de la relación de consumo, ya que se constituye una relación B2B (*Business to Business*).

Ahora bien, en el contrato de acceso, o también llamado “términos y condiciones”, el empresario dueño de la plataforma, ya sea “tienda virtual” o “marketspace”, tiene el deber de brindar la información necesaria a los consumidores sobre los productos que ofrece para que el consumidor pueda acceder a ellos con total conocimiento. Sin embargo, dado que es el empresario quien preestablece las condiciones en el contrato de acceso, puede pactar algunas cláusulas que resultan abusivas para el consumidor, caso en el cual el ordenamiento jurídico colombiano le debe brindar herramientas al consumidor para exigir y garantizar sus derechos.

1.3. Problemas derivados de la relación de consumo por medio de plataformas e-commerce sin domicilio en Colombia

Ahora bien, al contratar por medio de plataformas *e-commerce* sin domicilio en Colombia, existen algunos problemas a los que se puede enfrentar el consumidor durante el *íter* contractual. Uno de ellos es que, en muchas de las plataformas *e-commerce* que actualmente circulan en el mercado, los productos son ofrecidos por personas maliciosas cuya única finalidad es estafar a las personas o vender productos falsificados o que no coinciden con lo realmente ofrecido. Por ello, el Observatorio eCommerce del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC) (2021) señala que, como barreras socioculturales para el comercio electrónico en Colombia, se encuentran los delitos cibernéticos como la clonación de tarjetas de crédito, el hurto por medios informáticos y la vulneración de datos personales.

Si bien esta es una situación que atañe especial relevancia en el ámbito jurídico, la presente investigación analizará dos problemas que se derivan cuando la intención del vendedor no es estafar al consumidor sino, en efecto, poner en circulación sus productos por medio de plataformas “tienda virtual” o “*marketspace*” sin domicilio en Colombia.

El primer escenario al que se enfrenta el consumidor y que requiere de especial protección se da en la etapa precontractual y se relaciona con el deber de información que está a cargo del vendedor/plataforma, toda vez que la elección que tome el consumidor debe ser libre y voluntaria. Para ello, se requiere que el vendedor/plataforma suministre información completa y veraz en los términos y condiciones y no intervenga directa ni indirectamente en dicha elección a través de técnicas como el *neuromarketing*. El problema que surge es: ¿cómo exigirle al vendedor o a la plataforma que brinde la información adecuada al consumidor colombiano si no tiene domicilio en Colombia y, por ende, no le son exigibles las normas colombianas en materia de consumo?

El segundo problema se suscita en la etapa *post* contractual, por ejemplo, frente al ejercicio del derecho de retracto y el cumplimiento de la garantía, por cuanto, al encontrarse con una plataforma radicada en un Estado diferente al del consumidor, se le dificulta determinar cuál es el juez competente y cuál es la ley aplicable.

Respecto a este último cuestionamiento, se le suma que la plataforma/vendedor puede estipular cláusulas que determinen cuál es el juez competente y la ley aplicable, pero las mismas resultan perjudiciales para el consumidor al momento de tener que demandar. A modo de ejemplo, se trae a colación los términos y condiciones de la empresa Uber. Sin embargo, existen muchas más plataformas electrónicas que así lo establecen.

... las presentes Condiciones se regirán e interpretarán exclusivamente en virtud de la legislación de los Países Bajos, con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes (Uber, 2023, párr. 141).

...

Cualquier disputa, conflicto, reclamación o controversia, del tipo que sea, que resulte de las presentes Condiciones o que se relacione en gran parte con ellas, incluyendo las relativas a su validez, interpretación y exigibilidad

(cualquier “Disputa”), deberán someterse forzosamente a procedimientos de mediación en virtud del Reglamento de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional (“Reglamento de Mediación de la CCI”) (Uber, 2023, párr. 142).

Si dicha disputa no fuese solucionada en un plazo de sesenta (60) días desde la fecha en la que se formalice la solicitud de mediación en virtud del Reglamento de Mediación de la CCI, se hará referencia a dicha disputa y se solucionará exclusiva y definitivamente mediante arbitraje en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“Reglamento de Arbitraje de la CCI”) (Uber, 2023, párr. 143).

...

El lugar tanto para la mediación como para el arbitraje será Ámsterdam, Países Bajos, sin perjuicio de cualquier derecho que usted pudiera tener según el artículo 18 del Reglamento Brussels I bis (OJ EU 2012 L351/1) y/o el artículo 6:236n del Código Civil holandés (Uber, 2023, párr. 144).

Así pues, si una persona domiciliada en Colombia contrata los servicios de Uber (sociedad Rasier Operations B.V), empresa que cuenta con una plataforma *e-commerce* que sirve de intermediaria para conectar a usuarios con prestadores del servicio de transporte, y surge algún inconveniente en la ejecución de dicho servicio, el consumidor deberá someterse al procedimiento de mediación o arbitraje y ceñirse al reglamento de mediación o de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional para poder reclamar sus derechos, el cual se desarrollará en Ámsterdam, Países Bajos, con aplicación de la legislación de los Países Bajos.

El ejemplo antes mencionado evidencia que, si una plataforma “tienda virtual” o “*marketspace*” pacta este tipo de cláusulas en sus términos y condiciones, al consumidor le resulta complejo y bastante oneroso poder reclamar sus derechos. Ello vislumbra el problema al que se enfrenta el consumidor, el cual debe ser resuelto por el ordenamiento jurídico colombiano.

Así pues, en los siguientes acápites se entra a analizar la regulación existente en materia de protección al consumidor electrónico a nivel internacional y dentro de la legislación colombiana, de cara a los dos escenarios planteados: (i) ¿existen normas que obliguen al propietario de

la plataforma “tienda virtual” o “*marketspace*” sin domicilio en Colombia a suministrar la información pertinente en los términos y condiciones? En caso de que incumplan con dicho deber, ¿existen mecanismos que el consumidor pueda ejercer para garantizar sus derechos?, y (ii) ¿cómo puede el consumidor colombiano hacer efectivo, por ejemplo, el derecho de retracto y el cumplimiento de la garantía cuando la relación de consumo se haya dado a través de una plataforma “tienda virtual” o “*marketspace*” sin domicilio en Colombia?

2. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL COMERCIO ELECTRÓNICO A NIVEL INTERNACIONAL

El uso de plataformas electrónicas para la comercialización de bienes se ha convertido en un fenómeno a nivel internacional. Así pues, la OCDE (2019) señala que el comercio electrónico debe contar con un marco normativo de protección del consumidor, toda vez que las personas que compran en línea tienen derecho al mismo nivel de protección que las que realizan transacciones convencionales. Por tal motivo, hace un llamado a los gobiernos para que trabajen con las empresas y los grupos de consumidores, con el fin de determinar los cambios en materia jurídica que podrían incrementar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico. De igual manera, propone que deben adoptarse disposiciones con el fin de garantizar que los consumidores comprendan los términos y condiciones relativos a la adquisición y utilización de contenidos digitales y que tengan acceso a mecanismos de fácil manejo para resolver controversias nacionales y transfronterizas en materia de comercio electrónico.

En materia de protección al consumidor electrónico, es escasa la regulación existente a nivel internacional. No obstante, ha sido la Unión Europea quien más ha avanzado en el tema. Recientemente, expidió el Reglamento (UE) 2022/1925 del 14 de septiembre de 2022, también conocido como el Reglamento de Mercados Digitales y el Reglamento (UE) 2022/2065 del 19 de octubre de 2022, o también llamado Reglamento de Servicios Digitales. Si bien no regulan el tema de la jurisdicción y ley aplicable, sí aportan herramientas y directrices que podrá tener en cuenta Colombia para proteger a los consumidores electrónicos.

El Reglamento de Mercados Digitales creó la figura de los guardianes de acceso para aquellas empresas prestadoras de servicios básicos de

plataforma. El artículo 3 del reglamento determina que una empresa será designada como guardián de acceso si se evidencia que:

a) tiene una gran influencia en el mercado interior; b) presta un servicio básico de plataforma que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, y c) tiene una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones, o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo (Reglamento (UE) 2022/1925, 2022, art. 3).

Esta norma obliga a los guardianes de acceso a no impedir, directa o indirectamente:

... que los usuarios profesionales o usuarios finales puedan presentar ante cualquier autoridad pública pertinente, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, reclamaciones por incumplimiento del guardián de acceso del Derecho de la Unión o el Derecho nacional pertinente, en relación con cualquier práctica del guardián de acceso, o de limitar su posibilidad de hacerlo. Esto se entiende sin perjuicio del derecho de los usuarios profesionales y de los guardianes de acceso a establecer en sus contratos las condiciones de uso de mecanismos legales para la tramitación de reclamaciones (Reglamento (UE) 2022/1925, 2022, art. 5).

En igual sentido, el Reglamento de Servicios Digitales establece que es necesario un sistema interno de gestión de reclamaciones en el cual los prestadores de plataformas en línea facilitarán a los destinatarios del servicio el acceso a un sistema interno eficaz de gestión de reclamaciones, que les permita presentar reclamaciones por vía electrónica y de forma gratuita (Reglamento (UE) 2022/2065, 2022, art. 20). Además, establece que “los prestadores de plataformas en línea velarán porque sus sistemas internos de gestión de reclamaciones sean de fácil acceso, manejo, habiliten y faciliten la presentación de reclamaciones suficientemente precisas y adecuadamente fundamentadas” (Reglamento (UE) 2022/2065, 2022, art. 20), las cuales deberán ser tratadas en tiempo oportuno y de manera no discriminatoria, diligente y no arbitraria.

Ello resulta trascendental, pues todos los destinatarios finales (consumidores) podrán presentar ante cualquier autoridad de la UE reclamaciones derivadas del incumplimiento de las plataformas o tramitar directamente la reclamación con el usuario profesional o el guardián de

acceso. Por ejemplo, la empresa SHEIN, cuyo domicilio social es en Dublín, Irlanda, al operar en España establece en los términos y condiciones que, en caso de disputa sobre la utilización de los servicios, los clientes pueden acceder a la plataforma de resolución de disputas en línea de la Unión Europea¹ y que cualquier disputa que surja de la formación, interpretación o ejecución de las cláusulas generales de uso estará bajo la jurisdicción de los tribunales españoles (SHEIN, 2023).

En materia del deber de información, el artículo 30 del Reglamento de Servicios Digitales señala que los prestadores de plataformas en línea se asegurarán de que los comerciantes solo puedan utilizar dichas plataformas para ofrecer productos o servicios a los consumidores situados en la Unión Europea si, previamente, han obtenido información sobre la identificación y notificación del comerciante, los datos de la cuenta de pago, el registro mercantil, entre otros. También deberá hacer todo lo posible para evaluar si la información es fiable y completa Reglamento (UE) 2022/2065, 2022, art. 30). Además, en virtud del artículo 32, cuando las plataformas tengan conocimiento de que un producto o servicio ilícito haya sido ofrecido por un comerciante, deberán informarles a los consumidores esta situación (Reglamento (UE) 2022/2065, 2022, art. 32).

Por último, el Reglamento de Mercados Digitales establece que “el guardián de acceso no tratará más favorablemente, ni en la clasificación ni en las funciones relacionadas de indexado y rastreo, a los servicios y productos ofrecidos por el propio guardián de acceso que a los servicios o productos similares de terceros” (Reglamento (UE) 2022/1925, 2022, art. 6). Por el contrario, “aplicará condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias a dicha clasificación, con el fin de que no existan prácticas de competencia desleal y que los consumidores se vean afectados por técnicas que pueden ser utilizadas por la plataforma para promocionar prioritariamente sus productos o servicios (Reglamento (UE) 2022/1925, 2022, art. 6).

En este orden de ideas, en la Unión Europea se han adelantado algunas iniciativas legislativas que buscan regular a nivel comunitario el problema derivado de las plataformas que no tienen el mismo domicilio del consumidor. Pues, en primer lugar, les exige a las plataformas brindar información precisa y suficiente sobre los productos y todos los intervinientes

1 <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home2.show>

en el proceso. En segundo lugar, les permite a los consumidores presentar ante cualquier órgano jurisdiccional reclamaciones por incumplimiento o cualquier práctica de la plataforma, sin perjuicio de que puedan reclamar directamente a la plataforma, pues éstas deben incluir un sistema que permita atender las reclamaciones realizadas por los consumidores.

A nivel de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Secretario General (como se citó en CAN, 2020) ha afirmado que, al plantearse la construcción de una Agenda Digital Andina, se tendrá como prioridad abordar el tema del comercio electrónico. Además, señaló que:

La experiencia de otros acuerdos en los temas digitales y las nuevas tendencias en esta materia en el mundo, son una referencia que vamos a tener en cuenta, así como las particularidades del comercio intrarregional, para crear un espacio virtual económico ampliado en beneficio de los países miembros y sus 111 millones de ciudadanos (Secretario General, como se citó en CAN, 2020, párr. 7).

En el siguiente acápite, se procede a analizar si en el ordenamiento jurídico colombiano existe o no una regulación frente a la protección del consumidor de plataformas electrónicas sin domicilio en Colombia. En caso negativo, se procede a plantear algunas alternativas que pueden ser incluidas y aplicadas en Colombia.

3. REGULACIÓN DE LA RELACIÓN DE CONSUMO POR MEDIO DE PLATAFORMAS *E-COMMERCE* EN COLOMBIA

3.1 Panorama general del comercio electrónico en Colombia

Sea lo primero mencionar que, según el Observatorio eCommerce (2021), “en Colombia no existe una ley destinada específicamente a promover o regular las actividades del comercio electrónico” (p. 22). Dado que, si bien el legislador definió a la Ley 527 de 1999 como la Ley de Comercio Electrónico, ésta se aplica de manera general a todo tipo de relaciones jurídicas y no solo a las comerciales, pues reconoce la validez de los documentos electrónicos y de la firma digital para cualquier tipo de actuación ante el sector público o privado. Por este motivo, no se puede predicar que dicha ley regule a gran detalle el comercio electrónico, pues lo que reglamenta es la validez jurídica del intercambio de mensajes de datos para cualquier tipo de actuación (Observatorio eCommerce, 2021).

Pese a lo anterior, el Gobierno nacional, a través del CONPES, aprobó la Política Nacional de Comercio Electrónico en el año 2020. Esta política tiene como finalidad la promoción de estrategias para que más empresas y ciudadanos en Colombia incorporen el comercio electrónico como una práctica común y segura (CONPES, 2020). Dentro de este documento, se estableció la obligación de crear una guía de protección al consumidor en el comercio electrónico a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Dicha guía resaltó algunos lineamientos que deben tener en cuenta tanto los proveedores/productores como los consumidores al momento de celebrar negocios por medio de plataformas digitales (SIC, 2022). Sin embargo, hasta el momento es solo un instrumento orientativo y educativo para los actores involucrados en este tipo de relaciones de consumo y no constituye norma vinculante.

Dicho lo anterior, hasta la fecha, el ordenamiento jurídico colombiano no cuenta con una ley concreta que regule el comercio electrónico. Sin embargo, existen algunas normas como la Ley 1480 de 2011, conocida como el Estatuto del Consumidor, que abarca disposiciones de protección al consumidor del comercio electrónico (Ley 1480, 2011, Título VII, Capítulo VI), las cuales se estudiarán con el fin de determinar si prevén mecanismos eficaces que protejan al consumidor cuando contrate a través de una plataforma *e-commerce* de una sociedad extranjera.

Así pues, es menester indicar que el comercio electrónico ha sido definido dentro del ordenamiento jurídico colombiano como “la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios” (Ley 1480, 2011, art. 49). De ahí que las relaciones que se susciten por medio de plataformas “tienda virtual” y “*marketspace*” se enmarquen dentro del comercio electrónico.

Ahora bien, es importante tener en cuenta las definiciones de consumidor o usuario, productor y expendedor contempladas en el artículo 5 del Estatuto del Consumidor, con el fin de identificar cuándo se está ante una relación de consumo o no.

A efectos del presente artículo, se entenderá que, para que se dé una relación de consumo, ya sea por medio de una plataforma “tienda virtual”

o “*marketspace*”, el vendedor -bien sea la plataforma o un comerciante externo- debe ofrecer productos o servicios con o sin ánimo de lucro de manera habitual (Ley 1480, 2011, art. 5), y el consumidor debe ser una persona natural o jurídica que, “como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto o servicio, cualquiera que sea su naturaleza, para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica” (Ley 1480, 2011, art. 5).

El Estatuto del Consumidor no establece una definición de lo que se entiende por “plataforma electrónica”. Empero, el artículo 53 regula los portales de contacto y señala que:

Quien ponga a disposición una plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo, deberá exigir a todos los oferentes información que permita su identificación, para lo cual deberán contar con un registro en el que conste, como mínimo, el nombre o razón social, documento de identificación, dirección física de notificaciones y teléfonos. Esta información podrá ser consultada por quien haya comprado un producto con el fin de presentar una queja o reclamo y deberá ser suministrada a la autoridad competente cuando esta lo solicite (Ley 1480, 2011, art. 53).

En el proceso de acción de protección al consumidor interpuesto por Daniel Alejandro Castañeda León y otros en contra de Booking.com Colombia S.A.S, la SIC señaló que “no podrá considerarse a un agente propietario de una plataforma electrónica como un portal de contacto, cuando su rol se sumerge de manera considerable en la relación de consumo” (SIC, Rad. 20-290000, 2021), toda vez que, en estos casos, la actividad de mera intermediación que caracteriza a los portales de contacto se excede, porque la plataforma pasa a jugar un rol fundamental en la transacción y la operación, así como en la determinación de las condiciones de la misma.

La SIC señaló que ello ocurre, entre otras circunstancias, cuando:

(i) la transacción tiene que cursar necesariamente a través de la plataforma de comercio electrónico; (ii) la plataforma establece los términos y condiciones que regulan la adquisición del producto; (iii) la plataforma de comercio electrónico fija el precio de los productos o establece una

metodología para determinarlos y (iv) el pago del precio es realizado directamente por dicha plataforma (SIC, Rad. 20-290000, 2021).

De acuerdo con lo expuesto, la SIC afirmó que una plataforma electrónica que pretende recibir el tratamiento de portal de contacto deberá demostrar:

(i) que actúa como un mero intermediario, esto es, que simplemente pone en contacto a oferentes y a consumidores; (ii) demostrar que permite que el consumidor contacte al oferente a través de su sistema; (iii) brindar la alternativa de concretar la operación entre el consumidor y oferente al margen de la plataforma; (iv) acreditar que no tiene un rol fundamental en la operación, así como en las condiciones de la transacción; y (v) haber informado de manera clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, precisa e idónea que la plataforma actúa como un mero intermediario, así como los efectos y alcances que genera esta situación (SIC, Rad. 20-290000, 2021).

Teniendo en cuenta estas circunstancias, se puede señalar que las plataformas “tienda virtual” serán siempre plataformas electrónicas, pues lo que se realiza en ellas es una compra directa entre vendedor y comprador y, por tanto, la plataforma en ningún momento actúa como intermediaria. Por su parte, frente a las plataformas “*marketspace*” se deben tener en cuenta los criterios señalados por la SIC con el fin de determinar si se puede considerar como un portal de contacto o como una plataforma electrónica, dependiendo de si actúa exclusivamente como intermediario o no.

Visto el panorama anterior, se procede a analizar los problemas derivados de las relaciones de consumo dadas por medio de plataformas electrónicas extranjeras, bajo las normas vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.2 Definición de “domicilio” en Colombia y el principio de territorialidad

Sea lo primero manifestar que los interrogantes planteados en el presente artículo tienen como problema jurídico en común el factor internacional del domicilio diferente de las partes en la relación de consumo. Es por ello que deberá determinarse qué se entiende por domicilio en Colombia y cuándo se está ante una sociedad extranjera.

Según Oviedo (2022), el concepto de “domicilio” en Colombia está establecido en el artículo 76 del Código Civil, el cual consiste en “la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella” (Ley 84, 1873, art. 76). Adicionalmente, en materia societaria, “el domicilio de una sociedad es la circunscripción territorial pactado en los estatutos sociales, en donde los asociados están llamados a ejercer sus derechos” (Reyes, 2020, p. 292). Además, según lo establece el numeral 3 del artículo 110 del Código de Comercio, en los estatutos sociales deberá indicarse el domicilio de la sociedad y de las sucursales (Decreto 410, 1971, art. 110).

El artículo 263 del Código de Comercio define a las sucursales como “los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad” (Decreto 410, 1971, art. 263). En igual sentido, el artículo 469 del Código de Comercio establece que “son sociedades extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior” (Decreto 410, 1971, art. 469).

Es importante hacer hincapié en que, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, debe establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional, cumpliendo a la vez los requisitos que establece el artículo 474 del Código de Comercio. Así pues, en virtud de lo anterior y para el tema que nos ocupa, en el caso Daniel Alejandro Castañeda León y otros en contra de Booking.com Colombia S.A.S., la SIC planteó que los proveedores indirectos, en este caso, las sucursales de plataformas *e-commerce* de sociedades extranjeras, están llamados a responder en Colombia:

En el caso particular, es evidente que la sociedad demandada BOOKING.COM COLOMBIA S.A.S. al ostentar la calidad de filial en Colombia de BOOKING.COM B.V., debe responder ante los consumidores por la calidad, idoneidad y seguridad de los productos y los servicios ofrecidos en el portal web www.booking.com. En consecuencia, toda anotación en los términos y condiciones del portal web tendientes a eximir o limitar la responsabilidad a la sociedad accionada se tendrá por no escrita, toda vez que estos contradicen normas de orden público, como la Ley 1480 de 2011.

...

Es pertinente indicar que el objeto social de BOOKING COLOMBIA S.A.S. incluye servir a la sociedad BOOKING.COM B.V. y BOOKING.COM LTDA. en la búsqueda de hoteles, resorts, afiliados y socios en Colombia y sus alrededores para que promocionen los bienes y servicios que ofrecen a través de la plataforma www.booking.com, de lo cual se deriva que su actividad busca la forma de promocionar los bienes y servicios relacionados con el portal web, es decir, que si se interviene de manera activa con los productos ofertados en www.booking.com

...

Con base en ello, se indica que la labor de la sociedad accionada va más allá de simplemente poner en contacto a dos partes, pues existe una iniciativa de negocio y un interés en la finalización de este, funciones que encajan en la definición de un proveedor que de manera indirecta ofrece un servicio. Por lo tanto, debe haber aplicación a las disposiciones contenidas en el artículo 50 de la ley 1480 de 2011 (SIC, Rad. 20-290000, 2021).

Así las cosas, las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia responden, así sean utilizadas como plataformas intermediarias -como en el caso de Booking-, pues actúan en nombre y representación de la matriz. El problema que nos atañe es que no todas las plataformas *e-commerce* que circulan en el mercado tienen una sucursal en Colombia que permita su responsabilidad ante los consumidores. Por este motivo, se convierte en un asunto de derecho internacional privado en el que se hace necesario determinar cuál es la ley aplicable y cuál es el juez competente.

