

ANALISIS DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

FABIO IVAN REY NAVAS
COMPILADOR



SELLO EDITORIAL
CORUNIAMERICANA

ANALISIS DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

Compilador:

Fabio Ivan Rey Navas

Autores:

Fabio Iván Rey Navas
Ivan Villamizar
Luis Rafael Vergara
Carlos Miranda
Daniel Molano
Liliana Paola Millán González
Félix Mendoza De la Espriella
Luz Zenith Fontalvo
Abrahan Bechara

Libro resultado de investigación, realizado a partir del trabajo colaborativo entre grupos de investigación y el desarrollo de propuestas que contribuyen al fortalecimiento de los indicadores de generación de nuevo conocimiento en el área de Derecho.

Análisis del derecho y derechos humanos / Iván Villamizar ... [y otros ocho] ; compilador Fabio Iván Rey Navas -- Barranquilla: Corporación Universitaria Americana, 2020.

166 p. ; 17*24 cm.

ISBN: 978-958-5169-05-0

1. Extinción de las obligaciones -- Análisis. 2. Análisis jurisprudencial. 3. Reformas al control fiscal -- Colombia. 4. Derechos humanos y discriminación -- Mujeres. 5. Método científico -- Investigación -- Derecho. -- Corporación Universitaria Americana. I. Rey Navas, Fabio Iván. II. Villamizar, Iván. III. Vergara, Luis Rafael. IV. Miranda, Carlos. V. Molano, Daniel. VI. Millán González, Liliana Paola. VII. Mendoza De La Espriella, Félix. VIII. Fontalvo, Luz Zenith. IX. Bechara, Abrahan. Comp. I. Rey Navas, Fabio Iván.

340.1 A532 2020 cd 21 ed.

Corporación Universitaria Americana-Sistema de Bibliotecas

Corporación Universitaria Americana©

Sello Editorial Coruniamericana©

ISBN: 978-958-5169-05-0

CONSTITUCIONALISMO Y MÉTODOS DE GESTIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESDE ENFOQUES INCLUSIVOS.

Compilador:

© **Fabio Ivan Rey Navas**

Autores:

© **Fabio Iván Rey Navas**, © **Iván Villamizar**, © **Luis Rafael Vergara**, © **Carlos Miranda**

© **Daniel Molano**, © **Liliana Paola Millán González**, © **Félix Mendoza De La Espriella**, © **Luz Zenith Fontalvo**, © **Abrahan Bechara**

Presidente

JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectora Nacional

ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector Académico Nacional

MARIBEL YOLANDA MOLINA CORREA

Vicerrector de Investigación Nacional

ASTELIO DE JESÚS SILVERA SARMIENTO

Director Sello Editorial

JUAN CARLOS ROBLEDO FERNÁNDEZ

Sello Editorial Coruniamericana

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación y portada: Kelly J. Isaacs González/ Imagen: freepik.com

Corrección de estilo: Jeimmy Cárdenas Del Portillo

1a edición: 2020-12-23

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

- 6** PRESENTACIÓN
- 7** ANÁLISIS DE LOS MODOS DIRECTOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES
Iván Antonio Villamizar Molina & Luis Rafael Vergara
- 44** ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y LEGAL DEL AGENTE EN CUBIERTO
Carlos Emilio Miranda Castellanos
- 60** ANÁLISIS DE LAS REFORMAS AL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA
Daniel Esteban Molano
- 91** DERECHOS HUMANOS Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA HACIA LA MUJER, UNA REIVINDICACIÓN DE SUS DERECHOS
Liliana Paola Millán González
- 116** DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERPRETACIÓN COMPARADA: LOS TRIBUNALES DE LUXEMBURGO, ESTRASBURGO Y LA CORTE INTERAMERICANA
Abraham Bechara Llanos, Luz Fontalvo Arrieta & Félix Mendoza de la Espriella
- 141** DERECHOS HUMANOS Y MÉTODO CIENTÍFICO PARA LA INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO
Fabio Iván Rey Navas

Analizar el derecho es una de las propiedades que corresponden a una forma válida de investigación de las ciencias jurídicas, separando todo un campo para comprenderlo mejor, especialmente sus principios y elementos, para Cardona el método consiste en:

“Aunque la forma clásica de entender el método analítico ha sido la de un procedimiento que descompone un todo en sus elementos básicos y, por tanto, que va de lo general (lo compuesto) a lo específico (lo simple), es posible concebirlo también como un camino que parte de los fenómenos para llegar a las leyes, es decir, de los efectos a las causas.”. (Lopera, 2010)

Esto es lo que realizan los profesores Iván Antonio Villamizar Molina, Luis Rafael Vergara, Carlos Emilio Miranda Castellanos y Daniel Esteban Molano, quienes asumen diversos objetos de estudio y lo descomponen en argumentos equitativos, para lograr un sentido de contexto científico que permite comprender cada una de las partes y el todo.

La visión de análisis se complementa con la comprensión de los derechos humanos desde una visión metodológica a partir de la escuela crítica como una forma de emancipación del ser, que se concreta por ejemplo en la discriminación hacia la mujer como una forma de aumentar su protección, y se complementa a partir de la visión comparada de los derechos humanos y los fundamentales en los tribunales europeos y americanos.

Lo colectivo tiene como característica básica la diferencia, y en esta es donde se enriquece el discurso democrático del derecho, por esto desde el análisis de los derechos humanos se realiza con una participación nacional, pero especialmente Caribe, por estar todos los autores presentes en Barranquilla, Cartagena y Sincelejo, aunque su procedencia venga desde Boyacá, Santander y el propio Caribe y su formación académica sea del interior y de la costa, con una clara formación en la Escuela de Salamanca y Barcelona.

Bienvenida la obra colectiva para la discusión y crítica del derecho.

Fabio Iván Rey Navas

Referencia: Lopera Echavarría, J. D., Ramírez Gómez, C. A., Zuluaga Aristizábal, M. U., & Ortiz Vanegas, J. (2010). El método analítico como método natural.

ANÁLISIS DE LOS MODOS DIRECTOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Iván Antonio Villamizar Molina*

Luis Rafael Vergara**

* Magíster en Derecho Procesal, Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Universitaria, Universidad Antonio Nariño. Abogado y Economista Universidad Simón Bolívar. Contador Público, Universidad del Atlántico. ivillamizar@coruniamericana.edu.co

** Magíster en Derecho, Universidad Sergio Arboleda. Especialista en Ciencias Políticas, Universidad del Atlántico. Abogado, Universidad del Atlántico. lvergara@coruniamericana.edu.co

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como objetivo principal mostrar la importancia que tiene la normatividad colombiana en los modos directos de extinción de las obligaciones.

Las obligaciones no tienen vocación de perpetuidad, estas sólo constituyen un medio para alcanzar un fin, cual es, la satisfacción del interés del acreedor a través del cumplimiento de la prestación por parte del deudor. Sin embargo, en los casos en los que la solución no proviene por el cumplimiento (espontáneo o forzoso), el ordenamiento dispone formas de disolución de los vínculos en aras de brindar seguridad jurídica, pues el deudor no puede estar obligado permanentemente, en virtud del principio “no hay obligaciones irredimibles”.

Con este trabajo pretendemos ampliar nuestros conocimientos con respecto a la materia en saber cómo, cuándo y por qué se utiliza éste procedimiento y que, por supuesto debe estar acorde con la jurisprudencia, la Doctrina y el Código Civil, que estatuyen nuestra base legal; al igual de todos aquellos que se interesen en leer nuestro aporte, y que este, le sea de mucho provecho.

El estudio de esta asignatura es importante para el estudiante y futuro profesional de las ciencias jurídicas, porque en la vida diaria toda persona se encuentra inmersa en el mundo del derecho. Nuestra vida en sociedad está rodeada de actos y hechos jurídicos, desde el nacimiento hasta la utilización diaria del transporte, la compra de un producto en la tienda de la esquina, la creación de un testamento, el estacionarse en un supermercado, acceder a una oferta e incluso la muerte están vinculadas a nuestra profesión, en donde las obligaciones no son la excepción y, como tal, se entiende por modos de extinguir las obligaciones aquellos actos y hechos jurídicos en virtud de los cuales se disuelve o extingue el vínculo obligatorio que une al deudor con el acreedor.

1. GENERALIDADES

Por extinción de las obligaciones entendemos que son aquellos actos y hechos jurídicos en virtud de los cuales se disuelve o se extingue el vínculo que los amarra o une al adeudado con el demandante, es decir, que la ley les atribuye el valor de liberar al deudor respecto del acreedor.

Ahora bien, podemos decir que este concepto no es absoluto, (tal cual como lo plantea Guillermo Ospina Fernández, en su libro Régimen General de las Obligaciones, 2008, P. 311) ya que algunos modos de extinguir las obligaciones no producen la total liberación del deudor. Si miramos como por ejemplo el pago en efectivo, que es el cumplimiento de la prestación debida, en donde este pago soluciona el vínculo obligatorio; pero si dicho pago ha sido efectuado por una persona distinta de él deudor, puede ocurrir que el vínculo subsista y solo cambia el sujeto activo, ya que quien cancelo la deuda entra a ocupar el puesto del anterior acreedor, subrogándose en el crédito de este con todos sus accesorios. En el caso de la novación objetiva, simultáneamente con la extinción de la obligación novada, nace entre las mismas partes otra obligación cuyo objeto o prestación es distinto del de aquella. En el caso de la imposibilidad sobreviniente de cumplir la obligación, como en el de la pérdida de la cosa que se debía dar o entregar, dicha obligación se extingue; pero si tal imposibilidad es imputable al dolo o a la culpa del deudor, por ministerio de la ley nace a cargo de este y en favor del acreedor una obligación distinta, cual es la indemnización de los perjuicios irrogados, produciéndose así una especie de novación legal.

Antes de entrar en materia sobre los diferentes modos de extinguir las obligaciones, es útil y preciso presentar una selección de las principales clasificaciones que de ellos ha propuesto la doctrina. Sin embargo, el punto de los ordenamientos es muy transcendental, ya que enaltece el criterio de la necesidad de poner fin a un vínculo jurídico, es más, este enfoque con que el derecho mira esta relación, lo hace bajo una mirada necesaria hacia el futuro.

2. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN LA HISTORIA

De acuerdo con lo manifestado en líneas anteriores, observamos como este concepto de extinción de las obligaciones, a través de la historia ha venido teniendo injerencia en el modo de aplicación del derecho en los siguientes países:

2.1. En el Derecho Romano: Según Bonfante, citado por Jorge Cubides Camacho, en su libro de Obligaciones, quien manifiesta que se distinguieron en este derecho las causas de extinción ipso jure de las exceptionis ope. Las primeras son aquellas que “anulan verdaderamente la obligación, de una manera definitiva siempre, con todas las relaciones accesorias que eventualmente puedan depender de ella. Las segundas

no hacen sin atribuir un derecho impugnativo para eliminar la relación obligatoria; pero de este derecho, por lo general, es concedido o se hace valer solamente en la vía de exceptio contra el acreedor que intenta su acción, el sujeto a quien compete puede usar o no usar, y también renunciar voluntariamente”. Es importante también resaltar el concepto emanado de Ortolàn, de igual forma citado por Jorge Cubides Camacho, que el “modo regular para desligarse el deudor, aquel en cuya vista se ha formado la obligación y que constituye su objeto final, es el cumplimiento de lo que debe. Así la expresión general solutio, tomada en un sentido más limitado, se aplica particularmente a este modo principal de liberación. Solutio expresa entonces el cumplimiento, la prestación de lo que se debe, lo que hoy llamamos el pago” (Cubides 2012, p. 386).

2.2. Derecho Francés: Como lo manifestó Planiol y Ripert, citado por Luis Cubides Camacho en su libro de Obligaciones, en donde dividen las causas de la extinción en cuatro categorías:

- A. Primera: La extinción que se produce por la voluntad de las partes, como sería el término extintivo y la remisión.
- B. Segundo: La extinción producida por la desaparición de algunos de los elementos de la obligación, como la confusión o la pérdida de la cosa debida.
- C. Tercero: La extinción por ejecución indirecta de la obligación, es decir, cuando se disuelve el vínculo por cumplimiento de un objeto equivalente, como sería, por ejemplo, la dación en pago o la compensación.
- D. Cuarto: La prescripción extintiva

Pero, además, encontramos el concepto de los hermanos Mazeaud, quienes dicen que los modos de extinguir las obligaciones tienen dos categorías: Los que son comunes a todas las obligaciones y aquellos modos de extinguir que sólo tienen cabida en ciertas obligaciones. Entre los modos de extinción comunes a todas las obligaciones sean contractuales o extracontractuales, unos obran fuera de la voluntad común del acreedor y del deudor: son los modos de extinción legales; los otros resultan de la voluntad común del acreedor y del deudor: son los modos de extinción voluntarios” (Cubides 2012, p. 387)

2.3. Derecho Alemán: Para Karl Larenz, citado por Jorge Cubides Camacho, quien dice que la obligación se extingue produciéndole satisfacción a su acreedor, como en los casos de pago o de compensación, o bien sin producirle satisfacción, como ocurre en los casos de remisión o de rescisión. También tenemos que señalar lo manifestado por Von Tuhr, citado por Jorge Cubides Camacho, en su obra *Obligaciones*, quien trata de la causa normal de extinguir las obligaciones – el pago – y de las demás causas que ponen fin al vínculo jurídico, como son, por ejemplo: la remisión, la novación, la compensación, la prescripción, la confusión, la imposibilidad de la prestación, etc.

2.4. Derecho Italiano: En este derecho observamos que es la misma doctrina italiana que clasifica los modos de extinguir las obligaciones en especiales y generales. Los primeros son aquellos que sólo operan en ciertas obligaciones; los segundos aquellos comunes a todas las obligaciones.

“Los modos generales se distinguen, ante todo, en dos grandes categorías: modos satisfactiva – es decir, hechos que, con la extinción de la relación, producen la satisfacción, directa o indirecta, del interés del acreedor, de manera que las extinciones, cabalmente, una consecuencia de dicha satisfacción – y modos no satisfactivos, en virtud de los cuales, por el contrario, la relación se extingue sin que el crédito quede satisfecho. (Cubides 2012, p. 388)

2.5. Derecho Chileno: De acuerdo con lo esbozado por Arturo Alessandri y Barros Errazuriz, citado por Jorge Cubides Camacho, clasifican los modos de extinción de las obligaciones así: Aquellos en los que el acreedor queda satisfecho, como el pago, la compensación, la novación, la confusión o el plazo extintivo; aquellos en los que el acreedor no se satisface, como por ejemplo la remisión, la prescripción liberatoria, la pérdida de la cosa debida y la muerte, y aquellos que no destruyen el vínculo jurídico en sí, sino la causa o fuente de donde la obligación nace. Es el caso, por ejemplo, de la declaración de nulidad o rescisión, o del mutuo consentimiento de las partes.

También hace su participación, en este contexto de ideas sobre la extinción de las obligaciones, Luis Claro Solar, citado por Jorge Cubides Camacho en su libro de *Obligaciones*, Luis considera que se pueden clasificar los modos de extinción de las obligaciones en Generales, que se aplican a todas las obligaciones cualquiera que sea su clase, y Especiales, que

solamente se refieren a determinadas obligaciones. Pertenecen a esta última clase: el plazo extintivo, la condición resolutoria, la muerte del acreedor o del deudor y la imposibilidad de ejecución. (Cubides 2012, p. 388)

2.6. Derecho Colombiano: De acuerdo con lo citado por Jorge Cubides Camacho, quien hace referencia al artículo 1625 del Código Civil Colombiano, en donde este contempla los modos de extinción de las obligaciones así:

“Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

1. Por la solución o pago en efectivo.
2. Por la novación.
3. Por la transacción.
4. Por la remisión.
5. Por la compensación
6. Por la confusión.
7. Por la pérdida de la cosa que se debe.
8. Por la declaración de nulidad o por rescisión.
9. Por el evento de la condición resolutoria.
10. Por la prescripción.

Esta clasificación que hace la ley, para mi entender es incompleta, porque al lado de los modos contemplados existen otros, como son, por ejemplo: la muerte del acreedor o del deudor, y todos los que atacan la fuente de las obligaciones, tales como la revocación o terminación unilateral del contrato, la revocación judicial y la declaración judicial de simulación.

3. LAS OBLIGACIONES Y MODOS DE EXTINGUIRLAS

Las obligaciones en derecho civil son de tres clases; obligaciones de dar, hacer y no hacer, y estas obligaciones se pueden extinguir de diferentes formas.

El artículo 1494 del Código Civil habla del nacimiento de las obligaciones: “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades

de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.” (Código Civil Colombiano, 2018)

Las obligaciones son las consecuencias de los actos jurídicos que se realizan; ejemplo de acto jurídico un contrato. Hay una obligación de dar, por ejemplo, en un contrato de compraventa cuando el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa al comprador y el comprador de pagar el precio de la cosa al vendedor; en cuanto a la obligación de hacer un ejemplo común es, se contrata a una persona para que realice una obra, pintura o construcción.

El no cumplimiento de las obligaciones acarrea consecuencias jurídicas; cuando de un incumplimiento de un contrato se refiere; indemnización de perjuicios, y en ocasiones cuando existe cláusula penal el pago de monto establecido en la cláusula por incumplimiento.

En el caso que se haga referencia a la Resolución de un Contrato, su análisis es diferente, ya que este viene de una obligación adquirida por el deudor, en palabras sencillas, la resolución de un contrato es la figura producto de la voluntad de las partes o la declaración judicial mediante el cual se deja sin efecto un contrato (cualquiera que sea), lo cual por lo general tiene efectos retroactivos y por supuesto cesa todo efecto futuro del contrato por cuanto este se deshace.

La resolución del contrato implica la extinción del mismo, su desaparición, por lo tanto, se hace inoponible por la ausencia de todo vínculo jurídico que pudo derivarse de su existencia. (Gerencia, 2021)

3.1. Modos de extinguir las obligaciones

Cuando hablamos de extinción de las obligaciones, lo que se busca es el rompimiento jurídico existente entre el deudor con el acreedor.

Jorge Cubides Camacho en su libro de Obligaciones, de la p. 390 a la 392, hace una clasificación muy acertada sobre la forma de extinción de las obligaciones, las cuales las clasifica en:

3.1.1. Modos Directos de Extinción de las Obligaciones

Estos disuelven el vínculo en su entidad propia, es decir, actúan sobre uno o más de sus elementos esenciales. Al destruir cualquiera de los elementos de la obligación, los sujetos, el objeto o el vínculo, la obligación se extingue y no puede ya producir efecto alguno. Pueden darse originados en la voluntad de los sujetos, en la ley o en el juez, tal cual como lo reseñamos a continuación:

3.1.1.1. Modos directos voluntarios: Son las partes las que ponen fin al vínculo obligatorio, con su decisión libre de hacerlo, en este caso tenemos el pago, la novación, la remisión y la transacción.

3.1.1.2. Modos directos legales: Son los que actúan conforme con la ley, es decir, cuando se presentan situaciones de hecho que las normas jurídicas protegen. La misma ley es la que indica, que ante ciertas hipótesis se produce la extinción de la obligación, dentro de ellas tenemos: la confusión, la compensación, la pérdida de la cosa debida, la muerte del deudor o del acreedor y la prescripción.

3.1.1.3. Modo directo judicial: Es el juez quien determina, de acuerdo con los acontecimientos y aplicando la ley para cada caso señalado, la obligación civil se extingue. Por lo general en estos casos este modo directo judicial se combina o se basa en otros modos de extinción; pero distinguirlo de éstos conviene porque sin la definición judicial propiamente tal, ante discrepancia de las partes no podría darse la extinción.

3.1.2. Modos Indirectos de Extinción de las Obligaciones

Son modos que actúan sobre la fuente de la cual proviene la obligación, y como no puede haber efecto sin causa la obligación se extingue. Pueden darse, a su vez, con el siguiente origen.

3.1.2.1. Modos indirectos voluntarios: Estos proceden cuando una de las partes, o ambas, deciden dejar sin efecto el acto jurídico que dio origen a la obligación. Esto ocurre en la revocación o terminación unilateral del contrato, en el plazo extintivo y en la condición resolutoria expresa.

3.1.2.2. Modos indirectos legales: Es la ley la que determina que la fuente de la que provino la obligación se extingue. Se presenta cuando se dan los

supuestos de hecho contemplados en la ley para extinguir las obligaciones por resolución del contrato generador, como ocurre en los numerosos eventos en que opera la condición resolutoria tácita de que trata el artículo 1546 del Código Civil.

3.1.2.3. Modos indirectos judiciales: Mediante sentencia ejecutoriada el Juez declara que la fuente de la obligación (el acto jurídico) deja de producir sus efectos, es decir, se extinguen las obligaciones a que el acto jurídico dio lugar. Ejemplo el caso de la revocación judicial del contrato, la declaración judicial de simulación y la declaración judicial de nulidad.

4. LOS MODOS DIRECTOS VOLUNTARIOS

El Código Civil en su artículo 1625 hace una clasificación sobre los diferentes modos de extinguirse las obligaciones, de acuerdo con este ordenamiento encontramos los que se extinguen directamente, entre ellos encontramos los siguientes:

4.1. El pago y sus formalidades

Los artículos 1626 y siguientes del Código Civil reglamentan detalladamente el pago o su cumplimiento. Está definido como “la prestación de lo que se debe”, con el agregado de que la prestación se hará “bajo todos los aspectos en conformidad al tenor de las obligaciones”, esto es, con observancia de todas y cada una de las circunstancias previstas para su cumplimiento.

La palabra “pago” indica “apaciguar”, que corresponde a hacer la paz, “solución” que equivale a desligar, soltar. Los términos enunciados anteriormente, son sinónimos complementarios, como lo son sus significados, en donde el deudor se desliga a través del pago para ponerse en paz con el acreedor.

De acuerdo con las formalidades del pago, surgen una serie de interrogantes:

4.1.1. ¿Por qué se paga?

Se necesita la existencia de una obligación, siquiera natural, para que pueda hablarse jurídicamente de un pago. De lo contrario, se estaría en

frente del fenómeno de pago de lo no debido.

4.1.2. ¿Qué debe pagarse?

El pago debe realizarse tal como figura en la respectiva obligación. No se puede obligar al acreedor a recibir algo diferente, aun cuando esto sea de igual o mayor valor.

El principio general es que el pago se realice en forma total; el acreedor no está obligado a recibir por partes. Sin embargo, puede pactarse el pago parcial siempre y cuando la obligación sea divisible.

En las obligaciones de dar el acreedor debe ser propietario de la cosa o contar con el consentimiento del dueño para enajenarla. Debe tener capacidad para la enajenación y en todo caso se deben observar las solemnidades legales.

4.1.3. ¿Quién puede pagar?

El pago puede hacerse por el deudor, codeudor, fiador, y en general cualquier tercero con o sin interés en la deuda.

4.1.4. ¿A quién debe pagarse?

El pago puede hacerse al acreedor, su representante o tercero diputado por el acreedor o por ministerio de la ley. Todo pago efectuado a un tercero, que no haya sido facultado por el acreedor para tal efecto, no extinguirá la obligación a menos que el acreedor lo ratifique, siguiendo el lineamiento del principio romano: el que paga mal paga dos veces.

4.1.5. ¿Dónde debe pagarse?

El pago se efectúa en el lugar acordado por las partes, y en su defecto, en el domicilio del deudor, salvo para las obligaciones de cuerpo cierto en cuyo caso el pago se realiza en el sitio donde se encontraba la cosa al momento de nacer la obligación.

4.1.6. ¿Cuándo debe pagarse?

Debe hacerse en la oportunidad fijada por las partes. A este respecto

el pago debe efectuarse inmediatamente, si la obligación es pura y simple. Cuando se trate de obligaciones modales debe realizarse una vez acaecido el hecho de la condición o cuando el plazo expire.

4.1.7. ¿Cómo debe hacerse el pago?

Si la prestación consiste en la dación en pago o entrega de un cuerpo cierto, el acreedor debe recibirlo en el estado en que se encuentra a menos que el deterioro se deba al hecho o la culpa del deudor o de las personas por quienes el deudor debe responder o a menos que el deterioro sobrevenga después que el deudor se haya constituido en mora, casos éstos en los cuales el acreedor puede pedir la rescisión del contrato y la indemnización, o solamente la indemnización si el acreedor acepta la cosa o el deterioro no pareciere de importancia.

4.1.8. ¿Cuál es el efecto del pago?

Su principal efecto es extinguir la obligación de manera parcial o total, según si se cumple la obligación en todo o en parte. El pago total extingue las garantías y los accesorios.

4.1.9. Formalidades del pago

De acuerdo con las formalidades el pago puede ser:

4.1.9.1. Pago en Efectivo o Solución. Es un modo de extinguir las obligaciones por la prestación de lo que se debe. El nombre de pago en efectivo nos anuncia la existencia de otras modalidades de pago, o modos asimilados al pago, que no son “efectivos”, como ocurre con la cesión de bienes y la novación. Se lo llama también solución ya que su efecto es desligar o disolver el vínculo jurídico que ataba al deudor con su acreedor.

4.1.9.2. Pago por Consignación. Es un modo de liberarse de la obligación que tiene el deudor que debe gozar de capacidad para hacerlo (por sí o por otros e incluso terceros interesados o no) cumpliendo con la prestación debida cuando el acreedor no quiere o no puede recibir el pago y en este evento, previos los trámites que establece la ley, puede el deudor liberarse a través de la consignación.

Según definición del artículo 1657 del Código Civil la consignación “es

el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en mano de una tercera persona”.

La consignación produce los efectos de extinguir la obligación del mismo modo como si se hubiere aceptado voluntariamente el pago, conforme lo indican los artículos 1656 y 1663 del Código Civil. Por consiguiente, cesan los intereses, cesan los riesgos por deterioro o pérdida de la cosa debida, se extinguen las obligaciones accesorias, etc.

Para que sea válida la consignación debe estar precedida de una oferta y cumpla con los siguientes requisitos:

- a. Que sea hecha por persona capaz de pagar.
- b. Que sea hecha al acreedor capaz de recibir el pago o a su legítimo representante.
- c. Que la obligación sea pura y simple, es decir, que no esté sometida a plazo o condición o que haya expirado aquel o cumplido esta.
- d. Que se ofrezca el pago en el lugar acordado y este sea seguro.
- e. Que el deudor dirija al juez competente un memorial manifestando la oferta que se ha hecho al acreedor e indicando precisamente el objeto de la obligación debida.
- f. Que se dé traslado del memorial u oferta al acreedor o a su representante

4.1.9.3. Pago con Subrogación. Es un pago “no liberatorio para el deudor”, porque no lo hace este, y la subrogación es una institución jurídica, de la cual el crédito pagado por el tercero subsiste a su favor, y se le transmite con todos sus accesorios, aunque se considere extinguido con relación al acreedor.

En general, la subrogación consiste en la sustitución jurídica de una cosa por otra, o de una persona por otra.

4.1.9.4. Características de la subrogación: Dentro de estas formas de

pago encontramos las siguientes:

4.1.9.4.1. Pago al acreedor sin liberación del deudor: Normalmente el pago extingue la obligación, pero este efecto no siempre se produce, en este punto resaltamos dos consideraciones:

4.1.9.4.1.1. Pago realizado por el verdadero deudor: El deudor es quien debe de personarse verdadera mente de la deuda, es decir, él es quien debe de hacer el pago. Cuando cumple con su obligación de pago se extingue esta y no solamente el acreedor pagado ya no es acreedor, sino que el deudor también deja de serlo.

4.1.9.4.1.2. Pago efectuado por otra persona: La persona que realiza el pago en lugar del deudor, se convierte en un tercero totalmente extraño a la deuda. Esta acción de pago por parte del tercero, el acreedor deja de ser acreedor del deudor, puesto que esta deuda ha sido pagada y no tiene nada que reclamar; pero este deudor no queda liberado totalmente, por lo general sólo ha cambiado de acreedor y se encuentra obligado en favor de la persona que haya realizado en su lugar el pago.

4.1.9.4.1.3. Existencia de la acción del tercero: El tercero puede adquirir la acción perteneciente al acreedor a quien ha pagado. La transmisión en su favor de los derechos y acciones del acreedor se realiza mediante una operación especial, llamada subrogación. Al ser subrogados en los derechos del acreedor, el tercero podrá ejercitar en contra del deudor la acción que primitivamente existía en su contra, y con ella todas sus garantías: privilegios, hipotecas, etc. (Planiol y Ripert, 2005, P. 200).

4.1.9.4.2. Casos en que el tercero carece de toda acción: Cuando alguien paga una deuda ajena, este tiene en principio, la oportunidad de una acción contra el deudor por quien ha pagado. Pero siempre hay excepciones en las reglas de juego, que en este caso podríamos decirse el pago se haya hecho con “ánimo de donante”, es decir, que el tercero haga la donación al deudor, por lo tanto, este queda liberado de su obligación, además la ley no le concede ninguna acción al tercero, en caso que este intentara posteriormente emprender alguna acción contra el deudor.

4.1.9.4.3. Comparación de la subrogación con la cesión de crédito: La subrogación se parece a la cesión de derecho reglamentada por los artículos 1689 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, entre ambas operaciones

existen diferencias notables. (Planiol y Ripert, 2005. P. 214 al 216), entre estas tenemos:

4.1.9.4.3.1. La cesión de crédito es una operación voluntaria: Siempre supone el consentimiento del acreedor, la subrogación frecuentemente se realiza de hecho, y siempre es posible en derecho, sin su consentimiento.

4.1.9.4.3.2. El cesionario del crédito no tiene acción por su propio derecho contra el deudor: Únicamente posee acción que se le transmitió con motivo de la cesión. El subrogado siempre tiene independientemente de la subrogación, una acción personal de mandato o de gestión de negocio, en contra del deudor.

4.1.9.4.3.3. Las formas de ambas operaciones no son las mismas: Cuando la subrogación no se realiza de pleno derecho puede hacerse mediante una simple mención en el recibo; no requiere ser notificada al deudor. La cesión de derechos sólo surte efectos contra terceros en virtud de la notificación hecha al deudor o de su aceptación en un documento auténtico, artículo 1690 del Código Civil. En caso de no llenarse cualquiera de estas formalidades la cesión no es oponible a los terceros.

4.1.9.4.3.4. La cesión de crédito obliga al cedente a garantizar, por lo menos su existencia, artículo 1693 del Código Civil. Como ya lo hemos expresado la subrogación no origina ninguna obligación de garantía.

4.1.9.4.3.5. En caso de remisión parcial consentida por el acreedor, el subrogado únicamente puede reclamar al deudor el monto de lo que realmente ha pagado al acreedor, partiendo del principio de quien paga una deuda ajena presta un servicio, ya sea que lo haga espontáneamente o que se haya obligado a ello con anterioridad. Quien compra un crédito es un especulador, si ha convenido una cesión mediante un precio inferior al monto real del rédito, es porque pretende obtener el pago íntegro, en caso de que lo consiga. Por tanto, él, y no el deudor debe beneficiarse con la diferencia

5. LA DACIÓN EN PAGO

Existe dación cuando el deudor entrega en pago a su acreedor una cosa distinta de la que debía en virtud de la obligación. Esta es una modalidad de pago en la que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, soluciona la obligación con una prestación distinta de la debida.

Por ejemplo, debía dinero y se libera entregando mercancías o transmitiendo al acreedor la propiedad de un inmueble. Este modo de liberación sólo puede emplearse con el consentimiento del acreedor, quien siempre tiene derecho a exigir lo que se le debe.

En el derecho colombiano no se encuentra una regulación legal específica y sistemática sobre la dación en pago; sin embargo, Código Civil consagra implícitamente dicho modo de extinción de las obligaciones en varios artículos, como el 1562 que trata sobre las obligaciones facultativas y el inciso 2 del artículo 1627 que reconoce el derecho del acreedor a no ser obligado a recibir otra cosa distinta de la que se le deba, entre otros.

Con base en lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), 2001, 2 de febrero) ha señalado que las citadas disposiciones indican que la dación en pago es una institución autónoma e independiente orientada a la extinción de las obligaciones.

En este sentido, señaló que la dación en pago se estructura cuando el acreedor acepta recibir de su deudor, en orden a extinguir la obligación primigenia, una cosa distinta de la debida o ejecutar a cambio un hecho o abstenerse de hacerlo, y de tal suerte extinguir la relación obligacional. Además, es indispensable que los bienes objeto de dación en pago ingresen de manera efectiva al patrimonio del acreedor (Actualícese, 2016).

5.1. Requisitos de la dación en pago:

- A. Debe haber un acuerdo entre deudor y acreedor en que se pagará con un objeto distinto al pactado. Es una excepción al principio de que el pago debe realizarse conforme a la obligación.
- B. Si el deudor va a dar una cosa, debe tener capacidad para transferir el dominio de la misma. La nueva prestación debe hacerse de manera inmediata, pues la dación no puede ser un acto que el deudor se compromete realizar en el futuro.
- C. En la dación, deben observarse las solemnidades necesarias en los actos de sustitución respecto de la nueva prestación, de haberlas.
- D. Debe haber diferencia entre la prestación originaria y la nueva prestación.

E. Debe existir ánimo de solución en la operación, es decir, debe existir la voluntad de dar por terminado el vínculo, en tanto que la nueva prestación constituye el pago mismo.

F. Es un negocio jurídico consensual a menos que la nueva prestación exija la observancia de solemnidades legales por la naturaleza de los bienes.

5.2. *Efectos de la dación en pago*: El efecto principal es la extinción de la obligación con todos sus accesorios.

6. LA NOVACIÓN.

Siguiendo con los modos directos de extinguir las obligaciones, encontramos la novación, que se encuentra consagrado en los artículos 1687 al 1710 del Código Civil; para ser más exacto el artículo 1687 nos da una definición clara y precisa, la cual dice que “la novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.”

Ahora bien, conforme a esta definición, la novación es en un mismo tiempo origen y extinción de obligaciones. No significa esto que las dos funciones sean independientes una de la otra; por el contrario, ambas son indispensables, tanto es así, que están íntimamente relacionadas que forman parte de un solo todo. En donde, la extinción de la primera obligación trae como consecuencia el nacimiento de la nueva y, viceversa el nacimiento de la segunda obligación tiene por causa la extinción del anterior o antiguo contrato. Pero tenemos que ser bien claros en relación a la segunda obligación, ya que esta debe diferir de la primera por un elemento nuevo, suficiente para que se distinga una de la otra, si faltase esta diferencia, la antigua obligación continuaría existiendo sin cambiar, y la pretendida novación no sería sino su reconocimiento, o confirmación.

Ejemplo 1: Si dos partes “A” y “B” celebran un contrato de compraventa de una casa, por un precio de \$300.000.000 de pesos, y luego, de mutuo acuerdo, deciden que ya no se cumplirá con esta prestación, y la sustituyen por la obligación de dar un departamento. En este caso sin duda, se produce, una novación en virtud de que se produce un cambio en el objeto de la obligación.

Ejemplo 2: “A” le vende a “B” un automóvil a un precio determinado; y luego las partes novan esta obligación acordando que “A” venderá a “B”

una casa y ya no el automóvil, pero bajo la condición suspensiva de que “B” no se gane la lotería del domingo siguiente. Si en efecto “B” no se gana la lotería, la condición se habrá cumplido, por lo tanto, operará la novación y la nueva obligación (venta de la casa) será plenamente eficaz.

Ejemplo 3: Cuando Raúl tiene una obligación por pagar a Juan una suma de \$3.000.000 de pesos y encarga para que efectúe el pago como si fuera él a Roberto, este acto como tal no constituye novación

6.1. Requisitos de la novación: Para que haya novación se requieren las siguientes condiciones (Cubides, 2012. P. 412 al 417):

6.1.1. Existencia de una obligación destinada a extinguirse: Toda novación implica la existencia de una primera obligación. En la novación la nueva obligación no tiene otra razón de ser que la extinción de la obligación primitiva.

El artículo 1689 del Código Civil exige que tanto la obligación primitiva como “el contrato de novación” sean válidos a lo menos naturalmente. De esta exigencia se desprenden las siguientes condiciones:

- A. Si la obligación primitiva es inexistente, no hay novación. La norma citada exige que la primitiva obligación sea “válida”, lo que implica su existencia; si esta no existe se pierde la posibilidad de ser sustituida, que es la esencia de la norma.
- B. Si la obligación primitiva es condicionada tampoco habrá novación. La ley es clara en esta previsión porque bajo la dependencia de la condición aún no existe la obligación. Tampoco habrá novación, dice el artículo 1692 del Código Civil, si la obligación antigua se extingue por cualquier causa antes del cumplimiento de la condición, como sería, por ejemplo, la pérdida de la cosa debida, porque no habría obligación primitiva que sustituir por la nueva.
- C. Si la obligación anterior es nula, pero saneable puede haber novación. Una de las ventajas que presenta esta institución es que las partes pueden, por autonomía de su libertad, convertir una obligación defectuosa en una que no lo es. La ley, por lo demás, autoriza la novación con sólo tener las obligaciones existentes natural, lo que se cumple en la hipótesis que se analiza. Sería, en cambio, improcedente la novación

en el caso de nulidad por ilicitud del objeto; pero aún en éste sería admisible si desaparece la ilicitud, como ocurriría, por ejemplo, si una actividad delictual deja de serlo en una nueva legislación.

El artículo 1689 del Código Civil dice que “para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación, sean válidos, a lo menos naturales”, lo cual significa que se exige que ambas obligaciones sean por lo menos naturales, es decir, que existan y que, aunque no confieran derecho para exigir su cumplimiento autoricen al acreedor para retener lo que pueda recibir en razón de ellas.

6.1.2. Creación de una nueva obligación destinada a remplazar a la antigua: De la misma manera como el deudor no contrae la nueva obligación sin deshacerse del vínculo anterior, el acreedor no consiente en desprenderse de su derecho de crédito sino con la seguridad de que se le dé otro derecho en su lugar. Por esta razón es necesario que venga una nueva obligación a remplazar a la antigua. Si no nace la nueva obligación, no habrá novación y por consiguiente subsistirá la antigua.

Si la segunda obligación es inexistente o nula absolutamente por objeto ilícito, insaneable, no puede existir novación, porque no será posible novar una obligación civil o natural por una obligación que carezca de sus condiciones vitales o de validez natural. Del mismo modo es perfectamente válido novar una obligación civil por una natural, aunque esto sea extraño o de muy rara ocurrencia.

6.1.3. Diferencia entre ambas obligaciones: Según su etimología la palabra novación significa “hacer nuevo, cambiar algo”, de donde se deduce que es de la esencia de esta figura que haya algo nuevo, distinto de lo anterior. Si la nueva obligación no se diferencia sustancialmente de la anterior habrá sólo una confirmación o reconocimiento de ésta, sin nada nuevo.

En toda obligación, como en todo acto jurídico, hay elementos esenciales y elementos accidentales. Los primeros son aquellos que no pueden faltar en la obligación, y si faltan la obligación sería inexistente. Los elementos accidentales son aquellos sin los cuales no varía la esencia de la obligación, es decir, pueden estar o no presentes sin que esto afecte la existencia del vínculo. Con base en estos conceptos sólo podemos hablar de novación cuando se modifican elementos constitutivos o esenciales de la obligación.

La obligación nueva puede ser distinta de la anterior por un cambio en cualquiera de los elementos esenciales, es decir, por un cambio en los sujetos, en el objeto, o en el vínculo jurídico mismo.

6.1.4. Intención de novar: La exigencia del artículo 1693 del Código Civil, sobre que para que haya novación “es necesario que lo declaren las partes o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar”. En seguida el mismo artículo explica la razón de esta exigencia: “porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.”

Por ser la intención de novar esencial en la novación, nunca puede presumirse. El juez no tiene facultad para inducirla sino cuando se dan determinados presupuestos. La intención de novar pertenece al fuero interno de los contratantes y no puede conocerse si no la declaran y expresamente la manifiestan, o si no aparece indudablemente, como resultado de la naturaleza de la segunda obligación, que esta nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

El artículo 1693 del Código Civil determina que la intención de novar puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando lo declaran formalmente las partes al celebrar el contrato. Es tácita cuando la naturaleza del contrato aparece indudablemente que la intención de las partes ha sido novar. Hay una diferencia marcada entre la novación expresa y tácita, en donde la primera existirá, cualquiera que sea el cambio que se haga en la obligación; ella no resulta del cambio sino de la voluntad de las partes. “La novación tácita, al contrario, no puede ser admitida sino cuando el cambio es tal, que supone necesariamente la intención de novar, todo depende entonces de la naturaleza del cambio.”

La ley hace una exigencia lógica, que constituye una radicalización de la regla general, cuando se trata de una novación por cambio de deudor. En este caso el ánimo de novar no puede deducirse tácitamente, porque del simple cambio de deudor no puede aparecer indudablemente que la intención de las partes es novar; es indispensable para que se efectuó la novación que el acreedor, aceptando al nuevo deudor, exprese su voluntad de dar por libre al deudor primitivo, artículo 1694 del Código Civil. A falta de la manifestación expresa, se entenderá que el tercero es solamente un diputado para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del espíritu del acto.

6.1.5. Capacidad de las partes para novar: Para la novación no basta que el acreedor tenga capacidad para recibir el pago, y el deudor para pagar. La ley exige la capacidad de contratar, lo que significa que el deudor debe ser capaz de obligarse, puesto que contrae una nueva obligación, que el acreedor debe ser capaz de disponer de su crédito ya que renuncia a su primitivo derecho.

6.2. Efectos de la novación

La novación produce los siguientes efectos (Planiol y Ripert, 2005. P. 228 y 229):

6.2.1. Dualidad de los efectos: La novación produce un doble efecto: extingue un crédito y crea otro. Un solo acto realiza este doble resultado. Por tanto, no puede obtenerse uno de estos efectos sin el otro; entre ellos existe una estrecha solidaridad, de modo que nada se consigue si por cualquiera causa uno de ellos deja de realizarse; una deuda se nova únicamente para reemplazarla por otra y ésta sólo se crea para substituir a aquella.

6.2.2. Extinción de la deuda antigua: El efecto extintivo de la novación es comparable al del pago. La obligación novada desaparece con todos sus accesorios; la hipoteca o el privilegio que garantizaban se extinguen; los fiadores quedan liberados por virtud de la novación celebrada por el deudor principal; los codeudores solidarios también son liberados cuando el acreedor conviene una novación con uno de ellos solamente. Así lo determinan los artículos 1701 al 1703 del Código Civil.

6.2.3. Creación de la nueva deuda: La nueva obligación creada por la novación, para substituir a la antigua, es, en principio, un crédito simple, puramente quirografario. La novación hace perder al vendedor y al arrendador el privilegio que por este título les pertenecía.

6.2.4. Conservación convencional de las primitivas garantías: ¿Pueden los particulares conservar las diversas garantías de la obligación primitiva, para el nuevo crédito? La ley los faculta a ellos, pero debe hacerse una distinción que el Código tomo de Pothier, las cuales son:

6.2.4.1. Fianzas: Si los fiadores a quienes liberara la novación habían consentido en responder por una deuda determinada, como se modifica ésta, es necesario obtener nuevamente su consentimiento, en definitiva, lo que se les pide es una nueva fianza. Por tanto, el acreedor únicamente conservara

acción en su contra si aceptan la nueva obligación. Si el acreedor subordina la novación a la obligación de los fiadores y estos no dan su consentimiento, no se realiza la novación.

6.2.4.2. Solidaridad: Los codeudores solidarios desempeñan entre sí, mutuamente, un papel análogo al de los fiadores. La ley les aplica la misma regla que a los fiadores para el caso del acreedor pactando una novación con uno de ellos exigiera el consentimiento de los demás; si estos se niegan a admitir el nuevo convenio, subsiste la antigua obligación.

6.2.4.3. Privilegios e hipotecas: Estas garantías reales pueden conservarse por el acreedor, pero únicamente con el consentimiento del propietario de los bienes que las soporten. Tal era la fórmula de Pothier y tal, es a pesar de lo que se haya dicho, el sistema del Código.

7. LA REMISIÓN

7.1. Concepto: Es un término que está relacionado al verbo remitir. Esta acción puede asociarse a mandar una cosa a un individuo que se encuentra en otro sitio, a condonar una penalidad o una carga, o a limitarse a hacer o decir aquello a lo que uno se ha comprometido.

7.2. La remisión de la deuda: Es el acto por el cual el acreedor renuncia gratuitamente al derecho de crédito que tiene contra el deudor. Otros autores la definen como la liberación de la deuda otorgada gratuitamente por el acreedor a favor del deudor. En la doctrina es llamada también condonación o perdón. (<https://es.slideshare.net/luisedith16/remisin-de-la-deuda>)

7.3. Requisitos de la deuda

- A. El acreedor que remita una deuda debe tener la libre disposición de sus bienes.
- B. La remisión para que se perfeccione y provoque sus efectos debe ser aceptada por el deudor y el acreedor, debe ser notificado de esta aceptación.

7.4. Clasificación de la remisión

La remisión se puede clasificar en:

7.4.1. Remisión Total: Es aquella que se refiere o comprende la totalidad de la deuda, Mediante ella el deudor se libera totalmente.

7.4.2. Remisión Parcial: Se refiere sólo a parte de la deuda, no a su totalidad. El deudor se libera sólo por la parte que le es remitida por el acreedor.

7.4.3. Remisión Expresa: Ocurre cuando el acreedor manifiesta su voluntad de renunciar al derecho de crédito que tiene contra su deudor. No exige formulas solemnes ni sacramentales en nuestro derecho, basta la voluntad manifestada de un modo directo y notificado al deudor, quien puede o no aprovecharse de ella.

7.4.4. Remisión tácita: Ocurre cuando el acreedor realiza algún acto o conducta que denota su voluntad de condonar la deuda, artículo 1713 del Código Civil.

7.4.5. Remisión Gratuita u Onerosa: En general es gratuita, pero puede ser onerosa, cuando el acreedor conviene en remitir parcialmente la deuda, mediante el pago parcial (transacción, convenio en la quiebra, efectos de la cesión de bienes). Artículo 1712 del Código Civil.

7.5. Características de la condonación o remisión de una deuda

La condonación de una deuda se caracteriza principalmente por ser un modo de extinguir las obligaciones de conformidad con lo establecido por el código civil, mediante la remisión o la condonación como también lo denomina la ley civil se perdona o se exonera a una persona del cumplimiento de una obligación, es decir, que el deudor queda liberado de la deuda en virtud de la remisión.

7.6. ¿Quién puede condonar una deuda?

Puede decirse que se encuentra facultado para condonar una deuda el acreedor de la obligación, sin embargo, no se trata de cualquier acreedor; el acreedor debe ser hábil para disponer de la cosa que es objeto de la condonación, porque de lo contrario la condonación o perdón de la deuda no será válida.

Además, se caracteriza la remisión porque se debe efectuar la

insinuación que se hace en la donación entre vivos, es decir, que, aunque la condonación sea una manifestación libre del acreedor requiere autorización de notario en los casos en que la donación entre vivos la requiere, de conformidad con el establecido por el artículo 1712 del código civil.

Entonces cuando la condonación de una deuda exceda de cincuenta salarios mínimos, requiere autorización del notario mediante escritura pública, pues en estos casos la donación entre vivos requiere dicha insinuación. La insinuación la trata el artículo 1458 del código civil el cual fue modificado por el decreto 1712 de 1989 artículo 1°, el cual señala:

“Corresponde al notario autorizar mediante escritura pública las donaciones cuyo valor excedan la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal.

Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación.”

Cuando se trate de la condonación de una deuda que recaiga sobre un bien inmueble requiere para su validez además de que el acreedor sea hábil para disponer de la cosa, que la condonación sea otorgada por escritura pública e inscrita en el registro de instrumentos públicos.

Por ultimo hay que establecer que también puede haber remisión tacita, esta se da cuando el acreedor de manera facultativa entrega al deudor el título en el que consta la obligación, lo destruye o lo cancela con intención clara de extinguir la deuda (Gerencia, 2021)

7.7. Efectos de la remisión.

Son varios los efectos de la remisión:

7.7.1. La extinción de la obligación es el efecto fundamental, pues al fin y al cabo la remisión no es más que un modo voluntario de extinción de las obligaciones.

7.7.2. La remisión personal es la efectuada específicamente en atención a la persona del deudor; no extiende en principio sus efectos más allá de la persona en cuyo favor se hizo, a menos que se trate de remisión efectuada

a un deudor principal, que aprovecha a los fiadores.

7.7.3. En la remisión expresa el acreedor solidario puede exigir parcialmente el cumplimiento de la obligación a uno de los codeudores solidarios, mientras que el acreedor solidario puede reservarse el derecho de exigir totalmente el cumplimiento de las obligaciones a los demás codeudores solidarios.

8. LA TRANSACCIÓN

De acuerdo con el artículo 2469 del Código Civil. “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”.

La transacción es denominada por muchos autores como un modo de terminación anormal del proceso, pues por medio de esta las partes pueden dar por terminado un litigio.

8.1. Características del contrato de transacción

La transacción es muy importante ya que produce el efecto de cosa juzgada, pero debido a su naturaleza contractual esta puede ser objeto de nulidad o rescisión en los casos establecidos en el código civil.

Al ser la transacción un contrato, reviste unas características, las cuales son las siguientes:

8.1.1. Es consensual, se perfecciona con el solo consentimiento de las partes de llegar a un acuerdo y ceder en sus pretensiones.

8.1.2. Como todo contrato debe reunir los requisitos establecidos en las normas civiles para que este revestido de validez.

8.1.3. Es bilateral, ya que las obligaciones son para ambas partes, es decir, cumplir lo establecido en el contrato de transacción.

8.1.4. Es intuitu persona, pues, esta se acepta en consideración a la persona con la que se celebra, tan importante es esta característica, que, si se cree transigir con una persona y se transige con otra, por esta causa se puede rescindir el contrato, según lo establecido en el inciso segundo del

artículo 2479 del Código civil.

8.1.5. Es un contrato nominado, ya que se encuentra regulado en el Código Civil a partir, del artículo 2469 al 2487.

8.2. Requisitos para la con formación del contrato de transacción

Este contrato de transacción supone entonces como condiciones de su formación las siguientes:

- A. El consentimiento de las partes;
- B. La existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas.
- C. La transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento (Gerencia, 2021)

9. LOS MODOS DIRECTOS LEGALES

Son aquellos que actúan por el solo ministerio de la ley. La norma jurídica es aquí la que determina cuando se da una situación que coincide con su supuesto de hecho, se producirá como efecto la extinción de la obligación, independientemente de la voluntad de las partes.

Estos modos no requieren reconocimiento judicial. Sin embargo, pueden y deben alegarse por el demandado proponiéndose como excepción, porque de otro modo el juez no tendría conocimiento de que la extinción se ha producido.

Tales modos son: la compensación, la confusión, la imposibilidad sobreviniente, la muerte del deudor o del acreedor y la prescripción.

9.1. La compensación.

La compensación viene configurada como una de las causas de extinción de las obligaciones según dispone el artículo 1714 del Código Civil, se da la compensación “cuando dos personas son deudoras una de

otra”. La compensación se encuentra regulada por el Código Civil en los artículos del 1714 al 1723.

Su configuración responde a los llamados subrogados del cumplimiento en la medida que provoca la extinción de las obligaciones sin un cumplimiento, propiamente dicho, de la prestación debida. Su función es, por tanto, claramente liberatoria. La compensación tiene como presupuesto material la situación jurídica de dos personas, que, por derecho propio, son recíprocamente acreedores y deudores la una de la otra.

La compensación se presenta inicialmente como un mecanismo de simplificación y de economía del cumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, al lado de este aspecto, hay que añadir un fundamento jurídico derivado de la buena fe que impone un comportamiento ajustado y ordenado en el cobro y pago de los créditos recíprocos. (Orduña, 1994. P. 55).

9.2. Clases de compensación.

La compensación puede ser:

A. voluntaria: La primera surge del convenio celebrado por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad. Este convenio puede celebrarse con anterioridad al nacimiento de las recíprocas obligaciones (contrato de cuenta corriente), o bien, una vez producido su respectivo nacimiento. En cualquier caso, esta clase de compensación no tiene porqué ajustarse a los requisitos de la compensación legal. Esta se produce ipso iure en atención a los supuestos normativos y con relación a los efectos en ellas previstos.

B. Legal: También se admite doctrinalmente la llamada compensación judicial, que es la que viene ordenada por el juez a instancia de parte interesada. Esta compensación no es retroactiva y opera desde la firmeza de la sentencia (Orduña, 1994. P. 56).

9.3. La compensación judicial y voluntaria.

A. La compensación judicial es la ordenada por el juez al establecer en la sentencia que los créditos de las partes se compensen, cuando hasta ese momento no concurrían las circunstancias exigidas por la ley, puesto que por ejemplo un crédito no había podido determinarse (Díez y Gullón, 2001. P. 57).

B. La compensación voluntaria extinguirá los créditos y las deudas cuando las partes lo hayan dispuesto, aunque no se den los requisitos exigidos por la Ley.

9.4. Requisitos de la compensación.

A. Requiere existencia recíproca de créditos-deudas. Así mismo, requiere que las obligaciones sean líquidas, fungibles, exigibles y que los créditos sean embargables.

B. La compensación puede ser legal, convencional, judicial o facultativa.

C. Si llegaran a existir varios créditos susceptibles de compensación se deberán seguir las reglas de imputación del pago.

D. La extinción podrá ser total o parcial dependiendo del monto de cada obligación. Si es total, la obligación se extingue con todos sus accesorios.

E. Si la compensación es parcial esta interrumpe la prescripción del crédito que no se extinguió en su totalidad.

F. Sólo opera frente a los obligados principales, no se puede compensar un crédito que tiene el fiador con el acreedor principal.

9.5. Efectos de la compensación

La compensación extingue las obligaciones en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores, artículo 1.715 del Código Civil. La compensación opera de manera automática desde el momento en que se producen los requisitos legalmente exigidos.

No obstante, su realidad no puede apreciarse de oficio, y deben ser los propios interesados quienes ejerciten dicha facultad (Díez y Gullón, 2001. p. 56 y 57).

10.1. LA CONFUSIÓN

a confusión de derechos consiste en la coincidencia de sujeto activo y

pasivo de una obligación en una misma persona (Lasarte, 2007). Esta figura aparece recogida en el artículo. 1.724 del Código Civil, el cual establece que: “Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago”. La confusión se encuentra regulada en el Código Civil en los artículos 1724 a 1728.

Observamos entonces que “quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor”. El fundamento de la confusión de derechos como causa extintiva de la obligación obedece a un claro presupuesto de lógica jurídica, puesto que nadie puede ostentar un derecho de crédito contra sí mismo (Orduña, 1994. P. 58).

Un supuesto de confusión sería el de una empresa llamada XX que compra una red de tiendas con las que mantenía relaciones comerciales, entre ellas mismas, desde hace años y que le adeudaba varios envíos de mercancía.

10.2. Requisitos y efectos

- A. Ocurre cuando, tras el nacimiento de la relación obligatoria hay una transmisión de obligaciones, sea mortis causa o inter vivos, mediante la cual una persona queda simultáneamente como acreedora y deudora de la misma prestación.
- B. Tiene como efecto la extinción de la obligación principal con todos sus accesorios.
- C. La confusión puede ser total o parcial.
- D. En los casos deudores solidarios, la confusión sólo extinguirá la cuota del deudor confundido y en todo caso el acreedor podrá dirigirse contra los deudores restantes por las cuotas faltantes.

11.1. LA PERDIDA DE LA COSA DEBIDA

El artículo 1729 del Código Civil; nos habla sobre la pérdida de la cosa debida, la cual se establece “Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes”. Este tema se encuentra reseñado en los artículos

1729 al 1739 del Código Civil.

11.2. Efectos de la pérdida de la cosa

Para los efectos de la pérdida de la cosa, se deben distinguir dos hipótesis, Ospina G & Ospina E (2005) mencionan, la pérdida no es imputable al deudor, o sí lo es, de acuerdo con lo anterior las hipótesis serían:

A. En el primer caso la obligación se extingue por el principio de *Ad Impossibilium nulla obligatio* (No puede haber obligación a lo imposible). Es decir, cuando el cuerpo cierto que se debe perece y por lo tal se extingue la obligación. El deudor no responde por caso fortuito, pero de igual manera debe probarlo, artículo 1604 Código Civil; tampoco responderá por la pérdida de la cosa causada por terceros de los que no tenga responsabilidad, artículo 1738 del Código Civil y por último cuando la culpa es exclusiva mente del acreedor (mora creditoria) por ejemplo: la destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor, sino por culpa grave o dolo.

B. En el segundo caso, aunque la cosa perezca por daño o culpa del deudor, se dará la imposibilidad de ejecución por el principio *Ad Impossibilium nulla obligatio*, artículo 1729 del Código Civil, aunque hay una notoria contradicción entre los artículos 1729 y 1731 del Código Civil, al señalar el último que: ‘Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía el objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor’, en lo cual, según Ospina (2008) la obligación no subsiste, ya nunca podrá ser cumplida. En fin, la única obligación que se le impone al deudor, es la indemnizatoria.

El Código Civil Colombiano dedica el Título XIX del libro cuarto a la pérdida de la cosa debida, en él se limitó a regular la pérdida de la cosa debida como circunstancia especial que provoca la disolución de las relaciones obligatorias liberando al deudor, pero ha sido labor de los interpretes extender la imposibilidad de cumplimiento para cobijar todos los casos en que al deudor queda impedido para satisfacer la prestación, siguiendo el principio de que nadie está obligado a lo imposible (Castro. 2010. P. 487).

Cuando el cumplimiento de una obligación se ha hecho imposible, el deudor queda liberado de ella, por efecto de la conocidísima regla que establece

que “a lo imposible nadie está obligado” de haber existido la imposibilidad desde un principio, no hubiera podido formarse la obligación; cuando con posterioridad sobreviene esta imposibilidad, se extingue la obligación.

11.3. Casos en que se extingue la cosa que se debe

La pérdida de la cosa que se debe, extingue la obligación en los siguientes casos contemplados en el artículo 1729 del código civil:

- A. Cuando perece el cuerpo cierto
- B. Se destruye.
- C. Deja de estar en el comercio
- D. Por qué desapareció y se ignora si aún existe.

En los contratos en los que la obligación es la entrega de un cuerpo cierto siempre que la cosa perece en manos del deudor se presume que ha sido por culpa suya.

Entonces la obligación existe cuando el cuerpo cierto perece por culpa del deudor o estando este en mora, en este caso le corresponde al deudor pagar el precio de la cosa e indemnizar al acreedor por los perjuicios causados; la presunción de que siempre que la cosa perezca en manos del deudor, se presume que ha sido por culpa suya, es una presunción legal, es decir, que admite prueba en contrario.