Existen dos normas que permiten aminorar de cierta manera este obstáculo: (i) el artículo 869 del Código de Comercio, que establece que los contratos celebrados en el exterior que deban ejecutarse en el país se registrarán por la ley colombiana (Decreto 410, 1971, art. 869) y (ii) el numeral 1 del artículo 28 del Código General del Proceso (CGP) que permite que los jueces colombianos tengan jurisdicción para conocer de controversias cuando el demandado no tiene domicilio en el país, ya que será competente el juez del domicilio o residencia del demandante (Ley 1564, 2012, art. 28). Sin embargo, desde el punto de vista de la autora, estas normas no resultan suficientes para resolver los problemas jurídicos planteados, lo que refuerza la necesidad de crear normas que aborden dicho vacío jurídico.

Según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 28 del CGP, es posible que el juez colombiano tenga competencia para conocer de una controversia entre un consumidor y una plataforma *e-commerce* sin domicilio en Colombia, por lo que el consumidor colombiano podría ejercer su derecho de acción dentro de su territorio, situación que resolvería -en principio- el problema del juez competente (jurisdicción). Sin embargo, se crea el conflicto para el juez de determinar cuál es la ley aplicable.

Frente a este punto, es preciso señalar que, para que sea aplicable el artículo 869 del Código de Comercio, deberá demostrarse al juez que existe un punto material de conexión. Es decir, circunstancias de modo, tiempo y lugar que permitan darse cuenta de que el contrato se ejecutó en Colombia. Ello en virtud del principio de “territorialidad objetiva” el cual, según la Corte Constitucional, consiste en que cada Estado puede aplicar sus normas a actos que iniciaron por fuera de su territorio, pero culminaron o tuvieron efectos sustanciales y directos dentro de él, principio que legitima el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-1189, 2000).

Como se expuso anteriormente, cada relación de consumo varía dependiendo de la plataforma que se emplee, por lo que el juez deberá atender a las circunstancias particulares de cada caso para determinar si el contrato se ejecutó en Colombia. Si ello ocurrió así, entonces al contrato suscrito entre la plataforma/vendedor y el consumidor le será aplicable la ley colombiana. En principio, es benéfico para el consumidor, pues, aunque dentro del ordenamiento jurídico colombiano no haya mayor regulación respecto al comercio electrónico, sí se cuenta con normas especiales que protegen al consumidor como las previstas en la Ley 1480 de 2011.

Bajo ese panorama, existirán algunos escenarios en los que el consumidor pueda demandar ante los jueces colombianos y se dé aplicación a la ley colombiana. Sin embargo, desde el punto de vista de la autora, siguen existiendo vacíos frente a la protección del consumidor electrónico, pues, quedar al arbitrio del juez y a las circunstancias particulares de cada caso genera cierta inseguridad jurídica.

Ahora bien, sin desconocer lo anterior, se procede a analizar las normas colombianas que regulan el deber de información, el derecho de retracto y la garantía:

3.3. Etapa precontractual: Deber de información

El deber de información tiene su origen en el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 3 del Estatuto del Consumidor, el cual establece el derecho del consumidor a recibir información, de elección y de protección contra la publicidad engañosa (Ley 1480, 2011). Con respecto al deber de información, concretamente en las relaciones de consumo dadas en el comercio electrónico, el artículo 50 del Estatuto del Consumidor establece una serie de obligaciones a los proveedores y expendedores que ofrezcan sus productos utilizando medios electrónicos referentes a brindar información sobre sus datos de contacto y sobre los productos (Ley 1480, 2011, art. 50).

Respecto al deber de información frente a las plataformas *e-commerce*, es importante señalar que, según la SIC en el proceso de acción de protección al consumidor interpuesto por Iván Darío Sierra Escobar en contra de RAPPI S.A.S, el deber de información y transparencia les es exigible incluso a aquellos sujetos que realizan una actividad de mera intermediación, como lo son los portales de contacto, para que se los libere de las responsabilidades que recaen sobre los proveedores en el comercio electrónico (SIC, Rad. 18-182237, 2019).

Así, por ejemplo, en el caso antes mencionado, la SIC determinó que una de las cláusulas estipuladas en los términos y condiciones dispuestos por la empresa demandada es ineficaz por contrariar el orden público. Ello por cuanto, al consagrar esta condición, se quebranta una serie de normas de orden público relativas al deber de información, toda vez que la empresa se reserva unilateralmente la facultad de cancelar los pedidos cuando advierte un precio erróneo, lo que implica un desconocimiento del artículo 23 del Estatuto del Consumidor, pues los precios anunciados no resultan veraces y claros. Adicionalmente, infringe el artículo 26 del mismo Estatuto, pues el consumidor solo está obligado a pagar el precio anunciado (SIC, Rad. 18-182237, 2019).

Como se puede evidenciar, en Colombia se ordena a las plataformas electrónicas -incluidas las que solo actúan como intermediarias- brindar información a los consumidores. Dichas obligaciones solo le son exigibles a los proveedores, expendedores, portales de contacto y plataformas electrónicas que se encuentren ubicadas en el territorio colombiano, conforme lo

determina el artículo 50 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480, 2011, art. 50). Por este motivo, se excluye a aquellas plataformas electrónicas que, si bien no tienen establecimientos de comercio ni sucursales en Colombia, los consumidores colombianos acceden a ellas por estar disponibles en internet. De ahí que la regulación se quede corta con respecto a obligar a la plataforma electrónica no domiciliada en Colombia a brindar información completa y veraz al consumidor colombiano, dejándolo desprotegido.

3.4 Etapa post contractual: Derecho de retracto y cumplimiento de la garantía

Como se expuso anteriormente, otro de los problemas a los que se enfrenta el consumidor se da cuando desea hacer efectivo el derecho de retracto o exigir el cumplimiento de la garantía de un producto o servicio y se encuentra con que la plataforma electrónica, ya sea “tienda virtual” o “marketspace”, no tiene domicilio en Colombia. Por lo tanto, no puede determinar fácilmente ante qué autoridad reclamar y bajo qué normas jurídicas. En ese sentido, el Observatorio eCommerce (2021) señala que:

En cuanto a la protección transfronteriza de los consumidores, se dificulta determinar la legislación aplicable, por tanto, se resalta la importancia de profundizar en acuerdos de cooperación entre la Superintendencia de Industria y Comercio y sus pares en otros países (de la región e importantes socios comerciales) con el fin de brindar protección al consumidor colombiano (p. 116).

El Estatuto del Consumidor contempla una serie de derechos para proteger al consumidor, tales como: ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, recibir productos de calidad, derecho a la seguridad e indemnidad y el derecho de reclamación. Asimismo, establece la obligación de garantía que se da cuando un consumidor adquiere un bien o servicio y éste presente uno o varios defectos o fallas en la calidad, idoneidad o seguridad (Ley 1480, 2011).

Respecto de la garantía, la SIC señala que su efectividad:

No solo se suscribe a la calidad del objeto vendido o del servicio prestado, sino también al cumplimiento de los términos y condiciones pactados desde el momento mismo en que se realizó el contrato, dentro de los cuales naturalmente se encuentra la oportunidad en la entrega del bien

o en la prestación del servicio, pues la no entrega o prestación, o aún la simple dilación, constituye una vulneración a los intereses legítimos de los consumidores, en la medida en que no ven colmadas sus expectativas ni satisfechas las necesidades para las cuales se efectuó la compra (SIC, Rad. 20-290000, 2021).

El artículo 51 del Estatuto del Consumidor señala que:

Cuando las ventas de bienes se realicen mediante mecanismos de comercio electrónico, tales como Internet, PSE y/o *call center* y/o cualquier otro mecanismo de televenta o tienda virtual, y se haya utilizado una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico, los participantes del proceso de pago deberán reversar aquellos solicitados por el consumidor cuando sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso (Ley 1480, 2011, art. 51).

En este sentido, cuando el consumidor colombiano realice una compra a través de una plataforma electrónica, tiene el derecho a solicitar a los participantes del proceso de pago que lo reversen cuando haya sido objeto de fraude, corresponda a una operación no solicitada, no reciba el producto o éste sea defectuoso. Para que proceda la reversión del pago, el consumidor deberá presentar una queja ante el proveedor dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que tuvo noticia de la operación fraudulenta o no solicitada, o que debió haber recibido el producto o lo recibió defectuoso, devolver el producto y notificar al emisor del instrumento de pago electrónico. En este evento, los participantes del proceso de pago procederán a reversar la transacción al consumidor (Ley 1480, 2011, art. 51).

No obstante, el inconveniente surge cuando existe una controversia entre el proveedor y consumidor derivada de la queja, puesto que esta debe ser resuelta por una autoridad judicial o administrativa, circunstancia que resulta trascendental al momento de hablar de plataformas electrónicas sin domicilio en Colombia, pues no les es exigible la legislación colombiana. De ahí que la legislación colombiana actual no proteja al consumidor frente a las plataformas electrónicas que no tienen domicilio en el país.

En conclusión, si bien el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con normas que protegen al consumidor de cara a las plataformas electrónicas,

estas solo aplican cuando dichas plataformas se encuentran domiciliadas en el territorio colombiano, pues, frente a las extranjeras, no existe norma que las obligue a garantizar el derecho de información al consumidor, así como tampoco se les exige el establecimiento de un sistema de resolución de controversias o que incluyan dentro de sus términos y condiciones cláusulas que permitan a los consumidores presentar reclamaciones ante cualquier autoridad judicial o administrativa de Colombia. Es por ello que se procede a formular algunas recomendaciones encaminadas a proteger al consumidor del comercio electrónico.

4. ALTERNATIVAS DE MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE PLATAFORMAS E-COMMERCE SIN DOMICILIO EN COLOMBIA

Teniendo en cuenta que el consumidor colombiano se encuentra desprotegido frente a las plataformas *e-commerce* que no tienen domicilio en Colombia, toda vez que no es posible exigirles el suministro de información pertinente al consumidor en los términos y condiciones, y que el consumidor no sabe ante qué autoridad acudir, ni bajo qué norma, para reclamar sus derechos frente al incumplimiento contractual, se trae a colación algunas propuestas que pueden ser contempladas con el fin de que los consumidores colombianos cuenten con mecanismos efectivos de protección, a saber:

Lo primero y más evidente es que resulta necesaria la creación de normas que llenen el vacío jurídico frente a la protección del consumidor electrónico. Colombia ya ha tenido algunas iniciativas legislativas. Por ejemplo, en el curso de la legislatura 2020-2021, se presentó el proyecto de Ley 584 de 2021 que buscaba promover la adopción de plataformas de resolución electrónica de controversias y el proyecto de Ley 284 de 2020, que pretendía establecer garantías de protección en favor del consumidor de comercio electrónico. No obstante, no han sido acogidos por el legislador. Así que el presente artículo no es sino una invitación más a que se promuevan iniciativas que permitan establecer mecanismos efectivos de protección al consumidor frente a plataformas *e-commerce* que no tengan domicilio en Colombia, dada la necesidad de protección al ser un fenómeno inminente y que incrementará de forma exponencial con el tiempo.

Frente a este punto, se propone acoger las bases que ya proponen los artículos 869 del Código de Comercio y el numeral 1 del artículo 28 del CGP, así como el principio de territorialidad, y enfocarlas a los diversos

escenarios que se pueden generar con el uso de los diferentes tipos de plataformas electrónicas que hoy circulan en el mercado, pues, si bien con esas normativas se resuelven precariamente los interrogantes de quién es el juez competente y cuál es la ley aplicable, no existen normativas claras que permitan, tanto al juez como al demandante, dar la aplicación debida a los múltiples escenarios que se presentan y a los que se pueden llegar a presentar con el avance tecnológico en el comercio electrónico.

Por otra parte, se resalta la necesidad de adelantar acciones de cooperación con sus pares en el exterior (autoridades de protección a los consumidores) por parte de la SIC para generar mecanismos de cooperación que permitan el cumplimiento de las sanciones impuestas en Colombia en el exterior, y la creación de mecanismos de concertación entre las partes para que haya una efectiva definición de responsabilidades ante el usuario, señalando, por ejemplo, en qué casos responde la tienda virtual y en qué casos responde el “*marketplace*”. Lo anterior ya sido pensado por la SIC (2021, como se citó en Observatorio eCommerce, 2021), quien manifiesta que:

La regulación actual en materia de protección del consumidor considera a los proveedores de comercio electrónico o tiendas *online* (portales de compras) como proveedores responsables frente al consumidor, surgiendo la duda respecto a si los *marketplaces* actúan como portales de compra o portales de contacto; por lo cual la propuesta normativa apunta a que los *marketplaces* sean considerados portales de compra y, en consecuencia, asuman responsabilidades frente a los consumidores (p. 170).

Adicionalmente,

Recomienda una normativa a expedir de forma concreta para los *marketplaces* que contenga las siguientes temáticas: (i) precisar que los “*Marketplaces*” actúan como portales de compra frente al consumidor del comercio electrónico cuando informan, ofrecen y ponen a disposición del público productos y servicios, (ii) por lo anterior, son responsables de las mismas obligaciones que las normas del comercio electrónico han establecido para los portales de compra o tiendas *online* frente al consumidor, (iii) a efecto de dar cumplimiento a las sanciones que se lleguen a imponer a los *marketplaces* por violar normas de protección al consumidor, definir acciones de cooperación con entidades de protección al consumidor fuera de Colombia, para los casos en que los *marketplaces*

no tengan domicilio en el país (SIC, 2021, como se citó en Observatorio eCommerce, 2021, p. 171).

En ese sentido, “la firma de acuerdos de cooperación con los grandes *marketplace* o *retailers* es un mecanismo efectivo para generar confianza en el consumidor” (Observatorio eCommerce, 2021, p. 209). Valga mencionar que, a la fecha de escritura del presente artículo, la SIC se adhirió a la plataforma *econsumer.gov*, que permite a los consumidores presentar reclamaciones por la vulneración de sus derechos ante cuarenta agencias gubernamentales que se encargan de proteger al consumidor en sus respectivos países. Resulta ideal que Colombia se sume a más iniciativas similares que propendan por la protección del consumidor a nivel transfronterizo.

Ahora bien, es importante resaltar que algunas de las plataformas “*marketplaces*” cuentan con un sistema de resolución de disputas en línea (también conocido como *Online Dispute Resolution ODR*) que le facilita al consumidor resolver directamente la controversia con la plataforma o el proveedor/productor, como es el caso de las plataformas E-bay y Amazon. Los ODR sirven como un mecanismo para solucionar el problema que surge con las plataformas que se encuentran ubicadas por fuera del domicilio de las partes (Cárdenas, 2020).

No obstante, teniendo en cuenta que los fenómenos sociales como, en este caso, la implementación de medios tecnológicos en el comercio, siempre avanzan con mayor velocidad que el derecho, se debe buscar alternativas acordes a dichos avances digitales que permitan resolver los problemas que surgen en el comercio con la misma velocidad con la que este se desenvuelve. Es por ello que resultan primordiales los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) o *Alternative Dispute Resolution (ADR)* que, según Cárdenas (2020), han enfrentado la digitalización convirtiéndose en un ODR: concepto en el que se enmarcan el e-arbitraje y la e-conciliación. Según Cárdenas (2020), en Colombia, la plataforma SIC FACILITA, implementada por la Superintendencia de Industria y Comercio, presta el servicio de facilitación para que las partes involucradas en un conflicto de consumo se acerquen por medios digitales y puedan llegar a un acuerdo que al final es plasmado en un contrato de transacción. Estos mecanismos alternativos resultan trascendentales para acercarse a las plataformas *e-commerce* sin domicilio en Colombia, con el fin de llegar a un acuerdo y no tener que acudir a la jurisdicción ordinaria.

CONCLUSIONES

1. La incorporación de los medios tecnológicos en el comercio ha generado que hoy en día miles de consumidores adquieran sus productos a través de plataformas electrónicas, las cuales les permiten celebrar contratos de compraventa con productores que se encuentran domiciliados en cualquier parte del mundo. Si bien ello genera grandes ventajas para ambos, y para la economía en general, también implica algunos inconvenientes para el consumidor, pues al ser la parte débil de la relación de consumo, se enfrenta con la complejidad de determinar ante quién y cómo hacer valer sus derechos cuando existe, por ejemplo, un incumplimiento contractual.

2. Las plataformas electrónicas, al ser cien por ciento digitales, tienen la ventaja de que pueden llegar a múltiples consumidores del mundo, pues basta con que estén conectados a la *web*. Ello ha generado una preocupación a nivel internacional, concretamente, sobre la forma en la que se debe proteger al consumidor. Hasta el momento, no existen muchos lineamientos internacionales, pero organismos comunitarios como la Unión Europea han incentivado a las plataformas electrónicas a que propendan por la creación de sistemas de resolución de disputas en línea y ha logrado que, dentro de la Unión, los consumidores puedan acudir ante cualquier organismo judicial para su protección. Ello amplía el ámbito territorial de protección del consumidor, pues no solo se restringe al ordenamiento jurídico de su Estado.

3. Hasta el momento, en Colombia no se cuenta con una regulación amplia en materia de protección al consumidor electrónico, ni tampoco con respecto al comercio electrónico en general y las implicaciones que ello conlleva. Existen apenas algunas normas contempladas en el capítulo VI del Título VII de la Ley 1480 de 2011, referentes a la protección del consumidor del comercio electrónico, las cuales están enfocadas en el ámbito nacional.

4. Valga resaltar que, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la protección del consumidor ha tenido una muy oportuna regulación, sobre todo en materia del deber de información, el derecho de retracto y el cumplimiento a la garantía, pues brinda acciones eficaces al consumidor para su protección. No obstante, dicha regulación se queda corta al momento de tratarse de plataformas electrónicas sin domicilio en Colombia. A

través de sus providencias, la SIC ha declarado responsables a plataformas electrónicas con domicilio principal en el exterior, pero con sucursal en Colombia, cuando pasan de ser simples portales de contacto a servir como intermediadoras o proveedores indirectos.

5. Existe la necesidad de establecer una regulación mucho más fuerte y transfronteriza en materia de protección al consumidor de plataformas electrónicas extranjeras. De igual forma, es necesario buscar cooperación con autoridades de protección al consumidor de otros Estados para poder ampliar el panorama de protección al consumidor en Colombia, así como incentivar los MASC a través de medios tecnológicos (o también llamados ODR), como la conciliación o el arbitraje, en los que se resuelvan controversias entre consumidores y plataformas electrónicas.

REFERENCIAS:

Cámara Colombiana de Comercio Electrónico. (2023). *Informe trimestral del comportamiento del comercio electrónico en Colombia. Primer trimestre de 2023*. <https://tinyurl.com/yv28aepk>

Cárdenas, O. A. (2020). Principios constitucionales en la era digital: aproximación al tratamiento de datos en la e-justicia y los ODR (Online Dispute Resolution). En D. Guerra Moreno. (Coord.). *Constitución y principios procesales* (pp. 209-250). Grupo Editorial Ibáñez.

Comunidad Andina de Naciones [CAN]. (2020, 22 de septiembre). *Comercio electrónico es fundamental para potenciar la economía de países de la Comunidad Andina*. <https://tinyurl.com/yfmwa75r>

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489

Congreso de la República de Colombia. (12 de octubre de 2011). Estatuto del Consumidor. [Ley 1480 de 2011]. DO: 48.220

Congreso de la República de Colombia. (26 de mayo de 1873). Código Civil. [Ley 84 de 1873]. DO: 2.867

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (2020). *Política Nacional de Comercio Electrónico*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4012.pdf>

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (13 de septiembre de 2000). Sentencia C-1189 de 2000 [M.P.: Gaviria, C.].
- De Román, S. (2022). *Nuevas reglas europeas para el comercio electrónico*. Ambar Partners. <https://www.ambarpartners.com/es/blog/nuevas-reglas-europeas-para-el-comercio-electronico>
- Emarket. (2018, diciembre). *Teresa de las Heras Ballell, experta del Observatorio de la UE para la Economía de las Plataformas Online: "Las plataformas son hoy el modelo organizativo predominante en la economía digital"*. <https://tinyurl.com/y2dz5jyt>
- ObservatorioeCommerce.(2021).*Análisis Normativo del Comercio Electrónico en Colombia, investigación*. https://observatorioecommerce.mintic.gov.co/797/articles-198739_recurso_1.pdf
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE]. (2019). *Panorama del comercio electrónico. Políticas, tendencias y modelos de negocio*. <https://tinyurl.com/2a9zjbxv>
- Oviedo, J. (2022). *Contratación y arbitraje internacional*. Tirant lo Blanch.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (14 de septiembre de 2022). Reglamento de Mercados Digitales. [Reglamento (UE) 2022/1925]. DOUE: 265
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (19 de octubre de 2022). Reglamento de Servicio Digitales. [Reglamento (UE) 2022/2065]. DOUE: 277
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (20 de junio de 2019). Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. [Reglamento (UE) 2019/1150]. DOUE: 186
- Presidencia de la República de Colombia. (27 de marzo de 1971). Código de Comercio. [Decreto 410 de 1971]. DO: 33.339
- Reyes, F. H. (2020). *Derecho societario. Tomo 1* (4ª ed.). Temis.
- Sánchez, J. C. (2019). Plataformas e-Business. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, (52). <https://publicaciones.rcumariacristina.net/AJEE/article/view/385>

- SHEIN. (2023). Condiciones generales de uso de SHEIN Marketplace. <https://es.shein.com/Terms-and-Conditions-a-399.html>
- Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (10 de diciembre de 2021). Rad. 20-290000 [J: Hoyos, S.].
- Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (26 de diciembre de 2019). Rad. 18-182237 [J.: Pacheco, L.].
- Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2022). *Guía para la protección del consumidor en el comercio electrónico*. <https://tinyurl.com/5xmcs556>
- Uber. (2023, 3 de noviembre). Términos y condiciones. <https://www.uber.com/legal/en/document/?country=colombia&lang=es&name=general-terms-of-use>
- Wikipedia. (s.f.). *Marketspace*. <https://en.wikipedia.org/wiki/Marketspace>

APLICABILIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LOS TRIBUNALES DE ARBITRAJE EN COLOMBIA A PARTIR DE 1991

Enar Del Carmen Araujo

Fecha de recepción: 04 de febrero de 2024.

Fecha de aceptación: 08 de abril 2024.

Referencia: Araujo, E. (2024). Aplicabilidad del control de convencionalidad en los tribunales de arbitraje en Colombia a partir de 1991. *Revista científica Codex*, 10(18), 148-178.

RESUMEN

El presente artículo estudia la figura del control de convencionalidad y su aplicabilidad en los tribunales arbitrales y en los laudos arbitrales. Para ello, se establecieron las características y elementos del arbitraje en Colombia a partir de 1991. Posteriormente, se analizaron los aspectos característicos del control de convencionalidad para, finalmente, determinar los argumentos jurídicos que sustentan su aplicación por parte de los tribunales de arbitraje al momento de resolver las controversias sometidas a su conocimiento.

La metodología fue jurídico-documental, centrada en el estudio de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales. Entre las herramientas utilizadas, se revisaron textos especializados, estudios previos, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional de Colombia, así como legislación nacional sobre arbitraje y derechos humanos.

Como conclusión, se estableció que los tribunales de arbitraje, al ejercer la función pública de administración de justicia, están obligados a ejercer un control de convencionalidad difuso. Esto implica que sus decisiones deben alinearse no solo con el derecho interno, sino también con

los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia. En consecuencia, el control de convencionalidad se configura como una herramienta esencial para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales en el proceso arbitral.

Palabras clave: arbitraje; laudos arbitrales; Convención Americana de Derechos Humanos; control de convencionalidad; bloque de Constitucionalidad.

ABSTRACT

This article examines the concept of conventionality control and its applicability within arbitral tribunals and arbitral awards. To this end, it outlines the characteristics and elements of arbitration in Colombia since 1991. Subsequently, it analyzes the defining aspects of conventionality control to ultimately identify the legal arguments supporting its application by arbitral tribunals when resolving disputes submitted to their jurisdiction.

The methodology employed was legal-documentary, focused on the study of normative, jurisprudential, and doctrinal sources. Among the tools used were specialized texts, prior studies, judgments from the Inter-American Court of Human Rights and the Constitutional Court of Colombia, as well as national legislation related to arbitration and human rights.

As a conclusion, it was established that arbitral tribunals, in exercising the public function of administering justice, are obliged to perform diffuse conventionality control. This means that their decisions must comply not only with domestic law but also with international human rights treaties ratified by Colombia. Accordingly, conventionality control emerges as an essential instrument to ensure the effective protection of fundamental rights within arbitral proceedings.

Keywords: arbitration; arbitral awards; American Convention on Human Rights; conventionality control; constitutional block.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias que se encuentra regulado en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, mediante el cual las partes defieren la solución de sus conflictos a particulares investidos transitoriamente de la función pública de administrar

justicia, a través de la celebración de un pacto arbitral (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 116).

Este mecanismo permite que el conflicto sea resuelto por un tribunal arbitral conformado por particulares que, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, adelantan un proceso y emiten una decisión denominada laudo. Dicha decisión tiene efectos jurídicos equivalentes a los de una sentencia judicial, ya que es de obligatorio cumplimiento para las partes, tiene efecto de cosa juzgada y puede ser ejecutada por la vía judicial ordinaria. Así mismo, pese a que los árbitros son particulares designados por las partes, son verdaderos jueces por mandato legal y tienen las mismas facultades, deberes y responsabilidades propias de estos.

En este contexto, es relevante recordar que Colombia hace parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, puesto que, a través de la Ley 16 de 1972, se ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también llamada Pacto de San José de Costa Rica, por lo cual se encuentra en la obligación de dar pleno cumplimiento a la Convención. Este sistema tiene dos pilares: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A través de la jurisprudencia de la Corte IDH, se creó el concepto de *control de convencionalidad*, definido como la herramienta que permite a los Estados “concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 4). Por tanto, los Estados miembros tienen por función asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención y que sus leyes y políticas públicas internas no vayan en contravía del Pacto.

En razón a lo anterior, surge la necesidad de analizar si las decisiones que se toman en el proceso arbitral pueden ser objeto de dicho control de convencionalidad, dado que los árbitros fungen como jueces y sus decisiones solo podrán ser atacadas mediante el recurso extraordinario de anulación, el cual podrá interponerse cuando existan defectos de forma taxativamente estipulados en la ley de arbitraje (Ley 1563, 2012, art. 40), lo que limita el acceso a un control que permita examinar posibles violaciones a derechos humanos o a normas convencionales contenidas en tratados internacionales ratificados por Colombia.

Por ello, este artículo se propone examinar los fundamentos y características del control de convencionalidad, así como los elementos esenciales del arbitraje en el contexto colombiano, con el fin de determinar si dicho control es procedente y aplicable a las decisiones proferidas por los tribunales de arbitraje.

1. CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS DE LA FIGURA DEL ARBITRAJE EN COLOMBIA A PARTIR DE 1991

El arbitraje ha sido considerado por la doctrina como una de las primeras formas de resolución de conflictos, es así que Benetti (2009) señala que:

Su origen se atribuye aquella época primitiva de la sociedad en el desarrollo cultural es propicio para que se delegue en terceros la solución de las disputas, abandonando a la vez otros sistemas elementales de la justicia privada, como el de hacerla por propia mano o la venganza privada; históricamente, esta evolución tuvo lugar antes de existir cualquier organización judicial. Cuando los contendientes congenian en someter sus diferencias a otras personas, y aceptaban de antemano, con carácter obligatorio, la decisión que al respecto se produjera, se estaba ante una solución arbitral (p. 34).

Posteriormente, y en razón a la evolución de las sociedades, el Estado asumió la actividad primordial de impartir justicia para salvaguardar los derechos de sus ciudadanos, sin dejar de lado el arbitraje. Por el contrario, esta institución sigue vigente y en auge, siendo en la actualidad uno de los métodos alternativos más expeditos para la solución de controversias.

Históricamente, en Colombia se consagró el derecho a acudir al arbitraje en varias constituciones como la de “Popayán de 1814, Cundinamarca, de 1815 y Antioquia de 1815; lo mismo ocurrió con la Constitución de la República de Colombia de 1830 y la Constitución de la Nueva Granada de 1832” (Cárdenas, 2019, p. 34). De la misma manera, en la Constitución Política de 1991 se regulo el arbitraje a través del artículo 116, en el cual se establece que:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley (C.P., 1991, art. 116).

De este modo, el estatuto constitucional consagra la posibilidad de que las partes involucradas en un conflicto sometan su controversia al conocimiento de un árbitro, entendido como un particular investido transitoriamente con funciones jurisdiccionales. Esta figura ofrece una alternativa complementaria a la administración de justicia estatal, promoviendo la participación de particulares en la resolución de conflictos.

Por su parte, el Congreso de la República se dio a la tarea de expedir leyes y decretos con la finalidad de regular la figura del arbitraje y revestirla como una herramienta de descongestión judicial. Algunas de estas normas son: la Ley 23 de 1991, que en su capítulo octavo habla del arbitraje institucional e independiente, siendo una de las normas pioneras en establecer el procedimiento a tener en cuenta tanto en los centros de arbitraje como por los árbitros que ejercen su labor de manera independiente en Colombia (Ley 23, 1991). Más adelante, se expidió el Decreto Ley 2651 de 1991, a través del cual se reitera que, en razón del pacto arbitral, los árbitros quedan investidos transitoriamente de la función de administrar justicia (Decreto Ley 2651, 1991).

Posteriormente, mediante la Ley 80 de 1993, se reguló lo referente al arbitraje estatal. Más adelante, se expidió la Ley 270 de 1996, que en su artículo 13 hace referencia al ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y particulares (Ley 270, 1996, art. 13). En el mismo año, se emitió la Ley 315 de 1996, mediante la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones (Ley 315, 1996). Así mismo, la Ley 446 de 1998 consagró el derecho a escoger o establecer el procedimiento aplicable al arbitraje (Ley 446, 1998). Por su parte, el Decreto 1818 de 1998 compiló las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad (Decreto 1818, 1998). Finalmente, se encuentra la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reformó la Ley 270 de 1996 y en su texto normativo reitera que, en temas de arbitraje, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, siempre y cuando se respeten los principios constitucionales que integran el debido proceso (Ley 1285, 2009).

Actualmente, todas estas normas fueron derogadas, modificadas y compiladas en la Ley 1563 de 2012, mediante la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, que reúne en un mismo estatuto, pero de forma diferenciada, la regulación relativa al arbitraje nacional y al arbitraje

internacional. El artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 define el arbitraje como “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos **de libre disposición** o aquellos que la ley autorice” (Negritas fuera del texto original) (Ley 1563, 2012, art.1).

Respecto a la categoría de asuntos de libre disposición, es pertinente aclarar que existen asuntos que son disponibles y que pueden someterse a arbitraje sin ninguna restricción, como las controversias patrimoniales, donde el árbitro deberá resolver dichas controversias actuando como juez y teniendo en cuenta en sus decisiones las disposiciones aplicables para cada caso concreto. Sin embargo, hay asuntos que no se pueden someter a arbitraje, dado que no se puede disponer de dichos derechos, como pasa con el estado civil de las personas, a menos que la ley lo autorice.

En este punto, es importante señalar que el arbitraje, al tener un carácter contractual, se fundamenta en el principio de habilitación, pues son las partes quienes de manera libre y voluntaria disponen acudir al arbitraje. En ese sentido, la Corte Constitucional señaló que “por mandato expreso de constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-174, 2007). Es así que el arbitraje no es obligatorio y solo la voluntad de las partes puede habilitar a un árbitro para el conocimiento y resolución de un conflicto. En estos casos, las partes determinarán conjuntamente el número de árbitros y podrán acordar el procedimiento aplicable, siempre y cuando se respeten los principios constitucionales del debido proceso, derecho de defensa e igualdad. Así mismo, la Corte ha reconocido que:

Por mandato legal, los árbitros tienen en términos generales los mismos poderes procesales básicos con los que cuentan los jueces estatales al administrar justicia, a saber, (i) el poder de decisión para resolver en forma obligatoria la controversia, (ii) el poder de coerción, para procurar los elementos necesarios para el cumplimiento de la decisión, y (iii) el poder de documentación o investigación para practicar pruebas, y valorándolas llegar a la verdad necesaria para adoptar la decisión que en derecho corresponda. Lo que es más, esta Corte ha indicado que una vez las partes han facultado a un tribunal arbitral para resolver sus litigios, ha de entenderse que dicho tercero queda habilitado para adoptar todas las medidas permitidas legal

y convencionalmente para la resolución del conflicto que se somete a su conocimiento, y que las partes no pueden luego privarlo de las facultades necesarias para cumplir su función (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, SU-174, 2007).

Además, la Ley 1563 de 2012 define al laudo arbitral como “la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje” (Ley 1563, 2012, art. 1), el cual puede ser en derecho, en equidad o técnico. Si bien en el articulado del texto normativo no se establecen las diferencias de cada una de estas categorías, la doctrina las precisa de la siguiente manera:

El laudo en derecho se produce cuando el mismo se fundamenta en el ordenamiento jurídico. El laudo en equidad es precisamente aquél en el cual el árbitro no se funda en el ordenamiento jurídico sino busca una solución que le parece justa. El laudo técnico es aquel que se funda en una ciencia o técnica. En todo caso cuando en el proceso arbitral es parte una entidad pública o un particular que cumple funciones administrativas, el arbitraje no puede ser en equidad sino en derecho. Lo anterior porque las entidades públicas están sujetas al principio de legalidad. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral (Cárdenas, 2019, p. 34).

Además, Cárdenas (2019) ha mencionado otras características sobre el arbitraje como:

Temporalidad o transitoriedad: el arbitraje tiene carácter temporal. El árbitro es designado para resolver una controversia en un determinado plazo y por ello una vez cumplida su misión desaparece su investidura como juez. Por ello cumplido el término previsto para el desarrollo del proceso, él no puede continuar actuando y sus actos no tiene carácter jurisdiccional.

Excepcionalidad: el arbitraje es excepcional, pues no toda controversia puede ser sometida a arbitraje. El arbitraje no desplaza a la jurisdicción permanente del estado (p. 37).

Por otro lado, la Ley 1563 de 2012 establece que existen varias clases de arbitraje, entre las cuales se encuentra el arbitraje *ad hoc*, el cual es conducido directamente por los árbitros, y el arbitraje institucional, que es administrado por un centro de arbitraje (Ley 1563, 2012, art. 2). Algunas diferencias entre este tipo de arbitrajes son:

Arbitraje Independiente o ad hoc. En este tipo de arbitraje las partes tienen un protagonismo mayor, ya que son quienes acuerdan el procedimiento y el derecho aplicable a la solución de su conflicto. Se habla de un arbitraje ad hoc, estricto sensu que es aquel en que son las mismas partes quienes establecen las reglas de procedimiento bajo las cuales funcionará el tribunal y de un arbitraje ad hoc de tipo amplio en el que las partes hacen remisión a un reglamento previamente establecido, lo cual no hace que el arbitraje se convierta en institucional, sino que continúa teniendo su carácter ad hoc (Negrilla fuera del texto original).

Arbitraje Institucional o Administrado. En este tipo de arbitraje las partes acuerdan solucionar su conflicto ante instituciones especializadas a cuyo reglamento se someten. Tal modalidad se da tanto en el arbitraje interno como en el internacional, teniendo en cuenta que en ambos casos existen centros de arbitraje especializados que disponen no solo de un reglamento que las partes conocen al momento de hacer la estipulación, sino cuentan además con toda la logística necesaria para el funcionamiento del tribunal (Negrilla fuera del texto original) (Salcedo, 2012, pp. 24-25).

La regla general es que el arbitraje sea institucional. Además, cuando se trata de arbitrajes donde una de las partes es una entidad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas, no es posible pactar arbitraje *ad hoc*. Por ende, el proceso se regirá por las reglas señaladas para el arbitraje institucional (Ley 1563, 2012).

De igual manera, la Ley 1563 realiza una definición del pacto arbitral y señala que es “un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces” (Ley 1563, 2012, art. 3).

En el mismo artículo, se reconoce que hay dos formas de pacto arbitral: compromiso y cláusula compromisoria. Así, Cárdenas (2019) las define:

La cláusula compromisoria se caracteriza por ser una estipulación del contrato, por la cual las partes acuerdan someter a arbitraje algunas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir por razón del contrato. Por el contrario, el compromiso se caracteriza porque es un acuerdo para someter a arbitraje una controversia ya surgida entre las partes (p. 47).

Por consiguiente, es posible mencionar que, como negocio jurídico, el pacto arbitral supone unas condiciones de existencia y validez como la capacidad, el consentimiento, objeto y causa lícitos, además de generar unos efectos: (i) obliga a las partes que lo celebran a someter sus controversias presentes y futuras al arbitraje pactado, respetando y actuando conforme a la decisión de los árbitros en el laudo arbitral, (ii) y se genera la competencia que tienen dichos árbitros para resolver las controversias que se ventilan ante ellos.

Es así que el arbitraje se establece como un verdadero mecanismo de solución de conflictos en la actualidad, de gran relevancia en las relaciones contractuales, dado a su rapidez, especialidad y experticia.

2. APLICABILIDAD Y ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DE LA FIGURA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA A PARTIR DE 1991

El control de convencionalidad es un tema que se encuentra estrechamente relacionado con la figura del arbitraje en Colombia, dado que los árbitros, al actuar como jueces, resuelven de fondo las controversias que son sometidas a su conocimiento. Por ende, es pertinente analizar la aplicación del control de convencionalidad en el proceso arbitral. Para ello, es necesario realizar un recuento histórico del origen de este control.

Después de la segunda guerra mundial, surgió la necesidad de creación de organismos internacionales independientes a los gobiernos que garantizaran la efectividad y cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas. Así, en 1945 se creó la Organización de la Naciones Unidas (ONU), cuya finalidad es garantizar la paz y la seguridad mundial. Posteriormente, se da la creación del Tribunal de Derechos Humanos de Europa, encargado de hacer un control a los Estados que integran dicho convenio en caso de que se cometan violaciones a los derechos humanos.

Por su parte, en 1969 se da la creación de la Convención Americana en el continente americano, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, que es un tratado internacional en el que se consagran derechos y libertades que tienen que ser respetados por los Estados Partes. Esta Convención establece dos órganos competentes para garantizar su cumplimiento y funcionamiento: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), los cuales tienen las siguientes funciones:

La función principal de la Comisión es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos en esta materia. La Comisión, por un lado, tiene competencias con dimensiones políticas, entre las cuales destacan la realización de visitas in loco y la preparación de informes acerca de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros. Por otro lado, realiza funciones con una dimensión cuasi-judicial. Es dentro de esta competencia que recibe las denuncias de particulares u organizaciones relativas a violaciones a derechos humanos, examina esas peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad (Corte IDH, 2018, p. 5).

Por su parte,

La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales. (Corte IDH, 2018, p. 6).

Es así como la Corte IDH, como órgano encargado de velar por el cumplimiento de la Convención, a través de su jurisprudencia creó el concepto de *control de convencionalidad*, el cual aparece definido por primera vez en la sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile, donde se señala lo siguiente:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “**control de convencionalidad**”

entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Negrilla fuera del texto) (Corte IDH, 2006).

En ese sentido, el objetivo del control de convencionalidad es verificar que las normas internas de los países miembros de la Convención Americana se encuentren acordes con el articulado del Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia que emana la Corte IDH, como intérprete de la Convención. Cabe resaltar que existen dos clases de control de convencionalidad: el primero de ellos es un control concentrado, el cual es ejercido por la Corte IDH y definido por la doctrina de la siguiente manera:

El control de convencionalidad concentrado se da por el órgano encargado de velar por la defensa y el cumplimiento de la Convención Americana y los demás tratados sobre Derechos Humanos, cual es el caso de la Corte Interamericana, en ejercicio de sus funciones jurisdiccional y consultiva, establecidas por los artículos 1 y 2 del Estatuto de la Corte, que señala que este Tribunal es el encargado de “la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Así las cosas, el control de convencionalidad se ejerce en dos momentos: cuando la Corte realiza un control sobre las normas constitucionales y legales de los estados Miembros, y en segundo lugar, como vigilancia de los hechos que dieron lugar a la violación de la Convención, que han sido tolerados o cometidos por dichos Estados (Rincón, 2013, p. 206).

Es así que la Corte determina si declara responsable o no a un Estado miembro por la violación del pacto de San José de Costa Rica, en razón a que sus leyes o políticas son contrarias a este y, por ende, se estaría trasgrediendo los derechos de las personas estipulados y reconocidos en el Pacto.

En segundo lugar, tenemos el control de convencionalidad difuso, el cual se entiende como aquel que puede ser ejercido por todos los jueces internos de los Estados Miembros en defensa de la Convención Americana. En otras palabras, los jueces nacionales están en la obligación de incorporar este control dentro de su actividad jurisdiccional, de modo que sus sentencias se ajusten plenamente al Derecho Internacional (Rincón, 2013, p. 207).

La Corte IDH ha enfatizado que los jueces de los Estados partes, en razón a la potestad de administrar justicia que les ha sido conferida, están obligados a realizar ese control de convencionalidad. Esto implica que, en el desarrollo de sus funciones, deben verificar que las normas internas aplicables a cada caso no vulneren directa o indirectamente lo dispuesto en la Convención Americana, asegurando así la protección efectiva de los derechos fundamentales consagrados en dicho instrumento internacional (Corte IDH, 2006).

Aún más, la Corte IDH amplió los alcances del control de convencionalidad, dado que no solo los jueces tienen la obligación de realizar dicho control, si no también los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. Es así que, en la sentencia del 26 de noviembre de 2010, respecto al caso Cabrera García y Montiel Flores contra México, mencionó que:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, 2010).

Para complementar lo anteriormente expuesto, en la sentencia *Gelman Vs. Uruguay*, la Corte IDH tomó la decisión de declarar una ley uruguaya como inválida por ser violatoria de derechos humanos, reiterando que:

En casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” ..., **que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial** (Negrilla fuera del texto original) (Corte IDH, 2011).

En síntesis, la Corte IDH ha establecido que toda autoridad pública vinculada a la administración de justicia tiene la obligación de ejercer el control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención. Este deber no recae exclusivamente en los jueces o en los operadores judiciales permanentes, sino que se extiende también a la administración pública y a aquellas personas que, de manera transitoria, ejercen funciones jurisdiccionales, como es el caso de árbitros, conciliadores y conjueces, entre otros.

Aterrizando el tema al contexto colombiano, es pertinente mencionar que Colombia ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante la Ley 16 de 1972, lo cual implica la obligación de dar pleno cumplimiento a lo estipulado en dicho instrumento internacional. Aunado a ello, la Constitución Política de 1991, en su artículo 93, establece que los tratados, convenios y pactos internacionales que reconocen derechos humanos prevalecen en el ordenamiento interno (C.P., 1991, art. 93). Este mandato constitucional da origen a la figura conocida como *bloque de constitucionalidad*, el cual es definido por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-225, 1995).

Es así como, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ratifica que aquellos convenios y tratados de derechos humanos suscritos por Colombia hacen parte de la Constitución. Por ende, las leyes internas emanadas por el legislativo no pueden ser contraria a estos. Por lo cual, es posible manifestar que el control de convencionalidad entra al ordenamiento jurídico colombiano gracias a la figura del bloque de constitucionalidad como herramienta de inclusión de las normas y tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno.

3. ARGUMENTOS JURÍDICOS POR LOS CUALES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ES APLICABLE AL MOMENTO EN QUE LOS TRIBUNALES DE ARBITRAJE RESUELVAN CONTROVERSIAS EN COLOMBIA DESDE 1991

A raíz de lo anteriormente mencionado, se tiene claro que no solo la Corte IDH hace un control de convencionalidad a través de sus sentencias, en las cuales declara a los Estados miembros responsables de incumplir la Convención Interamericana, sino que este control también debe ser realizado por todos los jueces, autoridades administrativas vinculadas al poder judicial y los particulares que transitoriamente ejercen funciones jurisdiccionales.

En ese sentido, los árbitros, al estar investidos de la función de administrar justicia, actúan como jueces y resuelven las controversias mediante laudos arbitrales que tienen efectos equivalentes a una sentencia: ponen fin al conflicto, prestan mérito ejecutivo y hacen tránsito a cosa juzgada. De ahí que, si todos los jueces, tanto de la jurisdicción ordinaria como contencioso administrativa, tienen la obligación de ejercer el control difuso de convencionalidad, de la misma manera los árbitros tienen el deber de garantizar que sus decisiones se ajusten a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, asegurando así la protección de los derechos fundamentales. Por ende, el proceso de arbitraje no está exento del cumplimiento de los derechos y garantías consagrados en la Convención Americana y debe desarrollarse conforme a los principios constitucionales del debido proceso, la defensa y la igualdad.

Además, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, consagra en su artículo 104 que el tribunal arbitral tiene el deber de motivar sus laudos, es decir, que deben fundamentar sus decisiones con base en lo previsto en el ordenamiento jurídico y la Constitución (Ley 1563, 2012, art. 104), de la cual hacen parte los tratados internacionales sobre derechos humanos en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad. Por lo cual, al momento de fallar, ya sea en derecho o equidad, los árbitros deben tener en cuenta los convenios ratificados por Colombia, dado que un laudo puede vulnerar derechos humanos o normas convencionales, lo que podría derivar en una responsabilidad internacional del Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por infracción a la Convención Americana o a otros tratados aplicables dentro del sistema interamericano.

En la doctrina, encontramos que es posible acudir ante el sistema IDH cuando un laudo arbitral no se encuentre acorde con la convención. Así, Reyes (2019) manifestó:

Del recorrido jurisprudencial de los distintos tribunales internacionales de derechos humanos, de tribunales arbitrales nacionales e internacionales y de legislaciones de distintos países del mundo se puede concluir que sí es posible que en Colombia y en América Latina exista el mecanismo procesal consistente en poder acudir ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en aquellos casos en que los Estados no hayan garantizado que el derecho nacional sea efectivo y eficaz para fallar laudos arbitrales en armonía con la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos (pp. 186-187).