Por otra parte, si el cuerpo cierto perece en manos del deudor estando en mora, pero este perece por caso fortuito, en el cual, igual hubiese perecido la cosa en manos del acreedor el deudor solo deberá la indemnización de los perjuicios por mora causados al acreedor.

En lo que respecta a la carga de la prueba cuando se trata de caso fortuito le corresponde al deudor probarlo, en el caso de que alegue que el cuerpo cierto hubiese perecido de igual manera por el caso fortuito en manos del acreedor, también le corresponde probarlo.

Cuando la cosa ha perecido por el hecho o culpa de un tercero, se extingue la obligación, pero podrá el acreedor iniciar todas las acciones que tenga el deudor en contra aquellos culpables del perecimiento de la cosa. Se entiende por cuerpo cierto la cosa que es inadmisibile confundirla con otra.

Por último, es preciso recordar que, en las obligaciones de cuerpo cierto, le corresponde al deudor conservar la cosa hasta la entrega; si el deudor incumple con esta obligación le corresponde indemnizar los perjuicios que cause al acreedor, pero esto si el acreedor no ha incurrido en mora de recibir.

12.1. TRANSMISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones de una persona no se extinguen a su muerte, salvo en casos excepcionales. Se transmiten a sus herederos, quienes responden de sus obligaciones, en su lugar y de la misma manera que ella, salvo la división hereditaria del patrimonio y el beneficio e inventario. Lo mismo acontece con los créditos que se transmiten a los herederos del acreedor.

Esta transmisión de las obligaciones a cargo de los herederos tiene un origen muy antiguo. Sin embargo, podemos presumir que el principio primitivo fue la intransmisibilidad absoluta de las obligaciones, consideradas en esa época como un lazo estrictamente personal.

12.2. Transmisión entre vivos

De acuerdo con la concepción romana, la obligación es una relación jurídica entre dos personas, y es imposible cambiar ninguno de los términos de la relación sin destruirla; si la persona del deudor o la del acreedor cambia, se extingue la obligación primitiva; puede muy bien formarse una nueva en su lugar, con el nuevo acreedor o el nuevo deudor, pero no será ya la misma.

La transmisión de la deuda o del crédito por defunción se funda en la idea de una continuación de la persona del difunto por el heredero, lo que hace que la relación subsista. Esta continuación de la persona es imposible en las transmisiones entre vivos.

12.3. Transmisión de los créditos

Partiendo del principio de la obligación puramente personal, los antiguos se encaminaron poco a poco hacia la idea de una transmisibilidad del crédito. Si nunca admitieron que el acreedor tuviese la posibilidad de ceder sus derechos a un tercero, tenían, por lo menos, en la *procuratio in rem suam*, un medio práctico de realizar este resultado. Si no contaban con el nombre de cesión, por lo menos tenían el procedimiento, lo que se corrobora con el solo hecho de que nuestra moderna cesión de derechos ni es sino la antigua “*procuratio in*

rem suam”, bajo otro nombre; hasta la fecha ha conservado las formalidades de ésta, pues las prescritas por el artículo 1690 del Código Civil, son de origen romano.

12.4. Transmisión de las deudas

A. Intransmisibilidad tradicional de las deudas: En todas las legislaciones derivadas del Derecho romano, el elemento pasivo de la relación obligatoria es considerado, aun actualmente, como intransmisible por actos entre vivos. Hablando propiamente no tenemos “la cesión de deuda o la sucesión en la deuda ajena”, que se opere a título particular y que permita a una persona sustituir a otra en su calidad de deudor, sin destruir la relación obligatoria primitivamente existente. Todo lo que puede hacerse es, únicamente, una novación por cambio de deudor; se extingue la antigua deuda, y se reemplaza por una nueva, semejante en todo lo anterior, salvo en lo que hace a la persona del deudor, que ha cambiado.

B. Teoría alemana e la transmisión de deuda: El Derecho alemán no se ha limitado a las nociones antiguas. Así como las legislaciones latinas llegaron a crear la transmisibilidad de los créditos, en Alemania se ha creado y practica la transmisibilidad de la deuda, es decir, se admite la posibilidad de reemplazar la persona del deudor primitivo por otra, sin destruir la relación obligatoria que permanece siendo la misma; las personas cambian, se reemplazan, una desempeña el papel de la otra; la obligación empero permanece siendo la misma.

C. Análisis doctrinal de la cesión de deuda: En su estado perfecto, la cesión de deuda debe:

1. Liberar al antiguo deudor.
2. Operar la sucesión a título particular en la deuda.
3. Realizarse por convenio de los deudores sucesivos, con la aceptación posterior del acreedor.

La liberación del antiguo deudor origina una gravísima dificultad; no puede realizarse sin la voluntad del acreedor; toda la cuestión estriba en saber en qué forma intervendrá el acreedor en la operación.

13.1. MUERTE DEL DEUDOR O DEL ACREEDOR

Por regla general, las obligaciones no se extinguen por causa de muerte del acreedor o del deudor, sino que pasan a los herederos de estos o a los legatarios instituidos.

Los créditos personalísimos como el derecho a pedir alimentos, artículo 424 del Código Civil, y las obligaciones de hacer, cuando por su naturaleza o por la convención deban ser cumplidas por el deudor mismo y no por otras personas, son intransmisibles, artículo 1630 del Código Civil.

Así las obligaciones que se encuentran en la situación ya indicada, se extinguen por la muerte del acreedor o del deudor respecto del cual existe el *intuitu personae*.

Lo normal es que las obligaciones se extingan por su cumplimiento o pago efectivo por el deudor o sus herederos y el transcurso del tiempo afecta la existencia de ellas al consumarse el modo de la prescripción.

Sin embargo, la existencia de un derecho u obligación puede estar subordinada a un plazo, es decir, a un hecho futuro y cierto, como la llegada de tal día, o la muerte de una persona, en forma que el acaecimiento de esta circunstancia le pone fin al derecho o a la obligación.

14.1. LA PRESCRIPCIÓN

De acuerdo con el artículo 2512 del Código Civil, define la prescripción como “un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción”.

14.2. De la prescripción en general

El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio, artículo 2513 del Código Civil. La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel

renunciado a ella.

Ahora bien, el artículo 2514 del Código Civil, manifiesta que la prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida, es decir, renunciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos.

14.3. La Prescripción como Medio de Extinguir las Acciones Judiciales

La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible. Artículo 2535 del Código Civil.

Para poder ejercer el derecho de la prescripción de la acción ejecutiva la cual es de 5 años y la prescripción de la acción ordinaria que es de 10 años, de acuerdo con el artículo 2536 del Código Civil, observamos entonces que la acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5) años.

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.

De acuerdo con lo reseñado en los artículos anteriores del código civil, vemos como estos tienen su incidencia en la acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden, teniendo en cuenta que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho, de acuerdo con los artículos 2537 y 2538 del Código Civil.

14.4. Las acciones que prescriben en corto tiempo

De acuerdo con el artículo 2542 del Código Civil, en donde se tipifica las actividades que prescriben en tres años, como son los gastos judiciales enumerados en el título VII, libro I del Código Judicial de la Unión, incluso los honorarios de los defensores; los de médicos y cirujanos; los de directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y en general de los que ejercen cualquiera profesión liberal.

El artículo 2543 del Código Civil, nos señala cuales son las acciones que prescriben en dos años. Prescribe en dos años la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo.

La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc.

Las prescripciones mencionadas en los dos artículos anteriores, no admiten suspensión alguna, según lo señalado en el artículo 2544 del Código Civil.

15. MODO DIRECTO JUDICIAL

Antes de la expedición la Ley 791 de 2002, cuyo artículo 70 derogó los artículos 346 y 347 del Código de Procedimiento Civil, existía tipificado un modo directo judicial de extinguir obligaciones: la perención decretada por segunda vez.

Esta figura procesal era una sanción a la inactividad del demandante. Procedía cuando el expediente permanecía en la secretaría de una dependencia judicial por seis (6) meses o más, sin que el actor realizara un acto suyo del cual iba a depender el trámite. Como consecuencia de la falta de impulso el demandado podía pedir al juez que decretara la perención, y si así ocurría finalizaba el proceso y la acción no podía ser instaurada de nuevo sino después de transcurrido dos (2) años. Si por segunda vez se decretaba la perención entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, se extinguía el derecho pretendido.

La perención resultaba útil para la descongestión de los despachos judiciales. Se inspiraba en la lógica de las cosas: si el actor no realizaba el acto que se necesitaba para el avance del proceso era presumible su falta de interés y por tanto bien podía prescindirse del trámite. Fue abolida sin mayor justificación.

Pero si bien ya no tenemos un modo específico de extinción directa de carácter jurisdiccional, debemos mantener la clasificación porque son muchos los casos en los que se discute en juicio la existencia de una obligación o su variación, distinto de los que acabamos de analizar, y el juez concluye

desestimándola. Pensemos por ejemplo en la obligación alimentaria que se suspende por sentencia ejecutoriada, o en el pago de la prestación comercial al agente al término de su gestión, que por sentencia se transforma en una prestación diferente, extinguiéndose la primera. En estos casos, no habiendo convenio expreso de las partes, antes, por el contrario, litigio ante estrados judiciales, la sentencia se hace indispensable porque sin ella no podría tenerse por extinguida la obligación. Esta es, por decirlo en dos palabras, la importancia de mantener la clasificación

Recordemos eso sí, que no son modos directos jurisdiccionales los pronunciamientos de los jueces, magistrados o árbitros, acerca de lo que las partes con su actuación han decidido, o acerca de que se cumplan los supuestos de hechos exigidos por la norma para la extinción del vínculo. En estos casos no es el juez el que con su sentencia en forma directa determina la extinción; son las partes o la propia ley, y el juez no hace más que declarar que se operó la extinción. (Cubides, 2008. P. 528 y 529)

16. LOS MODOS INDIRECTOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Según como quedó enunciado al inicio de este capítulo, donde se propuso dedicarse al estudio de los modos de extinción de las obligaciones, en especial a los modos directos, entendiendo por tales aquellos que, como su denominación lo indica, se encaminan directamente a la extinción de concretas obligaciones, no así a los modos indirectos, cuyo examen completo y sistemático corresponde al tratado de las fuentes de las obligaciones, en especial a la teoría de los actos jurídicos y de los contratos.

Así, el mutuo disenso de los contratos, la revocación unilateral de estos y, en general, de los actos jurídicos, la declaración judicial de nulidad, rescisión, resolución, revocación o simulación de dichos actos, al producir la ineficacia de ellos, dan lugar indirectamente a la extinción de las obligaciones que estos generan.

El pacto comisorio, la transacción, que es un contrato que dirime las pretensiones opuestas de las partes, también son modos indirectos. (Ospina. 2008. p. 481)

Referencias

- Actualicese (2016) Dación en Pago. Disponible en: <https://actualicese.com/actualidad/2016/05/16/dacion-en-pago-como-opcion-para-extinguir-las-obligaciones-en-los-contratos-comerciales/>
- Castro, M. Derecho de las obligaciones. II Tomo. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia. 2010. P. 487.
- Cubides C, J. (2012) Obligaciones. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá.
- Código Civil Colombiano, 2018.
- Díez-Picazo, L. (1991): «Comentario de los artículos 1254 a 1260 cc», en aavv, Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, 1991,
- Gerencia, (2021) Que es la resolución de un contrato. Disponible en: <https://www.gerencia.com/que-es-la-resolucion-de-un-contrato.html>
- Gullón BA. (2001) Sistema de Derecho civil, Vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contrato en especial. Cuasicontratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual, Madrid, Tecnos,
- Orduña M, J. (1994) Cumplimiento de las obligaciones» en aavv, Derecho de obligaciones y contratos, Valencia, Tirant lo Blanch,
- Ospina F, G. (2009) Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis S.A., Edición Octava. Bogotá.
- Ospina, G., O (2005) Teoría general del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia.
- Planiol, M & Ripert, G (2005) Las Obligaciones Civiles. Editorial Leyer. 1ª Edición. Bogotá D.C.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y LEGAL DEL AGENTE EN CUBIERTO

Carlos Emilio Miranda Castellanos*

* Abogado, docente del programa de derecho de la Corporación Universitaria Americana. Magister en Derecho Penal.

INTRODUCCIÓN

La figura del agente encubierto corresponde a una forma democrática de desarticular estructuras macro criminales, objetivando la acción penal en las cabezas de la empresa criminal, los financiadores y los colaboradores mas cercanos a la cúpula, evitando el desgaste de la administración de justicia en el procesamiento de los eslabones débiles de la cadena, que en últimas no afecta a la banca criminal, no contribuye al mejoramiento del ambiente de seguridad, y si llena las prisiones de mayores niveles de hacinamiento.

Es importante distinguir el rol del agente encubierto que llega a una organización criminal y de quien provoca el delito, pues el primero sencillamente observa e informa a la investigación los hallazgos penales que encuentre, y el segundo hace nacer la idea criminal, a la manera de quien determina, con lo que posiblemente comprometa su responsabilidad penal, y exima al instrumento de la responsabilidad total de la conducta, pues la información del agente antes de penetrar en la empresa criminal permitiría que el mismo tuviera un rol privilegiado sobre los propios delincuentes. Es dable recordar en esta situación la discusión jurídica ocasionada con el caso Santrich, en el cual agentes de la DEA al parecer provocaron el compromiso del líder de las FARC, en el caso la Embajada de Estados Unidos en Colombia indico como “‘Santrich’ había participado en una conspiración para enviar 10 toneladas de cocaína a ese país luego del primero de diciembre de 2016”, situación en la cual participó la fiscalía general de la nación indicado como “El 1º de noviembre de 2017 se hizo entrega de un maletín, por parte de un miembro de la organización involucrada en el tráfico de estupefacientes. En su interior, se hallaron cinco contenedores con sustancia ilegal, que fue recibida por un agente encubierto, servidor público con funciones de policía judicial” (El Tiempo, 2020), lo que muestra la importancia del estudio de la temática,

Para lograr el efecto, se comprenderá el marco normativo del agente encubierto a nivel internacional, constitucional y legal colombiano, para de esta forma comprender el requerimiento de la justicia en la investigación y el límite de la función de policía judicial en la infiltración de la organización criminal.

1.1 Marco normativo internacional

Con la finalidad de establecer la reglamentación de orden internacional

de la figura del agente encubierto, debe precisarse en primera medida que la Convención de Naciones Unidas contra el crimen transnacional organizado de 15 de noviembre de 2000 (ratificada por España el 1 de marzo de 2002, vigente desde el 29 de septiembre de 2003). En su artículo 20, se refiere a las técnicas especiales de investigación, indicando que los Estados tienen la potestad de “combatir eficazmente la delincuencia organizada”, mediante la puesta en marcha de operaciones encubiertas dentro de las cuales se incluyen las entregas vigiladas y la vigilancia electrónica, pero sometido a aquellas situaciones que permitan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico” del Estado donde se practica (Guzmán,2016, p.11)

Por otra parte, el uso de las normas de derecho internacional debe hacerse acorde con las circunstancias especiales del derecho interno, pero incentivándose en los Estados Parte de la Convención para que celebren cuando sea necesario, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que se relacionen con estas técnicas especiales de investigación. El texto debe contener la regulación de la probabilidad de emplear operaciones encubiertas como método especializado del investigación para combatir la criminalidad organizada, pero no se exige condición material especial o requisitos para llevarse a cabo pues se dejase en manos de los Estados tal potestad (Guzmán, 2016, p. 11)

Otro aspecto a tener en cuenta se refiere a que la Unión Europea paulatinamente ha crecido y fortalecido varios aspectos en materia económica, política, social, etc., (Tratados de Maastricht, Ámsterdam, Niza), aumentando su calidad y cantidad las herramientas jurídicas y legislativas empleadas en la lucha contra la criminalidad, como producto terminado de la cooperación policial y judicial en temas penales, mediante la implementación de la Red Judicial Penal Europea, la propia Europol. (Guzmán, 2016, p. 12)

Hay específicamente dos reglamentaciones internacionales relacionadas con la implementación del agente encubierto como forma de persecución de la criminalidad organizada. En primer lugar el Convenio sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, de asistencia mutua y cooperación entre las administraciones aduaneras (Acto del Consejo 98/ C 24/01, de 18 de diciembre de 1997), donde para prevenir, investigar y sancionar infracciones concernientes con el tráfico de drogas, explosivos, residuos nucleares, etc., o con el comercio transnacional de

mercancías que paguen tributos , acorde con su artículo 19), se establecen una serie de medidas entre ellas la del artículo 23, relacionado con las investigaciones encubiertas. (Guzmán, 2016,p. 12)

Allí se describen condiciones y exigencias para la adopción y realización de la medida de agente encubierto en forma especial y extraordinaria. Se sostiene con la base legislativa de cada Estado, se trata de una medida ejecutable solo mediante funcionarios que actúan con identidad suplantada y los investigadores infiltrados, pero que no incluye a particulares. También es un concepto indeterminado y de evaluación compleja, porque este tipo de investigación solo es posible ejecutarla en condiciones sumamente extremas que no permiten aclarar los hechos, de donde emerge el sostén del principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad. Finalmente esta figura se utiliza limitadamente, y no es posible indicar cuál puede ser esa duración o cuales son los parámetros para aplicarla (Guzmán, 2016, p. 12)

Por otra parte, hay una serie de Convenios internacionales que regulan la actuación el agente encubierto, los cuales vienen enunciados en el Manual de Técnicas Especiales de Investigación Agente Encubierto y Entrega Vigilada, en donde se señala entre otros, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Organización de las Naciones Unidas (ONU 2009, p. 55)

En este sentido las Naciones Unidas recomienda para hacer frente a las nuevas tendencias del tráfico de estupefacientes, frente a las cuales es posible que los Estados tengan que hacer frente a problemas importantes para reaccionar a ellas enérgica y eficazmente, como son:

“c) Seguir prestando atención a elaborar métodos para encontrar y utilizar pruebas y datos de inteligencia difíciles de obtener²⁵, incluidas técnicas judicialmente aprobadas para reunir esas pruebas, como la vigilancia electrónica, los programas estructurados de utilización de informantes y la entrega vigilada;” (ONU, 2009)

En segundo lugar el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, complementado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. (ONU, 2009, p. 55)

En tercer lugar el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que integra la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000) (ONU, 2009, p. 55)

Por otra parte tenemos la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ONU, 2003), la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, la Resolución 45/9 de la Comisión de Estupefacientes sobre “Conexiones entre grupos delictivos organizados que se dedican al tráfico de drogas y los involucrados en otras formas de tráfico ilícito: técnicas especiales de investigación para combatir esa delincuencia”. (ONU, 2009, p. 55)

Finalmente la Resolución 2004/38 de la Comisión de Estupefacientes sobre “Seguimiento de las medidas para fortalecer los sistemas de fiscalización de precursores químicos y prevenir su desviación y tráfico”. (ONU, 2009, p 55)

La doctrina ha sido prolija con esta legislación, explicando que hay mecanismos de indagación e información aplicados históricamente de manera informal y regularmente con las agencias de policía, se consideran formalizadas cuando a partir de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988, o Convención de Viena, en su artículo 11 señala los presupuestos, requisitos y controles a tener en cuenta para aplicar el procedimiento de entrega vigilada. En tal sentido las decisiones relacionadas con la entrega vigilada se adoptarán individualmente y cuando sea necesario, se consideraran los arreglos financieros y aquellos necesarios para ejercer su competencia por las partes (Martínez, 2007, p 2)

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de diciembre de 2000, conocida como la Convención de Palermo identificó a estos procedimientos como técnicas especiales de investigación en el artículo 20. En dicho artículo precisaba la necesidad de que los estados adopten esos procedimientos para combatir el crimen organizado. El primer intento de organizar esta legislación aparece en la Ley Orgánica 8/1992 de 23 de diciembre, dando lugar al artículo 73 del Convenio de Schengen, de 14 de julio de 1985 sobre la permisividad de la entrega vigilada de estupefacientes por la Policía Judicial (Martínez, 2007, p. 2)

Finalmente la Ley Orgánica 5/ de 13 de enero 1999 trata de pulir esta medida, ampliando su ámbito a otro tipo de criminalidad organizada y exigiendo resolución soportada en su ayuda como garantía de eficiencia procesal de resultados alcanzados por el agente. (Martínez, 2007, p. 2)

1.2 Marco normativo constitucional

En el artículo 217 de la Carta Política colombiana se asigna a la Nación la función de defensa a través de las Fuerzas Militares que en forma permanente la integran el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Su función principal son la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. La Ley determinará la forma y procedimiento de reemplazos en las Fuerzas Militares, el sistema de ascensos, derechos y obligaciones de sus integrantes y su régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario. (Constitucion Política, 1991)

Ahora bien, en la Ley estatutaria no.1621 de 2013, **por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal**, y se dictan otras disposiciones, en su artículo 2 señala la definición de la función de inteligencia y contrainteligencia, como la encargada de desarrollar los organismos especializados del Estado del orden nacional, que empleen medios humanos o técnicos para recolectar, procesar, analizar y difundir información, para proteger los derechos humanos, prevenir y combatir las amenazas internas o externas contra el régimen democrático, constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional. (Congreso de Colombia (CC), 2013, Ley 1621 art. 2)

En el artículo 3 de esa ley se describen los organismos encargados de llevar a cabo la función de inteligencia y contrainteligencia, para el caso corresponde a las dependencias de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional que tienen su organización para tal fin, la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), y demás organismos facultados legalmente, que conforman la comunidad de inteligencia y tienen la autorización exclusiva para desarrollar estas actividades y lo hacen en forma integral. (CC, 2013, Ley 1621 art. 3)

Dentro del marco jurídico nacional se le ha negado a las Fuerzas Militares la posibilidad de ser policía judicial, sin embargo, subsiste la

competencia para aplicar medidas de control mediante la inteligencia militar, la cual no tiene interés directo, solo podría ser utilizada como información útil, pero no podría ser llevada como evidencia, en este caso la Corte Constitucional menciona como:

(...) el Legislador estatutario, mediante la Ley 1621 de 2013 definió a la función de inteligencia y contrainteligencia como aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, así como para los demás fines previstos en dicha normativa (Artículo 2º). Esta misma regulación vincula la función pública mencionada al principio de exclusividad. En efecto, el artículo 3º de la Ley 1621 de 2013 determina que la función de inteligencia será ejercida por las dependencias de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional organizadas para tal fin, al igual que por la Unidad de Información y Análisis Financiero, y por los demás organismos que faculte para ello la ley, como sucede con el Departamento Administrativo Dirección Nacional de Inteligencia, instituido mediante el Decreto Ley 4179 de 2011¹. [27] Con todo, es el mismo Legislador estatutario el que indica que estos “organismos conforman la comunidad de inteligencia y son los únicos autorizados para desarrollar actividades de inteligencia y contrainteligencia” (Corte Constitucional, 2018, C.082/18)

Por lo cual los informes de inteligencia militar deben respetar la presunción de inocencia, por lo cual la “labor realizada por los organismos de inteligencia militar debe estar encaminada a perseguir y poner a disposición de los jueces a los presuntos delincuentes.”, por lo cual

“(...) toda información relativa a personas no sancionadas judicialmente debe adoptar formas lingüísticas condicionales o dubitativas, que denoten la falta de seguridad sobre la culpabilidad. Lo anterior no impide que los organismos de inteligencia realicen sus propias investigaciones.” (Corte Constitucional (CC), 1992, T.525/92)

¹ Decreto Ley 4179 de 2011. Artículo 2º Objeto. La Dirección Nacional de Inteligencia tendrá como objeto desarrollar actividades de inteligencia estratégica y contrainteligencia para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos y de las personas residentes en Colombia, prevenir y contrarrestar amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el orden constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, así como cumplir con los requerimientos que en materia de inteligencia le hagan el Presidente de la República y el Alto Gobierno para el logro de los fines esenciales del Estado, de conformidad con la ley.

Siempre que lo realicen sin vulnerar los derechos fundamentales tales como la intimidad, el buen nombre y la honra de las personas, debiendo adelantarse las investigaciones

“(…) bajo los estrictos lineamientos impuestos por el principio de la reserva. Los informes destinados a los medios de comunicación provenientes de los organismos de seguridad del Estado deben ser excepcionales y responder siempre a propósitos de seguridad bien precisos. Su divulgación no debe afectar los derechos fundamentales de las personas. Los datos de que disponen los organismos de inteligencia no pueden ser divulgados con criterios de mera información periodística.”, (CC, 1992, T.525/92)

Para evitar de esta forma casos como Andromeda² y las chuzadas a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, siendo incluso permitida la aplicación de la figura a personal militar, siempre que se realice con la autorización del fiscal que guía la investigación:

“El sargento Hoover Orlando Gomez Poveda, miembro del ejército nacional, actuó como agente encubierto, se infiltró en las filas del frente 34 de las FARC t señaló a YORLEY MONTOYA como la persona que auxiliaba las labores ilícitas de dicho grupo mediante el cobro de dinero a los comerciantes del municipio de Urrao, pero en el juicio no preciso cuál fue la autoridad que le ordenó realizar tales laborales reservadas y no se tuvo en cuenta que la actuación de agentes encubiertos se rige por el mandato del artículo 242 de la Ley 906 de 2004” (CSJ, 2017, Radicado 48431 SP11830-2017)

1.3. Marco normativo nacional

La legislación procesal penal Colombia contiene en su procedimiento penal disposiciones que regulan la figura del agente encubierto. En primera medida el artículo 242 señala como actuación de agentes encubiertos, aquella que se lleva a cabo cuando el fiscal tiene motivos razonablemente fundados, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación continúan con su actividad criminal. Entonces, teniendo autorización previa del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar se empleen agentes encubiertos, si es indispensable para la investigación.

² Andromeda fue el nombre dado a la operación del Ejército en la cual desde un local comercial situado en el barrio Galerías de la ciudad de Bogotá, funcionaba un centro de inteligencia militar desde el cual se interceptaron “ilegalmente” las comunicaciones de personas involucradas con el proceso de paz con las FARC. (El Espectador, 2018)

Para tal fin dispone uno o varios funcionarios de la policía judicial e incluso particulares, puedan actuar encubiertamente y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. (CC, 2004, Ley 906, art.242)

Por ello, pueden intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones donde trabaja o vive el indiciado o imputado y puede negociar con él. También si el agente puede recopilar información útil para la investigación, lo informa al fiscal para que ordene una operación especial por la policía judicial, para recoger información y los elementos materiales probatorios y evidencia física, disponiendo la actuación de agente encubierto del particular que sea de confianza del indiciado o imputado o la adquiera para buscar y obtener información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física. (CC, 2004, Ley 906, art. 242)

La norma citada fue demandada su inconstitucionalidad por su afectación a derechos fundamentales del indiciado. La (CC, 2008 C 543) adujo:

“... En la primera decisión -sentencia C-591 de 2005-, la Corte examinó el cargo consistente en la posibilidad de que particulares actúen como agentes encubiertos violaba los artículos 113 y 116 Superior, por cuanto los particulares sólo pueden administrar justicia en casos excepcionales como conciliadores, árbitros o jurados. A juicio de este Tribunal tal acusación no estructuraba un cargo de inconstitucionalidad, ya que la demandante no había explicado en forma suficiente los motivos por los cuales los particulares que actúan como agentes encubiertos administran justicia (CC, 2008, C-543/087)

En esta parte del fallo, la Corte explica que el cargo consistía en que la actuación de particulares como agentes encubiertos vulneraba los artículos 113 y 116 de la Constitución, porque los particulares sólo pueden administrar justicia excepcionalmente como conciliadores, árbitros o jurados. Pero tal cargo fue infundado en cuanto a la inconstitucionalidad, porque el demandante no explico con suficiencia los motivos por los que los particulares que actúan son agentes encubiertos administran justicia.

En la misma decisión se remite a la sentencia C-1260 de 2005, la Corte examinó un argumento igual al propuesto en este proceso, consistente en que la función de agentes encubiertos a los particulares

desconocía los artículos 249, 250 y 251-5 de la Carta Política, potestad que no le confiere al Fiscal General la función de otorgar atribuciones de policía judicial a los particulares que se desempeñen en calidad de agentes encubiertos”, igualmente el artículo 123 de la Carta, porque no se tienen en cuenta el régimen aplicable y la regulación del ejercicio de particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas”. De tal forma, para la Corte no fueron formuladas acusaciones para presentar cargos de inconstitucionalidad, pues solo consideraban no preveer en la Constitución atribuciones de policía judicial a los particulares y la falta de un régimen para regular su ejercicio, sin exponer concretamente las razones de la inconstitucionalidad pretendida (CC, 2008, C-543/087)

La Corte Constitucional ante las demandas de inconstitucionalidad, ha mantenido su criterio de que esta técnica investigativa no vulnera derechos fundamentales y que por lo tanto su aplicación en el marco del proceso penal es válida.