De ahí que el control de convencionalidad en el proceso arbitral es necesario y pertinente, dado que los árbitros deben actuar conforme a las disposiciones constitucionales y convencionales.

La Ley 1563 de 2012 estipula que frente a los laudos arbitrales solo proceden los recursos extraordinarios de revisión y anulación, cuyas causales son taxativas y se encuentran reguladas en el artículo 41 de la referida norma. Dichas causales se relacionan estrictamente con temas de procedimiento, dejando de un lado aspectos como la vulneración de derechos fundamentales por los laudos arbitrales o que dichos fallos se hayan tomado en contravía de la Constitución y de la Convención, por lo cual es oportuno mencionar cómo se ha pronunciado la Corte Constitucional sobre la idoneidad de estos recursos cuando se encuentra inmersa la vulneración de derechos fundamentales, señalando que:

Dado el carácter extraordinario del recurso de anulación y el alcance restringido de sus causales de procedencia, podría argumentarse que ciertos defectos en los que pueden incurrir los laudos arbitrales no están sujetos al control de la jurisdicción y en esa medida, en algunos eventos, el mecanismo judicial previsto por el ordenamiento se revela ineficaces para la protección de los derechos fundamentales de las partes o de terceros en el proceso arbitral (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, T-972, 2007).

De la misma manera, en la sentencia T-058 de 2009, la Corte señaló lo siguiente:

Entonces, queda claro que en el presente caso el recurso de anulación no es idóneo para obtener la protección constitucional invocada, pues la legislación y la jurisprudencia restringen las facultades del juez que conoce de dicho recurso a la valoración de las causales previstas en las normas que regulan la materia, y a su vez, a las alegadas por el interesado. En esta medida, dada la naturaleza constitucional de la acción de tutela, ésta constituye el único mecanismo susceptible de ser invocado a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados por el Tribunal Arbitral (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, T-058, 2009).

Finalmente, estos argumentos se reiteran en la sentencia T-055 de 2014, a través de la cual la Corte manifiesta que:

Estos mecanismos [recursos extraordinarios] no siempre son idóneos para garantizar los derechos fundamentales de las partes, debido a su naturaleza restringida. Por esta razón, la Corte ha sostenido que la idoneidad de los mecanismos ordinarios de defensa contra violaciones de derechos fundamentales que tienen lugar en laudos arbitrales debe analizarse en cada caso, teniendo en cuenta los recursos judiciales disponibles y los defectos que se atribuyen al laudo (Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión, T-055, 2014).

Por ello, los recursos extraordinarios que proceden contra los laudos son limitados y no siempre idóneos para la protección de los derechos fundamentales. Por lo cual, el tribunal arbitral debe fallar en concordancia con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y, en caso de que durante el proceso arbitral se vulnere algún derecho fundamental, el recurso de anulación se presenta como la etapa procesal oportuna para realizar un control de convencionalidad. Si el laudo no se encuentra acorde con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, podrá ser declarado nulo, evitando de esta manera que las partes tengan que acudir a la acción de tutela o incluso al Sistema Interamericano por la omisión del control de convencionalidad por parte del ordenamiento jurídico interno.

Por tanto, el control de convencionalidad resulta, no solo apropiado, sino obligatorio cuando los tribunales de arbitraje resuelven controversias. Los árbitros deben actuar como jueces convencionales y ejercer un control difuso de convencionalidad, asegurando que sus decisiones estén plenamente alineadas con el derecho internacional de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado en el presente artículo, se puede concluir que el arbitraje en Colombia está fundamentado por el artículo 116 de la Constitución Política, a través del cual se establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros, habilitados por la voluntad de las partes para proferir fallos en derecho o en equidad y dar solución a un conflicto. Dichos fallos tienen las mismas características de una sentencia, por ende, deben estar acordes con los principios constitucionales y convencionales que integran el debido proceso.

De igual manera, a través de la jurisprudencia de la Corte IDH ha surgido el concepto de *control de convencionalidad*, concebido como una herramienta para asegurar la efectividad de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este control se ejerce en dos dimensiones: concentrado, por parte de la Corte IDH; y difuso, por todos los jueces, autoridades y particulares que desempeñen funciones jurisdiccionales. Bajo esta interpretación, se considera que los árbitros, al ejercer una función jurisdiccional reconocida legal y constitucionalmente, están obligados a realizar un control de convencionalidad difuso. Esto implica que deben verificar que las normas internas que aplican en sus decisiones no contradigan lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, puesto que no basta con que sustenten sus decisiones únicamente en el derecho interno; también deben evaluar la compatibilidad de las normas aplicadas con el derecho internacional, en especial con los estándares establecidos por la Corte IDH.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha advertido que los recursos extraordinarios previstos contra los laudos arbitrales, como la anulación o la revisión, no siempre son mecanismos eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales, dada su naturaleza restringida y procedimental. Esta limitación refuerza la necesidad de que el control de convencionalidad sea ejercido directamente por el tribunal arbitral, evitando que los afectados deban acudir a la acción de tutela o, en su defecto, al Sistema Interamericano.

En consecuencia, el control de convencionalidad es plenamente aplicable en el ámbito arbitral colombiano. Los árbitros, en tanto

operadores de justicia, deben asumir la responsabilidad de actuar como jueces convencionales, garantizando que sus decisiones respeten tanto la Constitución como los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano en materia de derechos humanos.

REFERENCIAS:

Benetti, J. (2009). *El arbitraje en el Derecho Colombiano* (3ª ed.). Cámara de comercio de Bogotá.

Cárdenas, J. P. (2019). *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional. Colombia*. Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m1-1.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. [Ley 1563 de 2012]. DO: 48.489

Congreso de la República de Colombia. (12 de septiembre de 1996). Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones. [Ley 315 de 1996]. DO: 42.878

Congreso de la República de Colombia. (21 de marzo de 1991). Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales y se dictan otras disposiciones. [Ley 23 de 1991]. DO: 39.752

Congreso de la República de Colombia. (22 de enero de 2009). Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de Administración de Justicia. [Ley 1285 de 2009]. DO: 47.240

Congreso de la República de Colombia. (7 de julio de 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. [Ley 446 de 1998]. DO: 43.335

Congreso de la República de Colombia. (7 de marzo de 1996). Ley Estatutaria de Administración de Justicia. [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745

- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (3 de febrero de 2014). Sentencia T-055 de 2014 [M.P.: Rojas, A.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (14 de marzo de 2007). Sentencia SU-174 de 2007 [M.P.: Cepeda, M.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (18 de mayo de 1995). Sentencia C-225 de 1995 [M.P.: Martínez, A.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (2 de febrero de 2009). Sentencia T-058 de 2009 [M.P.: Araújo, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión. (15 de noviembre de 2007). Sentencia T-972 de 2007 [M.P.: Sierra, H.].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Cuadernillo de Jurisprudencia No. 17*. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/convencionalidad.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de febrero de 2011). Sentencia Caso Gelman Vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones). [P.: García-Sayán, D.].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de noviembre de 2010). Sentencia Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. [P.: García-Sayán, D.].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de septiembre de 2006). Sentencia Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). [P.: García, S.].
- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República de Colombia. (25 de noviembre de 1991). Por el cual se expiden normas

transitorias para descongestionar los despachos judiciales. [Decreto Ley 2651 de 1991]. DO: 40.177

Presidencia de la República de Colombia. (7 de septiembre de 1998). Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. [Decreto 1818 de 1998]. DO: 43.380

Reyes, C. (2019). El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no ha sido contada. *Revista Derecho del Estado*, (43), 159-190. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5910>

Rincón. E. (2013). ¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: definición, clasificación, perspectiva y alcances. *Revista Iter Ad Veritatem*, 11(11), 197-214. <https://revistas.santototunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/579>

Salcedo, A. (2012). *La autonomía de las partes en el arbitraje ad hoc frente al orden público procesal*. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. https://www.utadeo.edu.co/files/node/publication/field_attached_file/pdf-la_autonomia_de_las_partes-pag.-web-10-15.pdf

MODIFICACIONES DE LA CAPACIDAD DE EJERCICIO DE LOS MENORES ADULTOS, EN LA CONFORMACIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNIONES MARITALES DE HECHO, A PARTIR DE LA SENTENCIA SC 3535 DEL 18 DE AGOSTO DE 2021 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, EN COLOMBIA.

Yesika Tatiana Calderón Benavides

Fecha de recepción: 06 de agosto de 2024.

Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2024.

Referencia: Calderón, Y. (2024). Modificaciones de la capacidad de ejercicio de los menores adultos, en la conformación, disolución y liquidación de uniones maritales de hecho, a partir de la sentencia SC3535 del 18 de agosto de 2021 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Colombia. *Revista Científica Codex*, 10(18), 179-211.

RESUMEN

El presente artículo resultado de investigación, analiza una serie de argumentos constitucionales, doctrinales, legales y jurisprudenciales que permiten establecer que, a partir de la sentencia SC3535 del 18 de agosto de 2021 de la Corte Suprema de Justicia, se genera el inicio de un gran avance de los derechos de los menores adultos en Colombia, al permitir que puedan manifestar su voluntad responsable de conformar una familia y, en este sentido, iniciar una unión marital de hecho de forma libre y voluntaria, sin necesitar la previa autorización de sus padres ni su posterior representación en tramites notariales y de conciliación tendientes a declarar, disolver y liquidar dicha unión, pues se consagra que pueden ejercer su capacidad de ejercicio en razón de ser considerados hijos emancipados.

Palabras clave: capacidad de ejercicio; unión marital de hecho, emancipación de menores de edad.

ABSTRACT

This research-based article analyzes a series of constitutional, doctrinal, legal, and jurisprudential arguments that support the conclusion that, following ruling SC3535 issued on August 18, 2021, by the Supreme Court of Justice of Colombia, a significant advancement in the rights of older minors has begun. This progress allows them to freely and voluntarily express their responsible will to form a family and, consequently, enter into a de facto marital union without requiring prior parental authorization or subsequent representation in notarial and conciliation proceedings aimed at declaring, dissolving, and liquidating such union. This is based on the recognition that they may exercise legal capacity by virtue of being considered emancipated children.

Keywords: legal capacity; de facto marital union; emancipation of minors.

INTRODUCCIÓN

En la legislación colombiana vigente, los menores púberes (mayores de 14 años) se han visto limitados al momento de tomar decisiones de connotación jurídica, puesto que se los ha considerado como incapaces relativos para la ejecución y realización de distintos actos jurídicos y, por tanto, se ha exigido legalmente que actúen por medio de sus representantes legales, esto es, sus padres, salvo algunas excepciones previstas en la ley. De esta forma, en la actualidad no se les ha permitido tener una capacidad de ejercicio que les permita actuar de forma independiente en la toma de sus decisiones y en la iniciación de trámites judiciales, notariales, y/o centros de conciliación como sujetos procesales para llevar a cabo la declaración y liquidación de su unión marital de hecho a nombre propio, ya que para dicho trámite es necesario que sus progenitores se encuentren de acuerdo con ello y accedan a representar legalmente a los menores o exista una sentencia judicial que declare su emancipación.

Dicha situación conlleva una gran dificultad, ya que los menores adultos se ven privados de su derecho a conformar legalmente una familia en libertad, al estar sujetos a la previa aprobación de sus padres para llevar a cabo los trámites legales. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha

abierto las puertas a nuevos escenarios jurídicos para los menores adultos. En esta línea, se ha establecido la necesidad de garantizar una causal de emancipación legal que les permita formalizar una unión marital de hecho, así como extender a dicha figura los beneficios jurídicos previstos para el matrimonio. Esto habilita a adolescentes mayores de 14 años, en ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad y de su derecho constitucional a conformar una familia, a establecer legalmente un tipo de núcleo familiar, como la unión marital de hecho, sin requerir la autorización ni representación de sus padres, y siendo reconocidos como nuevos sujetos procesales en este tipo de acciones judiciales.

Así las cosas, la presente investigación tiene como finalidad analizar los efectos que ha generado la sentencia SC3535 del 18 de agosto de 2021 de la Corte Suprema de Justicia, al autorizar a personas mayores de 14 años para adelantar trámites jurídicos a nombre propio, con el fin de declarar la unión marital de hecho y llevar a cabo la respectiva liquidación de la sociedad patrimonial. El estudio se centra en analizar el impacto a nivel procesal de la decisión y cómo ha influido en el ejercicio de los operadores jurídicos pertenecientes a los centros de conciliación y notarías públicas de las ciudades de Pasto, Cali, Bogotá y Medellín desde el año 2021, en lo atinente al trámite de declaración de la unión marital de hecho.

Para ello, es necesario conocer cómo se regula la unión marital de hecho en Colombia, su definición, elementos y características, cuál ha sido el desarrollo doctrinal en la materia, y determinar cuál es la subregla creada por la Corte Suprema de Justicia en la referida providencia, estableciendo los fundamentos bases para configurarlo.

El presente trabajo se adelanta con el fin de determinar cómo la sentencia en mención ha influenciado la labor de los operadores jurídicos para que los menores adultos conozcan los derechos y beneficios establecidos en la decisión emitida por la Corte Suprema de Justicia y puedan hacer exigibles sus derechos ante las distintas autoridades notariales y/o centros de conciliación, para efectos de declarar la unión marital de hecho.

Para el desarrollo del ejercicio de investigación, se ha decidido implementar el método deductivo, con un enfoque cualitativo y hermenéutico, poniendo de presente acontecimientos de la actualidad. Principalmente, se realizará un análisis, exploración y descripción, para lograr una recopilación

clara de información doctrinal, normativa y jurisprudencial existente en la normatividad nacional, que brinde los fundamentos necesarios para obtener una percepción del nuevo escenario procesal y arribar a una conclusión adecuada.

A continuación, se abordarán dos ejes temáticos por medio de capítulos que permiten al lector tener una contextualización del desarrollo que ha tenido la unión marital de hecho en Colombia, cómo se ha regulado, sus requisitos esenciales y el avance jurisprudencial en la materia, para pueda entender con mayor facilidad la conclusión a la que se ha llegado.

1. LA UNIÓN MARITAL DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

1.1. Fundamentos Constitucionales

La Constitución Política de Colombia de 1991 es la máxima norma del ordenamiento jurídico colombiano. De acuerdo con el artículo 4 superior, es considerada la *norma de normas* (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 4). Su ámbito de regulación abarca, entre otros, lo referente a la protección del núcleo básico de la sociedad: la familia, sus diferentes tipologías y la igualdad de derechos y deberes de las parejas en relaciones de familia (C.P., 1991, art. 42).

Es así como establece que la familia puede constituirse de diversas formas o fuentes, esto es: “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (C.P., 1991, art. 42). Por lo tanto, el reconocimiento se ha extendido a familias sin un vínculo matrimonial, donde solo basta que exista una voluntad responsable de conformarla, la cual, según parámetros jurisprudenciales, se genera de hecho o *de facto* sin ningún tipo de formalidad al momento de iniciar una convivencia singular y permanente (Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión, T-286, 2000). De esta forma, se evidencia que la Constitución Política establece un marco de regulación y protección a la unión marital de hecho.

1.2 Fundamentos legales y jurisprudenciales de la unión marital de hecho

A partir de la Ley 54 de 1990, se dispuso que la unión marital de hecho, como un tipo de fuente de familia, surge a partir del cumplimiento de tres elementos esenciales (Ley 54, 1990, art. 1). Es así como se requiere, en primera medida, que exista la unión de dos personas, las cuales deben acreditar al momento de iniciar dicha unión: (i) no tener un vínculo matrimonial vigente entre los compañeros permanentes, ya que la “unión marital se tipifica como de hecho precisamente porque no proviene de un vínculo constituido solemnemente como el matrimonio” (Parra Benítez, 2017, p. 341) o (ii) por su parte no existir un impedimento para contraer nupcias (Ley 54, 1990, art. 1).

El segundo elemento necesario es que dicha pareja inicie una convivencia de vida, la cual debe caracterizarse por ser permanente y singular (Ley 54, 1990, art. 1). Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la comunidad de vida se refiere a la conducta de la pareja que reafirma la intención de formar familia, que se manifiesta con los hechos, mas no con la voluntad interna, al margen de cualquier tipo de formalismo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1656, 2018).

Por lo tanto, lo sustancial es que exista una convivencia marital en la que primen los sentimientos de solidaridad, fraternidad, socorro mutuo y apoyo entre los compañeros permanentes para afrontar las diversas circunstancias. Adicionalmente, debe existir “el mismo proyecto de vida... , con objetivos comunes, dirigido a la realización personal y en conjunto, y a la conformación de un hogar doméstico, abierto, si se requiere, a la fecundidad” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1656, 2018).

La convivencia generada debe tener una condición de singularidad, esto es, que se comporte como una relación monogámica y exclusiva (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1656, 2018) y, en igual forma, que se encuentre presente un ánimo de permanencia, entendido como:

La estabilidad, continuidad o perseverancia en la comunidad de vida, al margen de elementos accidentales involucrados en su devenir, como acaece con el trato sexual, la cohabitación. Esto es la conjunción de acciones y decisiones proyectadas establemente en el tiempo, que permitan inferir la decisión de conformar un hogar y no simplemente de sostener encuentros esporádicos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC5324, 2019).

Finalmente, se ha resaltado que, el adoptar la decisión de iniciar una vida marital debe venir de una voluntad responsable de conformarla, la cual se genera cuando “la pareja en forma clara y unánime actúan en dirección de conformar una familia, Por ejemplo, disponiendo de sus vidas para compartir asuntos fundamentales de su ser, coincidiendo en metas, presentes y futuras, y brindándose respeto, socorro y ayuda mutua” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC5324, 2019).

1.3. Capacidad de ejercicio en procesos de unión marital de hecho

En este punto, previo a determinar la regulación que ha existido en la materia, es necesario tener presente que los presupuestos procesales que definen si las personas que se encuentran habilitadas para acudir a trámites judiciales, notariales y/o centros de conciliación a declarar su unión marital de hecho, son la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer a un proceso. La Corte Suprema de Justicia ha señalado:

La capacidad de ser parte está ligada a la capacidad jurídica, o sea, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, supeditada a la necesaria existencia, que permite intervenir en el juicio como convocante o convocado, y que de acuerdo al artículo 44 del Código de procedimiento civil, se reconoce a las personas naturales y jurídicas. Ha de destacarse, no obstante, que en modo alguno esta se puede confundir con la capacidad de obrar, referida a la facultad de ejercer derechos y obligaciones sin el auxilio de un tercero, que procesalmente equivale a la capacidad procesal y que determina la posibilidad de realizar actos procesales, directamente o a través del representante o apoderado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021).

Según lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la capacidad de ejercicio se ha establecido como:

La habilidad que la ley le reconoce a aquélla para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. Implica, entonces, el poder realizar negocios jurídicos e intervenir en el comercio jurídico, sin que para ello requiera acudir a otro.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, que es uno de los requisitos para la validez de las declaraciones de voluntad y de los actos jurídicos, hay que decir que, en principio, la tienen todas las personas salvo aquéllas que la

ley declare incapaces (art. 1503 C.C) (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-983, 2002).

En igual sentido, se ha dispuesto que:

La capacidad de ejercicio habilita a la persona para ejercer directamente la titularidad de sus derechos, sin que medie una voluntad de un tercero o sin que se requiera la autorización de la ley para ello. En palabras más concretas, la capacidad de ejercicio es la aptitud que tiene una persona para ejercer autónoma e independientemente sus derechos (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-182-2016).

Así las cosas, la jurisprudencia ha reiterado que, tal como se consagra en el artículo 1503 del Código Civil, existen unas personas consideradas como incapaces, quienes no pueden actuar sin la autorización de otra, por lo que no tienen capacidad de ejercicio (Ley 84, 1873, art. 1503). Entre ellos, se encuentran los menores púberes o menores adultos, conforme a lo prevé el artículo 1504 del Código Civil, definidos según el artículo 34 del referido Código como aquellos que han dejado de ser impúber, esto es que han cumplido catorce años (Ley 84, 1873, art. 34).

Ahora bien, en lo referente a la materia, se tiene que la Ley 54 de 1990 no estableció de forma expresa una regulación respecto a la capacidad de ejercicio y edad que se requiere acreditar para permitir la conformación de una unión marital de hecho. Por tanto, se trata de un vacío legal que es necesario ser analizado en aras de brindar una protección efectiva e integral, pues, a medida que pasa el tiempo, en Colombia se han ido constituyendo diversos tipos de familia entre menores púberes que requieren de una protección integral conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, teniendo en cuenta que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad (C.P., 1991, art. 42). Al respecto, la Corte Constitucional ha referido que “el derecho a conformar libremente una familia es un derecho constitucional fundamental del cual también son titulares los menores de edad, sin perjuicio de que el legislador establezca condiciones para su ejercicio con el fin de proteger al menor” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-507, 2004).

En virtud de dicha omisión legislativa, se ha generado una diversidad de interpretaciones doctrinales respecto a la capacidad y edad que se requiere para conformar este tipo de familia, encontrándose seis posturas:

En la primera postura doctrinal, se encuentran Sánchez, Gutiérrez y Lafont (como se citó en Franco, 2020) los cuales han establecido que se requiere tener capacidad física, sexual y de procreación. Es así como Sánchez (1995, como se citó en Franco, 2020) determina que un requisito indispensable para conformar una unión marital es la capacidad física, la cual, por sí misma, se encuentra correlacionada con la capacidad de procreación. De ahí que el autor afirma que no puede desligarse lo marital de la procreación. Posición reiterada por Gutiérrez (2001), quien determina que, como parte de la legitimación marital, se debe demostrar que existan dos personas de distinto sexo que tengan capacidad sexual. Por su parte, Lafont (2009, como se citó en Franco, 2020) reitera que el carácter marital se otorga por parte de la capacidad sexual, en la cual se tiene en consideración la pubertad de la persona, pues con ello se obtiene la capacidad física para que puedan realizar un acto sexual heterosexual y de esta forma poder procrear.

Una segunda postura, liderada por los doctrinantes Suárez (2006, como se citó en Franco, 2020) y Gutiérrez (2001), determina que, para que surja la unión marital de hecho, las personas requieren acreditar la edad para contraer matrimonio, esto es, 14 años. Al respecto, se ha determinado que la legitimación marital:

Es el poder o potestad para conformarla. Constituye un elemento autónomo; para ello es necesario que exista libertad marital, siendo este uno de los puntos donde mayor vacío dejó la Ley 54 de 1990, toda vez que no dijo quiénes pueden conformar una unión marital. Sin embargo, acudiendo a las normas generales, no queda duda que las personas que pueden conformar una unión marital de hecho, son los plenamente capaces y los relativamente capaces por razón de la edad, ya que éstos últimos pueden contraer matrimonio (pp. 150-151).

Una tercera postura concibe a la unión marital de hecho como un negocio jurídico que requiere la acreditación de la capacidad como requisito de validez. Al respecto, Quiroz (2007, como se citó en Franco, 2020) sostiene que, al tratarse de un negocio jurídico, se debe cumplir cada uno de los requisitos de validez, esto es, que exista una declaración de voluntad, un objeto, una causa y se tenga capacidad. Sobre esta última, dispone que deben ser núbiles, es decir, deben tener la edad de catorce años, puesto que esto “se puede deducir de la remisión del artículo 7 de la Ley 54 de 1990

al 1777 y 140, numeral 2 del Código Civil” (Quiroz, 2007, como se citó en Franco, 2020, p. 117).

Una cuarta postura, contraria a lo referido anteriormente, concibe a la unión marital como un hecho jurídico. Así las cosas, García (2002, como se citó en Franco, 2020) refiere que no es necesario que las personas cumplan con una capacidad determinada por la ley para realizar actos jurídicos y, de esta forma, se genere una consecuencia jurídica. Además, sostiene que, en virtud de que existe una diferencia respecto de los actos contractuales y actos para contraer matrimonio, para iniciar una convivencia marital no es necesario acreditar dicho requisito, pues las uniones entre dos incapaces o entre un capaz y un incapaz son viables (García, 2002, como se citó en Franco, 2020).

En igual sentido, retomando la normatividad existente y su regulación frente a la capacidad, García (2002, como se citó en Franco, 2020) sostiene que:

La ley 54 no tuvo en cuenta la capacidad, por lo tanto, creemos que, si se cumplen los demás requisitos legales, entre ellos surge la sociedad patrimonial así uno o ambos sean incapaces, porque se está regulando un hecho y no un acto jurídico y por lo tanto no podrá aplicarse ninguna nulidad. Los hechos son o no son (p. 124).

Una quinta postura, liderada por los doctrinantes Reyes y Ochoa (2010, como se citó en Franco, 2020) y Bolaños (2011, como se citó en Franco, 2020), establece que la unión marital de hecho debe ser concebida como un acto jurídico, en el cual se requiere la acreditación de la capacidad como requisito de validez, puesto que, a pesar que la Ley 54 de 1990 no reguló la edad, dicho vacío se soluciona:

Acudiendo analógicamente a lo previsto por el Código Civil en su art. 116, modificado por el Decreto 2820 de 1974, esto es, que la pareja o compañeros permanentes hayan alcanzado cada uno por separado, los 18 años de edad, puesto que las razones de hecho que fundan tal disposición, son las mismas que se dan en la unión libre (Reyes y Ochoa, 2010, como se citó en Franco, 2020, p. 118).

Finalmente, una sexta postura establecida por el doctrinante Bolaños (2011, como se citó en Franco, 2020) sostiene que el origen de la unión

marital de hecho deviene de un contrato o un negocio jurídico bilateral. Pero, a diferencia de las mencionadas posturas, establece que es necesario acreditar los dieciocho años, puesto que, al no contar con ello, no podrán celebrar contratos y conformar dicha unión. Así mismo sustenta que, incluso teniendo un permiso de sus progenitores, esto no exime de tal requisito, tal como sí ocurre en el matrimonio (Bolaños, 2011, como se citó en Franco, 2020).

En el mismo sentido, Montoya (2016, como se citó en Franco, 2020) afirma que la excepción para admitir una actuación por parte de incapaces requiere que sea de forma expresa y no por vía de aplicación analógica respecto del matrimonio. Por lo tanto, hasta que ello no ocurra, serán válidas únicamente las uniones de mayores de edad.

De esta forma, Reyes, Ochoa y Bolaños (como se citó en Franco, 2020) sostienen que una consecuencia jurídica que se ocasionaría si no se llega a alcanzar la edad de dieciocho años es la nulidad de la relación marital.

De esta forma, se puede evidenciar que la falta de regulación legal ha conllevado a que exista una pluralidad de percepciones respecto de la capacidad de ejercicio de los menores en los procesos relacionados con la unión marital de hecho. Esto ha generado una incertidumbre a nivel procesal, puesto que la ley existente no otorga suficiente claridad respecto de qué personas pueden acceder a declarar la unión marital y formalizar legalmente este tipo de familia, lo cual pone en total desconocimiento a los menores adultos acerca de los derechos a los cuales pueden acceder.

2. SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON RELACIÓN A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO DE LOS MENORES ADULTOS.

A pesar de la omisión legislativa referida anteriormente, cabe destacar que ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia quien ha iniciado a suplir esa falta de regulación. En el año 2021, la Sala de Casación Civil profirió la sentencia SC3535 del 18 de agosto de 2021, en la cual se analizó el caso de una persona que, desde los 14 años y 8 meses de edad, inicio una relación permanente y singular con su compañera. Al fallecimiento de ella, acudió ante la jurisdicción para declarar dicha unión junto con la sociedad patrimonial conformada, en aras de hacer exigible la protección de sus derechos patrimoniales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021). En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia determinó parámetros importantes que se convierten en un gran avance frente al reconocimiento de los derechos de los menores adultos.

De esta forma, a partir de la providencia en mención, la Corte Suprema de Justicia determinó que la capacidad para asumir las obligaciones derivadas de la unión marital de hecho, se da desde los 14 años de edad, teniendo en consideración la decisión proferida por la Corte Constitucional en sentencia C- 507 de 2004, donde se estandarizó la edad mínima para contraer matrimonio a partir de los 14 años, tanto para los hombres como para mujeres (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-507, 2004), puesto que es razonable:

Por virtud de la progresividad de las facultades morfológicas, físicas, psíquicas y de discernimiento de los adolescentes; por causa del aprendizaje dinámico y del creciente descubrimiento del mundo, como menores adultos, para asumir directamente el ejercicio de derechos y deberes con relación a la formación de una familia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021).

Por lo tanto, se estableció que, en ejercicio del derecho de manifestar su voluntad responsable de conformar una familia establecido en el artículo 42 de la Constitución Política, los menores púberes pueden iniciar una unión marital de hecho sin la autorización de sus padres, por lo que, en el evento en que decidan conformar una familia, no ha de predicarse la ineficacia de la unión marital (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021). Ello por cuanto se estableció que “la voluntad responsable para conformar la unión marital surge de facto y el consentimiento de sus protagonistas aparece implícito. Y si su constitución no se encuentra sujeta a trámites previos, ningún escenario existiría para exigir y diligenciar el referido beneplácito” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021).

Es así como se puede vislumbrar que, a partir de la providencia bajo estudio, se dispone que a los menores adultos se los debe considerar como personas libres y autónomas y, en esa libertad, pueden asumir la voluntad responsable que se requiere para conformar una familia.

Asimismo, en desarrollo de esta postura, la Corte Suprema de Justicia estableció que se debe otorgar un trato similar de la unión marital y el matrimonio de menores púberes, pues así lo refiere la igualdad de derechos y deberes en las relaciones familiares establecido en el inciso 4 del artículo 42 de la Constitución Política. Por tanto, es predicable que se extiendan los

beneficios del matrimonio, más no las sanciones existentes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia precisa que, si bien en el matrimonio se establecen sanciones de tipo económico cuando se efectúa sin la autorización de los padres, ello no es aplicable a la unión marital de hecho, pues el legislador no lo ha establecido así y, tal como lo ha señalado la doctrina, las sanciones no pueden extenderse. Para sustentar esta postura, la Corte Suprema de Justicia se fundamenta en criterios como el de Valencia Zea:

La doctrina estima como ilegítimo el empleo de la analogía cuando se trata de sanciones. Nuestro orden jurídico ha aceptado como regla fundamental el postulado de que sin texto legal claro y preciso no puede existir sanción. Ese postulado tiene vigencia no solo en el derecho penal (*nulla poena sine lege*), sino también en el derecho civil. Todo se reduce a saber qué debe entenderse por sanción en derecho civil. En general, es sanción civil todo perjuicio que haya de sufrir uno de los contratantes. Así, la nulidad de un contrato constituye sanción, pues al ser anulado el contrato, la parte beneficiada de él sufre un perjuicio (Valencia Zea, 1981, como se citó en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021).

Finalmente, para efectos de dar por culminado el debate doctrinario anteriormente referido respecto a la manera en que debe concebirse la unión marital de hecho, esto es, como un acto jurídico, hecho jurídico o negocio jurídico, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que, a partir de las normas existentes se puede crear una propia versión de acto o negocio jurídico. Es así como en el presente asunto se “ha preferido, desde el punto de vista técnico, referir una interpretación del negocio jurídico más que del contrato” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021).

De esta forma, la Corte Suprema de Justicia establece que, al tratarse de un negocio jurídico, al momento en que se carezca de autorización de los padres, esto no generará la existencia de nulidad o inexistencia del acto, pues tal decisión se da en ejercicio de la libertad de las partes de hacer o no hacer algo, como instaurar su familia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021).

Por lo referido anteriormente, es claro determinar que la providencia establece algunos parámetros innovadores en beneficio de los derechos

de los menores adultos en la materia. Así, determina que aquellos pueden manifestar su voluntad responsable de conformar una familia sin requerir la autorización de sus padres y dar inicio a una unión marital de hecho, la cual, posteriormente puede ser declarada, disuelta y liquidada sin la representación de sus padres, al ser considerados como hijos emancipados. Sin embargo, hasta el momento, tales pasos innovadores no son lo suficientemente sólidos como para permitir establecer tal decisión como una sub regla jurisprudencial, siendo un ideal para que los operadores judiciales acaten obligatoriamente lo manifestado.

3. EFECTOS DE LA PROVIDENCIA Y SU INFLUENCIA EN AUTORIDADES NOTARIALES Y CENTROS DE CONCILIACIÓN

Frente a la decisión adoptada, es posible determinar que nos estamos enfrentando a una nueva causa de emancipación de los menores, lo cual puede generar un gran avance a nivel procesal, pues se empieza a establecer una capacidad de ejercicio de los menores adultos de forma progresiva, quienes se han visto limitada su actuación en procesos judiciales, notariales y centros de conciliación debido la falta de capacidad. Ello permitirá que, progresivamente, se empiecen a constituir como un sujeto procesal exclusivamente en este tipo de procesos.

Ha sido la Corte Suprema de Justicia quien, tras valorar que es razonable considerar “la progresividad de las facultades morfológicas, físicas, psíquicas y de discernimiento de los adolescentes; por causa del aprendizaje dinámico y del creciente descubrimiento del mundo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021), ha señalado que es posible reconocer progresivamente derechos que les permitan tomar decisiones tan importantes como la de conformar un núcleo familiar.

Al respecto, retomando la necesidad existente de determinar la capacidad de ejercicio de los menores de edad para dar trámite a este tipo de procesos declarativos de unión marital de hecho, doctrinantes como Chacón (2008, como se citó en Franco, 2020) han establecido que:

Si bien un acceso irrestricto al órgano jurisdiccional puede ir en contra del mejor interés de los menores de edad, sí deben existir escenarios en los que estos puedan gozar de capacidad procesal para intervenir personalmente ante la jurisdicción y no por medio de representante, pues, como el mismo autor indica, la capacidad procesal en el proceso de familia, debe ser

determinada de una manera distinta a la forma en que tradicionalmente se ha realizado en el derecho procesal civil. Se considera que en un escenario como el del reclamo de los derechos derivados de una unión marital de hecho, debería dotarse a los menores de edad de la posibilidad de acudir por sí mismos al escenario judicial para pretender la vindicación de sus derechos (pp. 130-131).

La decisión innovadora de la Corte Suprema de Justicia permitirá que se vayan sentando las bases para que, a futuro, se consolide un precedente jurisprudencial que considere a los menores adultos como personas capaces de adquirir derechos y contraer las obligaciones derivadas de la unión marital de hecho, sin que sea necesario que previamente adelanten trámites adicionales como el de obtener su emancipación.

Es de recordar que, conforme a la normativa vigente, el artículo 314 del Código Civil establece como causal de emancipación legal el hecho de que el menor contraiga matrimonio, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo en mención. Sin embargo, esta disposición no contempla expresamente la unión marital de hecho como una causal equivalente (Ley 84, 1873, art. 314). Es la providencia bajo estudio la que ha establecido que (i) el ordenamiento jurídico habilita a los menores adultos a unirse y conformar una familia, y “por ello, justamente, pueden obtener la emancipación” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021), (ii) la Corte Suprema estableció que se debe otorgar un trato similar a la unión marital y el matrimonio de menores adultos, pues así lo refiere la igualdad de derechos y deberes en las relaciones familiares establecido en el artículo 42 inciso 4 de la Constitución Política. Por tanto, es predicable que se extiendan los beneficios del matrimonio a la unión marital de hecho, mas no las sanciones existentes, permitiendo que la unión marital de hecho se constituya como una causal de emancipación de los menores adultos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3535, 2021).

Tal efecto se ocasionaría, puesto que, tal como se ha establecido, la emancipación de los menores genera que “el menor queda con capacidad plena, esto es capacidad de goce de sus derechos, así como capacidad de ejercicio, lo que permite habilidad negocial y, en general, la posibilidad de celebrar cualquier acto jurídico” (Ortegón, como se citó en Portafolio, 2021, párr. 5). De ahí que tendrá la capacidad suficiente para celebrar trámites judiciales tendientes a declarar su unión marital, disolverla

y liquidar la sociedad patrimonial que se haya conformado, sin que sea necesario que obtener la previa autorización y posterior representación de sus padres, pues se encontrarán habilitados para realizar este tipo de trámites declarativos y liquidatarios a nombre propio, ostentando una plena capacidad de ejercicio.

Al respecto, cabe precisar que, si bien en la actualidad tal providencia ha sido la única en la historia de Colombia en la materia, se ha constituido como una providencia innovadora que ha empezado a sentar parámetros importantes para que a futuro se inicie a consolidar un importante precedente jurisprudencial, lo cual ha permitido que entidades como la Superintendencia de Notariado y Registro acaten tal postura y avalen la capacidad de ejercicio otorgada a los menores adultos. Es así como esta entidad refirió que, con base en dicha providencia, se deben reconocer los derechos del artículo 42 superior a la unión marital de hecho, validando que exista el consenso de la pareja y que no se trate de menores de 14 años (Superintendencia de Notariado y Registro, 2022).

Así mismo, precisó que los menores adultos deben cumplir el requisito previsto en el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, referente a que hayan transcurrido mínimo 2 años de convivencia, por lo que, en ese orden de ideas, el solicitante debe ser una persona con 16 años de edad (Superintendencia de Notariado y Registro, 2022).

Ahora bien, respecto al requisito de probar la emancipación de los menores para acudir a este tipo de tramites, la Superintendencia manifestó que no es necesario, teniendo en cuenta que la emancipación surge *ipso facto* en virtud de la decisión de convivencia prevista en la Ley 54 de 1990, siendo una autodeterminación del individuo no prevista en los eventos consagrados por el artículo 312 del Código Civil (Superintendencia de Notariado y Registro, 2022).

Finalmente, la Superintendencia reconoció que la actividad notarial no se encuentra regida únicamente por la aplicación estricta de las normas, sino que debe recoger aquella jurisprudencia que “haya definido en el desarrollo, protección y salvaguarda de los derechos individuales, colectivos y fundamentales de la persona, para proveer la fe pública en aquello que no sea contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres” (Superintendencia de Notariado y Registro, 2022).

Es dable destacar lo referido por la Superintendencia, quien manifestó que el notario no solo debe registre a las reglas establecidas, sino también acogerse a la jurisprudencia que desarrolle tales postulados para efectos de proteger los derechos individuales de la persona, pues ello permitirá que se avance progresivamente en el reconocimiento de los derechos de los menores adultos (Superintendencia de Notariado y Registro, 2022).

La mencionada disposición ha sido acatada por distintas autoridades notariales alrededor de Colombia, lo cual permite vislumbrar que los efectos ocasionados por la providencia de la Corte Suprema de Justicia son de tal magnitud que, a pesar de que no existe una disposición legal expresa que avale tal postura, las autoridades públicas acatan lo dispuesto en ella. Esto ha permitido que los menores adultos puedan acudir en nombre propio a efectuar el trámite notarial de declaración de su unión marital de hecho, previo al cumplimiento de los requisitos dispuestos por el concepto de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Sin embargo, caso contrario ocurre frente a los tramites adelantados ante centros de conciliación, pues la autoridad en la materia, el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, refirió que no es posible que se acoja tal disposición. Al efecto, expresó:

Ahora bien, respecto de la posibilidad que dos menores púberes (mayores de 14 años y menores de 18 años) se presenten a un centro de conciliación en derecho a declarar una unión marital de hecho, se advierte que quien acuda en calidad de convocante o convocado a celebrar o solicitar una audiencia de conciliación, además de tratarse de hechos que puedan ser objeto de conciliación, es decir transigibles, desistibles o conciliables; las partes deben gozar de la capacidad legal o jurídica para actuar (Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, 2022).

En este sentido, se hará referencia al concepto remitido por la Dirección de Métodos Alternativos y de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia y del Derecho, mediante oficio MJD-OFI22-0003292 del 23 de febrero de 2022, en el cual se señaló:

En lo relacionado con los conciliadores en derecho o en equidad, a éstos no les está dado entrar en interpretaciones jurisprudenciales ni desarrollar funciones jurisdiccionales, pues deberán ajustarse a la legislación que

les ha sido establecida para su ejercicio en la facultad de conciliar. Quien acuda en calidad de convocante o convocado a celebrar o peticionar una audiencia de conciliación, además de tratarse de hechos que puedan ser objeto de conciliación, es decir transigibles, desistibles o conciliables, las partes deben gozar de la capacidad legal o jurídica para actuar. En el caso objeto de consulta, deberán entonces presentar al Centro de Conciliación o al Conciliador como mínimo la evidencia del registro del acto jurídico que le otorga la emancipación, toda vez que el Conciliador no goza de facultades para modificar el estado civil de las personas, y menos si es originado en un hecho jurídico alejado del documento que lo establece, como es el registro civil en que debe constar la anotación del estatus de la unión marital de hecho como fuente del derecho (Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, 2022).

De ahí, se puede evidenciar que, a pesar de que algunas autoridades administrativas han acatado lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, también existen otras que desconocen los parámetros establecidos en consideración a lo ya referido: que el legislador no ha previsto dentro de las causales de emancipación legal la unión marital de hecho y, por lo tanto, no es dable que una autoridad judicial así lo determine. Sin embargo, al actuar de esta forma, se está desconociendo que, tal como lo ha previsto la Corte Constitucional, las autoridades de carácter administrativo:

Se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que, como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-539, 2011).

Por este motivo, se debe exigir a las autoridades administrativas que acaten lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia que, al ser el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, ha dispuesto un precedente jurisprudencial que reconoce y garantiza los derechos de los menores adultos en materia patrimonial. No siendo posible que realicen interpretaciones contrarias que desconozcan el avance en la protección de los derechos de los menores adultos.

Al respecto, ha de reconocerse la valiosa labor de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien, por medio de su centro de conciliación acata la

postura de la Corte al establecer que “en efecto puede los menores pueden acudir a nombre propio” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2022). De igual forma, la labor de la Cámara de Comercio de Medellín, quien, a través de sus centros de conciliación, avala la posición de la Corte al disponer que “será procedente la declaración de la unión marital de hecho entre personas mayores de 14 años través de Acta de Conciliación” (Cámara de Comercio de Medellín, 2022).

CONCLUSIONES

En la legislación colombiana vigente, los menores púberes (mayores de 14 años) se han visto limitados al momento de tomar decisiones de connotación jurídica, pues se los ha considerado como incapaces relativos para la ejecución y realización de distintos actos jurídicos. Por lo tanto, se ha exigido legalmente que actúen por medio de sus representantes legales, es decir, sus padres, salvo algunas excepciones previstas en la ley.

De esta forma, en la actualidad no se les ha reconocido la capacidad de ejercicio para actuar de forma independiente en la toma de decisiones y en la iniciación de trámites judiciales, notariales, y/o en centros de conciliación como sujetos procesales para llevar a cabo la declaración de su unión marital de hecho y la consecuente disolución y liquidación de la sociedad patrimonial a nombre propio. Esto obedece a la consideración persistente de que dicho trámite requiere la aprobación de sus progenitores, quienes deben asumir su representación legal, o en su defecto, la existencia de una sentencia judicial que declare su emancipación.

Sin embargo, el avance jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en el año 2021, a través de la sentencia SC3535, ha abierto las puertas a nuevos escenarios jurídicos para los menores adultos, al disponer que es viable permitir que niños y niñas mayores de 14 años, en desarrollo de su libre desarrollo de la personalidad y en ejercicio de su derecho a conformar una familia, puedan establecer de forma libre y voluntaria una unión marital de hecho sin la autorización de sus padres. De esta manera, se creó una postura innovadora que empieza a avalar la existencia de una capacidad de ejercicio para ellos, pues se dispone que cuando adopten este tipo de decisiones, se constituye una causal para su emancipación. Ello los habilita directamente para que puedan actuar por sí mismos ante instancias

judiciales, notariales y/o centros de conciliación para solicitar la declaración de su unión y la consecuente liquidación de la sociedad patrimonial que se genere.

Es así como, a pesar de que no existe en la actualidad una regulación legal que habilite a los menores adultos a realizar dichos actos, dicho vacío se reguló a través de la jurisprudencia, generando una mayor protección de los derechos de los menores adultos.

No obstante, para efectos de que la loable labor de la Corte Suprema de Justicia se materialice y garantice tales derechos, se requiere el cumplimiento de tal disposición por parte de todas las autoridades administrativas, quienes se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por la Alta Corte de la jurisdicción ordinaria, no siendo posible que realicen sus propias interpretaciones y desconozcan los derechos de los menores adultos reconocidos en la providencia analizada.

REFERENCIAS

- Cámara de Comercio de Bogotá. (2022). *Respuesta petición CAS-81686-X5L8Y1*
- Cámara de Comercio de Medellín. (2022). *Respuesta petición 202230002481*
- Congreso de la República de Colombia. (26 de mayo de 1873). Código Civil. [Ley 84 de 1873]. DO: 2.867
- Congreso de la República de Colombia. (28 de diciembre de 1990). Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. [Ley 54 de 1990]. DO: 39.615
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (13 de abril de 2016). Sentencia C-182 de 2016 [M.P.: Ortiz, G.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (13 de noviembre de 2002). Sentencia C-983 de 2002 [M.P.: Córdoba, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (25 de mayo de 2004). Sentencia C-507 de 2004 [M.P.: Cepeda, M.].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (6 de julio de 2011). Sentencia C- 539 de 2011 [M.P.: Vargas, L.].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión. (13 de marzo de 2000). Sentencia T-286 de 2000 [M.P.: Hernández, J.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (11 de marzo de 2021). Sentencia SC3535 de 2021 [M.P.: Tolosa, L.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (21 de marzo de 2018). Sentencia SC1656 de 2018 [M.P.: Tolosa, L.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (6 de diciembre de 2019). Sentencia SC5324 de 2019 [M.P.: Quiroz, A.].

Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. (23 de febrero de 2022). *Oficio MJD-OFI22-0003292*.