Esta técnica especializada de investigación no es nueva en nuestro ordenamiento procesal penal, en la Ley 600 de 2.000, se previó este medio de obtención de información por parte del ente acusador, que al tenor preceptuaba en su artículo 500 se refería en el Título I, denominado relaciones con autoridades extranjeras, en su artículo 500, que describe la cooperación internacional, autorizada al Fiscal General de la Nación celebrar con fiscales de otras naciones, actos o convenios para intercambio tecnológico, experiencia, coordinación de entregas vigiladas, controladas o agentes encubiertos, coordinación de la cooperación judicial, capacitación, o cualquier otro con fines similares. (CC, 2000, Ley 600, art. 500)

Es decir que la figura del agente encubierto se toca tangencialmente que tenga propósitos similares. También en el artículo 243 describía las medidas especiales para el aseguramiento de pruebas. Allí el Fiscal General de la Nación o el Fiscal delegado por él, disponía la incursión o seguimiento pasivo por parte de funcionarios judiciales y de Policía Judicial, sobre o en actividades sospechosas de preparación, ejecución, consumación u obtención de efectos producto de delitos, para identificar, individualizar o capturar sus autores o partícipes, desarticular empresas criminales, impedir la ejecución o perpetración de conductas punibles, determinar si procede la acción penal, para recaudar pruebas, atender peticiones de asistencia judicial, determinar conocer tanto el origen de los bienes como la ubicación de víctimas” (CC, 2000, Ley 600, art. 500).

Esta disposición fue igualmente demandada por inconstitucional. La CC, 2003, C-431-03, declarando la inexequibilidad del término “sospechosas”, dejando los demás apartes demandados válidos, en este sentido la guardián de la constitución afirmó:

“La intervención de funcionarios judiciales o de policía judicial en la etapa previa a la comisión de un delito, bajo la dirección y coordinación del Fiscal General o su delegado, se constituye, a juicio de la Corte, en una medida eficaz de lucha contra la delincuencia. Por ello, restringir la competencia del ente acusador a la labor meramente represiva, es decir, que solamente pueda actuar una vez realizado el hecho punible, sería tanto como desconocer los fines constitucionales conferidos en la Carta a esa entidad.” (CC, 2003, C-431/03)

De igual manera la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en lo que concierne a la actividad del agente en cubierto, su alcance legal y probatorio de los elementos materiales probatorios recolectados durante la aplicación de esta técnica investigativa, así lo referencia en la Sentencia SP 8473-2014, Radicación 37361, magistrado ponente Dr. Eugenio Fernández Carlier, donde en varios apartes se refiere al tema de los agentes encubiertos e infiltración, indicando que la sociedad a través del Estado actúa con el propósito de frenar nuevas y sorprendentes modalidades delictivas que atentan contra los bienes jurídicamente protegidos, muchas de las veces ejecutados por verdaderas empresas criminales, por tanto los órganos investigativos deben actuar ingeniosamente precisamente para evitar ese actuar delincuencia y poder desarticular esas bandas, siendo uno de los mecanismos utilizar la figura del agente encubierto o la infiltración policial (CSJ; 2014 Radicado 37361).

La misma decisión judicial se refiere a la Ley 600 de 2000, que en su artículo 243 fija medidas especiales para aseguramiento de pruebas, faculta a la Fiscalía disponga incursión o seguimiento por funcionarios judiciales y de policía judicial en la preparación, ejecución, consumación u obtención de efectos de delitos, para identificar y capturar a los autores o partícipes, desarticular bandas criminales, impedir crímenes, recopilar pruebas. La (CC, 2003, C-431), examina la norma e índico la competencia de la Fiscalía no es solo la labor represiva, en la lucha contra la delincuencia puede intervenir en las etapas previas a la ocurrencia de un delito, en actividades como seguimientos pasivos, pesquisas, agentes encubiertos (CSJ; 2014 Radicado 37361).

Esa misma decisión implica analizar que la actividad del agente encubierto no conduce a la punición de esos actos, ni la calificación previa de elementos considerados como prueba, ni el peso que tengan al interior del proceso penal, porque las actividades de seguimiento previo son solamente criterios orientadores de la investigación, pero no obsta para que el Fiscal General a partir de ellos pueda adosar la prueba que esclarezca la veracidad de los hechos que originaron la acción pena (CSJ; 2014 Radicado 37361).

Reitera el fallo mencionado que este tipo de actividad preventiva de conductas delictuosas, no es el capricho de quienes cumplen funciones de policía judicial ni se soporta en sospechas, ha de ser analizado objetivamente, para poder llegar a justificar al menos indiciariamente justificar la incursión o seguimiento pasivo de alguna persona, pero se le impone a la fiscalía la función de preservar y servir de guardián de la legalidad de las actividades desplegadas por la policía judicial y deber rechazar los resultados de las tareas realizadas desconociendo los principios rectores y garantías procesales, dado que en el juicio solo pueden aducirse los elementos materiales probatorios recogidos con sujeción a los preceptos constitucionales, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y en la ley.

La técnica de investigación que se enmarca en el estatuto procesal penal con fines de obtención de información y de elementos materiales probatorios no es nueva en el campo de la investigación criminal, en otros países ya se ha venido practicando la infiltración de agentes del Estado para desarticular bandas del crimen organizado con afectación transnacional. Es así como la actuación de este agente del estado, en Colombia la norma abrió la posibilidad de que un particular de igual manera cumpliera ese rol investigativo, ofreciéndole garantías judiciales y personales a ese agente del Estado que cumpliera esa delicada labor.

Desde el punto de vista normativo, los agentes encubiertos son:

“funcionarios de la policía judicial o particulares especialmente seleccionados que actúan dentro del marco legal vigente y a largo plazo con la misión específica de combatir delitos peligrosos o de difícil esclarecimiento, quienes manteniendo en secreto su identidad, entran en contacto con la escena delictiva en orden a obtener información para neutralizar acciones delictivas y llevar a cabo la persecución

penal cuando otras técnicas de investigación han sido frustradas o no aseguran el éxito perseguido.” (CSJ, 2008, Radicado 28888).

Siendo herramienta de policía judicial útil para que la Fiscalía General de la Nación, al disponer de motivos razonablemente fundados, acorde con los medios de conocimiento expresamente regulados en el Código de Procedimiento Penal, colija que un indiciado o imputado continúa en una actividad delictiva, por lo cual asigna y autoriza a funcionarios de la policía judicial o particulares, para que como agentes encubiertos realicen actos extrapenales que trasciendan jurídicamente como ejercer actos de comercio, asumir obligaciones, acudir a reuniones de trabajo con el indiciado o imputado en su residencia familiar o laboral y buscar y obtener información relevante, lo cual informara a la fiscalía para que en el menor tiempo posible la policía judicial recoja los elementos materiales y evidencia física hallados. (Hernández, 2017, p.107)

Esta actividad se efectúa en la etapa de indagación o investigación, de acuerdo con la naturaleza y gravedad del delito y solicita al servidor de policía judicial soporte los motivos razonados que exige el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal. En ese sentido entre el fiscal y el agente encubierto diseña un plan para recibir y entregar la información recopilada, ejerciendo el control sobre las actividades que realice y que se ajusten al plan diseñado, donde pueden emplear los medios técnicos aconsejados y jurídicos permitidos. (Hernández, 2017, p. 107), en este sentido afirma la Corte Suprema:

“El objetivo de la infiltración es conocer la mayor información posible que se obtiene a través de medios engañosos, cuando de una conversación “espontánea” se logran obtener datos que van a ser posteriormente utilizados en una investigación. Entonces, la razón de la utilización de agentes encubiertos es la búsqueda de elementos probatorios en una actuación en la que el presunto implicado no se percató que los está suministrando o si llega a saberlo, no dimensiona las consecuencias de ese acto porque no de otra forma lo haría, y es un medio cuestionado, pero consagrado en la ley, para lograr infiltrar e investigar organizaciones criminales siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas, tal como lo dispone el artículo 242 de la ley 906 de 2004.” (CSJ, 2009, Radicación 27941)

Indicándose desde la doctrina como “Las investigaciones encubiertas

son una forma especial de obtención de información y datos relevantes para el proceso penal; ellas se sirven del “engaño” como uno de sus elementos esenciales; en este caso el indiciado o imputado sabe perfectamente que está dando una información, lo que no sabe es con qué fin, ni las consecuencias de su manifestación, en esto se basa el actuar secreto”. (Perdomo, 2009).

De esta manera, si el agente encubierto encuentra en los lugares donde ha actuado, información útil para la investigación, lo hará saber al fiscal, para que organice con la policía judicial una operación especial para recopilar elementos materiales de prueba y la evidencia física, y luego someta ante el juez de garantías a control de legalidad formal y material el procedimiento adelantado, a dentro de las 36 horas siguientes a la conclusión de la operación encubierta. (Hernández, 2017, p. 107), la cual debe nacer a voluntad de los procesados y no ser motivada por el agente encubierto, pues se trataría de un agente provocador.

Conclusiones

El agente encubierto representa una de las formas idóneas para investigar una organización criminal, toda vez que al infiltrarse en la misma el investigador puede llegar a conocer la estructura orgánica y jerárquica de la empresa criminal para de esta manera enfocar la acción penal sobre los máximos responsables y no sobre los elementos fungibles de la banda delictiva

Uno de los principales riesgos de autorizar a un servidor público particular que opera dentro de una determinada estructura criminal está en el límite del riesgo permitido en la ejecución de la labor de investigación, pues no en pocas ocasiones el encubierto debe adelantar labores delictivas como autor, coautor o determinador, sin comprometerse penalmente siempre que lo realice en la búsqueda de la finalidad para desestructurar la organización delictiva.

Partiendo que las bandas criminales tienen a su disposición recursos económicos de diversas fuentes delictivas, existe el riesgo que el agente se permea del manejo de los recursos o bienes ilícitos, los cuales pocas veces serán equivalentes al salario asignado por la labor, lo que podría motivar al investigador para lucrarse de los bienes ilícitos mientras ejerce la labor criminal ordenada en curso de la investigación.

Referencias

Constitucion Politica de Colombia, 1991,

Corte Constitucional, (2008) C-543. (2016) C-156

Corte Suprema de Justicia (CSJ), (2014). Radicación 37361, SP 8473-2014, (2017) Radicado 48431 SP11830-2017)(2009) Radicación 27941

El tiempo, (2020). Fiscalía habla sobre el misterioso origen de droga del caso 'Santrich'. EL TIEMPO tuvo acceso a una comunicación de la Vicefiscal General en la que menciona el tema. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/caso-santrich-fiscalia-dice-que-la-cocaina-encontrada-no-provino-del-ente-acusador-551281>

El Espectador (2018). Caso Andrómeda y sus interrogantes. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/caso-andromeda-y-sus-interrogantes/>

Hernández, G. J. (2017). La anticorrupción en Colombia, el agente encubierto y la función de inteligencia. Prolegómenos - Derechos y Valores, doi: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3332> Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6314667.pdf>

Guzmán, F. V. (2016). El Agente Encubierto Y Las Garantías Del Proceso Penal, Universidad de Castilla, La Mancha.) Recuperado de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6vicente-guzman-es.pdf>

Congreso de la Republica (CC), (2013), Ley 1621 (2004), Ley 906 (2000) Ley 600

Martínez, D.R. (2007). Respuestas político-criminales a la delincuencia internacional: narcotráfico y terrorismo (Trabajo fin de curso) Universidad Nacional de Educación a Distancia, Instituto Universitario "General Gutiérrez Mellado" Madrid, España, Recuperado de https://iugm.es/wp-content/uploads/2016/07/TRABAJO_FINAL_DE_RAFAEL_MARTINEZ_DONCEL.pdf

ONU, (2009). Declaración política y plan de acción sobre cooperación internacional en favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas, Naciones Unidas, New York.

(2004) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos. Recuperado de <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

(2009). Manual de Técnicas Especiales de Investigación Agente Encubierto y Entrega Vigilada, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Recuperado de https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/Manual_Tecnicas_Especiales_de_Investigacion_Bolivia.pdf

Perdomo T, J. F. (2009) Estudios Penales a partir de la libertad y solidaridad. Monografías de derecho Penal. Nro. 18. Universidad Externado de Colombia.

ANÁLISIS DE LAS REFORMAS AL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA

Daniel Esteban Molano*

* Magíster en Derecho, Universidad Sergio Arboleda. Especialista en Finanzas Públicas, Escuela Superior de Administración Pública. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Sergio Arboleda. Administrador Público, Escuela Superior de Administración Pública. Abogado, Universidad Simón Bolívar. danielmolano@coruniamericana.edu.co

INTRODUCCIÓN

Para discutir sobre este tema dentro del ámbito jurídico que figura dentro de un Estado Social de Derecho como lo es el Estado Colombiano, se hace necesario primeramente conocer el papel que juega el control fiscal y la esencia conceptual por medio de la cual se constituye. Cabe destacar que en lo que es relativo a la funcionalidad y los fines de un Estado Social de Derecho, consolidados en Colombia desde 1991 gracias a la norma suprema como lo es la Constitución Política, se ha evidenciado el rol fundamental que ejerce el control fiscal, cumpliendo el papel como otra función que le corresponde al Estado, frente a cada uno de los aspectos manejados por este mismo, desempeñándose como una base sólida mediante la cual se asienta el funcionamiento de su estructura para en últimas proteger y garantizar los fines mismos del Estado.

De esta manera, para comprender las reformas legislativas y los cambios que ha atravesado el control fiscal en el contexto jurídico-colombiano, a priori deberíamos poner sobre la mesa la estructura y organización del Estado Colombiano: Colombia como Estado Social de Derecho está constituido por las 3 ramas de poder legislativo, ejecutivo y judicial, asimismo, por los órganos de control en representación de la Procuraduría General de la Nación y en ella encontramos a la Defensoría del Pueblo, también es un órgano de control la Contraloría General de la República la cual su organización y función será de relevante interés cognoscitivo para esta revisión; En el mismo sentido, los órganos de organización electoral lo conforman el Consejo Nacional Electoral (CNE) y la Registraduría Nacional del Estado Civil; Así mismo, el Estado Colombiano está conformado por otros órganos autónomos de origen constitucional, como los Entes Universitarios Autónomos, Comisión Nacional del Servicio Civil, Banco de la República, Corporaciones Autónomas Regionales, y la Autoridad Nacional de Televisión. Ahora, ya teniendo latente la estructura del Estado Colombiano, y entrando en contexto con el tema, en específico nos vamos a centrar en las funciones de la Contraloría General de la Nación como órgano de control la cual está encargada de ejercer el control fiscal. No obstante, ¿Cuáles son las cuestiones que giran en torno de este tema? ¿Por qué se hace necesario hablar de control fiscal dentro de un Estado Social de Derecho? ¿Qué es el control fiscal? Para responder este último interrogante, es preciso dirigirnos al ordenamiento constitucional hacia el Título X sobre los organismos de control donde se encuentra el capítulo 1 sobre la Contraloría General de la República, donde en su artículo 267

inciso 1 de la Constitución Política Colombiana, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019, se define al control fiscal y a la vigilancia como esa función pública que es ejercida a través de la representación de la Contraloría General de la República, la cual tiene el deber y está encargada de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares que operen fondos o bienes de carácter públicos, en todos los niveles administrativos y relativo a todo tipo de recursos públicos del Estado. En ese sentido, se contempla que el control fiscal es una función fundamental dentro de los organismos de control de un Estado. Sin embargo, ¿Cómo se ejerce ese control fiscal? De conformidad con el inciso 2 de este mismo artículo, se expresa que se desempeñará en forma posterior y selectiva, este podrá ser preventivo y concomitante de acuerdo a si es fundamental para garantizar la defensa y protección del patrimonio público.

Cabe destacar que el control preventivo y concomitante no tiene implicaciones relativas a la coadministración y este se desempeñara en tiempo real mediante el seguimiento permanente de los ciclos, uso, contratación, ejecución e impacto de los recursos públicos, todo ello se realizará mediante la implementación de tecnología de la información con la participación activa del control social, asimismo, con la articulación del control interno, así la ley es la encargada de regular el ejercicio del control fiscal y vigilancia, sus sistemas y principios que gozarán de aplicación para cada tipo de control. Ahora bien, si anteriormente se hace referencia a la aplicación de ciertos principios, estos, ¿Cuáles son? De esta forma, en relación con el primer inciso del artículo 267 de la Constitución Política, la ley se encargará de regular el ejercicio de las distintas competencias que recae en cabeza de la contraloría a partir de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Del mismo modo, se expresa en el artículo 288 de la Carta Política textualmente que “Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”. Por tanto, se ve de forma esencial definir cada uno de estos principios antes de seguir discutiendo este tema. Frente a cada uno de estos principios la CC, 2005 C-983, define al principio de coordinación como esa comunicación continua existente entre los distintos niveles administrativos del Estado para coordinar o armonizar aquellos aspectos de interés que se encuentran vinculados entre sí, esto se ve ilustrado cuando se dan casos relativos a la garantía de protección los derechos constitucionales fundamentales como los asuntos relacionados con la efectividad de cumplimiento de los fines sociales del Estado.

Asimismo, la Ley 489 de 1998 expone en su artículo 6 textualmente sobre este principio que

Las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales. En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.

De esta manera, se puede apreciar, como se enuncia en la sentencia C-985 de 2005, la necesidad y lo fundamental que es la colaboración que se sostenga entre las distintas autoridades administrativas con el objetivo de garantizar y permitir en últimas la armonía o coordinación en la ejecución de cada función que a cada uno le corresponda, así como la consecución efectiva de los fines y cometidos del Estado Colombiano. Textualmente: “No es, pues, ninguna novedad, que la organización estatal y la distribución de competencias entre los distintos niveles de la administración implica de por sí un entramado de relaciones complejo y lleno de tensiones.”

De la misma manera, otro principio que descansa en el desempeño del control fiscal en cabeza de la Contraloría como órgano administrativo, es el principio de concurrencia, de acuerdo con la Sentencia C-983 de 2005 este principio desempeña un papel fundamental, puesto que la Nación no puede dejar de atender y dejar a la deriva las Entidades Territoriales, asimismo, no puede dejar de apoyar a aquellas que requieren tal amparo. Cabe recalcar, que este principio está conectado con el de subsidiariedad, este no solo invita a que la Nación como tal, sino que también reclama solidaridad entre los diferentes niveles territoriales bajo el motor de aquellos que tienen la capacidad de ir a mayor velocidad y por tanto ayudan a fomentar a las entidades rezagadas. Algo que cabe adicionar, es el hecho que esta no ha sido la única instancia en que la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado sobre ello, ya que lo ha realizado en varias ocasiones. Por ejemplo, en la sentencia C-1187 de 2000 la Corte resaltó la necesidad de que intervinieran en un sentido legislativo frente a los caso en que las entidades territoriales no se encontrasen en la capacidad de prestar servicios que estuviesen bajo su responsabilidad en la medida que sintonizaran con los principios o postulados que se desglosan del Estado Social de derecho que la estructura estatal colombiana goza, todo ello en relación con los temas y situaciones vinculadas con la seguridad social de

cada persona que compone la población colombiana.

Así mismo, el control fiscal también se rige por otro principio, que también encontramos definido en la Sentencia C-983 de 2005, este es el principio de subsidiariedad, el cual se manifiesta en cuanto suceda el caso en el que una entidad territorial perteneciente a Colombia no tenga la competencia en toda su extensión para cumplir con las funciones que se dictan desde los parámetros constitucionales en un sentido pleno, así se “abre paso” o se permite la intervención del legislador para que este sea en últimas el que adopte una posición de ayuda y de reemplazo potencial de las competencias constitucionales del ente territorial de nivel inferior en la jerarquía del territorio nacional, todo esto está fundamentado en lo expresado en el artículo 228 de la Constitución Política Colombiana. De manera textual, la Sentencia C-983 de 2005 expone que

Así las cosas, significa entonces lo anterior, en criterio de la Corte, que de acuerdo con el aludido principio constitucional (subsidiariedad), la Nación debe colaborar con las entidades territoriales cuando quiera que éstas no puedan cumplir con sus funciones y competencias, es decir, la Nación debe apoyar siempre a las entidades territoriales más débiles, pues es claro, que el concepto de autonomía implica un cambio sustancial en las relaciones centro-periferia, por lo que el legislador, dentro de su libertad de configuración, puede definir y articular los intereses nacionales y regionales, y, a través de esta forma, intervenir en los asuntos locales, siempre que no se trate claro está, de materias cuya competencia sea exclusiva de las entidades territoriales.”

Sería de interés nombrar a la Sentencia C-1051 de 2001, la cual sintetiza la función de cada uno de estos principios. Sobre el principio de coordinación “indica que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, coordinación que debe darse, tanto entre las entidades territoriales, como entre éstas y la Nación”. Sobre el principio de concurrencia lo define como

un proceso de participación entre la Nación y las entidades territoriales, de modo que ellas intervengan en el “diseño y desarrollo de programas y proyectos dirigidos a garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, pues sólo así será posible avanzar en la realización efectiva de principios también de rango constitucional.

Y, sobre el principio de subsidiariedad expresa que “consiste en que sólo cuando la entidad territorial no pueda ejercer determinadas funciones en forma independiente, puede apelar a niveles superiores (el departamento o la Nación), para que éstos asuman el ejercicio de esas competencias”.

En este sentido, de acuerdo con Amaya (1996), se da a conocer la forma en cómo el control fiscal se estructura de forma integrada donde ejecuta procesos y operaciones en un sentido simultáneo, en pro del desarrollo administrativo en sentido general, en donde se involucran aquellos particulares en calidad de administración de los dineros o bienes públicos de la Nación, con la finalidad de dar cumplimiento a los objetivos establecidos como fines generales del Estado. (Cristancho, 2018)

Así, según Young y Tovar (2014), dentro del control fiscal se instaura un carácter de función pública con la finalidad de ser un elemento que se despliega desde el principio de legalidad, el cual se concibe como un los controles esenciales y básicos que han sido introducidos dentro de las democracias occidentales, este principio se sitúa como eje central de gobernabilidad entre los distintos cuerpos institucionales del Estado, mediante el cual conduce al desarrollo mismo otorgándole legitimidad al principio democrático de la legitimidad ciudadana, en este sentido, de aquí se desprende el concebir como democrático el poder distribuido entre la rama ejecutiva, legislativa y judicial, puesto que cada uno de estas ramas de poder está encargada de desempeñar funciones en específicos que están establecidas en la Constitución y en la ley. (Citado en: Cristancho, 2018)

En otras cuestiones, como bien se ha mencionado el control fiscal representa una función que es desempeñada por la Contraloría General de la República, por consiguiente, sería pertinente plantear ¿Cuáles son las características de este órgano de control? De manera puntual, a este interrogante le da respuesta el artículo 367 de la Carta Política Colombiana en su inciso No. 6 afirma que esta sería una entidad que goza de un carácter técnico, caracterizada por la autonomía administrativa y presupuestal, aclara que no tendrá funciones administrativas diferentes a las inherentes a su propia organización, teniendo en la mira al cumplimiento de su misión constitucional. Del mismo modo, la Sentencia C-557 de 2009 expresa que “la Contraloría es una entidad de carácter técnico, que no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización; y también, le otorga autonomía administrativa y presupuestal, como un reflejo de la estructura orgánico-funcional básica del Estado.”

El papel significativo del Control Fiscal en Colombia

En relación a todo lo previamente expuesto en esta revisión, se hace inquietante dar respuesta a un interrogante al que tenuemente se ha hecho referencia en anteriores ocasiones, con la finalidad de hacer memoria cabe preguntarse ¿Por qué se hace necesario hablar de control fiscal dentro de un Estado Social de Derecho? Y es que será el carácter independiente y autónomo de esta función pública, integrada con otras por supuesto, en últimas la que facilitará la adecuada y correcta consecución de los fines del Estado Colombiano expuestos en el artículo 2 de la Carta Política. No obstante, ¿De qué forma? Inicialmente, se debe hacer memoria de la estructura y la manera en cómo se encuentra organizado el Estado Colombiano. Entre las disposiciones que emite la Sentencia C.-557 de 2009, en específico, se hace referencia a la competencia de la Contraloría General de la República y se trae a colación el artículo 113 de la Constitución Política Colombiana, el cual manifiesta el principio de la separación de los poderes pertenecientes a las ramas del poder público, ello con 3 propósitos:

1. Pretender la mayor eficacia en la consecución de los fines propio del Estado Social de Derecho
2. Establecer las distintas competencias que una vez limitadas se establecieron los controles y regulaciones de las diferentes ramas de poder entre sí
3. Amparar por la libertad del individuo y de la persona humana.

A parte de ello, expresa que además de aquellos órganos que componen las Ramas del Poder Público, también existen otros tipos de órganos catalogados como autónomos e independientes los cuales van en dirección de cumplir las demás funciones que le competen conseguir al Estado Colombiano. Siendo ello de esta manera, el artículo 117 de la Constitución Política plantea que, entre aquellos, se encuentran los órganos de control que están integrados en cabeza del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República, siendo esta última competente para la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración. Por tanto, entre sus objetivos fundamentales se centra por cumplir la verificación del correcto cumplimiento de los deberes que son asignados a los servidores públicos y a las personas de derecho privado que manipulan

o administran recursos o fondos de carácter público durante el desempeño de actividades económicas, jurídicas y tecnológica, dirigidas a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, de la misma manera, a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas.

En este sentido, el control fiscal en manos de la Contraloría General de la República jugará un papel complementario para que exista una total transparencia e imparcialidad, teniendo en cuenta su autonomía e independencia, frente a las ramas de poder público existentes en un Estado Social de Derecho como lo es el Estado Colombiano.

Recorrido histórico del Control Fiscal en Colombia

Desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, se instaure en el país el control fiscal, pero antes de este acontecimiento que constituye lo que serían los parámetros para la vigilancia de la buena gestión de los recursos de la nación en la actualidad, se dieron dentro del territorio un proceso histórico para la aplicación de lo que hoy conocemos como el control fiscal o la Contraloría General de la República, como uno de los órganos de control más importantes, como aspecto sustancial de la investigación es de suma importancia aventurarnos a conocer la historia de la temática, por ello, en los siguientes párrafos abordaremos los acontecimientos, personajes y la historia en general del control fiscal dentro del territorio colombiano.

Los inicios del control fiscal en Colombia, se dan desde los tiempos de la conquista y descubrimiento del continente americano, aunque para la época la vigilancia o control se ejercía sobre el manejo de los bienes del monarca, en aquel tiempo no había un control de los bienes correspondiente al Estado. El funcionario encargado se le nombró Lugarteniente de los Contadores Mayores de Castilla, dicho funcionario era nombrado por la corona. Tiempo después, con la fundación de Santo Domingo, es creado el Tribunal de la Real Audiencia de Santo Domingo, su función principal era vigilar el buen actuar de los altos funcionarios de la corona y también fiscalizar a los virreyes. En el año 1604 se crea los Tribunales de Cuentas, los cuales actuaban como contralores regionales en los virreinos, capitanías y presidencias. (Mira, Meza & Vega, 2001)

En el transcurso del año 1821 y 1923 se presenta la primera etapa de la historia del control fiscal dentro del territorio colombiano, el famoso documento La ley Fundamental que fue promulgada en Santo Tomás de Guayana en la Angostura del Orinoco, en ese entonces capital de la Provincia de Guayana se constituye la República de Colombia, en ese año se buscó por primera consolidar la organización del control fiscal, el 23 de octubre de 1819, Francisco de Paula Santander impulsa la Ley Principal Contra los Empleados de Hacienda, en esta ley establece la normatividad referente a las medidas drásticas que se le deben dar a los funcionarios que hicieran fraude o malversado los bienes públicos. En los años posteriores el desarrollo de nuevas leyes como la Constitución del Socorro, donde se consagra que las cuentas del Tesoro Público se imprimen cada año, así como otros cambios más, en 1873 se expide el Código Fiscal que instaura nuevamente la Corte de Cuentas, con la diferenciación que esta vez será compuesta por diez magistrados que serian elegidos por el senado y la cámara de representantes (poder legislativo), años siguiente se dice que serán doce magistrado. (Mira, Meza & Vega, 2001)

La segunda etapa se da dentro del tiempo transcurrido desde el año 1923 y 1975, esta segunda etapa tiene una gran influencia de la Misión de Kemmerer, pero, ¿qué es la misión de Kemmerer?