Franco, J. D. (2020). *La capacidad en la unión marital de hecho. Una reflexión sobre la familia delineada por el poder*. Universidad de Antioquia. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/server/api/core/bitstreams/047a4c36-8633-4405-9d38-5678160f98be/content>

Gutiérrez, C. E. (2001). La unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales. *Revista de Derecho Privado*, (7), 147-166. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/646/610>

Parra, J. (2017). *Derecho de familia*. Temis.

Portafolio. (2021, 24 de junio). *¿Tiene conocimiento sobre qué es la emancipación?* <https://www.portafolio.co/mas-contenido/tiene-conocimiento-sobre-que-es-la-emancipacion-553272>

Superintendencia de Notariado y Registro. (2022). *Respuesta petición SNR2022EE039181*.

AGRADECIMIENTOS

Me permito extender mis mayores agradecimientos a mi casa de estudios, la Universidad de Nariño, por permitirme trazar y alcanzar un logro académico y profesional, como lo es la presente especialización, la cual me permitirá enfocar mi labor con un mayor sentido social, ético y profesional. A mis compañeros que conformaron mi equipo de trabajo con quienes desarrollé

arduas jornadas de trabajos, siempre en busca de los mejores resultados. Pero sobre todo a los docentes de la presente especialización quienes, con sus enseñanzas y experiencias de vida, forjaron en mí una gran capacidad de aprendizaje que sin duda alguna se reflejará en mis labores futuras. Siempre exaltando el honor de pertenecer a esta alma mater.

CARACTERIZACIÓN DE LOS TIPOS DE VIOLACIONES A DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS QUE ENFRENTAN LAS LIDERESAS RURALES SON RESPECTO AL EJERCICIO DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL MARCO DEL POST ACUERDO EN POLICARPA NARIÑO DURANTE LOS AÑOS 2019 A 2020.

**Evelin Daniela Rosero Herrera
Alexandra Katerine Guadir Hurtado**

Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2023.

Fecha de aceptación: 22 de febrero de 2024.

Referencia: Rosero, E. & Guadir, A. (2024). Caracterización de los tipos de violaciones a derechos civiles u políticos que enfrentan lideresas rurales son respecto al ejercicio de la participación política en el marco del post acuerdo en Policarpa Nariño durando los años 2019 a 2020. *Revista Científica Codex*, 10(18), 212-258.

RESUMEN

En esta investigación se aborda la caracterización de las violaciones a derechos civiles y políticos que enfrentaron las lideresas rurales del municipio de Policarpa, Nariño, en el post acuerdo durante los años 2019 y 2020. Para estos efectos, se empleó un enfoque cualitativo. Se aplicaron y analizaron entrevistas a lideresas de esta región que fueron contrastadas con normativas nacionales e internacionales, informes de organizaciones como la MAPP-OEA y CODHES, así como datos territoriales específicos.

Los resultados permitieron identificar dos tipos de violencia. El primero, relacionado con los actores armados y el Estado, incluye desplazamiento forzado, violencia sexual y amenazas. El segundo se encuentra asociado a la violencia intrafamiliar y comunitaria, como

discriminación por roles de género y orientación sexual. Adicionalmente, se evidenció la falta de políticas públicas efectivas y la desprotección institucional, lo que obstaculiza la participación política de las mujeres.

Se concluye con la necesidad de implementar medidas de protección con un enfoque de género, tales como el fortalecimiento de redes de apoyo como la Mesa de Mujeres de Policarpa. Finalmente, este estudio aporta una perspectiva focalizada en las violencias sistémicas que afectan a las lideresas rurales, quienes desempeñan un papel clave en la construcción de paz.

Palabras clave: conflicto armado; derechos humanos; lideresas rurales; post acuerdo; violencia.

ABSTRACT

This research addresses the characterization of violations of civil and political rights experienced by rural women leaders in the municipality of Policarpa, Nariño, during the Post-Agreement period between 2019 and 2020. A qualitative approach was employed for this purpose. Interviews were conducted and analyzed with women leaders from the region, and the results were contrasted with national and international legal frameworks, reports from organizations such as MAPP-OAS and CODHES, as well as specific territorial data.

The findings identified two types of violence. The first, linked to armed actors and the State, includes forced displacement, sexual violence, and threats. The second is associated with domestic and community violence, including discrimination based on gender roles and sexual orientation. Furthermore, the study revealed a lack of effective public policies and institutional neglect, which serve as barriers to women's political participation.

The study concludes with the need to implement protective measures with a gender-based approach, such as strengthening support networks like the Mesa de Mujeres de Policarpa. Ultimately, this research offers a focused perspective on the systemic violence affecting rural women leaders, who play a key role in peacebuilding.

Keywords: armed conflict; human rights; rural women leaders; post-agreement; violence.

INTRODUCCIÓN

En esta investigación, se toma como punto de partida el acuerdo final para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, firmado entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército Popular (FARC-EP), cuyo propósito principal gira en torno a la terminación del conflicto armado. Dentro de la negociación, se tuvieron en cuenta seis puntos que pretenden impulsar las alternativas propicias para cimentar las bases de una nueva sociedad desde un enfoque colectivo de paz: Reforma rural integral; Participación política; Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y la Dejación de las Armas; Solución al Problema de las Drogas Ilícitas; Víctimas; y Mecanismos de implementación y verificación (Gobierno Nacional de Colombia y FARC-EP, 2016).

Posterior a la firma, se dio inicio al periodo del post acuerdo, tiempo durante el cual el país busca la superación del conflicto armado, lo que puede traducirse en la reducción de actos de violencia relacionados con el mismo. La participación femenina en el marco del postconflicto es indudable. Las mujeres han participado activamente en la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET); han defendido causas feministas y medioambientales; han denunciado actos de discriminación y Violencia Basada en Género (VBG); se han postulado en una gran cantidad a cargos de elección popular y han creado e incentivado grupos y asociaciones tendientes a velar por sus derechos. Sin embargo, las lideresas sufren constantemente ataques violentos que impiden el disfrute de sus derechos humanos, civiles y políticos.

Desde este punto de vista, es necesario caracterizar las formas de violencia que enfrentan las lideresas rurales bajo el marco del post acuerdo como primer paso para desnaturalizar la existencia de actos de perpetuación violenta heterogéneos, dirigidos al detrimento de los derechos de las mujeres como medio para la eliminación de alternativas políticas. Esto permite que, por medio de la teoría sociológica y jurídica, se procure conocer las herramientas legales de las que disponen como un posible medio para reivindicar sus derechos.

La determinación de las tipologías de violencia hacia las lideresas rurales y la identificación de sus derechos en el escenario del post acuerdo

permite reorientar la democracia, en tanto que las mujeres víctimas son el eje central de la reconciliación y la reconstrucción social. Su reconocimiento firme, su participación activa dentro de los procesos de implementación del acuerdo y la identificación plena de las barreras para el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, son elementos fundamentales para contrarrestar los impactos de la problemática histórica del conflicto armado y sus causas estructurales (Blandón, 2021).

Según lo establecido en la Ley 731 de 2002, el término “mujer rural” abarca tanto a mujeres campesinas, como afro e indígenas que no poseen tierras, o que las poseen, pero no de forma suficiente (Ley 731, 2002). Necesariamente, realizan actividades que tengan que ver directamente con lo rural, aunque tales actividades no estén reconocidas o no sean remuneradas (Ley 731, 2002, art. 2). Sin embargo, ley en mención no satisface las necesidades reales que la mujer rural acarrea como sujeto de derecho, pues el sistema de información manejado carece de especificidad y de políticas públicas integrales, generando así una mera expectativa susceptible de caer en la ineffectividad del ejercicio de sus derechos, entre ellos, el de participación política, que será objeto de estudio en el presente trabajo.

Es un hecho notorio que el ejercicio pleno de este derecho se ha visto truncado para la mujer rural, principalmente por actos de violencia y por la ausencia o débil existencia de garantías legales vigentes. Por ello, el segundo punto del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera busca que la participación política de las mujeres sea un derecho asequible y que se brinden garantías para efectivizar el diálogo con las autoridades. De igual forma, busca promover la constitución de organizaciones de mujeres y su protección individual y colectiva, especialmente de las lideresas sociales cuya seguridad personal y familiar haya sido puesta en condiciones de riesgo (Gobierno Nacional de Colombia y FARC-EP, 2016).

Es así como, por medio de un enfoque de género, se tomó como escenario de desarrollo de la investigación el municipio de Policarpa, ubicado en el departamento de Nariño. La población con la que se adelantó el trabajo de investigación fue la de las lideresas rurales, quienes se han visto particularmente afectadas por el accionar de grupos al margen de la ley y la ausencia de instituciones estatales que las protejan.

La realidad indica que las posibilidades que han tenido en cuanto a incidencia política son limitadas. Además, se traducen en constantes luchas, cuya puesta en práctica les ha costado hasta la vida en múltiples ocasiones. Todo esto ocasionado por el yugo del olvido y de la discriminación al que han estado sometidas.

Por lo anterior, la presente investigación se orientará hacia el estudio de los avances en materia de derechos para las lideresas rurales que ha traído el acuerdo, así como la determinación de los obstáculos que enfrentan con respecto al ejercicio de la participación política en el marco del post acuerdo, caracterizando, a su vez, los tipos de violencia que recaen sobre sus derechos políticos, civiles y sociales.

Esta investigación considera que las lideresas rurales encarnan el núcleo de estudio y la matriz de una memoria histórica. Por ello, el estudio reviste un carácter cualitativo con perspectiva histórico-hermenéutica, centrado en analizar las violencias contra lideresas rurales como fenómeno social complejo. En ese sentido, se realizaron entrevistas semiestructuradas aplicadas a 15 lideresas de la Mesa de Mujeres de Policarpa (2019-2020). Los ejes temáticos abordados fueron: tipos de violencia vividos, obstáculos para participación política y mecanismos de autoprotección.

Así las cosas, se realizaron varios encuentros con ellas y con distintas organizaciones de mujeres de Policarpa, donde pudieron narrar sus experiencias y necesidades frente a una época de postconflicto que problematiza el ejercicio de su derecho a ser partícipes de escenarios políticos, tanto por la incertidumbre del cumplimiento del acuerdo de paz como por la desprotección y reincidencia de patrones de violencia sistemática que generó el gobierno de Iván Duque, posesionado en el año 2018.

Es claro que las libertades de estas mujeres han sido vulneradas, sobre todo cuando su integridad física, su seguridad, su opinión, expresión y circulación son el núcleo de sus derechos civiles y, sin embargo, les son trasgredidos.

Es preocupante que, “del total de defensores asesinados desde la firma de los Acuerdos de Paz, más de 300 según Indepaz, el 20% ha sido contra lideresas” (Gutiérrez, 2018, párr. 3). Las mujeres rurales están siendo objeto de esta revictimización. Por ello, la presente investigación se realizó

en colaboración con organismos como la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos (MAPP/OEA), en el transcurso del año 2019 a 2020.

No obstante, toda la priorización que el Acuerdo determina para la mujer rural no implica una certeza absoluta de su cumplimiento. Según el informe del Instituto Krock de la Universidad de Notre Dame, ONU Mujeres, la Embajada de Suecia y la Federación Democrática Internacional de Mujeres (como se citó en *El Tiempo*, 2018), durante el periodo 2016-2018, el 51% de los compromisos con enfoque de género no habían empezado a andar, el 38 % están mínimamente implementados; el 7% habían alcanzado un nivel intermedio de implementación y solo el 4% de los compromisos, es decir, 5 de 130, se habían implementado completamente.

El periodo analizado (2019-2020) coincide con los primeros años del gobierno de Iván Duque, marcado por la desaceleración en la implementación del Acuerdo de Paz. Según el informe del Instituto Krok de la Universidad de Notre Dame, ONU Mujeres, la Embajada de Suecia y la Federación Democrática Internacional de Mujeres (como se citó en *El Tiempo* 2018), únicamente el 4% de los compromisos con enfoque de género se habían cumplido plenamente para 2018, frente al 51% que ni siquiera había iniciado. Esta lentitud se agravó con políticas como el recorte presupuestal a los PDET y la militarización de territorios que aumentaron la vulnerabilidad de las lideresas al priorizar enfoques de seguridad sobre garantías sociales. Así, durante la investigación, el contexto nacional explica la persistencia de violencias sistémicas en Policarpa en parte.

Actualmente, el carácter vinculante de dicho Acuerdo queda en vilo, más aún cuando el blindaje jurídico del que revestía ha sido desconocido por un gobierno que impone reformas arbitrarias encaminadas a la impunidad y al menoscabo de garantías para la reparación y la no repetición. Es por esta razón que se investigó hasta qué punto es válida la exigibilidad del cumplimiento del acuerdo en beneficio de las mujeres rurales víctimas del conflicto armado y, además, qué otros mecanismos son procedentes para reclamar el restablecimiento de sus derechos tanto en instancias nacionales como internacionales.

Históricamente, estos grupos de mujeres han sido discriminados (Cristiano y Vargas, 2024). De ahí proviene la importancia de que su

participación en la reivindicación de sus derechos civiles, políticos y sociales sea activa y real; que no se limite a una cuota obligatoria de personas o su sola presencia, sino que, por el contrario, actúen realmente como lideresas dentro de los procesos políticos; que se realicen propuestas en beneficio exclusivo de estos grupos marginados para salvaguardar sus derechos.

En suma, este trabajo investigativo se enfoca en la determinación de la tipología de violencias que enfrentan las lideresas rurales de Policarpa Nariño, develando las características de los obstáculos existentes ante el ejercicio del derecho a la participación política y analizando las herramientas legales que podrían ejercer para reivindicar sus derechos en contextos hostiles.

1. TIPOLOGÍAS DE LAS VIOLENCIAS QUE ENFRENTAN LAS MUJERES RURALES

Históricamente, las mujeres han sido víctimas de innumerables vejámenes ejercidos especialmente sobre ellas (Cristiano y Vargas, 2024). La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer establece que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (Organización de Estados Americanos [OEA], Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994, art. 1).

En Colombia, el 75,6% de los casos de violencia de género reportados al Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública (SIVIGILA) durante al año 2024 se presentaron en mujeres (Instituto Nacional de Salud, 2024). lo cual deja en evidencia la constante vulnerabilidad a la que las mujeres se encuentran sometidas y la percepción generalizada de que ser mujer en Colombia es peligroso.

Ahora bien, en el contexto del conflicto armado en Colombia, la mujer ha sido particularmente vulnerable. En consecuencia, se ha convertido en un blanco de mayores transgresiones de Derechos Humanos (DDHH) y del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Por ello, es importante reconocer que los delitos cometidos con ocasión del DIH tienen una valoración más grave y, por tanto, acarrear penas más arduas para sus perpetradores.

Debido a lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de una violación masiva y repetitiva de los DDHH de la población desplazada. Además, reconoció que la ausencia de políticas que regulen esta problemática favorece la progresión de las violaciones de derechos (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, T-025, 2004).

En este sentido, la Corte Constitucional libró unos autos de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, con el objetivo de superar el estado de cosas inconstitucional. Entre los mencionados, se encuentra el Auto 092 de 2008, cuya finalidad apunta a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado en Colombia. Este auto resalta unos “patrones de violencia y discriminación de género de índole estructural en la sociedad colombiana” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Auto 092, 2008) como elementos del conflicto armado que afectan a las mujeres de forma diferencial y desproporcionada. Aquí es donde se encuentra la primera tipología de violencia, tal como se indica en la siguiente tabla:

TABLA 1.

Primer grupo de tipologías de violencia. Tipologías de violencia determinadas por la Corte Constitucional

Tipo de vulneración	Descripción
<i>1. Abuso sexual, prostitución forzada, esclavitud sexual o la trata de personas con fines de explotación sexual.</i>	
i. Violencia de género comunitario	Violencia intrafamiliar y comunitaria motivada por razones de género.
ii. Derechos sexuales y reproductivos	Negación del acceso a la salud, especialmente en niñas, adolescentes, gestantes y lactantes.
iii. Condiciones de vida indignas para madres cabeza de hogar	Carencias materiales agravadas en casos de mujeres con hijos pequeños, con discapacidad o adultas mayores.
iv. Acceso a la educación	Barreras estructurales para ingresar y permanecer en el sistema educativo.

v. Inserción económica	Obstáculos para acceder a empleo digno, oportunidades productivas y autonomía financiera.
vi. Explotación laboral y doméstica	Incluye trata de personas con fines de explotación económica.
vii. Acceso a la tierra y patrimonio	Dificultades en el acceso a la propiedad y protección patrimonial, especialmente en contextos de retorno o reubicación.
viii. Discriminación étnica	Casos de discriminación agravada en mujeres indígenas y afrodescendientes desplazadas.
ix. Violencia contra lideresas	Agresiones contra mujeres líderes o visibles por su trabajo en DDHH, comunitario o político.
x. Discriminación en lo público y político	Exclusión de espacios de participación y toma de decisiones.
xi. Desconocimiento de derechos como víctimas	Negación del acceso a verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Nota. Tabla realizada con información de Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Auto 092 (2008).

De forma reiterativa, en la sentencia C-203 de 2005 se identifican los tipos de violencia que sufren específicamente las niñas víctimas del conflicto, entre ellas, la “violencia sexual, prostitución forzada y esclavitud sexual sistemáticas por parte de sus superiores” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-203, 2005).

Según Caicedo (2009), existen unas finalidades por las cuales se ha ejercido violencia, entre las cuales se encuentra la de lesionar, aterrorizar y debilitar al enemigo. Éstas configuran el segundo grupo de tipologías de violencia de esta investigación, las cuales se citan a continuación:

TABLA 2.

Segundo grupo de tipologías de violencia

Tipo de violencia	Descripción breve
Dominar	Violencia para imponer superioridad y obediencia mediante el uso de armas.

Regular	Sanción a mujeres que desobedecen normas impuestas por actores armados.
Callar	Intimidación para frenar labores de denuncia o exigencia de derechos.
Obtener información	Violencia para obtener información sobre otros actores o movimientos.
Castigar	Retaliación por vínculos reales o percibidos con enemigos.
Expropiar	Despojo forzado de tierras y bienes mediante desplazamiento.
Exterminar	Eliminación de grupos sociales, políticos o de oposición.
Recompensar	Premio o incentivo por actos violentos cometidos con éxito.
Cohesionar	Violencia interna en grupos armados para mantener disciplina patriarcal.

Nota. Tabla realizada con información de Caicedo (2009).

2. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN TIEMPOS DE GUERRA: ANÁLISIS A TRAVÉS DE ESTUDIO DE CASO POLICARPA

En tiempos de guerra, la violencia ejercida contra las mujeres ha sido utilizada como arma de exterminio, de tortura, y genocidio; implementada con estrategias macabras e invisibilizada al momento de judicializarla.

Estos tipos de violencia contra la mujer se han ejercido de manera sistemática, generalizada y con conocimiento de dicho ataque. En el caso contra Jean Paul Akayesu, llevado a cabo por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el concepto de “generalizado” se entiende como “masivo, frecuente, a gran escala, realizado colectivamente con seriedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas” (Ambos, 2012, p. 8); y el concepto de “sistemático” puede definirse como “bien organizad[o] y siguiendo un patrón regular sobre la base de una política común envolviendo recursos importantes, públicos o privados” (Ambos, 2012, p. 8).

Notoriamente, dentro de las formas de violencia ejercidas contra las mujeres rurales en Colombia, las anteriores precisiones han sido cumplidas.

Particularmente cuando dichas mujeres son lideresas sociales que buscan construir el bienestar de su comunidad a través de la participación en escenarios sociales y políticos a pequeña y gran escala; y en el proceso del desempeño de su rol, se han convertido en víctimas de ciertas violencias que lesionan gravemente sus derechos. “La sistematicidad de los crímenes se percibe desde lógicas territoriales: hay una concentración de los crímenes en determinadas regiones y subregiones del territorio nacional en dónde los riesgos para el liderazgo son mucho mayores” (Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento [CODHES], 2019, p. 6).

Entre estos crímenes se encuentran la violencia psicológica, física o sexual, la tortura y el homicidio, motivados por factores como la orientación sexual, el activismo social o vínculos percibidos con actores armados. Estos patrones, aunque compartidos en regiones con conflicto, adquieren matices territoriales.

Si bien este estudio se centra en Policarpa, es crucial contextualizar sus dinámicas frente a otros territorios. Por ejemplo, en Tumaco (Nariño), el control armado de economías ilícitas (coca, minería) agudiza las amenazas contra lideresas; mientras que, en El Tambo (Cauca), los conflictos por la tierra invisibilizan específicamente a mujeres rurales. En contraste, Policarpa muestra una particularidad: la resistencia organizada de su Mesa de Mujeres, fenómeno poco documentado en otras zonas que evidencia cómo, pese a la violencia estructural de género, las respuestas comunitarias varían según el tejido social y la presencia institucional (CODHES, 2019).

Esta capacidad organizativa resulta especialmente relevante al considerar que el municipio de Policarpa en el departamento de Nariño ha sido históricamente un escenario de disputa entre múltiples actores armados ilegales, debido a su ubicación estratégica hacia rutas del narcotráfico en el suroccidente colombiano. Durante las décadas de 1990 y 2000, el Bloque Libertadores del Sur de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) protagonizó masacres y desplazamientos forzados en la zona (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia, 2015). En el año 2016, se realizó la firma del Acuerdo de Paz y se adelantó el desarme de algunos actores como los Comuneros del Sur (una disidencia del ELN activa por más de tres décadas).

En Policarpa, el escenario del post conflicto ha estado marcado por la reconfiguración de actores armados, la disputa por el control territorial y la persistente ausencia estatal. Estas condiciones han limitado la implementación efectiva de los PDET y debilitado las garantías de seguridad para las comunidades y liderazgos locales, especialmente de las mujeres (Cruz, 2019).

Las formas de violencia mencionadas pueden reflejarse en los diferentes testimonios de las lideresas de Policarpa, como el de M. Quintero (comunicación personal, 15 de abril, 2020), quien afirmó que:

Ser lideresa es un problema en este campo en el cual vivimos, que es uno de los municipios que ha sido violentado y en el que ha habido muchas víctimas de parte de guerrilla, paramilitares, y hasta de los mismos soldados. La violencia ha golpeado mucho a la mujer, ha habido violencia para la mujer en el aspecto psicológico y sexual. Cuando era el tiempo del paramilitarismo, a las niñas las obligaban a ir con ellos porque tenían mucho poder y ellas sentían miedo de que las vayan a matar si no cumplían sus órdenes.

Es innegable que los tipos de violencia descritos tienen como componente esencial el miedo, pues muchas de las personas violentadas se niegan a denunciar los delitos de los que han sido víctimas, entorpeciendo la posibilidad material de acabar con el círculo de violencia. Además, se ha evidenciado la incertidumbre y desprotección a la que están expuestas las víctimas, en tanto que el Estado se muestra como un actor corrupto promotor de la violencia a través de los miembros de la Policía y Ejército Nacional, entidades señaladas de tener vínculos con organizaciones delincuenciales (Infobae, 2021).