“La misión de Kemmerer consistió en una serie de propuestas de remodelación de los sistemas monetarios, bancarios y fiscales, que luego se convirtieron en leyes (algunas de las cuales perduran hasta hoy). “La Misión” –que en realidad fueron varias- se desarrolló principalmente en Latinoamérica, entre 1919 y 1931. Los trabajos fueron liderados por Edwin Walter Kemmerer, economista estadounidense, profesor de Economía en la Universidad de Princeton, contratado como asesor financiero y económico por los gobiernos de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú, con el fin de consolidar la estabilidad monetaria” (Gozzi & Tappata, s.f, pp. 1)

La misión de Kemmerer hizo muchas recomendaciones, en las cuales destacaremos la creación de la Contraloría General de la República y la creación de un sistema bancario (Banco de la República). La creación de la Contraloría General de la República nace por problemas internos que obligaron y motivaron la formulación de un sistema de control fiscal uniforme, por otro lado se debía administrar los 25 millones de dólares entregados por Estados Unidos por la venta de Panamá y por último

motivo la presencia de United Fruit Company y Tropical Oil Company, empresenas de origen estadounidenses. A raíz de ello se expide la Ley 42 de 1923 en la cual formalmente se crea el Departamento de Contraloría, el cual tenía la función de controlar las finanzas públicas, pero con la condición de que no podía tener funciones administrativas distintas a las estipuladas de su incumbencia. La mencionada ley se constituye en quince capítulos y el Departamento de la Contraloría se caracterizaba por ser órgano independiente de los demás departamentos administrativo, posterior a la Ley 42 de 1923, se desarrollaron normas que buscar complementar esta ley como son el Decreto 911 de 1932, la Ley 58 de 1946 y la Ley 151 de 1959, el control fiscal se eleva a rango constitucional en el año 1945, pero no tenía un regimen juridico-fiscal unificado, más tarde en el año 1975 se expide la ley 20 de 1975, dicha ley tenía el objetivo de convertir el organismo de control en una institución ágil, técnica y moderna para que con ello se velará al buen rendimiento y una perfecta administración de bienes e ingresos de la nación. (Mira, Meza & Vega, 2001)

La siguiente etapa corresponde a la tercera, transcurre desde 1975 hasta el año 1991, año en el que es sabido por todos que se promulga la constitución actual, esta etapa guarda relación con la etapa anterior, antes del año 1975 no se tenía un régimen jurídico-fiscal unificado, que fuera satisfactorio a las necesidades que tenía el Estado gracias a la modernización y la evolución de este, el Estado exigía un organismo de control fiscal que fuera ágil, técnico, moderno y que pudiera enfrentarse a las pruebas de rendimiento y administración de los bienes e ingresos de la nación, al expedirse la Ley 20 de 1975 se da un cambio significativo en la problemática antes mencionada ya que con la Ley 20/75 se pretendió unificar las legislaciones que estaban dispersas referente al control fiscal, y también buscaba crear mecanismos de control que dieran resultados positivos, y que vigilara a cada una de las entidades del Estado que tuvieran a su cargo la administración de los bienes de la nación. La Ley 20 de 1975 trajo consigo avances importantes en el control fiscal, ejemplo de ello es el artículo segundo que le otorgó al contralor facultades para fiscalizar no solo a las entidades, sino que le dio el poder fiscalizar a las personas que dispongan o manejen bienes públicos. Tal cual, se logran significativos avances, pero cabe precisar que la Contraloría General de la República, quedó limitada en lo referente a la función de vigilancia, ya que sus actividades de control eran realizadas con el objetivo de demostrar y cuantificar perjuicios fiscales. (Mira, Meza & Vega, (2001)

La cuarta etapa equivale al tiempo transcurrido desde el año 1991, con

la asamblea constituyente hasta la actualidad. Al momento de instaurar la Asamblea la idea sobre la necesidad de cambiar algunos parámetros en la Contraloría General de la República y el Sistema de Control Fiscal en general era uno de los temas primordiales, este cambio se debía a diversos factores, entre ellos se hablaba de la ineficacia que resultaba el control previo para preservar el patrimonio público, también señalaban que la organización de las contralorías estaba contaminada de politización y burocratización, entre otras temáticas y soluciones para estos problemas. (Mira, Meza & Vega, 2001)

Entre las tesis presentadas por los constituyentes sobre el tema de control fiscal cabe destacar la postura del doctor Nieto Roa, su propuesta buscaba que la vigilancia de la gestión fiscal se diera mediante entidades privadas que ejercieran auditoría directa bajo la inspección y vigilancia de la Contraloría General de la República, con su propuesta buscaba remediar los errores y falencias que venían produciéndose con anterioridad gracias al antiguo modelo de control fiscal que se manejaba, esto tanto de manera nacional como de manera municipal. Nieto Roa basa su argumento en que el control fiscal debe existir una independencia entre quienes lo ejercen y quienes son fiscalizados. Por otra parte, el proyecto propuso crear un órgano con la función de vigilar al contralor, este órgano actualmente es la Auditoría General de la República. Con la promulgación de la Constitución de 1991 se autoriza la figura de las auditorías privadas y estas deben ser escogidas por concurso de méritos y contratadas previo concepto favorable del Consejo de Estado, esto está estipulado en el artículo 267 de la Constitución. (Mira, Meza y Vega, 2001)

Al igual que el doctor Nieto Roa, otros grupos de constituyente presentaron propuestas sobre cómo debe ser el funcionamiento de la Contraloría General de la República, entre ellos el doctor Jesus Perez el cual propuso que se conserve la figura del Contralor General y que este siga siendo elegido por el Congreso, así también, propone establecer que el control fiscal se efectúe en forma posterior y selectiva y la implementación de un sistema de control de resultados que tenga como función principal la ejecución de los planes de desarrollos y obras públicas, entre otras propuestas. Otro Constituyente, el doctor Diego Uribe propuso la prohibición de la reelección del contralor. Como Uribe, Nieto y Perez es primordial destacar otros constituyentes que propusieron aspectos importantes que ayudaron a la conformación de la estructura y los parámetros presentes en el control fiscal actual, entre ellos resaltan nombres

como Navarro Wolf, Hernando Londoño, Juan Gomez Martinez, Rogrigo Lloreda, Misael Pastraba, entre otro más. (Mira, Meza & Vega, 2001)

Finalmente, se propuso un articulado que se presentaría en el primer debate y en él se intentaría incluir las principales propuestas de manera coherente y en orden. La propuesta en primer lugar, planteaba la eliminación del control previo para así dar libre paso a un control selectivo y posterior que no obstaculice la eficaz gestión de las contralorías y en segundo lugar decretar que la elección del contralor sería mediante el Congreso en pleno, presentada por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y las instituciones supremas de administración de justicia. (Mira, Meza & Vega, 2001)

“Aparte de las propuestas anteriores, otras propuestas fueron relevantes en la Asamblea estas fueron la siguientes:

1. Establecer un control unipersonal para evitar la politización y clientelización en el control fiscal, evitando, de esta manera, interferencias políticas a la hora de votar por cociente del órgano colegiado.
2. Se deja abierta la posibilidad de que las contralorías puedan contratar con empresas particulares el desarrollo de la función fiscalizadora. Adicionalmente, se otorga la posibilidad de que cada entidad podrá contratar directamente con entes privados su propio control interno.
3. Se establece que los organismos de control podrán tener facultades de jurisdicción coactiva, así como la creación de una jurisdicción penal especializada para que conozca de los delitos contra el patrimonio del Estado.
4. Se eliminan ciertas contralorías municipales que no reúnen los requisitos necesarios (como por ejemplo, un número mínimo de operaciones) lo que le ahorraría al Estado una suma considerable de dinero por concepto de gastos de funcionamiento. “ (Mira, Meza & Vega, 2001. pp. 22)

El trayecto del Control Fiscal y su evolución y cambios desde 1991:
Perspectiva jurídica

Teniendo en cuenta lo previamente mencionado, se hace imprescindible exponer también la forma en cómo se han ido modificando los aspectos

jurídicos que rondan alrededor del control fiscal, empezando desde 1991 hasta la actualidad.

Constitución Política De 1991

Como bien se ha conocido, desde la expedición de la Constitución Política Colombia en 1991 el modelo estatal colombiano cambio y provocar distintos efectos en el marco social, político y jurídico del país, puesto que la estructura y organización que demarcaba desde 1886 se modificó para adaptarse a la perteneciente a un Estado Social de Derecho a finales del Siglo XX. La soberanía del Estado fue dividida hasta el punto en que sus funciones descansaran en 3 grandes ramas políticas, al tiempo en que donde este poder convergía sería regulado desde órganos independientes y autónomos que administrarian y observarían de qué manera se estaba desempeñando la actividad funcional de las 3 ramas políticas y del Estado. Entre ellos, el constituyente expresa en el Título X y en su capítulo 1 sobre la Contraloría General de la República da nacimiento a la legislación por la cual se regirá aquella en calidad de su función de vigilancia y control fiscal. Específicamente, en las disposiciones 267 y 268 se habla expresamente sobre el Control Fiscal. En últimas, desde 1991 la legislación no ha quedado estática, puesto que ha sufrido cambios este marco constitucional, así como se han adicionado legislaciones relativas al control fiscal, las cuales ulteriormente serán expuestas en detalle.

Ley 42 De 1993

Después de la promulgación de la constitución política, se instaura en el país el Estado Social de Derecho, y con ellos principios que regirán a partir de ese momento la normatividad colombiana, el nuevo régimen constitucional dicta que el Estado se organiza como República unitaria, con descentralización, y con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, entre otros principios, siguiendo estos y como forma de control fiscal se promulga en el Estado lo que sería la primera normatividad posterior a la asamblea constituyente del 91.

El artículo 6 de la constitución del 91 establece que los servidores públicos tienen responsabilidad por infringir las leyes, tanto constitucionales como ordinarias, e igualmente por omisión

o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo anterior da a comprender que todos los servidores públicos puedan ser responsables de sus actos tanto desde la mirada del derecho penal, como disciplinario y fiscal. (Mondragon, 2016)

El 27 de enero de 1993, se promulga la Ley 42 de 1993 como forma de enfrentar los problemas de eficacia y protección que padecía el Estado, en ella se establecen las disposiciones concerniente a la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.

“Artículo 1. (derogado artículo 166, decreto 403/20) La presente Ley comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero; de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal y de los procedimientos jurídicos aplicables.” (CC, 1993, Ley 42)

El artículo 2 (derogado por el artículo 166 del decreto 403 de 2020) establece los sujetos presentes dentro del control fiscal, la ley dictamina que hacen parte del control fiscal; los órganos que integran las ramas legislativa, así como la judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos pertenecientes a la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República. Por su parte el artículo 4 (también derogado por el decreto 403 de 2020) define el control fiscal como una función pública, la cual se encarga de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

De la ley fueron derogados por el decreto 403/20 los 26 primeros artículos los cuales trataban temas como los principios, sistemas y procedimientos técnicos permitidos para las actividades correspondientes a la vigilancia y control fiscal.

“Artículo 8. (derogado) La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la

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.

Asímismo, 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.

La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que éstos cumplan con los objetivos previstos por la administración.” (CC, 1993, Ley 42)

“Artículo 9. (derogado) Para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes.” (CC, 1993, Ley 42)

La ley 42 de 1993 significó un cambio en la organización del control fiscal en el territorio colombiano, aunque más tarde en el año 2020 fueran derogados por Decreto 403 del 2020, la Ley 42 de 1993 en compañía a esta la Ley 610 de 2000, que sería modificada por la Ley 1474 de 2011, estas leyes dictan todos los procedimientos sobre la temática del control fiscal vigente, junto con decretos y otra normatividades que conforman el conjuntos de normas que tiene función de vigilancia de la gestión de administración de particulares o de las entidades que manejen fondos o bienes del Estado.

Ley 610 de 2000

En compañía con la ley anterior, se promulga el 18 de agosto de 2000 la Ley 610 de 2000 en ella se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. La Ley 610 de 2000 nace como ley que complementa la ley 42 de 1993, por su parte la Ley 610/2000 legisla a lo largo de los capítulos y artículos en función a la responsabilidad fiscal que debe ser controlada a cargo

de los órganos de control respectivos (las contralorías) el artículo 1 de la ley define a los procesos de responsabilidad fiscal como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. Como punto importante, se debe aclarar que las actividades que se realicen como forma de investigar y establecer la responsabilidad fiscal se rigen bajo el principio del debido proceso y los principios que se establecen en los artículos 29 y 209 de la constitución, también los principios que son reafirmados por el Código Contencioso Administrativo vigente.

La gestión fiscal es un concepto importante, ya que es lo que se intentara vigilar por medio del control fiscal y a partir de ello, se incursiona en la responsabilidad fiscal. La gestión fiscal es definida en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 como todas las actividades económicas, jurídicas e incluso tecnológicas que se realicen por parte de los servidores públicos o particulares que manejen o administren recursos o fondos públicos, 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 a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. (CC, 2000, Ley 610)

La responsabilidad fiscal tiene un objeto, y este no es más que el de buscar una compensación de las afectaciones negativas a los bienes públicos que fueron ocasionadas como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes están encargados a la gestión fiscal o de servidores públicos, incluyendo también a los particulares que participen, de manera directa o indirectamente en la producción de los mismos, la compensación se realizará mediante el pago de una indemnización de contenido económico como formar de resarcir el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. (CC, 2000, Ley 610)

La ley 610 de 2000 establece en el artículo 5, que a su vez fue modificado por el artículo 125 del Decreto 403 de 2020, cuales son los elementos que

integran la responsabilidad fiscal, son los siguientes:

1. Una conducta dolosa o gravemente culpable atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.
2. Un daño patrimonial al Estado.
3. Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Dentro de la ley se dictaminan que los servidores de las contralorías que realicen actividades dirigidas a investigar o indagar, o que estén comisionados para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, tienen el carácter de autoridad de policía judicial, y sus funciones se establecen en el Código de Procedimiento Penal, además de esas funciones, la policía judicial puede:

1. Adelantar oficiosamente las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra los intereses patrimoniales del Estado.
2. Coordinar sus actuaciones con las de la Fiscalía General de la Nación.
3. Solicitar información a entidades oficiales o particulares en procura de datos que interesen para solicitar la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal o para las indagaciones o investigaciones en trámite, inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los hechos generadores de daño patrimonial al Estado, sin que al respecto les sea oponible reserva alguna.
4. Denunciar bienes de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales, para que se tomen las medidas cautelares correspondientes, sin necesidad de prestar caución. (CC, 2000, Ley 610)

La Ley 610 de 2000 es fundamental para las instituciones que imparten control fiscal, en ella se busca perfeccionar las deficiencias de las anteriores leyes, sumando que la ley establece parámetros específicos que deben ser respetados por las autoridades, así como también brinda las medidas necesarias y facultades de carácter jurídico para enfrentar las afectaciones

que pueden ocasionar las problemáticas generadas por la corrupción.

Ley 1474 De 2011

Con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 se modifica la Ley 42 de 1993 y la Ley 610 de 2000, el 12 de julio empieza a regir la Ley 1474 de 2011 a través de ella se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

“Las normas que han reformado el Estatuto general de contratación han buscado principalmente; establecer herramientas efectivas contra la corrupción, búsqueda de transparencia en el proceso contractual, establecer mayores controles y responsabilidades, lograr mayor celeridad, eficiencia y eficacia, establecer regímenes excepcionales a entidades por la naturaleza de su actividad, reducir trámites, utilización de nuevas tecnologías y recursos electrónicos y facilitar la inversión [...]” (Reyez, 2016. p. 2)

La Ley 1474 también conocida como el estatuto anticorrupción nace como forma de lucha contra los casos de corrupción que se venían presentado en el país, esta ley tiene un objetivo específico, este es el dar solución a los vacíos legales en temas relacionados con la corrupción, más en específico los casos de corrupción presente en la contratación estatal, por ello busca fortalecer la prevención, la investigación y sanción de los actos de corrupción y la efectividad del control fiscal de la gestión pública. a raíz de esta ley se establecen medidas administrativas, penales, disciplinarias en la lucha contra la corrupción. (Nieves, 2014)

El primer capítulo de la ley, señala cuales son las medidas administrativas para la lucha contra la corrupción, en las cuales se encuentran la inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción, para contratar a quienes financien campañas políticas y para que ex empleados públicos contraten con el estado entre otras medidas, también en la ley se establecen las medidas penales que pueden ser utilizadas en la lucha contra la corrupción pública y privada, aparecen consagradas en el capítulo 2, al igual que otros aspectos importantes en materia tanto procesal como conceptual se consagran a lo largo de la ley sus capítulos. La ley 1474 de 2011 es una ley importante, no solo porque modifica errores de reformas sobre el control fiscal anteriores, sino porque

combate una problemática que ha sido un talon de aquile para la sociedad colombiana como lo es la corrupción, a lo largo del texto legal y sus diez capítulos que lo conforman se tratan temas como los mencionados y también temas como lo son; las medidas disciplinarias para la lucha contra la corrupción, disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública, medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción, organismos especiales para la lucha contra la corrupción estos especialmente se diseñan como forma de complementación para alcanzar lo objetivos, por ello se crea la Comisión Nacional para la Moralización y las instituciones que lo conforman se establece el artículo 62 de ese mismo estatuto, está con otras temáticas conforman la Ley 1474 de 2011.

“Artículo 62. Conformación de la Comisión Nacional para la Moralización. Créase la Comisión Nacional para la Moralización, integrada por:

- a) El Presidente de la República;
- b) El Ministro del Interior y de Justicia;
- c) El Procurador General de la Nación;
- d) El Contralor General de la República;
- e) El Auditor General de la República;
- f) El Presidente del Senado y de la Cámara de Representantes;
- g) El Fiscal General de la Nación;
- h) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia;
- i) El Presidente del Consejo de Estado;
- j) El Director del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción;
- k) El Consejero Presidencial para el Buen Gobierno y la Transparencia;
- l) El Defensor del Pueblo. (CC, 2011, Ley 1474)

Ley 1904 De 2018

A Través de la Ley 1904 de 2018 se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República. Esta ley decreta la normatividad jurídica referente al proceso de selección del Contralor General de la República, como dice el proceso de escogencia también determina los requisitos que deben cumplir los aspirantes al cargo, junto con un despliegue de artículos que regulan todas las disposiciones

legales relacionadas con dicha selección. El artículo 1 de la establece que siguiendo lo estipulado en los artículos 257 y 126 de la Constitución Política de 1991, la elección del Contralor de la República se debe hacer por el Congreso en pleno, por mayoría absoluta, y debe realizarse en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del presidente de la República, y la escogencia debe ser de la lista de elegibles por convocatoria pública, dicha convocatoria siguiendo los parámetros que se dictan en el artículo 125 de la Constitución del 91, la escogencia del contralor debe cumplir con los requisitos y procedimientos también estipulados en la Ley 1904 de 2018 y el procedimiento debe garantizar los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de géneros y criterios de mérito para su selección, por otro lado el Contralor no puede ser reelegido, ni mucho menos continuar ejerciendo sus funciones después de vencer el periodo en el que fue seleccionado.

La elección del Contralor General de la República se realizará de acuerdo con el artículo 3 de la ley 1904 de 2018:

“Artículo 3. Elección del Contralor General de la República. De una lista de diez (10) Elegibles previamente seleccionados por la Comisión definida por esta ley el Congreso elegirá al Contralor General de la República en el primer mes de las sesiones ordinarias, por mayoría absoluta de los votos de sus miembros y para un período institucional igual al del Presidente de la República.

Parágrafo 1. En caso de que ninguno de los candidatos obtenga la mayoría absoluta se realizará una segunda votación entre los dos candidatos que obtuvieron las más altas votaciones.

Parágrafo 2. La lista de elegibles en lo posible respetará los criterios de equidad de género.” (CC, 2018, Ley 1904)

En cuanto a los requisitos que deben tener los aspirantes a contratación como Contralor General de la República, se exige como mínimo tener nacionalidad colombiana de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía, tener más de 35 años de edad, poseer título universitario o haber ejercido una profesión universitaria durante un tiempo no menor a 5 años, aparte de esto requisitos mínimos, el solicitante deberá acreditar todas las calidades adicionales, logros académicos y laborales que certifiquen el

mayor mérito como prueba de que si puede desempeñar el cargo. No puede ser elegido Contralor General quien actualmente o anteriormente haya sido miembro del Congreso o ejercido un cargo público de orden nacional, por otro lado tampoco puede ser elegido como Contralor quien haya sido condenado a prisión por delitos comunes. No puede existir la intervención en postulación o en la elección de contralor personas que se encuentren dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal en relación con los aspirantes al cargo. (CC, 2018, Ley 1904)

Acto Legislativo 04 De 2019

Mediante el Acto Legislativo 04 de 2019, se modifica la Constitución Política de 1991 en lo referente al régimen de control fiscal, con la entrada en vigencia de este acto legislativo se modifica específicamente los artículos 267, 268, 272 y 274 de la Constitución Política, toma efectos legales el 18 de septiembre de 2019. Como todo Acto Legislativo, el Congreso ejerce como constituyente derivado su derecho a reformar la constitución sin cambiar la identidad de la mismas, por esto a través del acto legislativo mencionado se busca modificar el régimen de control fiscal que operaba en territorio antes de entrar en vigencia este, cambia la estructura de la vigilancia y control de los recursos y bienes públicos.

El nuevo régimen de control fiscal traerá cambios representativos para este órgano de control, entre ellos está que además del control posterior y selectivo, existía también vigilancia y control preventivo y concomitante, así, el control concomitante trae las siguientes características, el ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas, no implica coadministración, tiene carácter excepcional, formalmente, no es vinculante, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, entre otras. Otro cambio es el control prevalente de la Contraloría frente entidades territoriales, tiene control jurisdiccional frente a los fallos con responsabilidad fiscal, unifica y estandariza la vigilancia y control fiscal, con el nuevo Acto Legislativo también brinda nuevas facultades a la policía judicial, esta tendrá competencia de vigilancia y control fiscal en todas las modalidades y otros cambios más. (Avellaneda, 2019)

En específico el Acto Legislativo modifica el artículo 267 de la

constitución que anteriormente fue modificado parcialmente por el Acto Legislativo 2 de 2015, a su vez este modificó el texto original de constitución.

“Artículo 267. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> 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 [...] 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[...].” (Constitución Política, 1991)

Como se mencionó el Acto Legislativo 04 de 2019 modifica de igual manera el artículo 268 de la constitución, que habla sobre las atribuciones que tiene el Contralor General de la República y dictamina que los resultados de los ejercicios de vigilancia y control fiscal, así como de las indagaciones preliminares o los procesos de responsabilidad fiscal, adelantados por las Contralorías tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente. (CC, 2019, Acto Legislativo 04)

Resolución 0728 De 2019

En disposición con el artículo 6 del Acto Legislativo 04 de 2019 y en uso de las facultades constitucionales conferidas por el mismo, el Contralor General de la República, a través de la Resolución 0728 de 2019 los términos generales de las convocatorias públicas de selección de contralores territoriales.

“Artículo 6º del Acto Legislativo 04 del 18 de septiembre de 2019, consagra que “La Contraloría General de la República desarrollará los términos generales para el proceso de convocatoria pública de selección de los contralores departamentales, municipales y distritales”. (Resolución 0728, 2019)

Por otro lado el artículo 7 del Acto Legislativo 94 de 2019 que modifica el artículo 272 de la Constitución Política de 1991, dispone que “Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales de tema conformada por quienes obtengan los mayores puntajes en convocatoria pública conforme

a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años que no podrá coincidir con el periodo del correspondiente gobernador y alcalde". (Resolución 0728, 2019)

Por estas razones, el Contralor General de la República posee toda competencia para determinar a través de la Resolución 0728 de 2019 los términos generales que se deben cumplir en las convocatorias públicas que se adelanten para la elección de los contralores territoriales, respetando siempre los marcos normativos y los principios constitucionales.

La Resolución 0728/19 tiene como objeto desarrollar los términos generales correspondientes al proceso de convocatoria para selección de los contralores departamentales, municipales y distritales, las reglas generales de la convocatoria de dictaminan en el artículo 2 de la ya mencionada resolución, la convocatoria, que es el aviso público a través se invita a la ciudadanía a participar en el proceso de elección de contralor, esta debe realizarse como mínimo con tres meses de antelación, la convocatoria debe ser divulgada con mínimo diez días antes de la fecha de inscripción.

“Artículo 2. Reglas Generales. El interesado a participar en la convocatoria deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a) Las condiciones y reglas de la convocatoria serán las establecidas en esta resolución y las fijadas por la corporación convocante, con sus modificaciones y aclaraciones, las cuales son vinculantes para el interesado a partir de la inscripción.
- b) El interesado debe cumplir los requisitos exigidos por la Constitución y la ley para ejercer el cargo convocado y para participar en la convocatoria.
- c) La comunicación con los inscritos relacionada con la convocatoria se realizará a través de correo electrónico, o el medio que sea dispuesto por la entidad que adelante el proceso público de convocatoria.
- d) El interesado en condición de discapacidad debe informar en el formulario de inscripción, a fin de disponer los apoyos que requiera, y las entidades convocantes deben dar cumplimiento a lo dispuesto en la

Ley 1996 de 2019 en la materia.

e) Luego de realizada la inscripción, los datos allí consignados son inmodificables.” (Resolución 0728, 2019)

Decreto Ley 403 De 2020

El Decreto 403 de 2020 Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal. El decreto trajo ciertos cambios al régimen de responsabilidad fiscal (i) La ampliación de la acción fiscal a sujetos activos particulares, (ii) el control fiscal no exclusivamente posterior y selectivo, ahora también preventivo y concomitante y, (iii) el aumento del término de caducidad de la acción fiscal. (Tamayo, s,f)

El objetivo del decreto es desarrollar las disposiciones dispuestas en los artículos 267,268,271,272 y 272 de la Constitución Política de 1991, que fueron modificadas por el Acto Legislativo 04 de 2019, esto como forma de fortalecer el control fiscal, en materia como principios, sistemas, procedimientos y funciones de vigilancia y control fiscal, las facultades sancionatorias y de policía judicial, la función de certificación de la Auditoría General de la República, la intervención de la Contraloría General de la República en las funciones de las contralorías territoriales, la prelación de la jurisdicción coactiva y de los créditos derivados del ejercicio de la vigilancia y control fiscal, entre otros.

El artículo 2 del decreto establece unas definiciones que para estudio de este escrito y la práctica de la abogacía en general y en relación con el control fiscal y su función de vigilancia son de importante entendimiento.

Vigilancia Fiscal. Es la función pública de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa. Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas, así como con posterioridad al ejercicio de la gestión fiscal, con el fin de obtener información útil para realizar el control fiscal.

Control Fiscal: Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello [...]

Objeto de Vigilancia y Control: Se entienden por objeto de vigilancia y control, las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, cuenta, contrato, convenio, proyecto, programa, acto o hecho, y los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que inciden directa o indirectamente en la gestión fiscal o que involucren bienes, fondos o recursos públicos, así como el uso, explotación, exploración, administración o beneficio de los mismos.

Sujeto de Vigilancia y Control: Son sujetos de vigilancia y control fiscal los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con estos.

Órganos de Control Fiscal: Son la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, las contralorías distritales, las contralorías municipales y la Auditoría General de la República, encargados de la vigilancia y control fiscal de la gestión fiscal, en sus respectivos ámbitos de competencia

Los principios en los que se fundamenta las actividades de vigilancia y control fiscal con la eficiencia, eficacia, equidad, economía, concurrencia, coordinación, desarrollo sostenible, valoración de costos ambientales, efecto disuasivo, especialización técnica, inoponibilidad en el acceso a

la información, tecnificación, integralidad, oportunidad, prevalencia, selectividad y subsidiariedad, estos son explicados con más profundidad a lo largo del artículo 3 del Decreto Ley 403 de 2020.

El decreto que busca el fortalecimiento del régimen fiscal, y convertirlo en una normatividad sólida, apoyando y complementando el Acto Legislativo 04 de 2019 que se estudió anteriormente. Es sin duda una de las normas más importantes si de regulación de la vigilancia y control fiscal se trata, incorporando temáticas de otras leyes que regulan lo mismo. A lo largo del decreto se regula también sobre la competencia de la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales, Plan Nacional de vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República, sistema nacional de control fiscal, como otros más aspectos que son de incumbencia del control fiscal.

Los procedimientos que se han aplicado y que se aplican actualmente para la escogencia del Contralor General de la República y de los Contralores Territoriales

Otro aspecto que también goza de relevancia en esta revisión teórica sobre el control fiscal, es la manera en cómo en últimas se van a escoger a los encargados de representar la vigilancia y el control fiscal en Colombia, es decir cuál es el procedimiento para escoger al Contralor General de la República y a los contralores territoriales. En este sentido, el artículo 267 de la Constitución Política Colombiana en su inciso 7 afirma que el Contralor General de la República será elegido por el Congreso de la República en pleno, por la mayoría absoluta, durante el primer mes de sus sesiones para tener un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles integrada por la convocatoria pública de acuerdo con lo expresado en el artículo 126 de la Carta Política y este no podrá pasar por proceso de reelección ni continuar en el desempeño de sus funciones una vez atravesado por el vencimiento del mismo. En cuanto si se llegase a manifestar un caso de renuncia por parte del Contralor General de la República, el Congreso de la República estará encargado de admitir la renuncia y de otorgar las faltas absolutas y temporales del cargo superiores los 45 días. Teniendo todo esto en cuenta, cabe agregar que existen unas condiciones que deben ser validadas y que son requeridas para la escogencia de este órgano de control: Estas giran en torno a la exigencia de

1. Ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía
2. Tener más de treinta y cinco años de edad
3. Tener título universitario en ciencias jurídicas, humanas, económicas, financieras, administrativas o contables y experiencia profesional no menor a 5 años o como docente universitario por el mismo tiempo y acreditar las demás condiciones que exija la ley

En adición, no podrá ser escogido como Contralor General de la República el que haya sido miembro del Congreso de la República o haya ejercido actividades relacionadas con la gestión fiscal del orden nacional, en el año inmediatamente anterior o previo a la elección. De la misma manera, tampoco podrá ser escogido quien haya sido condenado a pena de prisión por la comisión de algún delito de índole común. Así mismo, en ningún caso dentro de este procedimiento de escogencia podrá intervenir en la postulación o en la elección del Contralor General de la República alguna persona vinculada dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal en relación con los candidatos, puesto que ello podría generar vicios dentro del debido proceso.

Por otro lado, es importante incluir el manejo de la vigilancia y del control fiscal desde las entidades territoriales en cabeza de los Contralores Territoriales. Esto, se encuentra en las disposiciones del artículo 272 de la norma suprema, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019, el cual expresa que la vigilancia y el control fiscal de los diferentes departamentos, distritos y municipios donde existan contralorías, corresponde a éstas de modo concurrente con la Contraloría General de la República. En los municipios el control fiscal está a cargo de las contralorías departamentales, a menos que la ley determine en relación a las contralorías municipales. Las competencias correspondientes a las contralorías territoriales y la prevalencia de la Contraloría General de la República será regulada por la ley. En este sentido, de acuerdo al inciso 4 de este artículo “Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal.”. En adición, quien se encargará de certificar anualmente las contralorías territoriales en base a los indicadores de gestión, será la Auditoría General de la República, la cual funcionará como insumo para que la Contraloría general de la República pueda intervenir

en la administración de las contralorías territoriales y así se encargará de asumir las competencias cuando se contemple falta de eficiencia y objetividad.

Sin embargo, ¿Cómo son los procedimientos para la escogencia de los contralores territoriales? ¿Será igual o diferente que el procedimiento para elegir al Contralor General de la República?. La respuesta a este interrogante, es que este proceso de escogencia difiere, puesto que de acuerdo con el artículo 272 en su inciso No. 7 se afirma que los contralores departamentales, distritales y municipales serán escogidos mediante las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, integrada por aquellos que obtengan los mayores puntajes en la convocatoria pública organizada según la ley, teniendo en cuenta como eje fundamental los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, todo ello para un periodo de cuatro años que no podrá tener coincidencias con el periodo que es correspondiente al gobernador o alcalde. Cabe aclarar que ningún contralor territorial puede atravesar por un proceso de reelección para el periodo inmediato.

Adicionalmente, ¿Cuáles son los requisitos para ser contralor departamental?, y es que se necesita ser colombiano por nacimiento, ser un ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años de edad, acreditar título universitario y otros requerimientos que demande la ley. De esta manera, no podrá ser elegida aquella persona que haya sido en el último año miembro parte de la Asamblea o Concejo que deba realizar dicha elección, ni quien haya desempeñado actividades relativas a un cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal. Por tanto,

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Por otro lado, ¿Quién está encargado de vigilar la gestión y el control fiscal que desempeña la Contraloría General de la República y de todas las contralorías territoriales, en Colombia?: Según el artículo 274 de la Constitución Política de Colombia será el Auditor General de la República, que será escogido por parte del Consejo de Estado de terna enviada por parte de la Corte Suprema de Justicia, en base a los principio de

transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género para un periodo de 4 años.

Conclusión

A modo de conclusión, se puede evidenciar la manera en como el control fiscal se ha constituido como un elemento funcional relevante para el Estado Colombiano dentro del marco de un Estado Social de Derecho. Desde su trayecto en 1991 hasta la actualidad, se ha ido ajustando a las demandas que exigen los cambios sociales, políticos, jurídicos, etc. por los que ha atravesado el país. Es notoria la importancia de la normatividad jurídica sobre el control fiscal, ya que fundamenta la vigilancia de los servidores públicos que administran recursos o bienes pertenecientes al estado, siguiendo los parámetros sobre respeto a la dignidad humana y la igualdad, previstos tanto en los principios constitucionales como los que se adhieren gracias al bloque de constitucionalidad. Así, el control fiscal a través de las Contralorías se caracteriza por tener un papel imprescindible en la construcción del Estado Social de Derecho al ser un órgano que vele por el respeto a los principios constitucionales que se establecieron al momento de promulgar la constitución en el año 1991, teniendo en cuenta el hecho de que este nace como un órgano autónomo y recargado de independencia frente a la división de poderes que recae en la estructura estatal.

A lo largo de todos estos años las reformas y modificaciones que se han ido implementando al cuerpo normativo encargado de regular la vigilancia y control fiscal, han ido evidenciando en la medida de cómo la lucha contra la corrupción ha sido el objetivo principal de este organismo de control y la trayectoria histórica desde la conquista de América muestra que ha sido un órgano que existe en el ordenamiento desde el principio de la instauración de los pronto se convertiría la República de Colombia.

Asimismo, también es importante destacar el papel del Contralor General de la República y las contralorías territoriales como órganos de control que tiene la función de velar por el buen manejo de los recursos o bienes públicos que están a cargo de las instituciones tanto nacionales como territoriales, en Colombia. En la misma manera es esencial el debido proceso que se debe aplicar durante el desarrollo de los procedimientos de escogencia del Contralor General de la República y los contralores territoriales, dejando en claridad que estos también son regulados por el

Auditor General de la República, así, se demuestra que estos órganos si bien gozan de autonomía e independencia administrativa, ello nls significa que puedan, durante el desempeño de sus actividades, ser arbitrarios. Y así, la base funcional de cada actividad que ejecute la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales deben tener en cuenta los principios constitucionales que expresa la Carta Política Colombiana: principio de subsidiariedad, concordancia y coordinación.

Finalmente, el control fiscal a través del recorrido normativo expuesto a lo largo de la presente revisión teórica, se manifiesta como una muestra innegable de lo completo que están las disposiciones legales y constitucionales en materia de medidas jurídicas. Estas leyes están caracterizadas por tener la competencia de ocupar casi que por completo y de la mejor manera posible todas las controversias y cambios que puedan ser demandados por parte de un conglomerado social en el país. Por tanto, es claro que en materia normativa, Colombia como Estado Social de Derecho no presenta mayoritariamente tantas dificultades, el legislador se ha encargado de desempeñar un buen rol. No obstante, sigue siendo un país con tantos problemas de corrupción, y robo a recursos públicos, entre otras problemáticas que atacan la administración pública y los derechos de la población. Por tanto, se podría abrir discusión sobre si bien Colombia es un país donde se ha adoptado la división de la soberanía de un Estado en varias partes que se integran entre sí con su respectiva regulación independiente a ella: donde los órganos de control son autónomos e imparciales frente a las ramas del poder público, se debería elaborar un estudio profundo sobre qué tan eficaz han sido las normas promulgados por el legislador y el constituyente, teniendo en cuenta y enfocándonos en la praxis del derecho, es decir en los hechos fácticos.

Referencias

- Constitución Política, (2019), Acto legislativo 04. Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal. 18 de septiembre de 2019. Diario Oficial No. 51.080
- Avellaneda, S. (2019). Los principales aspectos de la reforma constitucional a la vigilancia y control fiscal.
- Corte Constitucional, (2001). C-1051 de 2001, Expediente D-3469.
- (2005) C-983 de 2005, Expediente D-5659., (2009) C-557 de 2009 D-7587.
- Cristancho, J. (2018). El Control Fiscal en Colombia y la Constitución de 1991.
- Decreto 403 de 2020. [con fuerza de ley] Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal. 16 de marzo de 2020. Diario Oficial No. 51.258
- Gozzi, E. y Tappata, R. (2010). La misión Kemmerer
- Congreso de Colombia (1993). Ley N° 42
- (1998) Ley N° 489
- (2000) Ley N° 610
- (2011) Ley N° 1474
- (2018) Ley N° 1904
- Mira, J. Meza, C & Vega, D. (2001). El control fiscal en Colombia.
- Mondragón, S. (2016). Manual básico de control fiscal.
- Nieves, L. (2014). Ley 1474 de 2011: ¿un arma contra la corrupción?.
- Contraloría General de la República (CGR) (2019) Resolución 0728 de 2019
- Reyes, J. (2016). El estatuto anticorrupción-Ley 1474 de 2011 y su alcance en el régimen de la contratación estatal: críticas y comentarios.
- Tamayo, M. (s.f). Variaciones en el régimen de responsabilidad fiscal (Decreto 403 de 2020).

DERECHOS HUMANOS Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA HACIA LA MUJER, UNA REIVINDICACIÓN DE SUS DERECHOS

Liliana Paola Millán González*

* Abogada, profesora del programa de derecho de la Corporación Universitaria americana en Barranquilla. Magister en Derechos humanos, doctoranda en Estad de Derecho y Gobernanza Global en la Universidad de Salamanca.

INTRODUCCIÓN

La actualidad de la violencia doméstica obliga la estructuración de nuevas estrategias tendientes a disminuir erradicar esta clase de discriminación especialmente aplicada por los hombres hacia las mujeres al interior de las familias, la cuales como núcleo básico de la sociedad deben estar protegidas por este, en la medida que si se minimiza los hechos ambientes que desechan la dignidad del otro, por ser mujer, niña, anciana, niño y anciano se alcanzan mayores cotas de paz social, con cual se alcanza un mayor nivel de productividad en amor, afecto y comprensión, lo que necesariamente repercute en un ambiente de mejor convivencia.

La mejor forma de lograr la paz, se ubica en la capacidad de aplicar mecanismos de acercamiento entre las partes en conflicto, de tal manera que las personas manejen el conflicto que les aqueja de forma democrática, sin corrupción, arbitrariedades y sin sobreponerse unos a otros, ocasionando una satisfacción de las expectativas sociales que tiene el individuo. Por esto el texto trae a colación la interpretación que la violencia intrafamiliar constituye la violencia de los derechos humanos de la mujeres, lo que justificada – por lo menos temporalmente – la aplicación de una discriminación positiva a la inversa en aras de alcanzar una disminución de la discriminación negativa hacia la mujer por el solo hecho de serlo.

La violencia doméstica como derecho humano

Los derechos humanos han sido considerados como una conquista para todos los 7.500 millones de personas que habitan en el planeta, sin embargo, el hecho que se plasmen los derechos y que se judicialicen las consecuencias de su incumplimiento no quiere decir que se apliquen, para citar algunos ejemplos se puede afirmar que al siglo XXI más del 57%, algo más de 4 mil millones de seres humanos viven con alguna forma de democracia, comparado con el 36% de 1975 (ABC (2019), es decir un total de 3.400 mil millones de seres humanos viven en regímenes dictatoriales, sin embargo, en la clasificación realizada por el instituto internacional para la democracia IDEA se incluyen como dictaduras a 32 países del mundo: Venezuela, Tailandia, Libia, Egipto, Somalia, Sudán del Sur, Burundi, Qatar, Ruanda, Bielorrusia, Azerbaiyan, Turkmenistán, Tayikistán, Eritrea, Uzbekistan, Chad, Kazajistan, Camboya, Guinea Ecuatorial, Irán, República del Congo, Laos, Eswatini, Barein, Emiratos Arabes Unidos.

Yemen, Siria, Cuba, Vietnam, China, Corea del Norte, Arabia Saudí, sin incluir a Rusia, con algo más de 144,5 millones de habitantes y Nicaragua con 6.5 millones, como dictaduras, sino como regímenes híbridos, lo cual daría un total algo más de 3.550 millones de personas en regímenes dictatoriales (IDEA, 2019). El interés en la clase de sistema político es relevante porque la democracia se basa especialmente en un gobierno representativo, un control sobre el ejecutivo, una administración de justicia imparcial que aplica unos derechos fundamentales entre los que se cuenta la igualdad de género, y una participación ciudadana pluralista (IDEA, 2019, p. 5), mientras que en las dictaduras casi siempre representada por hombres tiene una tendencia de sometimiento a la mujer, cosificación de la misma, desconocimiento de los derechos de los niños y de otras poblaciones vulnerables, haciendo más difícil la promoción y vigencia de protección de los derechos de las mujeres.

En el caso de la violencia contra las mujeres se cuenta que 1 de cada 3 mujeres padece de violencia en el marco de la pareja (Ayuda en acción, 2020), indicándose como los países con más violencia de género en su orden, India, Siria, Afganistan, Somalia, República democrática del Congo, Arabia Saudí, Yemen, Nigeria, Pakistan, Uganda, Honduras, República Centroafricana, Argentina, Irak, México, Venezuela, Guatemala, Dinamarca, Finlandia y Estados Unidos (Castillero), estos datos se extraen de las Naciones Unidas que en informe de 2013 presento los países con más violencia dentro de la pareja:

| Región | Países |
|---------------------------|--|
| Africa | Botswana, Cameroon, Democratic Republic of the Congo, Ethiopia, Kenya, Lesotho, Liberia, Malawi, Mozambique, Namibia, Rwanda, South Africa, Swaziland, Uganda, United Republic of Tanzania, Zambia, Zimbabwe |
| Americas | Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Paraguay, Peru, Plurinational State of Bolivia |
| Eastern Mediterranean | Egypt, Iran, Iraq, Jordan, Palestine |
| Europe | Albania, Azerbaijan, Georgia, Lithuania, Republic of Moldova, Romania, Russian Federation, Serbia, Turkey, Ukraine |
| South-East Asia | Bangladesh, Timor-Leste (East Timor), India, Myanmar, Sri Lanka, Thailand |
| Western Pacific | Cambodia, China, Philippines, Samoa, Viet Nam |
| Países con altos ingresos | Australia, Canada, Croatia, Czech Republic, Denmark, Finland, France, Germany, Hong Kong, Iceland, Ireland, Israel, Japan, Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, South Korea, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America |

Fuente: (ONU, 2013, p. 44)

De esta visión de conjunto puede originarse como reflexión que en las naciones con mayor presencia de violencia intrafamiliar son las democracias, por un sentido de denuncia de los hechos y sinceridad en las cifras oficiales, contando que en las dictaduras las cifras no son publicitadas y los hechos en caso de ser denunciados no son necesariamente procesados, es decir la realidad esta mediatizada por la política, incluso en aquellas dictaduras donde las mujeres tienen un papel relevante como en Nicaragua.

Como todo territorio en el mundo se rige por normas, reglas o principios, que le permiten a las personas establecer sus relaciones, dentro de un marco preestablecido, para que allá armonía social. El derecho Penal, es sin dudar el que fija las pautas para castigar, y establecer penas para quienes, infringen los derechos de otro u otros seres humanos, esto son los Derechos Humanos, que son reconocimientos que se le dan a todos los seres humanos que garantizan su dignidad y su convivencia armónica con el mundo que le rodea (Messuti 1999).

Esa relación simbiótica que existe entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos, se reflexionara desde la violencia intrafamiliar, como actuación que vulnera los derechos humanos y que independientemente que hace parte de los ordenamientos penales internos, sigue creciendo, afectando socialmente en todas las latitudes del orbe, y al suceder la mayoría de la violencia en casa, esta no en pocas ocasiones es considerada como doméstica, pues en caso de parejas la mayoría es dentro de la familia, incluso si las personas están separadas o divorciadas y no viven bajo el mismo techo, en este sentido la Corte Constitucional ha considerado el fenómeno social como “aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia.” (Corte Constitucional (CC), 2014, C-967/14).

En el caso de colombiano, los registros del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forense del año 2017, se presentaron 13.735 valoraciones medico legales por violencia intrafamiliar, respecto del año anterior aumento en 319 casos, siendo la mujer mayor la más afectada con un incremento de 139, en niñas y adolescentes se concentró en los rangos de 10 a 14 años, en un incremento de 121 casos. En el 19% de los casos, el principal agresor fue el Hermano(a), seguido del padre con un 14 % y los hijos en el 11%. En valoraciones de violencia de pareja se presentaron

para el mismo año 35.690 casos, el compañero permanente es el principal agresor con un 57% casos, seguido del excompañero en un 34% (Instituto Nacional De Medicina Legal y Ciencias Forenses 2016 – 2017).

Cifras que muestran un panorama de la vulneración de los derechos humanos de la mujer, de la familia, impactando desfavorable a la sociedad, que según (ONU, 2018), los hombres que en su infancia observaron un comportamiento violento de su padre a su madre o sufrieron algún tipo de violencia doméstica, presentan una probabilidad mayor de actuar de esa forma violenta en sus relaciones en su vida adulta. Lo que nos invita a pesar, que no es suficiente la represión penal, para atender este flagelo que se vive e nivel global (Larrauri, 2007).

En la misma línea, para las Naciones Unidas “La violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y un importante obstáculo para el progreso de las mujeres en todos los ámbitos de la vida. Debilita la salud de las mujeres, sus expectativas de educación y trabajo productivo, y la capacidad de participar como miembros de pleno derecho en sus sociedades, entre otras consecuencias.” (ONU, 2014), y esta violencia presentada especialmente en el núcleo más cercano como es la familia insiste en la célula mínima de la sociedad. El más íntimo espacio donde los seres humanos conviven es el lugar donde se debe prestar más cuidado a la salud mental de los actores, pues al ser tan reservado supone la libertad para que el individuo pueda manifestar sus sentimientos más internos, los cuales idealmente deben corresponder a los sentimientos de solidaridad, respeto (CSJ, 2020, Radicado SP468-2020(53037), afecto, comprensión y protección (CC, 2018, T-281/18), pero las menos de las veces se fundan en expresiones de dominio, propiedad sobre la mujer, exclusión, rechazo, maltrato e ignominia frente a los individuos que conforman la familia, en el mayor de los casos dirigidos a la mujer, niñas, niños, discapacitados, personas de la tercera edad, expresiones de LGTBI plus, u otros diferentes por el solo hecho de serlo, proviniendo las más de las veces de personas masculinas que someten a los demás miembros de la familia.

¿Qué derechos se encuentra en juego, cuando se presenta la violencia al interior de los hogares?

Para dar respuesta a este interrogante, debemos verlo a la luz de las normas internacionales; precisamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas. Declaración Universal de los

Derechos Humanos), desde su prólogo, recalca la importancia de la dignidad de todas las personas y que todos somos miembros de esta familia humana, lo que resalta la importancia de esta institución a nivel social. *El Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona* (art. 3), reconocimiento que es vulnerado con alta preocupación en los hogares del mundo. Para el caso Colombiano las cifras de feminicidio, de acuerdo a los casos atendidos por la Defensoría del Pueblo en el 2018, “se registraron 67 feminicidios y 72 tentativas de feminicidios. Frente a estos, la pareja ha sido reportada como agresor en 59% y 52% de los casos respectivamente” (Defensoría del Pueblo, 2018).

Las diferentes formas de violencia (Aliaga 2003) que puede vivirse al interior de la familia, vulneran el artículo 5 de la Declaración, el cual consagra, que *Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*, en este sentido la violencia física, no es la única forma como se presenta este fenómeno, si bien es la más visible, en el año 2017, se reportaron 98.999 casos de violencia de género e intrafamiliar al SIVIGLA, del Instituto Nacional de Salud de Colombia (Ministero de Salud y Protección Social 2018), 51.218 (52%) casos fueron de violencia física, de los cuales 78,2% sus víctimas eran mujeres y el 21,8% hombres. La violencia sexual representa el 25%, con 24.457 casos, del cual 87,7%, son mujeres y el 12,3% hombres. Otra de las formas es la negligencia y el abandono con 15. 861 (16%) casos, las mujeres representan el 54,3% de los casos, el 45,7% son hombres. La violencia psicológica representa el 7% con 7.420 casos, de los cuales 84% son mujeres y 16% hombres. A nivel mundial el panorama no es nada alentador, una de cada tres mujeres ha sido objeto de violencia física o sexual, dentro o fuera de su hogar (Organización Mundial de la Salud, 2017).

La violencia, que en la mayoría de los casos es vivida por las mujeres, “se refiere a la violencia física, sexual y psicológica, la violación por el esposo, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la explotación sexual, el tráfico de mujeres y la prostitución forzada, el hostigamiento” entre otras. (Aliaga, 2003 p. 75-78).

La igualdad ante la Ley, que se consagra en el artículo 7 de la Declaración, así como el derecho acceso a justicia, que contempla la Declaración (art. 8 y 10), derechos que muchos de nuestros países garantizan, pero que hizo necesario que saliera a la luz, puesto que al ser considerado una problemática al interior de los hogares, no se tenía control sobre ella. La

legislación internacional, ha sido muy clara respecto a la importancia que tienen que sus estados miembros, sea de las Naciones Unidas (ONU), o de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y como dentro de los estados de la Unión Europea (UE), se incorpore a su sistema jurídico interno la Protección integral de la mujer y de la familia.

En la última década se observa una tendencia en América Latina a promulgar leyes integrales contra la violencia hacia las mujeres, como en el caso de Argentina (2009), Bolivia (2013), Colombia (2008), Costa Rica (2009), El Salvador (2012), Guatemala (2008), México (2013), Nicaragua (2012), Perú (2015) y Venezuela (2007). En caso de países como Ecuador tan sólo en el 2018, genera la Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres. Paraguay dispone su Ley Integral en el 2016. Uruguay en el 2017. En el caso Español la Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El Derecho a la familia, tanto en su conformación, como por la protección que debe garantizar el estado, es un derecho en vía de extinción, las dinámicas sociales cambiantes, un mundo cada vez más globalizado, tienen como resultado la transformación de la familia como núcleo protector y de su estructura básica (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar 2013 & Rico, 1996). La familia como nicho de los derecho los niños y los adolescentes, se distorsiona y se revela que están creciendo en ambientes muy hostiles donde las secuelas, se reflejan en la sociedad en general, estudios de psicología, tiene claro que los menores expuestos a la violencia al interior de sus hogares, son más propensos a problemas emocionales relacionados con ansiedad, depresión y somatizaciones (internalizantes) y problemas de conducta, como agresión y de conducta no normativa (externalizantes) (Alcántara-López, 2013).

La Convención sobre los Derechos de los Niños, resalta en su preámbulo la importancia que tiene “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” (Convención sobre los Derechos de los Niños), así mismo consagra la Convención que le corresponde a los estados asegurar de manera adecuada la protección y cuidado de los niños y que todas las medidas que se tomen en relación a los niños deben estar basadas en consideración a su interés superior (art. 3).

Sin embargo la violencia infantil, es una situación que en muchos hogares es silenciado y hasta permitido, puesto se creen, que a través del maltrato se puede conseguir, el respeto y reconocimiento de los padres o cuidadores de su autoridad, o de castigo (UNICEF 2002); la negligencia es otra forma como se puede identificar la violencia infantil, donde el adulto responsable, no cumple con sus deberes de cuidado y protección. Violencia que es una flagrante forma de vulneración de derechos humanos, frente a una población que es aún más vulnerable. El Instituto de Medicina Legal, respecto a la violencia intrafamiliar que sufren los niños, niñas y adolescentes, en el año 2018, tiene reportado 10.794 informes periciales, en los que se mantiene la víctima femenina como la más afectada con un 52, 42%. Las cifras demuestran que el principal agresor es el padre con el 30, 58%, seguido de la madre con 29, 46% y en tercer lugar el padrastro 8, 73% (Instituto De Medicina Legal y Ciencias Forenses 2018).

La Población de adultos mayores a nivel mundial esta creciendo, la esperanza de vida aumento a mediados del siglo XX, y por el contrario ha disminuido la tasa de natalidad, estos acontecimientos a nivel internacional y local genera, un planteamiento para garantizar sus derechos humanos, por medio de políticas para su reconocimiento, atención e implementación (Huenchuan, 2018). Los cambios sociales y económicos, hacen de ellos una población vulnerable, siendo también víctimas de la violencia intrafamiliar. Para el año 2017 se presentaron en Colombia un total 1.944 casos, de los cuales 925 de casos son hombres y 1.019 son mujeres, como se puede apreciar la diferencia que se presenta no es muy significativa. Las edades donde se presenta una diferencia representativa, donde la víctima son más hombres que mujeres es en el rango de 65- 70 años, de 33 casos, las mujeres 226 y los hombres 259, sin embargo en términos generales, la mujer sigue siendo la más afectada (Instituto De Medicina Legal y Ciencias Forenses. Forensis 2018).

Este flagelo de la violencia en el hogar, esta igualmente vulnerado los derechos de los Hombres, quienes se han caracterizado por ser el principal agresor, pero también en ocasiones son las víctimas; las mujeres por ser la mayor catidad de casos víctima, es igualmente el sujeto más investigado y sobre el cual se trabaja para su prevención y la erradicación de este flagelo, más aún por tener un componente estructural su discriminación. Pero a raíz de que en el mundo ya se comienza a visibilizar la violencia intrafamiliar, siendo la víctima el hombre, es importante traer a colación las cifras que se presentan en Colombia, de acuerdo al Instituto Nacional de Medicina

Legal, durante el año 2017, se realizó 50.072 peritaciones en el contexto de violencia de pareja, se presentaron 6.896 casos de hombres víctimas, es decir el 14%, frente al caso de las mujeres con un total de 43.176, con un porcentaje del 86%; datos que como se evidencian, no son valorados o destacados para su abordaje, ya que por cada hombre que denuncia seis mujeres denuncian la violencia que sufren, hecho que se reafirma por la concepción cultural que los impacta directamente (Instituto De Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2018).

Todo esto es con el propósito de evidenciar la situación que se vive al interior de los hogares colombianos, así como a nivel mundial, donde vemos como cada uno de los miembros de la familia se esta viendo afectado y vulnerado sus derechos humanos, se coloca en juego la dignidad de cada persona y con ello la estabilidad de la sociedad JELIN (2005). De hecho, la familia nunca es una institución aislada, sino que es parte orgánica de procesos sociales más amplios (económicos, culturales y políticos). Así mismo fija reglas formales corporizadas en el derecho y los patrones de sentido común, que a veces inclusive contradicen las reglas formales, son al mismo tiempo reflejo y guía para las prácticas sociales.

La sororidad como mecanismo de protección de la mujer

La protección a la mujer es uno de los mayores objetivos de los estados contemporáneos democráticos, pues no de otra forma se garantiza el sacar del ostracismo a una mayoría poblacional que desde el principio de los tiempos ha sido considerada por motivos culturales, sexuales y económicos diferente con relación a lo masculino, siendo sometida a estigmatizaciones negativas, responsabilidades familiares exageradas, tratos diferenciales para brindarle una supuesta “protección”, y otras medidas jurídicas basadas en consideraciones sociales machistas, discriminatorias y prohibiciones, que legitiman la violencia frente a la mujer, razón por la cual la violencia doméstica tiene como ingrediente la violencia de género, sin llegar a ser equivalentes, pues la primera ocupa a otros actores, y la segunda es que el género generaliza otras expresiones de violencia, como el feminicidio, exclusiones laborales, discriminaciones institucionales entre otras.

La mujer por el rol natural que desempeña en la sociedad humana, no debe ser desconocida como un sujeto de derechos y responsabilidades, autónoma en sus decisiones y con capacidad propia para auto determinarse, muy a pesar que por su propia naturaleza ha sido excluida de

tales atributos, lo que hace que la responsabilidad del ser recaiga sobre las generaciones que van superándose unas a otras, pues la lucha por el deber ser es interminable y solo viene a detenerse en la medida de la finalización del camino de cada una. Lo que hace que sea el cuerpo de mujeres quienes posibiliten el desarrollo de sus derechos, llamando lo que se ha venido a denominar como la sororidad:

“las mujeres se organizan, se apoyan y así de esta manera se propicia el intercambio de experiencias. Hace alusión al concepto de hermandad, que posibilita la resignificación y coexistencia entre mujeres. Nace en el seno de los movimientos feministas y es un aporte de una figura académica referencial del feminismo contemporáneo como lo es Marcela Lagarde (1997, 2013).”

El concepto se elabora a partir de la denominada fraternidad, que hace referencia a la relación entre hermanos hombres, pues proviene de Fray que significa hermano, mientras el sor hace referencia a la amistad entre hermanas, especialmente hacia su solidaridad y empoderamiento (Diccionario de la Real Académica de la Lengua (RAE), 2021), contraposición que es útil en cuanto permite fortalecer a las mujeres en la búsqueda de la emancipación social, pues más que una igualdad con los varones, el deber ser es un mejoramiento de las condiciones humanas, pues las diferencias femeninas hacen que el mundo se convierta en el hogar de toda la humanidad.

La igualdad entre hombres y mujeres hace relación a la posibilidad de ejercer los mismos derechos en las mismas condiciones de los varones, una vez alcanzada la igualdad jurídica y material de las mujeres se pasará a proponer un manejo más adecuado de la humanidad, pues los derechos de las mujeres repercuten positivamente en la conformación de la propia sociedad, estando en la capacidad de cuidar a todas las criaturas del medio ambiente, y al ambiente mismo, al ser el origen de la vida misma.

Para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, o mejor de los géneros de la especie humana, como primera pretensión para superar la discriminación negativa del género femenino ha sido generar una discriminación positiva o a la inversa, con la intención de mover el péndulo hacia la protección de la mujer. La discriminación sin importar el sentido siempre será una forma de seleccionar para excluir, en este caso cuando es negativa se excluye a la mujer, y cuando es positiva o a la inversa se discrimina al varón, excluyendo su participación o verdad en su interacción con la mujer, y excluir por motivo del

genero genera desigualdad.

La discriminación positiva o a la inversa

Una de los valores que ha permitido una discriminación a la inversa es la corriente de pensamiento relacionada con la perspectiva de género que “remitía a un enfoque sensible al valor de las diferencias entre hombres y mujeres, así como a sus consecuencias sobre el goce de los derechos fundamentales por parte de estas últimas”, dejando de lado la exclusiva perspectiva masculina, en la que se toma como referencia a los hombres (Tramontana, 2011). Lo que ha llevado a flexibilizar toda las valoraciones jurídicas, por ejemplo en materia probatoria la Corte Constitucional ha mencionado como los “operadores de justicia deben flexibilizar las formas de prueba, cuando se evidencian actos de violencia al interior del hogar”, pues

“la violencia psicológica y doméstica que ocurre en el hogar tiene una dificultad probatoria muy alta si se verifica desde los parámetros convencionales del derecho procesal, debido a que el agresor busca el aislamiento y el ocultamiento de los hechos violentos. Por tanto, es claro que las víctimas de tales agresiones tienen como única posibilidad de protección abrir los espacios de intimidad familiar a sus más allegados. En esa medida, desde una perspectiva de género, es necesario que los operadores de justicia, empleen la flexibilización de esas formas de prueba, cuando se evidencian actos de violencia al interior del hogar.” (CC, 2018, C- T338-18),

de esta forma la violencia doméstica usa un enfoque diferenciador positivo para la protección de la mujer en cuanto discriminación positiva o a la inversa.

A esta protección se le conoce de igual manera como acciones afirmativas, que surgen tras las protestas de los años 60 por los movimientos afroamericanos en Estados Unidos, que pretendía contrarrestar la discriminación racial y con ello se logró la expedición de la Executive Order 10925, que ordenaba a las agencias del gobierno del presidente John F. Kennedy, que aplicara acciones afirmativas “que garantizase que se empleara a los solicitantes y que se tratara a los empleados durante el empleo sin tener en cuenta su raza, credo, color u origen nacional” (Sánchez González, 2014).