Esto ha incrementado la desconfianza colectiva en el Estado y reafirmado la idea de que la militarización de los territorios es una medida ineficaz frente a la protección de las lideresas sociales. Esto se evidencia en la encuesta Pulso País de Datexco, donde se reveló que:

El Ejército Nacional, que ha tenido que afrontar diversos escándalos sobre su ejercicio operacional en los últimos años. Los militares se han caracterizado por tener una aceptación amplia entre los ciudadanos, sin embargo, esa percepción está cambiando, pues pasaron de tener una desaprobación del 16 % en octubre de 2017, a una del 38 % en enero de 2021. Y así como la

desaprobación aumentó, la aprobación disminuyó, pasando de un 79 % a un 56 %, en las mismas fechas (Infobae, 2021, párr. 3).

Así mismo ocurre con la Policía Nacional. Por ello, el periodista Salguero (2012) afirmó que:

Desde hace mucho tiempo la Policía Nacional ha dejado mostrar en todo el país una intensa y represiva desconfianza con el pueblo colombiano, constituyéndose más en una entidad al servicio de una represión que huele a dictatorial que en una fuerza de protección prudente para los ciudadanos, como debe ser su misión (Salguero, 2012, párr. 1).

Es importante resaltar que las violencias ejercidas contra las lideresas son más crueles que contra los líderes de género masculino, y que las agresiones se realizan con el fin de castigar más que de eliminar. Así quedó señalado en el estudio de CODHES sobre los patrones de violencia sufridos por las mujeres que ejercen liderazgos en las regiones. El documento consigna que “el mayor número de agresiones contra las mujeres son la amenaza individual (43%), la amenaza colectiva (25%) y el homicidio (17%)” (CODHES, 2019, p. 15), exponiendo la brutalidad con la que se ejercen dichos crímenes y la gravedad de la vulneración de los derechos contra las lideresas.

Según CODHES (2019), los violentos, en el momento de amenazar a lideresas sociales por medios como panfletos y similares, utilizan lenguaje sexista, haciendo alusión a sus cuerpos e insinuaciones sexuales, estándares que no se manejan cuando los hombres son amenazados.

Evidentemente, la violencia sexual afecta de manera más crónica a las mujeres. El estudio de CODHES (2019) retoma las cifras del Instituto de Medicina Legal, según las cuales, de 18 casos de agresión sexual en contextos de violencia sociopolítica, el 89% de casos se perpetraron contra ellas, advirtiendo además que en ese tipo de violencia el subregistro alcanza niveles exorbitantes.

Uno de los mayores obstáculos que presenta el activismo de las lideresas sociales se basa en que, en el entorno del conflicto armado, persiste la idea de masculinidades hegemónicas que deriva en un rechazo por parte de la defensa y liderazgo realizado por mujeres, “dado que las estructuras de discriminación basadas en las relaciones de género se manifiestan en

todos los niveles, son en los escenarios de violencia donde se exageran” (CODHES, 2019, p. 12).

Las limitaciones de las lideresas van mucho más allá de la violencia: “el 60 por ciento de las lideresas consideran que no son escuchadas de la misma manera que los hombres y el 59 por ciento que no tienen las mismas oportunidades de liderar que los hombres” (CODHES, 2019, p. 10). Además, el “79 por ciento de las lideresas consideran como un obstáculo la sobrecarga de trabajo, mientras esta consideración solo la tienen el 6 por ciento en los líderes hombres encuestados” (CODHES, 2019, p. 11).

Cuando C. Benavides (comunicación personal, 15 de abril, 2020), lideresa social de Policarpa, fue candidata política, afirmó que:

Siendo mujer lideresa lesbiana, en su tiempo mi pareja fue y me apoyó y por tanto no era bien visto, por eso empezaron a surgir serios inconvenientes. Al final de la campaña, los resultados no fueron óptimos por ser lesbiana, era una información manejada de mala manera por los compañeros, ellos tienen una mentalidad muy diferente, que no están de acuerdo con las orientaciones sexuales. La discriminación que sufrí fue porque ellos me hacían reproches, críticas, comentarios, amenazas. El liderazgo de las mujeres siempre era opacado por los hombres, con comentarios diciendo ¡no! qué vas a hacer vos lesbiana, difícil que llegues allá, y utilizaban mi orientación sexual diferente como estrategia política para opacarme. Eso fue algo desfavorable para mi campaña, pero se hizo el ejercicio que era lo que se quería.

Si bien este tipo de discriminación no es ejercido por actores armados, sí se configura en un obstáculo para el pleno ejercicio de la participación política y en uno de los factores que pone en desventaja a la mujer frente al hombre respecto de su posibilidad de intervenir en el campo político. De la misma manera, la condición de madres cabeza de familia que muchas mujeres lideresas acarrean, se configura en otro de estos factores. Tal como lo aseguró Linares, lideresa e integrante de la mesa de víctimas de Policarpa, “hay que tener en cuenta muchos factores del porque la mujer no llega o no participa en la reunión, le es difícil ser lideresa, ser mamá, cuidar a los hijos, cocinar, trabajar, entonces son muchas cosas, es una carga” (S. Linares, comunicación personal, 15 de abril, 2020).

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006), “43 de cada 100 mujeres afectadas por el conflicto armado interno han sido

víctimas de distintas formas de violencia basadas en su género” (p. 17). Esto denota un problema estructural contra las lideresas sociales en Colombia que tiene unos alcances mayores a los hechos del conflicto armado y que se perpetúa gracias al pensamiento erróneo y generalizado que soporta la idea de que el hombre es superior a la mujer por naturaleza. Este pensamiento, como fenómeno psicocultural, ha afectado de manera negativa la autopercepción de la mujer, por lo que Y. Casanova (comunicación personal, 15 de abril, 2020), lideresa social y presidenta de la Mesa de Mujeres de Policarpa afirmó que:

Ser lideresa es difícil aquí en estos pueblos porque hay mujeres que sí creen en el poder de ser independientes, el poder de amarse a sí mismas, pero hay otras que no creen en eso y siguen asistiendo a las reuniones, van a las charlas de superación personal, van a las capacitaciones, pero siguen en el tema del maltrato y de sentirse menos. Es un problema que viene de tiempos atrás que yo pienso que es psicológico y que depende también de la cultura en la que vivimos. La misma guerra ha contribuido a arraigar estos pensamientos de sentirnos débiles y más indefensas, pues porque la violencia contra las mujeres era dura.

Sin embargo, a pesar de que los impedimentos para participar en roles públicos, sociales y políticos son mayores para ellas, el proceso emancipatorio femenino ha demostrado paulatinamente que las mujeres luchan y reivindican día a día su rol social y logran ciertas conquistas, como la igualdad legal, política y profesional.

En este punto, es necesario resaltar lo que afirmó por Caicedo (2009) “el calificativo de víctima es relacional, no hay lugar a su uso si no confluyen tres partes: una persona con derechos, otra que se los vulnera y un Estado con responsabilidades sobre la acción de vulneración que se cometió” (p. 8).

3. FUNDAMENTOS LEGALES CON ENFOQUE DE GÉNERO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, CIVILES Y POLÍTICOS DE LAS MUJERES

El hecho de señalar como víctima a la mujer que ha visto vulnerados sus derechos, no la despoja de su capacidad de operación ni tampoco excluye el resto de sus cualidades. Además de ser víctimas del conflicto armado, también son actoras sociales importantes y necesarias dentro del mismo. Por consiguiente, es preciso resaltar las diferentes convenciones y

protocolos internacionales que se han incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que las leyes nacionales que se han expedido con el fin de eliminar la violencia contra la mujer. Su relevancia se torna mayor en el contexto del post conflicto al constituirse en garantías para el pleno desarrollo y ejercicio de los derechos civiles y políticos de las mujeres.

Esta importancia se da porque los instrumentos internacionales nombrados a continuación hacen parte del *hard law* que “surge de los tratados, reglamentos y el método comunitario y que habitualmente toma la forma de reglamentos, directivas y decisiones con fuerza jurídica vinculante, que producen efectos generales y externos, con una base jurídica en el Tratado” (Sulfan, como se citó en Williams, 2021, p. 5). Entonces, son “instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías instituciones de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado” (Del Toro, como se citó en Williams, 2021, p. 4). Lo que quiere decir que las lideresas que sufren de violencia en contextos de conflicto pueden exigir el cumplimiento de estas convenciones y resoluciones para que sus derechos se garanticen y obtengan protección y justicia.

3.1. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Colombia es Parte de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada mediante la Ley 51 de 1981, ratificada el 19 de enero de 1982. La Convención se adoptó con el fin de promover la igualdad de género y la dignidad de la mujer en las esferas de la vida económica, política, social y cultural (Organización de las Naciones Unidas [ONU], CEDAW, 1979). El artículo 6 establece que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer” (Organización de las Naciones Unidas [ONU], CEDAW, 1979, art. 6).

3.2. Convención de Belém Do Pará

De la misma manera, la Convención de Belem Do Pará fue introducida al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la Ley 248 de 1995. La presente “define la violencia contra las mujeres, establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y destaca a la violencia como una

violación de los DDHH y de las libertades fundamentales” (OEA, Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, s.f., párr. 1).

3.3. Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de la ONU

Esta resolución es de carácter obligatorio para Colombia, de conformidad con el artículo 25 del Capítulo V de la Carta de la ONU (ONU, Carta de las Naciones Unidas, 1945, art. 25). La presente reafirma el impacto de los conflictos armados sobre las mujeres y las niñas, por lo cual reconoce la necesidad de incorporar una perspectiva de género a través de mecanismos institucionales eficaces que puedan garantizar su protección y la plena participación en el proceso de paz, puesto que ellas desempeñan un importante papel en la prevención y solución de los conflictos y en la consolidación de la paz (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1325, 2000).

Lo anterior, instando a los Estados miembros “a velar por que aumente la representación de la mujer en todos los niveles de adopción de decisiones de las instituciones y mecanismos nacionales, regionales e internacionales para la prevención, la gestión y la solución de conflictos” (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1325, 2000); como también brindando material y directrices *en pro* de velar por las necesidades especiales de la mujer y, finalmente, pidiendo aumentar el apoyo financiero y logístico para apoyar las iniciativas de paz de las mujeres locales y los procesos autóctonos de solución de conflictos, así como para garantizar la participación de las mujeres en todos los mecanismos de aplicación de los acuerdos de paz (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1325, 2000).

El derecho internacional contempla también normas de *soft law*, definido por Snyder (como se citó en Williams) como:

Normas de conducta que, en principio, no tienen fuerza legalmente vinculante pero que, no obstante, pueden tener efectos prácticos. El autor plantea que estas normas son una forma de acción que deberían ser lo más sencillas posibles, coherentes con el logro satisfactorio del objetivo de la medida y a la necesidad de una aplicación eficaz (p. 2).

Entonces, se trata de mecanismos de cumplimiento de la normativa internacional. En materia de protección a la mujer, se encuentran:

3.4. Declaración y Programa de Acción de Viena

En la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, se afirma que:

Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993).

En cuanto a la normativa nacional en material de protección a la mujer, se encuentra:

3.5. Ley 823 de 2003

Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres, entre otras cosas, la promoción y garantía del ejercicio pleno de los derechos de la mujer, que les permitan participar activamente en todos los campos de la vida nacional y el progreso de la Nación, a través de la adopción de “criterios de género en las políticas, decisiones y acciones en todos los organismos públicos nacionales y descentralizados” (Ley 823, 2003, art. 4).

3.6. Ley 1257 de 2008

Otra de las leyes significativas dentro del ordenamiento jurídico colombiano es la Ley 1257 de 2008, “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres” (Ley 1257, 2008).

3.7. Algunas reformas en materia penal

Así mismo, en las reformas que se dieron al Código Penal, Código de Procedimiento Penal y la Ley 294 de 1996, se define la violencia contra la mujer y se conceptualiza el daño psicológico, físico, sexual y patrimonial, estableciendo principios como la igualdad real y efectiva, el principio de corresponsabilidad, la integralidad, la autonomía, la coordinación, la

no discriminación, y la atención diferenciada (Ley 1257, 2008). También estipula los derechos de las mujeres víctimas de violencia como la atención integral, el asesoramiento jurídico, la asistencia médica, la reserva de identidad, entre otras (Ley 1257, 2008).

4. MECANISMOS LEGALES A LOS QUE PUEDEN ACCEDER LAS MUJERES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA

El ordenamiento jurídico colombiano contempla diversas acciones legales; a saber,

4. 1. Acción de tutela

Se consagra en el artículo 86 de la Constitución Política como una garantía que tiene toda persona para recurrir ante las autoridades judiciales, con el objeto de que sus derechos fundamentales sean protegidos de forma inmediata en aquellos casos donde éstos sean vulnerados o amenazados en función de la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares que ejerzan funciones públicas (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 86).

En diciembre del 2019, diez líderes y lideresas sociales interpusieron una tutela solicitando garantías de seguridad, puesto que se les vulneró su derecho fundamental a defender derechos, en la medida en que no se les brindaron los esquemas de seguridad pactados en el acuerdo final de paz, los cuales estaban encaminados a proteger su vida y la de su familia (Comisión Colombiana de Juristas. 2020).

Respecto de esta tutela, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá falló en primera instancia el 17 de enero del 2020 y “alertó que en Colombia existe una preocupante situación de vulneración constante a los derechos fundamentales de líderes y las lideresas sociales” (Comisión Colombiana de Juristas, 2020, párr. 2). En el mismo sentido, el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá falló nuevamente la tutela el 25 de marzo del 2020, amparando el derecho fundamental a defender los derechos humanos. Sobre la violación a las garantías mínimas de los defensores y defensoras de derechos humanos, reiteró que es una “lamentable realidad hallada desde hace más de 22 años por la Corte Constitucional, y permanece vigente e incluso en incremento” (Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, Rad. 110013103045202000025-00, 2020). Esto abarca otros derechos como la

vida, la integridad personal y la libertad de las y los líderes sociales, pues los homicidios y amenazas reportadas a diario finalmente se han reconocido como agresiones.

Otra de las peticiones de la tutela fue la declaratoria de un nuevo estado de cosas inconstitucional. Sin embargo, fue denegada bajo el argumento de que la declaración de esta figura es de competencia de la Corte Constitucional y no de los jueces (Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, Rad. 110013103045202000025-00, 2020). En consecuencia, en diciembre de 2020, 189 lideresas y líderes sociales firmaron una carta dirigida a la Corte Constitucional solicitando la revisión del expediente de esta acción de tutela.

El 29 de enero de 2021, la Corte Constitucional seleccionó el expediente y, mediante Auto 538 de 2022, convocó a una audiencia pública virtual el 28 de abril del 2022, donde se concluyó que “existe una violación masiva y generalizada del derecho a defender derechos de líderes y lideresas sociales en el país” (Dejusticia, 2022, párr. 14). Se espera que, de manera posterior a esta audiencia, se declare un nuevo estado de cosas inconstitucional frente a la vulneración masiva y generalizada de los derechos de líderes y lideresas sociales y se dicten órdenes estructurales orientadas a atender su situación de violencia.

Ahora bien, este proceso es muy importante para las lideresas sociales de Policarpa, en tanto que la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional permitiría extender sus beneficios a efectos *inter comunis*; es decir, que el alcance de esta tutela cobijaría, no solo a los accionantes de forma individual, sino también a las lideresas sociales de Policarpa y de toda Colombia, por sufrir vulneraciones de derechos y violencias comunes a los peticionarios de la acción.

Esta circunstancia podría acarrear una eventual descongestión judicial por interposición masiva de acciones de tutela de esta población. De igual forma, como consecuencia, las lideresas sociales de Policarpa podrían exigir el cumplimiento cabal del Acuerdo Final de Paz en materia de seguridad, así como la implementación de las normas que están encaminadas a proteger la vida de los líderes y lideresas sociales, como lo es el Decreto 660 de 2018 y la Resolución 1190 de 2018 del Ministerio del Interior sobre la garantía del derecho a la movilización social.

4.2. Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Es el componente del sistema de justicia transicional que tiene la tarea de investigar, esclarecer, juzgar y sancionar los más graves crímenes ocurridos en Colombia durante el conflicto armado, y hasta el 1 de diciembre del año 2016.

Ahora bien, el acceso a las víctimas del conflicto armado y, en el caso concreto, a lideresas sociales, se encuentra garantizado de tres formas:

i) Por medio de los informes presentados ante la Sala de Reconocimiento por las organizaciones de víctimas, raizales, palenqueras, rom, indígenas, negras, afrocolombianas, y de DDHH.

ii) Mediante informes individuales, cuando los hechos victimizantes se ajustan a uno o más de los casos priorizados por la Sala de Reconocimiento.

iii) A través del llamado realizado por la Sala de Reconocimiento cuando su caso o su nombre aparezca en alguno de los casos priorizados.

La presentación de informes por parte de las lideresas rurales de Policarpa sería trascendental, puesto que se podría lograr que la JEP de apertura a un macro caso que investigue y esclarezca quiénes son los autores de los asesinatos de las lideresas rurales de su municipio en la línea temporal del conflicto armado y el post conflicto *en pro* de la verdad, justicia, reparación y no repetición.

4.3. Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...) es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C. Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...), instalada en 1979, es una institución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Cancillería de Colombia, s.f., párr. 5).

El 6 de diciembre de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el Informe Sobre la Situación de Personas Defensoras de

Derechos Humanos y Líderes Sociales en Colombia, donde se observó que las mujeres defensoras y defensores de la comunidad LGBTIQ+, “se han visto expuestos a una mayor situación de riesgo y, por tanto, requieren de una protección reforzada y diferenciada” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 33). Además, se advierte que la labor de las lideresas y los líderes sociales aumenta su vulnerabilidad, al ser “actores en la promoción y participación ciudadana de sus comunidades” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 36) y al ser “intermediarios entre el Estado y la comunidad en la reivindicación de sus derechos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 36).

En consecuencia, los actos de violencia hacia las lideresas sociales han desencadenado “cambios de agendas reivindicativas, renunciadas masivas y una mayor desconfianza para participar en los proyectos ofrecidos por el Estado” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 37). De igual forma, se observó que “los liderazgos de comunidades indígenas y afrodescendientes desplazadas que reclaman la devolución de sus tierras, o que denuncian la presencia de minería legal o ilegal sobre sus territorios colectivos, han sido víctimas de amenazas e inclusive de homicidios” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 37).

En suma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) identifica en este informe “los principales tipos de violencia que enfrentan las personas defensoras de derechos humanos en Colombia, que van desde hostigamientos, estigmatización, amenazas, y criminalización hasta ataques contra la vida” (p. 10).

La divulgación de este informe ante las lideresas sociales de Policarpa fortalece su capacidad de incidencia política, en tanto que fomenta el conocimiento de las situaciones de riesgo en función de su liderazgo, las obligaciones que tiene el Estado en cuanto a la protección, respeto y garantía de los derechos de defensores y líderes sociales, así como las recomendaciones emitidas por la Comisión para su cumplimiento.

5. CARACTERIZACIÓN DE LAS NECESIDADES DE LAS LIDERESAS DE POLICARPA EN EL POST CONFLICTO

A partir de los diálogos sostenidos entre las lideresas sociales del municipio de Policarpa y la MAPP/OEA, se identificaron múltiples necesidades derivadas de su condición de víctimas del conflicto armado. Entre sus

principales demandas, se encuentra la eliminación de la impunidad en los casos de violencia aún no resueltos, así como el acceso a procesos de reparación psicosocial con un enfoque diferenciado en violencia sexual. Así mismo, se destaca la necesidad de un sistema de salud especializado para mujeres, además de mecanismos de reparación colectiva y simbólica, como actos públicos de perdón por parte de los responsables; la construcción de casas museo que relaten la historia del conflicto y la designación de una fecha conmemorativa en honor a las mujeres víctimas que perdieron la vida en el marco del conflicto armado.

Además, las lideresas enfatizaron la importancia de generar empatía social hacia el dolor de las víctimas y la necesidad de garantizar la justicia frente a los responsables de las violencias ejercidas. Por otro lado, en términos de reconstrucción material, propusieron la creación de un programa de acceso habitacional para mujeres que han perdido sus viviendas como consecuencia del desplazamiento forzado. También señalaron la necesidad de implementar un sistema de ahorro programado, fomentar la inversión en proyectos productivos autónomos y establecer una red de fondos de mujeres que les permita hacer frente a situaciones de crisis, como ocurrió durante la pandemia.

Respecto a los avances normativos en materia de reparación, las lideresas señalaron la persistencia de vacíos institucionales. Indicaron que, en muchos casos, el Estado no ha garantizado las condiciones necesarias para la implementación de los PDET, debido principalmente a la falta de asignación presupuestal. Esta situación ha limitado la materialización de sus propuestas, estancando la ejecución de planes operativos y restringiendo los espacios de participación.

Con relación a estas problemáticas, las lideresas han desplegado una exigencia al Gobierno nacional, departamental y local, orientada al desarrollo de políticas públicas con enfoque de género, con el fin de que la incidencia política lograda hasta el momento se traslade a escenarios legales y, por consiguiente, su derecho a la participación política se vea respaldado por pilares jurídicos sólidos y reales. En este sentido, vencer el temor a iniciar procesos formales ante autoridades judiciales es otro de los retos que tienen algunas mujeres y, para lograrlo, es imprescindible contar con un acompañamiento jurídico y psicológico, así como con esquemas de seguridad continuos que brinden protección frente ataques violentos por parte de disidencias, paramilitares o bandas criminales.

Aunque se han creado espacios exclusivos para mujeres, muchas lideresas rurales no pueden participar activamente debido a obstáculos cotidianos como las responsabilidades del hogar, el cuidado de los hijos y la falta de apoyo familiar. Por ejemplo, mientras los hombres pueden asistir libremente a reuniones, ellas deben resolver quién cuidará a sus niños o cómo cubrirán sus tareas domésticas antes de poder participar. Esto pone en evidencia que no basta con abrir espacios, sino que se necesitan medidas concretas como ofrecer guarderías, flexibilizar horarios y sensibilizar a las familias. La verdadera inclusión requiere entender y eliminar las barreras prácticas que limitan su participación.

A continuación, se expone el testimonio de una lideresa:

En los PDET estábamos en el grupo motor y mencioné públicamente que eso tenía que cancelarse porque yo miraba que las mujeres no habían participado, entonces un compañero dijo que si nosotras las mujeres no participábamos era porque no queríamos, que ahí estaban las puertas abiertas, pero le dije que una mujer para que venga acá tiene que ver quién le cuida los hijos, quién cocina y quién le trabaja, mientras que ustedes como hombres sólo dejan de laborar, de ir a la finca y se venían para acá, mientras que las mujeres tienen muchas tareas, que es difícil que ellas dejen botando todo. Entonces, hay que tener en cuenta muchos factores del porqué la mujer no llega o no participa en las reuniones: le es difícil ser lideresa, ser mamá, trabajar. Son muchas cosas, es una carga (N. López, comunicación personal, 15 de abril, 2020).

Las afirmaciones planteadas reflejan la situación actual de diversas mujeres en Policarpa que están comenzando a formar parte de redes de participación. No obstante, continúan cargando con responsabilidades que, históricamente, han sido atribuidas al género femenino de manera inequívoca (Correa, 2017). En este contexto, las mujeres rurales expresan la necesidad urgente de implementar jornadas educativas, talleres y sesiones dirigidas a la equidad de género y a la redefinición de las masculinidades, con el fin de fortalecer su participación en diferentes espacios.