Igualmente, se les conoce como “acciones a la inversa” por tratarse de una especie de contra valor constitucional “la discriminación” siempre es proscrita al dar privilegios a un grupo de personas, lo que llevaría que,

considerada a la inversa, daría unos privilegios a un grupo de personas (en este caso mujeres) dándoles igualdad al género inverso (aquí los hombre), sentido que son justificables constitucionalmente por el Tribunal Constitucional Español al tratarse de “medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ... y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer” (Tribunal Constitucional Español, 2009, Sentencia 13/2009, FJ 11).

Para Casas, cuando se habla de acciones positivas como discriminación a la inversa, se está tratando de una discriminación con un contenido negativo en el sentido que “conlleva una connotación negativa al identificarse la discriminación con un hecho material perjudicial de determinados colectivos de personas colocadas por determinados criterios selectivos odiosos en posiciones no ya desventajosas, sino contrarias a la dignidad humana” (Casas Baamonde, 2019).

En ese sentido lo ha afirmado el Tribunal Constitucional desde 1987, en su sentencia 129 del 16 de julio, que considera que la discriminación es un concepto que constitucionalmente, así como a nivel internacional y europeo esta abolido, En este sentido el Parlamento Europeo afirma en relación a la discriminación “El Tribunal de Justicia ha establecido ya claramente que la eficacia del principio de igualdad de trato exige que la compensación reconocida por cualquier vulneración del mismo ha de ser adecuada al perjuicio sufrido”. (Parlamento Europeo. Directiva 2006/54/CE).

El magistrado Rodríguez-Zapata Pérez “Se deben erradicar las discriminaciones del pasado, pero sin emplear métodos que produzcan discriminaciones actuales”, por lo tanto, rechaza el concepto “retrodiscriminación” (reverse discrimination) al tratarse de un eufemismo (Rodríguez-Zapata, 2009). Como lo afirma González, no se tuvo en cuenta nada referente a sexo o género, sólo fue hasta el presidente Lyndon Johnson quien a través de Executive Order 11375 de 1967, modifíco y agrego una referencia por discriminación por razón de sexo.

Desde la óptica del respeto de los derechos existen dos formas de apreciarlos de una parte una discriminación negativa y por otro lado una

positiva, la mujer ha sido discriminada negativamente desde lo cultural, social y lo jurídico, pudiendo citar algunas expresiones como por ejemplo “la mujer es para quedarse en la casa”, “la mujer es el sexo débil”, el hombre es la cabeza racional del hogar”, y “la víctima provocó la agresión (...la ropa que llevaba,...el filtrado que realizó con el agresor,... el estar en un lugar solitario). Situación que va en contra de la tendencia actual del respeto y la igualdad de las mujeres en todas las esferas de su personalidad. Lo que ha promovido la aplicación de una discriminación positiva que lleva a una garantizar la implementación de políticas o criterios jurídicos que tienden a favorecer las necesidades o intereses de la mujer, por sobre otros sujetos.

Desde los criterios doctrinales se puede afirmar que las acciones positivas se pueden sustentar en dos pilares, así como lo afirma Rodrigo Bustos B, el primero de “carácter deontológico que ven las acciones positivas como medidas compensatorias de las injusticias y desigualdades que han sufrido históricamente determinados colectivos; y otros de tipo teleológico que consisten básicamente en fundamentar esta clase de políticas en la búsqueda de la integración social, sea por motivos de utilidad social o por el ideal de caminar hacia sociedades más solidarias (Bustos Bottai, 2007. p. 132).

Desde el tipo teológico, las acciones positivas, implican direccionar el poder público, para alcanzar la igualdad social. Precisamente la discriminación inversa, cumple con ese propósito, dando a los colectivos históricamente discriminados cupos o cuotas para satisfacer ciertas necesidades excluidas; afirma Bustos, que las diferencia entre “las acciones positivas normales y las discriminaciones inversas, es que éstas últimas se producen en un contexto de especial escasez que lleva a que, como contrapartida de la medida favorable para algunos, se produzca un perjuicio para otros” (Bustos Bottai, 2007. p. 134).. Por ello la necesidad de actuar frente a estas como medidas transitorias, para la aplicación del principio de la igualdad, justificando la aplicación de las acciones positivas desde la razonabilidad y proporcionalidad teniendo en cuenta los valores constitucionales que se consagran.

Este tipo de discriminación se aplica a niños, adultos mayores, migrantes, desde el punto de vista de raza e incluso religión, entre otras categorías con enfoque diferencial, desde el punto de vista de Urteaga, “la discriminación positiva contraviene a la igualdad de derechos y oportunidades. Supone parcialmente la aplicación de principios que expresan valores morales

y políticos considerados como fundamentales: igualdad ante la ley y los empleos públicos, igual acceso a la educación y al servicio público, libertad de elección o libertad contractual, derecho para el individuo de no estar asignado a un grupo de pertenencia. La discriminación positiva pone boca abajo el sentido de la preferencia concedida anteriormente a los Blancos en detrimento de los Negros o a los hombres en detrimento de las mujeres. Pero, mantiene la lógica de la preferencia. La valoración de los derechos y méritos consta sistemáticamente de dos niveles. Por lo cual, es necesario, para prevenir el malestar e incluso la indignación que pueden suscitar las preferencias concedidas en función de semejantes criterios, establecer con certeza que la igualdad justifica el uso de la desigualdad” (Urteaga, 2009. p. 211) censura que será abordada en párrafos posteriores.

Para Ovejero el termino sexo, es lo que se denomina u criterio «término sospechoso», por ello requiere ser examinado con rigor cuando se utiliza para determinar un tratamiento legal distinto”. Esto se ha realizado en España en dos vertientes, la objetiva y la subjetiva; la primera hace relación al derecho de la creación y desarrollo de un favorecimiento por parte del Estado y la segunda al reconocimiento del derecho a unos ciudadanos en concreto, en este caso a la mujer, protegiéndola de las arbitrariedades diferenciadoras (entendidas como discriminación negativa) de los poderes públicos (Ovejero, 2009) .

En esta línea Ovejero trata el criterio de ponderación de manera penal indicando como “respecto de la Ley integral el legislador establece a diferencia de las medidas de protección tradicionales, acciones temporales que permiten a la mujer dejar la dependencia económica o psicológica.”, buscándose en el estado una compensación, porque la situación de violencia la ha dejado en una debilidad psíquica y física, no porque la mujer sea débil, sino porque culturalmente la sociedad asume tal posición, debiendo ingresar el estado para superar la diferencia. La mejor forma de superar el estado de debilidad es mediante la protección, que permiten el acceso a ciertos servicios sociales, beneficios para vivienda, como programas de empleo, lo que son verdaderas “acciones positivas de discriminación inversa, porque reservan el acceso a estos servicios públicos al colectivo mujer-víctima, y generan una discriminación contra el hombre” (Ovejero, 2009. P. 196).

Así mismo, el punto fundamental de la norma no es por el sexo del agresor o de la víctima, sino por la exclusión de la mujer a través de la violencia ejercida contra ella en el ámbito privado trascendiendo socialmente. Para

Ovejero,” La «causa razonable» para el juicio de igualdad, que justifica la acción positiva, es la significación de este tipo de violencia en la perpetuación de la discriminación de la mujer como colectivo” (Ovejero, 2009).

Para la Corte Constitucional colombiana, existe una discriminación inversa o positiva, es una forma especial de acción afirmativa reconocida como “aquel trato diferente que propende por materializar la igualdad real, a través de acciones afirmativas de igualdad que recurren a criterios tradicionalmente utilizados para profundizar o al menos perpetuar la desigualdad,” (... en temas como el origen racial, el sexo o las preferencias sexuales” o a las cuotas de empleo público reservadas a mujeres, siendo aplicada para abandonar o para aminorar la brecha de la desigualdad cultural o sistemática, mediante este mecanismo jurídico de interpretación.”

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas de 1979, reconoce en su artículo 4

La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato,

la aplicación de medidas especiales temporales, destinadas a activar la igualdad entre hombres y mujeres, premisa que no debe considerarse discriminación, puesto que son medidas que deben ser aplicadas de manera temporal, sólo hasta que se logre la concreción de la igualdad que históricamente se le había negado a la mujer, esta protección debe ser implementada en todos los campos, tanto en el privado como en el público (ONU, 1979).

En ese mismo sentido, el preámbulo del Protocolo número 12 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, se encuentra planteada la aplicación de medidas o acciones positivas por parte de los estados miembros del Consejo Europeo, “para promover la igualdad plena y efectiva, siempre que responda a una justificación objetiva y razonable” (Fundación Acción Pro Derechos Humanos, 2018).

Desde el Tribunal Constitucional Español en tratándose de la discriminación realizada por el legislador autonómico del país vasco en el que “las mujeres han de tener en las listas electorales una presencia mínima del 50 por 100, mientras que los hombres sólo tienen garantizado el 40 por 100”, es un tratamiento diferenciado que “encuentra justificación suficiente en cuanto pretende corregir una situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública, cuya realidad no necesita, por su evidencia, mayor acreditación, siendo, por lo demás, ilustrativos los datos invocados por el Gobierno Vasco en su escrito de alegaciones.”, y esto por cuanto “no obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 CE, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un ‘derecho desigual igualatorio’; es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer” (Tribunal Constitucional Español, 2009).

En el caso chileno en la sentencia Rol 2250-12, de 18-6-2013, existe un voto disidente, donde los ministros Carmona, García y Viera-Gallo aluden de manera expresa la discriminación positiva. Señalan en el C° 36: “...las medidas de protección de la maternidad son medidas de discriminación positiva, en que el Estado favorece a las madres, como una manera de compensar o corregir la situación de desventaja en que quedan por ese hecho. No se genera, por tanto, una situación activa de ventaja que sustraiga a cierto grupo de reglas comunes de manera abusiva y sin justificación. Lo que se busca es, precisamente, generar una regulación que permita nivelar la cancha respecto de las madres. Se materializa el mandato constitucional de “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación” y “asegurar” la “igualdad de oportunidades en la vida nacional” (artículo 1°, Constitución).” Figueroa (2016)

Para el magistrado Rodríguez-Zapata Pérez “Se deben erradicar las discriminaciones del pasado, pero sin emplear métodos que produzcan discriminaciones actuales”, por lo tanto rechaza el concepto “retrodiscriminación” (reverse discrimination) al tratarse de un eufemismo (Rodríguez-Zapata, 2009).

Esta discriminación se justifica de forma transitoria, en la medida que se combate la desigualdad, por lo tanto, se trata de medidas transitorias cuyo desmonte resulta del análisis de su eficacia en la superación de la desigualdad que combate, por lo tanto, una vez superada la desigualdad la discriminación debe suspenderse, pues se presentaría como una preferencia claramente inconstitucional.

Para Urteaga, El carácter temporal de la discriminación positiva es inherente a su propia definición y a su estatus derogatorio del derecho ordinario de la igualdad. La desaparición programada de la discriminación positiva, aceptada a nivel teórico, no se produce en la práctica. Efectivamente, se observa que estas políticas transitorias, allá donde están puestas en marcha, han acabado enraizándose de manera duradera (Urteaga, 2009 p. 200). En la misma línea el Tribunal Constitucional Español afirma como “Obviamente esta medida en concreto (como con carácter general todas las dirigidas a la promoción activa de un colectivo discriminado) sólo se justifica en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adopta, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta. Se trata, en definitiva, de una medida sólo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural, en cuanto responde a la apreciación por el legislador de una situación determinada” (Tribunal Constitucional Español. Sentencia 13/2009).

La decisión de la discriminación jurídica positiva se basa en el artículo 13 constitucional, en cuanto es estado debe proveer medidas de igualdad formal para criterios de desigualdad material, al deber promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, protegiendo especialmente a las personas que por su condición económica, física, mental o cultural se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (Art. 13 Constitución Política).

El propio Consejo de Estado, al hacer el correspondiente dictamen del proyecto de ley, planteaba la supresión de las figuras género-específicas en favor de una agravante genérica y, así, proponía “la agravación de penas cuando la víctima tenga con el agresor una de las relaciones de afectividad que caracterizan a la violencia doméstica [lo que] conllevará que, en la actual situación de la sociedad española, los beneficiarios y protegidos por ese tratamiento penal serán mujeres en un porcentaje abrumadoramente

mayoritario, con lo que se habrá conseguido esa discriminación positiva a su favor, respetando, al mismo tiempo, las exigencias de una adecuada política y legislación penales”.

De esta forma la discriminación sería un criterio menos sospechoso de discriminación cuando se justifique para proteger a quien es vulnerable o se vuelve vulnerable en un caso en concreto, pudiendo por ejemplo la medida aplicada a los japoneses en Estados Unidos durante la II guerra mundial bajo la excusa de evitar mayores agresiones a la población nipona presente en la nación atacada, en este sentido dice la agencia EFE como fueron casi 120.000 personas con ascendencia nipona que residían en la costa oeste de Estados Unidos las que fueron encerradas desde 1942 a 1945 en barracas y en condiciones deplorables, se adoptó la medida debido por la orden ejecutiva 9066 del presidente Franklin D. Roosevelt el 19 de febrero de 1942 preparando el camino para que todas las personas con ascendencia japonesa fueran expulsadas, sacadas por la fuerza y encarceladas, incluyendo a hombres, mujeres y niños, dos tercios de los cuales eran ciudadanos estadounidenses, nacidos en EE.UU, el otro tercio eran 'issei', la primera generación de inmigrantes japoneses, que no podían convertirse en ciudadanos naturalizados. Fueron diez los campos de concentración que se levantaron en zonas remotas de California y Arizona, pero también en estados muy alejados del Pacífico como Arkansas, Colorado o Wyoming.

A pesar que se trataba que la vida fueran lo más normal posible, las condiciones eran difíciles, pues las instalaciones eran “vallas y alambres de espino, barracas abarrotadas para varias familias sin ningún tipo de intimidad o privacidad, vigilancia constante con oficiales armados en torres y extremas condiciones climatológicas, ya que los campos se construyeron con materiales deficientes a menudo en zonas desérticas, componían el día a día de los reclusos.”, los campos desaparecieron sin víctimas una vez terminada la II Guerra Mundial. (Villafranca, 2020).

Otro ejemplo es la discriminación de las poblaciones negras al acceso a las oportunidades de estudio en las universidades, al tratarse cups especiales para las personas de color, lo cual fue avalado constitucionalmente en Suráfrica en la medida que se garantizaba en acceso en condiciones de igualdad:

desde la caída del régimen del apartheid en 1992, cuya ideología se

adhirió a la noción de desigualdad racial inherente, ha hecho de la raza (y el género) la base primaria de la política de acción afirmativa. La historia de Sudáfrica requiere una redistribución a gran escala del capital y de los recursos sociales a favor de la mayoría. Con el 79% de la población clasificada como 'negros', solo el 1% pasa a la educación superior. La acción afirmativa se fundamenta en la Constitución y en una Ley de Educación Superior de 2006 que ordena a las universidades aumentar las admisiones de "negros" y otras categorías sub-representadas (Jara-Labarthé, 2018).

Necesidad de redistribución de los recursos que pone de relieve los privilegios anteriores de los blancos y la pérdida de estos privilegios puede ser presentada de nuevo en términos de una sanción contra los blancos, en particular los blancos socioeconómicos más bajos (Jara-Labarthé, 2018).

En el caso de la mujer, la discriminación positiva está plenamente justificado q mediante esos instrumentos penales ha de operar de forma indirecta. En concreto, la existencia de unos tipos penales "ad hoc" o la agravación de penas cuando la víctima tenga con el agresor una de las relaciones de afectividad que caracterizan a la violencia doméstica conllevará que, en la actual situación de la sociedad española, los beneficiarios y protegidos por ese tratamiento penal serán mujeres en un porcentaje abrumadoramente mayoritario, con lo que se habrá conseguido esa discriminación positiva a su favor, respetando, al mismo tiempo, las exigencias de una adecuada política y legislación penales (BOE. 2004 & orejón, 2018)

Con estas breves consideraciones en cuanto a la vulneración de los derechos humanos de las mujeres con la violencia intrafamiliar, y la discriminación positiva que se ha presentado con el objetivo de aliviar la discriminación negativa cultural hacia ella, permite afirmar la necesidad de reforzar los derechos de las mismas mediante una perspectiva de género que dé cabida a la superación de las desigualdades estructurales, que debe desaparecer llegado el momento en que se concrete en las interacciones sociales los valores pretendidos, pues de lo contrario el péndulo comenzaría a fluctuar en contra del genero contrario, conllevando consigo una discriminación negativa de lo masculino, lo que generaría nuevas cotas de desigualdad con la consecuente vulneración de los derechos humanos, la pregunta que surge es ¿Cuándo es el momento justo para suspender la discriminación positiva o a la inversa para la protección de los derechos

humanos de las mujeres, vulnerados en el marco de la violencia doméstica?.

Conclusiones

Los derechos humanos de las mujeres se ven seriamente comprometidos en la violencia doméstica o intrafamiliar en la medida que se agrede a la misma mediante el desconocimiento, desvaloración o cosificación como objeto en las relaciones del hogar, lo que ha sido catalogado como una lacra social que debe ser excluida de la interacción social por la lesión que produce en los individuos que comparten los valores de solidaridad, respeto, amor, afecto y comprensión, como la pareja, los hijos, abuelos y demás miembros de la familia que tienen la expectativa de realización personal dentro del núcleo mínimo de la sociedad.

La conquista de los derechos de las víctimas de violencia doméstica, como las mujeres y los hijos, no se limita a la plasmación de los mismos en las declaraciones internacionales, constitución política, leyes de protección o código penal, sino que se debe vivenciar en la experiencia misma de la vida, realizándose en la medida que la mujer – como la mayor víctima del delito – pueda sentirse en su piel la libertad de amar, de ser, de expresarse y de compartir sus fortalezas y debilidades junto a sus seres queridos, sin ser vilipendiada, burlada, humillada o considerada como inferior por el hecho de ser.

Discriminar siempre es un acto negativo, en la medida que excluye o desvalora la presencia del otro “grupo” en la sociedad, tratando de justificarse cuanto la misma se presenta para evitar un mal mayor, o tratar de reivindicar los derechos de grupos, personas o poblaciones culturalmente apartadas de la sociedad, en cuyo caso puede aplicarse de manera temporal para mantener la paz social, proteger al excluido o motivar la adopción de valores de respeto hacia el vulnerable social, pues de ser permanentes la discriminación se tornaría injustificada, indebida o lesiva, incluso para los mismos individuos protegidos.

Referencias

- ABC (2019). El mapa de la democracias y dictaduras en el mundo, 19/11/2019. Disponible en: https://www.abc.es/internacional/abci-mapa-democracias-y-dictaduras-mundo-201911190219_noticia.html
- Aliaga, P (2003). Violencia hacia la mujer: un problema de todos. Revista chilena de obstetricia y ginecología, vol. 68, no 1
- Alcántara-López, Mavi, (2013). Alteraciones psicológicas en menores expuestos a violencia de género: prevalencia y diferencias de género y edad. Anales de Psicología/Annals of Psychology, vol. 29, no 3, p. 741-747
- Ayuda en acción (2020). Cifras y datos de violencia de género en el mundo (2020). Disponible en: <https://ayudaenaccion.org/ong/blog/mujer/violencia-genero-cifras/>
- BOE, 2004. Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, emitido en fecha 24 de junio de 2004, Número de expediente 1485/2004 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2004-1485>, consultado el 18 de enero de 2021
- Bustos B, R. (2007) Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva. 2007, p. 132
- Casas B, M E & Ángel Q, M (2019); Acciones positivas e igualdad de género (La asignación de puntuación por infrarrepresentación de las mujeres en la dotación de cátedras de la Universidad Autónoma de Madrid) STS-CONT núm. 383/2019, de 16 de octubre. Revista de Jurisprudencia Laboral - Número 7/2019. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?lang=fr&id=ANU-L-2019-00000000649
- Castillero M, O, 2021. Los 20 países con más violencia de género en el mundo. Disponible en: <https://psicologiymente.com/social/paises-con-mas-violencia-genero>
- Corte Constitucional (CC) (2018), T-281/18
- Corte Suprema de Justicia (CSJ), (2020). Radicado SP468-2020(53037)

- Defensoria Del Pueblo Colombia. (2018) Informe Defensorial: Violencias basadas en Género y Discriminación. Resumen ejecutivo. p. 6. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Informe%20Defensorial-Violencias-Basadas-Genero-Discriminacion.pdf>
- Figuroa, R (2016). Acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista chilena de derecho, vol. 43, no 2, p. 401-431. p. 408, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n2/art03.pdf>
- Fundación Acción Pro Derechos Humanos. (2018) Protocolo número 12 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Consejo de Europa. Roma, 4 de noviembre de 2000. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/2000-Protocolo12-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm>
- Gordillo S, L F (2007) La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Iustel.
- IDEA (2019). El estado de la democracia en el mundo. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/chapters/el-estado-de-la-democracia-en-el-mundo-2019-resumen.pdf>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2013). Observatorio del Bienestar de la Niñez. La Familia: El Entorno Protector de nuestros niños, niñas y adolescentes colombianos. Bogotá. Disponible en: <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/publicacion-47-a.pdf>.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2018, Revista Forensis, Bogotá Disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/386932/Forensis+2018.pdf/be4816a4-3da3-1ff0-2779-e7b5e3962d60>
- Ministero de Salud y Protección Social, (2018) Oficina de Protección Social. Sala Situacional Mujeres víctimas de violencia de género. Colombia. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/sala-situacion-violencia-genero.pdf>
- Messuti, A. (1999). Derecho Penal y Derechos Humanos: los círculos hermenéuticos de la pena. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Año 7, no 28. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_31.pdf

- Jara-Labarthe, V. (2018). Discursos y prácticas de la discriminación positiva para políticas indígenas en educación superior. *Cinta de moebio*, (63), 331-342.
- Jelin, Elizabeth (2005). *Hacia una nueva agenda de políticas públicas. Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales*, vol. 46, p. 5. Disponible en: https://dds.cepal.org/eventos/presentaciones/2005/0628/Elizabeth_Jelin.pdf
- Lagarde, M (2020) Conferencia sobre sororidad. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=8CKCCy6R2_g. Consultada el 13-11-20
- Larrauri, E (200/). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta, 2007.
- Perez S, L. (2018) Sororidad en los procesos de envejecimiento femenino. *Divers.: Perspect. Psicol.* / ISSN: 1794-9998 / Vol. 14 / No. 1
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2014). *La violencia contra la mujer*. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/end-violence-against-women/2014/violence>
- (2013). *Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85239/9789241564625_eng.pdf;jsessionid=1A30F3AD7E96781379E8039841DEFED6?sequence=1
- (1979). "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer." Resolución 34 180 (1979). Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- ONU (2018): *Hechos y Cifras. Acabar con la violencia contra mujeres y niñas*. Noviembre de 2018. Disponible en: <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>
- Organización Mundial de la Salud (2013). *Departamento de Salud Reproductiva e Investigación, Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres, Consejo Sudafricano de Investigaciones Médicas* (2013). Disponible en: <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/9789241564625/es/>
- Ovejero P, A M (2009). *Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la Ley Integral contra la Violencia de Género y la Ley de Igualdad*

a debate. *Revista Española de Derecho Constitucional*. p. 185-215. P. 212 y 187

Orejón S de las H, N (2018). La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género. disponible en: [tesis.pdf \(uv.es\)](#).

Parlamento Europeo, 2006, Directiva 2006/54/CE), de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Disponible en: [BOE.es - Documento DOUE-L-2006-81416](#)

Rico, N (1996) *Violencia de género: un problema de derechos humanos*, serie Mujer y desarrollo. Santiago de Chile, Naciones Unidas, 1996. p. 14. Disponible en: <https://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/3/27403/violenciadegenero.pdf>

Rodríguez-Zapata P, J (2009) Voto particular en la sentencia del Tribunal Constitucional Español. Sentencia 13/2009, de 19 de enero. (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2009). Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6432>

Sánchez G, S. (2014). La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, 2014, no 4, p. 68. p. 65-99.

Tramontana, E. (2011). Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José. *Revista IIDH*, 53, 141-181. p. 144

Tribunal Constitucional Español 2009. Sentencia 13/2009, de 19 de enero. (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2009). FJ 11. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6432>

Tribunal Constitucional Español. (2009) Sentencia 13/2009, de 19 de enero. (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2009). FJ 11. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6432>

Urteaga, Eguzki. (2009). Las políticas de discriminación positiva. *Revista de estudios políticos*, 2009, no 146, p. 200

Villafranca, David. (2020). Los campos de concentración para japoneses, un trauma

de EE.UU. que vuelve a la luz. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/los-campos-de-concentracion-para-japoneses-un-trauma-ee-uu-que-vuelve-a-la-luz/20000013-3660263>

DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERPRETACIÓN COMPARADA: LOS TRIBUNALES DE LUXEMBURGO, ESTRASBURGO Y LA CORTE INTERAMERICANA

Abraham Bechara Llanos *

Luz Fontalvo Arrieta **

Félix Mendoza de la Espriella***

* Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. (España). Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Constitucional y Abogado de la Universidad Libre. Prof. Investigador Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. CECAR. Sincelejo-Colombia. Filosofía del Derecho. Hermenéutica y Argumentación Jurídica. abraham.becharall@cecar.edu.co <https://orcid.org/0000-0002-6571-9804>

** Especialista en Instituciones jurídico-penales de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derechos humanos y Justicia transicional de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Abogada de la Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. luz.fontalvo@cecar.edu.co

*** Doctor en Ciencias de la Educación y Magister en Educación de la Universidad Simón Bolívar. Especialista en Gerencia de la Educación, Universidad de Córdoba. Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Profesor Investigador Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR. felix.mendoza@cecar.edu.co <https://orcid.org/0000-0001-7516-5158>

INTRODUCCIÓN

En el escenario de la contemporaneidad de los derechos, entendido este marco como aquel donde los derechos fundamentales buscan alcanzar un refuerzo adicional de garantía y protección, más allá de los ordenamientos internos y de los Estados mismos donde se ejerce jurisdicción y competencia sobre la efectividad de estos.

El anterior ámbito de aplicación plantea una “interpretación supraestatal de los derechos fundamentales”, a partir particularmente de las jurisdicciones internacionales, que construyen una doctrina global para la construcción normativa de los enunciados jurídicos.

El presente contexto de interpretación permite identificar problemas en los márgenes internos de los derechos, y así, con la influencia internacional, presentar un universo más nutrido en cuanto a posibles respuestas a dificultades en la determinación de las disposiciones jurídicas. “En este sentido, considerar las fuentes del Derecho Internacional significará conocerlas, invocarlas y aplicarlas correctamente. Esto último implicará para el juez nacional seguir una serie de criterios, pautas de reflexión y líneas argumentativas”. (Aguilar, 2007, p. 225).

La concepción clásica sobre las relaciones entre la jurisdicción internacional y sus implicaciones con el derecho interno era planteada desde la teoría dualista y monista, sobre las cuales podría existir una interdependencia entre las normas de derecho internacional, sobre las disposiciones de los Estados parte, o desde una visión monista la interacción se daba justamente, con la inclusión de las Constituciones, como expansión del ordenamiento nacional. “La práctica y la jurisprudencia se niegan a admitir que el Derecho Interno y el Derecho Internacional sean sistemas jurídicos separados, (...) A su vez, hay una tendencia generalizada en el Derecho Constitucional comparado a admitir la incorporación automática”. (Nogueira, 1993, p. 882).

En esta línea argumentativa, la interpretación supraestatal de los derechos fundamentales plantea la idea de Constitución en un sentido no territorial, no circunscrita geográficamente a un territorio o Estado en particular, lo que establece una reconceptualización del entendido y alcance contemporáneo de la misma constitucionalización de los derechos:

La idea de Constitución alarga el paso cada vez más hacia el ámbito

internacional; por otro lado, no, porque la idea de Constitución sigue siendo necesaria, precisamente también bajo circunstancias modificadas, en su forma que se nos confía hoy como idea directrice. Dicho de forma simplista: una nueva orientación espacial aflora, pero no una nueva orientación básica material. ¡Hoy, por el contrario, hay que traer al mundo la idea de Constitución, esto es, las exigencias fundamentales en que se basan las actuales Constituciones del Estado constitucional y también darle validez a escala supraestatal! (Blaggini, 2003, p. 74-75).

1. Interpretación global de los derechos fundamentales: escenarios del constitucionalismo mundial

La interpretación global como nueva concepción, además de interpretar los alcances de la Constitución por fuera de la territorialidad del Estado, ha llevado consigo también al cambio de postulados y principios rectores del derecho constitucional, que son extendidos en cuanto a sus alcances, no solo en los planos dogmáticos y conceptuales, sino en sus esferas de aplicación material y efectividad plena. “La efectividad de las normas sobre derechos humanos consagradas en los instrumentos internacionales es un estándar normativo sobre derechos individuales que fijan un cierto patrón de conducta al Estado, que debe ser concretizado en cada caso concreto”. (Nash & Núñez, 2017, p. 201).

Nos referimos en particular al alcance del principio de supremacía normativa de la Constitución, o supremacía constitucional. Dicho principio establece un margen amplio en la constitucionalización internacional y en la influencia de las jurisdicciones internacionales, sobre el derecho interno¹ de los derechos fundamentales. Tal fenómeno ha sido referenciado por Ricardo Haro: “*El principio de la supremacía constitucional*, ha dejado de pertenecer originaria y exclusivamente a la Constitución, (...) Por lo tanto, ya no se puede seguir identificando el mencionado principio solamente con la Constitución de un Estado”. (2006, p. 178).

El rompimiento del principio de la supremacía normativa de la Constitución, en el entendido que existe un ordenamiento jurídico que está por encima jerárquicamente hablando de la misma Norma Fundamental de

¹ En el escenario colombiano son tres las formas de integrar las normas internacionales a la jurisdicción interna. Esta forma de supra interpretación ha sido referenciada en nuestra cultura jurídica, por María Angélica Prada: “Las normas de derecho internacional pueden ser integradas al sistema jurídico colombiano de tres maneras: (i) con rango constitucional; (ii) con rango suprallegal; o (iii) con rango de ley. La regla general es que el derecho internacional adquiere el rango de ley en el sistema jurídico colombiano, a menos de que la Constitución disponga lo contrario”. Prada, M. (2013). La integración del derecho internacional en el sistema colombiano, Protección multinivel de derechos humanos. Manual, Madrid, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, pp. 365-391. (365-366).

un Estado soberano, propone el debate en cuanto a las fuentes del derecho, pensadas para los Estados nacionales del siglo XIX y XX, de la Europa occidental, que han presentado sus influencias y recepciones en el ámbito latinoamericano:

A partir de este relevante antecedente, entre otros, se reconceptualiza la ciencia jurídica en la Europa de mitad del siglo XX y, con el mismo objetivo planteado desde el siglo XVIII, se acogió una nueva fórmula que implica limitar el poder, pero ahora del Legislador, a partir de la revisión judicial de los actos que produce, revisión que también se extiende a los actos del Ejecutivo. (Molinares & Bechara, 2016, p. 3).

La identificación de nuevas fuentes y jurisdicciones establece unas consecuencias materiales, en cuanto a los ámbitos de aplicación interno de los derechos fundamentales, dando una ruptura simbólica al esquema piramidal del derecho, de origen Kelseniano. “Sobre la base que, en los modernos sistemas jurídicos, coexisten reglas básicas en cuanto a normas características de un orden dado, los principios constitucionales y su fuerza normativa gracias a la especial positivización en las Constituciones de la segunda posguerra”. (Bechara, 2017, p. 20).

Construyendo, además, dicha relación una conceptualización por el derecho de las grandes codificaciones, que especialmente es hegemónico en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, por el derecho de las organizaciones internacionales, las cuales adoptaron sus órganos jurisdiccionales supraestatales.

El modelo supraestatal busca generar un espacio de construcción armónica, desde una configuración supranormativa, como generadora de nuevas disposiciones jurídicas para el beneficio de sus destinatarios reales. La conformación de dicha “supranormatividad” nunca podría entenderse como excluyente de los escenarios internos de producción normativa, desde la misma génesis del derecho legislativo de los Estados.

Desde el escenario eminentemente internacional, la interpretación supraestatal permite la vinculación interna, de los principios del *ius cogens*, lo cual es relevante desde el destinatario mismo de las normas, debido a que son reforzadas con criterios jurídicos, provenientes de tratados sobre derechos humanos. “La supremacía de la Constitución no se desvirtúa por la existencia del Derecho Internacional o del Derecho comunitario porque los tratados

sólo son válidos si se sujetan a lo que la Constitución dispone”. (Monroy C, 2008, p. 110-111).

La misma Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948, la cual no es vinculante jurídicamente solo a través de los Pactos Internacionales, dando una apertura en el sentido “des-territorial”, con quienes deben adherirse a la potestad de vinculación normativa, más allá de la noción de vinculación entre ciudadano y el estatus de ciudadanía:

El hombre, la persona humana, es desde hace cincuenta años, exactamente, un ciudadano del mundo, un sujeto que es y debe ser reconocido internacionalmente y que, como tal, goza del derecho de acceso a jurisdicciones supraestatales. Tiene acceso a Cortes, Comisiones, a organismos interamericanos, regionales, mundiales o universales. (Cea, 1997, p. 85).

2. Tribunal de justicia de la unión europea: un sistema jurídico para la integración y unidad normativa

La Unión Europea como *sistema integrado de justicia supranacional* y supraestatal converge en la idea de una verdadera integración de los Estados miembros, una integración que no sea en estricto sentido económica o comercial.

Una convergencia que trascienda al sentido jurídico clásico de *unidad normativa desde la perspectiva kelseniana*, o desde la propuesta de los teóricos normativistas que la Europa continental gestó como teorías que fueron concebidas con grandeza para la “humanidad jurídica”. “Aun siendo inexistente en la actualidad un acabado sistema jurídico de articulación global de estos ordenamientos, todas las Constituciones poseen fundamentos jurídicos suficientes para permitir su coexistencia con los ordenamientos europeos constituidos mediante Tratados internacionales”. (Rodríguez & Valle, 1997, p. 330).

Una norma que integrara todas las normas, la Constitución misma de la comunidad de naciones, donde múltiples y plurales culturas se adecuaran a un margen de acción especial para configurar sus normas fundamentales.

En palabras de García de Enterría esta propuesta *integrativa constitucional*, tiene un origen netamente occidental. “El sistema que hace dos siglos

asumieron todos los Estados occidentales para formar unidades políticas capaces de servir de manera efectiva a los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad, el sistema de una Constitución”. (1995, p. 11).

La integración como *organización* también constituye un punto de partida importante para la configuración y éxito de sistemas supranacionales o supraestatales, término acuñado por (Ferrajoli, 2018), como el constitucionalismo más allá del Estado. Y que ha sido ampliamente explicado por el profesor italiano a través de un paradigma del constitucionalismo contemporáneo igualmente concebido como constitucionalismo global o también denominado *constitucionalismo de derecho internacional*:

La primera indicación es la hipótesis del *totus orbis* –de la humanidad como punto de referencia unificador en lugar de los viejos Estados– que hoy puede realizarse a través de la elaboración de un constitucionalismo mundial capaz de atribuir a las diferentes cartas de derechos fundamentales, de las que dispone ya la humanidad internacional, aquellas garantías jurídicas cuya ausencia genera ineffectividad. (Ferrajoli, 2010, p. 152).

La organización resulta vital para la coexistencia con múltiples *subsistemas jurídicos* que son integrados por la jurisprudencia, directrices, resoluciones y opiniones consultivas que emanan de los órganos supraestatales de justicia a partir del ámbito de normas con pretensión de universalidad, o en palabras de Bobbio (2016) como un universalismo jurídico. “El universalismo jurídico resurge hoy, no ya como creencia en un eterno derecho natural, promulgado de una vez para siempre, sino como voluntad dirigida a constituir un único derecho positivo, que reúna todos los derechos positivos existentes”. (p. 235).

En esta armonía conceptual, es transcendental distinguir entre cooperación e integración, ya que se suele relacionar el termino cooperación para calificar sistemas de justicia supraestatales que convergen en la generalidad y coexistencia de unos Estados miembros que confieren competencia y jurisdicción a un Tribunal o Corte para que administre la justicia de esas “naciones y pueblos”, con alcances internacionales.

Así, el termino concreto para determinar el sentido real de la integración jurídica debe justificarse en una cooperación mancomunada y de coexistencia, sino más bien en unos fines y objetivos “de todos y para todos” a construirse en el tiempo, lo que según María Alcoceba (2008) puede relacionarse más con el procedimiento de integración supraestatal y supranacional de Europa. “El

modelo europeo se ha articulado tradicionalmente sobre un modelo diferente del de las organizaciones internacionales clásicas: un modelo de integración. Ese principio ha sido su axioma fundador, el punto de partida de todo su ordenamiento jurídico”. (p. 271).

Esa articulación del modelo europeo, como escenario para la construcción de la igualdad, ha sido posible por la existencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea El TJUE. Dicho Tribunal supera el concepto de justicia convencional, ya que no es simplemente la aplicación interna en los ordenamientos nacionales de un tratado o una convención. Realmente es una construcción originaria, referida así en palabras del profesor italiano Antonio La Pergola (1999), pues logra aplicar la “disposición externa” al interior del ordenamiento concreto. “El ordenamiento comunitario que el Tribunal europeo configura se integra en los ordenamientos de los Estados miembros, y al mismo tiempo es, respecto de éstos, autónomo, en cuanto no encuentra su fundamento en ninguna fuente jurídica estatal”. (p.13).

El escenario del TJUE en la práctica de todos los tratados y acuerdos que le dan aplicabilidad desde los inicios de su configuración, puede desarrollar su convergencia supranacionalidad y nacionalidad/ supra estatalidad y estatalidad, gracias a dos principios. (i). El primero de ellos el principio de supremacía comunitaria, y (ii). El segundo el principio de la eficacia directa de las decisiones del TJUE. El principio de la supremacía del derecho común europeo demuestra en la realidad la aplicabilidad de la jurisprudencia construida en Tribunal de justicia más allá de las naciones mismas, donde se va a aplicar con la integración dualista al sistema jurídico que pertenece a ese sistema comunitario jerárquico.

Estas formas de integración normativa también pueden construirse desde una metodología pedagógica, en la misma función de integrar la nueva redacción y gestación de las Constituciones y Normas Fundamentales, así como las leyes internas a partir de la congruencia, coherencia e integración supra-jerárquica, con los ordenamientos y sistemas jurídicos internos.

Esta forma de integración normativa ha sido ampliamente referenciada por Lucio Pegoraro (2013) en el contexto del derecho comunitario europeo:

Naturalmente, redactar Constituciones y legislaciones no puede ser más realizado sin tomar en cuenta la normativa supraestatal (tratados y legislaciones secundarias, donde existe, como en la UE), o el contexto de

la cual deriva ella. Un ejemplo reciente es constituido de la obligación del presupuesto equilibrado, que se va imponiendo en Europa. (p. 267-268).

En referencia al caso de la Constitución de España, su Artículo 93 establece el mecanismo normativo para poder articular los dos principios irradiadores del sistema de justicia de la Unión Europea. “El artículo 93 señala el elemento formal que debe revestir el instrumento de conclusión del tratado de integración del Estado Español en una organización supranacional a la que se atribuya el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. (Ballester, 1999, p. 117).

El segundo principio de la eficacia directa de las decisiones del TJUE, opera en el sentido que dicha jurisprudencia no debe tener un desarrollo interno, tanto en el nivel legislativo como en el judicial, para que esta pueda ser reflejada en el subsistema jerarquizado a partir del sistema superior del cual emana la providencia.

En esta dirección, uno de los casos más recientes en España, en concreto sobre la aplicación de tal principio, se evidencio en la doctrina del TCE y las directivas provenientes del TJUE sobre la protección de datos en los Estados miembros de la unión.

Lo que pone de presente una cuestión de inconstitucionalidad sobreviniente de las normas que integran decisiones internacionales promulgadas por tribunales, en uso de competencia y jurisdicción suprallegal a los ordenamientos legales internos.

Estos dos principios logran establecer en la práctica de los países que integran la comunidad europea, en una verdadera sistemática jurídica de orden meta jerárquico estatal, perspectiva referenciada en el sistema jurídico español a través de las propuestas teóricas de Ricardo Alonso García:

Las actuales modulaciones teóricas al principio de primacía, ubicándolas en el texto, además, sistemáticamente, en lo que entiendo que es una operación de consolidación de la naturaleza constitucional múltiple y dialéctica del entramado constitucional europeo integrado por la Constitución Europea y las Constituciones nacionales y completado, en el terreno de los derechos fundamentales, por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. (2005, pp. 347-348).

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EUROPA COMO SISTEMA JURIDICO SUPRAESTATAL DE PRINCIPIOS Y GARANTIAS

Europa como *sistema jurídico supraestatal*, enfrenta varias encrucijadas, todas estas específicamente tendientes a identificar los alcances constitucionales en el desarrollo de los derechos fundamentales, y en la misma Constitución como límite y orden al poder político de los Estados. “La Constitución como realidad política, precisó que el ordenamiento jurídico se interpretara a partir de ella, y que sus normas de mayor jerarquía, como los derechos fundamentales permitieran que los demás derechos participaran de las garantías que ella misma instituyera”. (Bechara, 2015, p. 91).

Toda esa gran construcción del constitucionalismo de la segunda posguerra ha germinado, a lo largo de más de siete décadas, en la que la vasta producción jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales europeos, ha podido permear e irradiar los ordenamientos internos, a tal punto que sus desarrollos superaron las fronteras de los Estados miembros de la Unión, reclamando una constitucionalización común en la Europa de los derechos, *como un instrumento del orden constitucional europeo*. Conceptualización que ha sido referenciada desde la cultura jurídica española por José Luis Cascajo:

No resultaba coherente seguir sosteniendo que los esquemas del constitucionalismo, tan benéficos en el orden interno, eran inaplicables justamente allí dónde empieza el mundo del derecho internacional, o no se podían extender al ámbito de emergentes organizaciones supranacionales. La aplicación de lo que podríamos llamar el enfoque constitucional al análisis del proceso de integración europea. (2004, p. 90).

Ese orden constitucional común, planteado también como *ius constitutionale commune*, Von Bogdandy (2004) debe responder *prima facie* a una verdadera integración normativa, desde los estatutos autonómicos de las comunidades que colman territorialmente los Estados, hasta lograr una verdadera coherencia entre normas y logrando como resultado final una verdadera eficacia de los derechos fundamentales en el plano europeo.

En el marco europeo de los derechos fundamentales, se presenta una crisis denominada por Ferrajoli (1999, p. 60) como crisis del *Estado nacional*. Este fenómeno lo que plantea concretamente es la apertura de un constitucionalismo nacional, llevado a los márgenes de un constitucionalismo internacional, o lo

que el mismo profesor italiano ha denominado *constitucionalismo global*, que puede ser entendido también como constitucionalismo en la esfera global.

Este constitucionalismo de la esfera global busca particularmente integrar no solo el concepto de soberanía con un *status supranacional*, sino que igualmente se les otorguen garantías institucionales y materiales a los derechos, dentro de una *comunidad de derecho*, más allá de si el sujeto destinatario de la protección y del bien jurídico es nacional de un Estado en particular, llevando a un nuevo plano las disposiciones constitucionales. Así, el paradigma:

Hizo de ellos no solo derechos constitucionales sino supra-estatales, transformándolos en límites externos y no simplemente internos de los poderes de los estados. Se ha producido un cambio de paradigma en el derecho internacional, transformando un sistema contractual basado en relaciones bilaterales e iguales entre estados soberanos en un verdadero orden jurídico de carácter supra estatal. (Ferrajoli, 1998, p. 177).

En esta línea argumentativa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora TEDH), recoge el constitucionalismo común de las diversas jurisdicciones internas de los Estados miembros de la unión, estableciendo un verdadero dialogo judicial, desde criterios interpretativos análogos, en aras precisamente de una lectura sistemática de orden supra estatal.

Tal como lo ha señalado Javier García Roca: “La existencia de una análoga interpretación constitucional de unos derechos complementarios entraña un código común desde el que edificar un espacio de diálogo entre altos tribunales que está contribuyendo a crear un orden público europeo”. (2012, p. 187).

Justamente se ha logrado una real *integración interpretativa*, por parte del TEDH, en la aplicación, sobre todo, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, (CEDH) y su dialogo constante y permanente con las jurisdicciones constitucionales nacionales y la aplicación de los postulados superiores que recoge la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Se establecería una interpretación constitucional para los derechos humanos, extensiva más allá del derecho de los tratados, configurando específicamente un constitucionalismo de los derechos en la esfera global-continental. “La jerarquía de los diversos instrumentos internacionales en general, y sobre derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal

en particular, es una materia a ser determinada fundamentalmente por la propia Constitución”. (Ayala, 2002, p. 41).

La interacción del sistema europeo de derechos humanos en sentido general, con sistemas internos como el sistema de derechos fundamentales español, construye una *nueva conjunción jurisprudencial de doble enlace*. Primero se establece la interpretación genérica que configura el TEDH, como órgano autorizado para la interpretación sistemática del mismo CEDH, estableciendo criterios “hermenéuticos armónicos”, que recogen el estándar mínimo de interpretación aplicable a la construcción normativa y disposiciones iusfundamentales, que engloban las jurisdicciones constitucionales nacionales:

La integración del sistema europeo de derechos en el sistema de derechos de la Constitución española se realiza desde un doble nivel. Por una parte, el sistema europeo pasa a ser un subsistema dentro del sistema español que toma un carácter interactivo con respecto a los derechos constitucionales. (Freixes, 1995, p. 98).

En concordancia con lo anterior, el sistema de interpretación de los derechos fundamentales en el constitucionalismo europeo común, *desde la apertura de la jurisdicción constitucional*, en palabras de Häberle (2008, pp. 783-784), seguido por la interpretación preveniente del TEDH, presenta una *relación dialógica de interpretación supra jurisdiccional* a partir del Tribunal de Justicia de Unión europea, (TJUE). Esta relación en lo alusivo al mecanismo procesal jurisdiccional conocido como *la cuestión prejudicial*, resultando ser un mecanismo procesal de integración cuyo objetivo es resaltar la aplicación de las normas comunes o de *derecho comunitario*, a partir de bloques de Estados que en principio desde lo económico tienen elementos en conexidad. “El diálogo entre TJ y TEDH es particularmente claro desde el año 2000, en que los dos sistemas están plenamente formados”. (Tenorio S, 2013, p. 5).

Frente al diálogo entre las dos jurisdicciones supraestatales, TJUE y TEDH la profesora catalana María Argelia Queralt, ha realizado una distinción como criterio integrativo, a partir de la función de armonización interpretativa del TEDH en Estrasburgo:

La principal relación entre Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los Tribunales internos, incluidos los Tribunales

Constitucionales, en materia de derechos fundamentales se produce a través de los efectos interpretativos de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Estos efectos interpretativos, pro-futuro, de las sentencias del TEDH permiten afirmar que esta jurisdicción es la responsable de un proceso de armonización de los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo. (2017, p. 696).

Así, la herramienta de la prejudicialidad en escenarios como el de la Unión Europea, a partir del dialogo judicial constante e integrativo, entre el TEDH y TJUE explora, en principio, la aplicación de criterios o estándares de interpretación a posibles controversias que resulten de la puesta en marcha o no de los instrumentos internacionales o fuentes del derecho internacional público como son los tratados. Tal distinción se encuentra taxativamente establecida en el Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (Lisboa 13 de diciembre de 2007):

- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a. sobre la interpretación de los Tratados; b. sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

Del enunciado normativo anterior pueden extraerse los siguientes criterios de distinción en la cuestión prejudicial, vitales para poder comprender no solo su concepto sino su campo de adjudicación y concreción. En primer lugar, se muestra claro que la Unión Europea desde el régimen jurídico se preocupa por la interpretación de los tratados, problema recurrente en los ordenamientos internos y en las fuentes del derecho nacional de los Estados miembros e integrantes del Bloque. “La cuestión prejudicial de la UE constituye, pues, un instrumento de colaboración judicial para garantizar la

correcta interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario en los países miembros (puntos 1, 2 y 5 de las RTJ)”. (Cienfuegos, 2014, p. 5).

Como segundo criterio de distinción, la cuestión prejudicial europea se muestra como un mecanismo procesal, con rango comunitario aplicable a todos los funcionarios y operadores del derecho y por ende de las normas comunitarias, lo cual es una empresa, a grosso modo, asaz compleja si se tienen como base aquellos problemas surgidos en los escenarios de derecho interno.

Ahora bien, el punto central de la discusión se da en cuanto a la aplicación por parte de funcionarios o servidores del Estado, cuando estos desarrollan funciones o competencias que puedan lesionar normas superiores internas. “Esta orientación del proceso de integración ha generado una inevitable confrontación entre esa actividad supranacional del Estado y la Constitución nacional. Puesto que esta situación de debilidad constitucional del ordenamiento europeo ha sido funcional al Estado”. (Balaguer, 2007, p. 340).

Como elemento crítico desde nuestra perspectiva, consideramos que pueden existir “colisiones interpretativas”, es decir, más allá de una colisión concreta entre normas comunitarias y normas europeas, pueden existir ambigüedades en la formación de los criterios de interpretación que no son recogidos por el artículo 267 del mencionado tratado, sino que pueden ser desarrollados por la jurisprudencia, que en concreto conoce de los conflictos al régimen jurídico aplicable.

Desde la interpretación de los derechos fundamentales, nos apoyamos en *la Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 58/2004, de Amparo*. Como escenario de controversia a la cuestión prejudicial europea, en el punto *arquimédico* de las normas y disposiciones de derechos fundamentales:

En una decisión histórica, no tanto por el razonamiento que exterioriza sino por el contenido del fallo, la Sala segunda del Tribunal Constitucional ha otorgado por vez primera amparo frente a una sentencia que inaplicó la Ley española, aduciendo su incompatibilidad con el Derecho Comunitario, sin previo planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Aunque la sentencia también estima el amparo, por no haber planteado la Sala de instancia, cuestión de inconstitucionalidad. (Baño, 2004, p. 465-466).

Finalmente, como tercer elemento de distinción, para entender la cuestión

prejudicial europea, está el criterio de cooperación jurisdiccional interna y comunitaria, en el sentido de la aceptación por parte del Estado miembro de la unión, sobre el cual recae la sentencia prejudicial.

En este aspecto hay un elemento todavía más particular y *sui generis*, desde la jurisprudencia común europea, y es especialmente la no jerarquización de la jurisprudencia del bloque expresada a través de su órgano jurisdiccional superior o supremo, dependiendo la causa judicial objeto de la decisión.

En este entendido, no existe un criterio jerárquico en la jurisprudencia europea frente al mecanismo de la prejudicialidad, sino un elemento de “aceptación cooperante”, como mecanismo de integración jurisprudencial y dispositiva, como coexistencia de múltiples órdenes normativos.

En esta sucesión de argumentos, desde la vinculatoriedad de la jurisprudencia europea, como mecanismo de aplicación interna en la sentencia de prejudicialidad, evidenciamos que sí existen rasgos distintivos de tal dispositivo pretoriano, ya que dentro del mismo régimen legal del tratado marco, el TFUE se dan las pautas para la aplicación vinculante de lo dispuesto en Artículo 267, como fuente de derecho común europeo:

La sentencia prejudicial de interpretación no tiene autoridad de cosa juzgada material sino de cosa interpretada (*interpretación semiauténtica*) y cualquier juez nacional puede suscitar al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre una interpretación previa con vistas a precisar su alcance o, en su caso, su revisión (*facultas remonstratio*). Cooperación directa entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia en un plano de igualdad, ya que el Tribunal de Justicia no revisa lo enjuiciado por las jurisdicciones internas ni mantiene relaciones de jerarquía con ellas. (Cienfuegos, 2014, p. 6).

2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: META-INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL AMERICANA

La interpretación de los derechos fundamentales, que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante CIDH), establece unos criterios propios de la hermenéutica supraestatal de los derechos, toda vez que la CIDH, se encarga en primera medida de determinar si los Estados miembros de la jurisdicción cumplen con las convenciones, tratados y protocolos que priorizan por el respeto, cumplimiento y garantía efectiva de las normas que integran el universo amplio de los derechos humanos,

activándose su competencia jurisdiccional. “Esta competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana en los casos contenciosos, cuando decide que ha habido violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana”. (Ayala, 2007, p. 129).

En este entendido argumentativo, la CIDH genera un acompañamiento preventivo, en cuanto a su jurisprudencia, irradiando los ordenamientos internos o domésticos, evitando la declaratoria de responsabilidad internacional de un “Estado Interamericano”, por violar las normas facultativas, donde la Corte ejerce control jurisdiccional, entendido técnicamente como control de convencionalidad. “Surge de lo antedicho que la misión prístina de la Corte IDH está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad ‘comparando’ la norma del derecho interno en relación con la convención y desentrañar si aquélla violenta a ésta”. (Hitters, 2009, p. 112).

Este ejercicio de convencionalidad establece una “interpretación convencional” en el mismo sentido de la activación de la Carta Democrática en todos los países, miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Resulta vital, no solo para la interpretación constitucional y de los derechos fundamentales en general, sino preponderante para la aplicación de una verdadera justicia material que, en sentido estricto desde el derecho interno de los Estados vincula al poder judicial, para un margen de *amplitud normativa*, en el objetivo de configurar, en sede jurisdiccional, la norma que comprende el derecho fundamental presuntamente afectado o transgredido.

En cuanto a la creación del sistema interamericano de protección y garantía de los derechos humanos, más allá de los propios elementos característicos establecidos en el *rango supra jurisdiccional* de la CIDH, se vislumbran rangos del constitucionalismo global, *como constitucionalismo interpretativo supra jerárquico*. Se configura en palabras de Giovanni Tarello de la metajurisprudencia del derecho a la metajurisprudencia de los derechos fundamentales, y Riccardo Guastini (1999, p. 31) como una verdadera voluntad interpretativa en los niveles internacionales de la praxis de los derechos humanos.

La influencia europea ha sido constante en la aplicación de postulados proteccionistas de derechos fundamentales, que se encontraban integrados a los cuerpos constitucionales y positivizaciones internas, destacando el desarrollo europeo de las normas y disposiciones inalienables, comprendidas en los Tribunales Constitucionales, (TC) el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea, (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH). Tal fenómeno de recepción ha sido ampliamente referenciado por uno de los más grandes constitucionalistas latinoamericanos, el profesor Héctor Fix-Samudio:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la culminación del sistema americano de protección de los propios derechos, el cual se inspiró en los lineamientos fundamentales del modelo europeo, en cuanto a los órganos encargados de la tutela judicial de los propios derechos fundamentales, ya que se encomienda dicha tutela a la Comisión y a la propia Corte Interamericana, la primera como un órgano de instrucción de las reclamaciones individuales, que no pueden plantearse directamente ante la Corte. (Fix-Samudio, 2004, pp. 151-152).

Esto ha permitido notablemente admitir en la “América de los derechos”, más de siete décadas de construcción y perfeccionamiento del sistema supraestatal europeo, específicamente desarrollados por los Tribunales y Cortes Constitucionales de la región.

Sistema supraestatal adoptado con todas las implicaciones internas, domésticas, de derecho comunitario, de constitucionalización internacional, desde los fenómenos teóricos puros, como el neoconstitucionalismo y el mismo constitucionalismo global, propios de la cultura jurídica continental europea. “Apartándose del derecho pensado única y exclusivamente desde el escenario de la positivización, requiriendo para su fundamentación teórica, en tiempos del Estado constitucional, nuevas propuestas teóricas de las ya tradicionalmente conocidas del pensamiento iuspositivista”. (Molinares & Bechara, 2017, p.183).

Señala todo a la protección de los derechos humanos, como derechos fundamentales en los sistemas jurisdiccionales de protección internacional., desarrollándose el concepto de *garantía internacional*. “En el ámbito de los mecanismos de garantía internacional, los instrumentos de derechos humanos crean órganos para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán”. (Nash, 2008, p. 233).

Posibilita escenarios en toda la construcción interamericana, por un *ius constitucionale commune latinoamericano*, en pro de la *tutela jurisdiccional de los derechos*, desde los vínculos externos-internos, llevando consigo un *avance jurisprudencial interamericano*. “El avance jurisprudencial también ha

involucrado la condena por la violación del derecho internacional humanitario en países miembros del sistema y sometidos a su jurisdicción, éstos son, entre otros, logros del SIDH reconocidos en el mundo académico y judicial de los derechos humanos”. (Vivas & Cubides, 2012, p.185).

El sistema interamericano de protección de derechos humanos, particularmente desde la cultura jurídica colombiana, se configura a partir de una interpretación y adhesión normativa interna, de doble relación, entre el concepto del bloque de constitucionalidad como criterio interpretativo, tanto en su sentido dogmático, como material-procedimental, y el concepto de control de convencionalidad, proveniente de la CIDH. “La jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales”. (Arango, 2004, p. 100).

Los estándares interpretativos, que han sido fruto de la *interpretación convencional* de la CIDH como interpretación internacional conforme a la convención, para la integración jurisdiccional en el sistema de protección constitucional, han girado específico sobre el derecho de acceso a la justicia, consagrado normativamente en la Constitución de Colombia, en su artículo 229, estableciendo un refuerzo supraestatal de este derecho fundamental, vital para el establecimiento del Estado constitucional y su alcance como servicio público en sentido interno. “La administración de justicia como servicio público es la actividad –entendida ésta como un todo– en cabeza del Estado –función pública de administrar justicia– que tiene como cometido proveer justicia, es decir, la actividad encargada de asegurar el derecho fundamental”. (Acosta, 2010, p. 190).

Al respecto, uno de los profesores colombianos que más ha construido la noción de convencionalidad, Manuel Fernando Quinche, se ha referido sobre el particular:

El ejercicio del control de convencionalidad aparece como una actividad que el Estado colombiano difícilmente podrá evadir, salvo que se arriesgue voluntariamente a una nueva declaratoria de responsabilidad internacional por violación de la Convención. (...) Sobre el punto la Corte reiteró la regla general según la cual, es necesario que se cumpla el deber de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones de los derechos humanos. No obstante, la Corte precisó que para cumplir dicho fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar entre otros los

siguientes principios: “el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena; los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia”. (2009, pp. 186-187).

En este orden conceptual y argumentativo, la interpretación de los derechos fundamentales en el sistema interamericano de protección utiliza herramientas propias de una interpretación supraestatal con fuerza orientadora, como se había indicado en el acápite del sistema de protección de derechos humanos de la