A pesar de que el municipio ha venido promoviendo espacios de participación exclusivos para mujeres de manera gradual, en los cuales pueden abordar y discutir sus problemáticas, las participantes han señalado que:

Tenemos muchas herramientas, hay una oficina de la unidad de víctimas en el municipio. El proceso es importante, no lo niego, pero necesitamos implementarlo; que no se quede solo en las oficinas porque la comunidad si es recelosa todavía, somos pocas las mujeres que aportamos verdaderamente (N. López, comunicación personal, 15 de abril, 2020).

Así es como ha surgido la apertura de oportunidades para cuestionar el poder, tanto del Estado como los micropoderes de los hombres que las rodean, que son quienes hasta hace poco las dirigían, resolvían y decidían sobre sus formas de vida. Estos cambios que se dan de manera progresiva ayudan a la creación de una conciencia colectiva sobre la percepción de la mujer y su papel en la reconciliación nacional y, a su vez, significan un gran paso en la incidencia política femenina, y en el ejercicio pleno de sus derechos civiles y políticos. Así, una integrante de las mesas de mujeres manifiesta que:

El tema de la participación política ha avanzado desde mi punto de vista positivo, porque hemos tenido esa incidencia y desde hace cinco años hemos sido muy firmes con este proceso en donde hemos tocado puertas. Hubo una mujer alcaldesa que nos permitió estar dentro de este proceso y que dio muchas oportunidades para la mujer en Policarpa y se inició un proceso muy importante para que tengamos la posibilidad de educarnos, de articularnos con las diferentes ONG, con las universidades, con el SENA, lo que nos permitió conocer muchos temas como DDHH, violencias basadas en género, la 1257, incidencia política, autonomía económica, entre otros temas importantes. Esto nos llevó a hacer un control social con los PDET en los que estuvimos con ustedes, fue el abre bocas que permitió que lleguemos al municipio a indagar más sobre el tema y así hicimos parte de las asambleas, pre asambleas equipo motor, y todas nuestras ideas comenzaron a hacer parte de los PDET. Por fin pensábamos en algo para nosotras como mujeres y por fin nos sentíamos importantes, nos sentíamos escuchadas (N. López, comunicación personal, 15 de abril, 2020).

De otra parte, la fortaleza y la resiliencia son valores importantes que han puesto en práctica las mujeres de Policarpa para sobrellevar las situaciones de violencia. Este es el caso de Nereida, una lideresa social que, a pesar de las constantes amenazas recibidas a través de llamadas, narró que:

He tenido que denunciarlo. Lo he hecho porque es lo que le digo que hagan a las demás mujeres, pero gracias a Dios he tenido el valor de enfrentarme y negarme a pagar lo que siempre me han exigido. Yo pienso que son las disidencias de los grupos armados porque ¿quién más va a llamar a pedir plata? He tratado de evadir esos problemas y hasta ahora gracias a Dios no han cumplido las amenazas que me han hecho y he tenido el valor de no contestar y, cuando he contestado, lo he hecho con fuerza y coraje para que no me molesten más (N. López, comunicación personal, 15 de abril, 2020).

CONCLUSIONES

Tras el desarrollo de este artículo científico, es posible concluir que existen dos grupos de tipologías de violencias ejercidas en contra de las lideresas rurales de Policarpa en el marco del post conflicto. En el primer grupo, se encuentran aquellas acciones perpetradas por parte de disidencias, paramilitares, bandas criminales y el mismo Estado, orientadas al maltrato físico, sexual y psicológico; las agresiones verbales, las amenazas contra sí y contra su familia, los desplazamientos forzados, los asesinatos extrajudiciales, e incluso la indiferencia de las autoridades ante las alertas de peligro como otra forma de violencia.

Aunado a lo anterior, el segundo grupo de violencias comprende aquellas ejercidas al interior de los círculos familiares y comunitarios. Estas se manifiestan cuando parientes masculinos o parejas sentimentales imponen anacrónicamente roles domésticos y de cuidado exclusivos a las mujeres, restringiendo así su disponibilidad para actividades de participación social y política. De igual forma, en este grupo también se incluye la discriminación por la orientación sexual que enfrentan las lideresas de la comunidad LGBTIQ+, donde sus propios colegas de espacios políticos cuestionan su legitimidad como líderes mediante discursos descalificadores centrados en su identidad de género más que en sus capacidades.

Otra de las conclusiones extraídas de esta investigación es que, aunque se hayan expedido leyes para enfrentar la violencia, no siempre son mecanismos suficientes para proteger realmente los derechos de las lideresas rurales. Esto se debe principalmente a la falta de apoyo del Estado, pues los procesos son lentos. Por esta razón, algunas lideresas dejan de confiar en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, también hay que resaltar la labor de las organizaciones sociales y las Organizaciones

no Gubernamentales (ONG), quienes han ayudado denunciando los abusos y pidiendo al Estado que actúe, logrando así convertirse en poderosas herramientas de exposición de las problemáticas que enfrentan las lideresas. Uno de los casos más representativos es cuando casi 200 defensores de derechos humanos pidieron protección a la Corte Constitucional con el apoyo de varias organizaciones en 2019. Esto ayudó a que se empezaran a tomar en serio las medidas del acuerdo de paz para mejorar la seguridad y proteger a quienes defienden los derechos humanos.

Esta investigación también permitió evidenciar cómo el proceso de paz impulsó la creación de la Mesa de Mujeres de Policarpa, organización autogestionada que nació como una estrategia colectiva frente a la violencia histórica. Las principales funciones de esta red incluyen configurar un espacio de apoyo mutuo para compartir preocupaciones y propuestas, actuar como un mecanismo de veeduría para exigir derechos políticos (voto, participación, peticiones al Estado) y un referente organizativo de posicionamiento como voz legítima de las mujeres del territorio. La falta de apoyo institucional es evidente, pero, sin duda alguna, es una herramienta muy valiosa dentro de la sociedad del post conflicto en Policarpa.

El acuerdo de paz ha sido fundamental en el municipio de Policarpa al promover la participación de las mujeres en la construcción de paz. Este enfoque les ha permitido reflexionar sobre sus realidades y tomar decisiones para transformar sus vidas a través del diálogo y construcción de paz.

Identificar los tipos de violencia contra lideresas rurales ayuda a visibilizar estos hechos y dejar de normalizarlos. A partir de este análisis, se contribuye a fortalecer la democracia, reconociendo a las mujeres como actoras centrales en la reconciliación. Dos de los casos más recientes son el de Ingrid Catherine Castañeda España, de 18 años y el de Michel Sharid Rojas Hoyos, de 15 años, quienes fueron asesinadas en el municipio de Policarpa en el mes de abril del año 2024, por movilizarse en el territorio sin permiso de los grupos al margen de la ley que ejercen control en la zona. Casos como estos no deben quedar en el olvido, ni mucho menos ser normalizados, porque siguen contribuyendo a la generación de una reincidencia en la violencia sistemática y limitación de los derechos de las lideresas.

Claramente, el camino hacia la paz es largo y está lleno de dificultades que se deben afrontar con acompañamiento social y presencia estatal, más

aún cuando en territorios como Policarpa, los distintos tipos de violencia pueden confluír. Esto significa que una sola mujer puede ser víctima de uno o más tipos de violencia y algunas en mayor proporción que otras.

En el caso de esta investigación, se observa que la violencia es ejercida en razón del rol activista de la mujer dentro del conflicto como una estrategia de guerra. Sin embargo, el hecho de reducir a las mujeres afectadas por la violencia del conflicto armado como simples víctimas es encasillarlas en la indefensión y la vulneración. Para reivindicar sus derechos, además de reconocer su condición de víctimas, es necesario exaltar y fomentar su rol activo como madres, cuidadoras del campo, de los alimentos, y su contribución a la reconstrucción del tejido social y la construcción de la paz mediante herramientas legales, pues las mujeres siempre han sido partícipes, incluso durante la guerra, de procesos que permiten mantener la unión dentro de las comunidades con su fuerza y liderazgo.

A pesar de que el camino hacia la equidad es largo, continúan construyéndolo día a día de manera responsable, fuerte y decidida. Muchos de los avances logrados hasta el momento se han gestado por iniciativa propia de las lideresas. No obstante, se requiere de un mayor compromiso estatal para implementar políticas públicas efectivas, siendo fundamental la incorporación de las voces de las mujeres afectadas y la garantía de su participación en los procesos de decisión que las impactan.

Finalmente, se observa con optimismo que todas las manifestaciones y propuestas planteadas por las lideresas de Policarpa se están proyectando hacia el desarrollo a largo plazo de una democracia deliberativa; el proceso de toma de decisiones incorpora activamente a las mujeres afectadas en el territorio lo que contribuye a la ampliación de la esfera pública a través de la consolidación de una agenda más integral y el fortalecimiento de un debate político constante; todo ello se ve reflejado en la implementación y ejecución de los PDET, con el propósito último de propiciar el retorno de la paz que un día les fue arrebatada de entre sus verdes campos y el olvido que los ha rodeado.

REFERENCIAS

Ambos, K. (2012). Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. *Revista General de Derecho Penal*, (17), 1-30.

- Blandón, L. M. (2021). *Análisis del aporte sociopolítico de la mujer en la reparación integral: una mirada a los escenarios del conflicto y el post-acuerdo en el municipio de El Carmen de Viboral* (Tesis de Pregrado, Universidad Nacional Abierta y a Distancia). <https://repository.unad.edu.co/handle/10596/40123>
- Caicedo, L.P. (2009). *Memorias del Seminario Internacional. Judicialización de casos y reparación a mujeres víctimas de delitos de violencia sexual en el marco del conflicto armado*. Corporación Humanas – Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/51475/9789589782170.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cancillería de Colombia. (s.f.). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. <https://www.cancilleria.gov.co/international/politics/right/interamerican>
- Comisión Colombiana de Juristas. (2020, 6 de abril). *Tutela ordena proteger a líderes y lideresas sociales en Colombia y garantizar el derecho a defender derechos*. https://www.coljuristas.org/sala_de_prensa/tutela-ordena-proteger-a-lideres-y-lideresas-sociales-en-colombia-y-garantizar-el-derecho-a-defender-derechos
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*. <https://www.cidh.org/countryrep/ColombiaMujeres06sp/Informe%20Mujeres%20Colombia%202006%20Español.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DefensoresColombia.pdf>
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos. (1993). Declaración y Programa de Acción de Viena. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (14 de enero de 2002). Por la cual se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales [Ley 731 de 2002]. DO: 44.678

- Congreso de la República de Colombia. (4 de diciembre de 2008). Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. [Ley 1257 de 2008]. DO: 47.193
- Congreso de la República de Colombia. (7 de julio de 2003). Por la cual se dictan normas sobre la igualdad de oportunidades para las mujeres. [Ley 823 de 2003]. DO: 45.245
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2000). Resolución 1325. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/1759.pdf>
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento [CODHES]. (2019). *Lideresas Sociales en Colombia: el relato invisible de la crueldad*. <https://drive.google.com/file/d/1sFVSwVz6Nyth5T8VjgJUrr8E6ft84XPS/view>
- Correa, M. (2017). Las mujeres rurales y las redes de participación política: Desafíos y perspectivas. *Revista de Estudios Sociales*, 14(3), 45-67.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (14 de abril de 2008). Auto 092 de 2008 [M.P.: Cepeda, M.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (8 de marzo de 2005). Sentencia C-203 de 2005 [M.P.: Cepeda, M.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (22 de enero de 2004). Sentencia T-025 de 2004 [M.P.: Cepeda, M.].
- Cristiano, J. F. y Vargas, A. D. (2024). La deuda histórica con las mujeres rurales. La discriminación e inequidad por razón de género en el sector campesino. *Postulados Revista Sociojurídica*, 1(1), 7-14. <https://revistas.ufps.edu.co/index.php/rsl/article/view/4199/5773>
- Cruz, R. L. (2019, 18 de junio). *Policarpa está perdiendo su apuesta por la paz*. Verdad Abierta. <https://verdadabierta.com/policarpa-esta-perdiendo-su-apuesta-por-la-paz/>

Dejusticia. (2022, 16 de mayo). *¿Qué pasó en la audiencia de líderes sociales y por qué es una buena noticia para #ElDerechoADefenderDerechos?* <https://www.dejusticia.org/que-paso-en-la-audiencia-de-lideres-sociales-y-por-que-es-una-buena-noticia-para-elderechoadefenderderechos/>

El Tiempo. (2018, 4 de noviembre). *El 51 % de los compromisos con enfoque de género del Acuerdo de Paz no ha iniciado.* <https://www.elspectador.com/colombia-20/paz-y-memoria/el-51-de-los-compromisos-con-enfoque-de-genero-del-acuerdo-de-paz-no-han-iniciado-article/>

Gobierno Nacional de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército Popular [FARC-EP]. (2016). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.* https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf

Infobae. (2021, 22 de junio). *Desconfianza institucional en Colombia: ciudadanos “rajan” a las principales entidades públicas.* <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/06/22/desconfianza-institucional-en-colombia-ciudadanos-rajan-a-las-principales-entidades-publicas/>

Instituto Nacional de Salud. (2024). *INS: 75,6% de los casos registrados por violencia de género en 2024 son contra mujeres.* <https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/75,6-de-los-casos-registrados-por-violencia-de-g%C3%A9nero-en-2024-son-contra-mujeres.aspx>

Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá. (25 de marzo de 2020). Rad. 110013103045202000025-00. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/04/Sentencia_El_Derecho_a_Defender_Derechos_V.01.pdf

Gutiérrez, A. (2018, 24 de julio). *Las lideresas asesinadas tienen nombre.* Pares. <https://www.pares.com.co/post/las-lideresas-asesinadas-tienen-nombre>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia. (2015, 27 de junio). *Los éxodos de Los Andes y Policarpa, Nariño.* <https://www.hchr.org.co/noticias/los-exodos-de->

los-andes-y-policarpa-narino/#:~:text=En%20estos%20dos%20municipios%20los,mejoren%20su%20calidad%20de%20vida.

Organización de Estados Americanos. [OEA], Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará. (s.f.). *Convención do Belém do Pará*. <https://www.oas.org/es/MESECVI/convencion.asp>

Organización de Estados Americanos. [OEA]. (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1945). Carta de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

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

Salguero, H. (2012, 22 de septiembre). *Intensa, peligrosa y represiva desconfianza de la policía nacional en los colombianos*. Semana. <https://www.semana.com/opinion/expertos/articulo/intensa-peligrosa-represiva-desconfianza-de-la-policia-nacional-en-los-colombianos/323690/>

Williams, G. (2021). Conceptos de *soft law*, *hard law*, *better regulation*, *smart regulation* y políticas públicas (Asesoría Técnica Parlamentaria). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/30361/1/BCN_soft-law_politicas_publicas_better_regulation_con_formato.pdf

ÍNDICE DE AUTORES

ANA MARÍA PEREIRO MAYA

Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño. Abogada de la Universidad de Nariño. Profesional con más de cuatro años de experiencia en procesos de contratación pública y privada, con un enfoque en las diferentes modalidades contractuales establecidas por la normativa vigente.

ANDREA MARCELA SALAS ZAMBRANO

Abogada, Universidad de Nariño. Estudiante de la Especialización en Derecho de Familia de la Universidad de Nariño. Correo Electrónico: andrea_marcela94@hotmail.com

SARA GABRIELA DELGADO NARVÁEZ

Abogada egresada con honores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: delgado.narvaez.sara@gmail.com Celular: 3178545342

SOFÍA NATALIA DELGADO ANDRADE

Abogada Universidad de Nariño. Especialista en Derecho comercial de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: sofiadelgadoa@hotmail.com.

YESIKA TATIANA CALDERÓN BENAVIDES

Abogada de la Universidad de Nariño, Becaria de la Especialización de Procesal Civil de la Universidad de Nariño, correo electrónico: yesikacalderon19@gmail.com, Numero de contacto: 3155622122, Dirección: Centro de Negocios Cristo Rey, oficina 517. Pasto (N), Colombia

EVELIN DANIELA ROSERO HERRERA

Abogada, Universidad de Nariño.

ALEXANDRA KATERINE GUADIR HURTADO

Abogada, Universidad de Nariño. Especialista en derecho penal, Universidad Externado de Colombia.

ENAR DEL CARMEN ARAUJO

Abogada de la Universidad de Nariño, becaria de la Universidad de Nariño en el programa de especialización en Derecho Procesal Civil. Correo electrónico araujoenar@udenar.edu.co

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO

MIEMBROS EXTERNOS

DANIELA ALEXANDRA NARVÁEZ JIMÉNEZ

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.

MARLON DE JESÚS CORREA FERNÁNDEZ

Abogado Especialista en Derecho Administrativo, Derecho Probatorio, Magister 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

TATIANA DULIMA ZABALA LEAL

Abogada, Magíster en Derecho comercial y contratos internacionales, Candidata a título de Doctorado en Derecho Económico y de la Empresa, Docente Tiempo Completo e Investigadora líder del semillero en Derecho, sociedad y gobierno, de la Línea de Investigación en Derecho, Economía

y Sociedad, del Grupo de Investigación Derecho Sociedad y Empresa adscrito a la Escuela de Derecho y Gobierno de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano, correo institucional tzabala@poligran.edu.co, CvLac http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000155298 y ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8938-7106>.

JULIO CÉSAR CASTILLO PEÑA

Abogado de la Universidad Javeriana - Cali, Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Actualmente profesor de tiempo completo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

ABEL RAMIRO MEZA GODOY

Abogado de la Universidad de Cartagena (2003) · Especialista en Derecho Privado económico, Universidad Nacional de Colombia (2011) · Máster en Dirección y Administración de empresa (título propio), de la Universidad Camilo José Cela y el IMF. (2016) · Especialista en Derecho Societario de la Universidad del Norte (2021) · Maestría en Derecho del Comercio, Universidad del Norte (2022). Con experiencia en el sector empresarial y educación universitaria, abogado conciliador en ejercicio, actualmente profesor de la Universidad de la Costa “CUC”, en el Departamento de Derecho y Ciencias Políticas (junio, 2024).

JESSICA TATIANA JIMÉNEZ ESCALANTE

Abogada, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Magister en Derecho Privado, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Docente investigadora de la Universidad Libre Seccional Cúcuta en pregrado y docente de posgrado. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, directora ejecutiva del Capítulo Norte de Santander del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Abogada litigante y asesora, socia de Jiménez Yáñez & abogados asociados S.A.S.

LINA MARÍA ORTEGÓN SUÁREZ

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.

MÓNICA ALEJANDRA LEÓN GIL

Abogada, Magíster en Derecho Procesal, Magíster en Asociaciones Público Privadas, Candidata a Doctora por la Universidad de Bueno Aires. Docente e Investigadora de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Senior Associate del equipo de Litigios, arbitraje e insolvencia.

KAROL VIVIANA LUNA ZARAMA

Investigadora-Universidad Industrial de Santander. Docente catedrática-Universidad de Nariño.

DIEGO ANDRÉS QUINTERO TIMANÁ

Doctorando en Ciencias Sociales de la Universidad Pablo de Olavide; Magíster en Sociología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Sede Ecuador y Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad Nariño.

INSTRUCCIONES PARA AUTORES

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y sociojurídico. 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 sociojurídicos, 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 (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)
- Formato de presentación del artículo. (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)

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

5. PROCESO DE ARBITRAJE

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

El proceso de arbitraje se realizará así:

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

- Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.
- Pertinencia del tema: El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o 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 los 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*

Dos autores: Los apellidos se separan con “y”, y en inglés se utiliza “&”.

Muñoz y Coral (2005) consideran que...

Cabe resaltar que varios autores coinciden con lo afirmado (Muñoz y Coral, 2005).

Tres a cinco autores: La primera vez que se citan se indican los apellidos de todos: posteriormente, sólo el primero, y se agrega “et al”, seguido de punto.

Pérez, Martínez, y Muñoz (2010), consideran... De esta forma Pérez et al. (2010), afirma...

Esa es la postura general de la doctrina (Pérez, Martínez, y Muñoz, 2010). Sin embargo, se han presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010).

Seis o más autores: Se cita el apellido del primero seguido de et al, desde la primera citación.

1.5. Cita de textos de autor corporativo

Se coloca el nombre de la entidad en lugar del apellido, la primera vez se cita el nombre completo de la entidad y entre paréntesis la sigla. Las citas subsiguientes únicamente llevan la sigla.

Los programas ofrecidos por la Universidad de Nariño (Udenar, 2012), siendo así la política de la educación pública en Colombia, 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.

1.9. Sentencias

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, seguido de coma, y el número de la sentencia.

(Corte Constitucional, T-406-92).

(Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 2014).

1.10. Leyes

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Colombia, Ley 1480 de 2001).(Colombia, Código Civil).

2. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa.

2.1. Libros

Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centre de Estudios Políticos y Constitucionales.

2.2. Libros de varios autores

Apellido, A.A., Apellido, A.A., & Apellido, A.A. *Título*. Ciudad, País: Editorial

Narváez García J.I., Narváez Bonnet J. E. & Narváez Bonnet O.S (2008).

Derecho de la empresa. Bogotá: Legis Editores.

2.3. Libro con editor (los capítulos son escritos por varios autores)

Apellido, A.A. (Ed). (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

2.4. Libro en versión electrónica

Apellido, A.A. (año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.5. Capítulo de libro

Apellido, A.A. y Apellido. A.A. (Año). Título del capítulo. En:

A.A. Apellido (Ed), *Título del libro* (pp. xx - xx). Ciudad, País: Editorial. Martínez, M.M. y Gonzales A.P. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P.M. Pérez (Ed). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Pasto, Colombia: Editorial Universidad de Nariño.

2.6. Artículo de revista

Apellido, A.A., y Apellido, A.A.(Año). Título del Artículo.

Nombre de la Revista, volumen (o número), pp-pp.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). La ley en mundo Romano. *Re- vista Foro Universitario*, 13, 12-34.

2.7. Artículo de periódico

Apellido, A.A. (fecha). Título de artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp. Online:

Apellido, A.A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.8. Autor corporativo - informe gubernamental

Nombre de la organización. (Año). *Título del informe*. Recuperado de:<http://www.xxx.xxx>

2.9. Tesis y trabajos de grado

Apellido, A.A. (Año). *Título de la tesis* (tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución; ciudad, país.

2.10. Sentencias

País. Corporación. (Año, día de mes). Sentencia S-333, M.P. Ernesto García, Ciudad.

2.11. Leyes

País. Corporación. (Año, día de mes) Ley XXX “por medio de la cual...”

SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Estimado Lector. Si desea suscribirse GRATUITAMENTE a la Revista Científica CODEX versión electrónica, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ingrese a la página: <http://rcodex.udenar.edu.co>

Realice el registro y recibirá en su correo electrónico los próximos números de la revista.

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Puede suscribirse a la versión física de la Revista Científica CODEX, diligenciando el cupón *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

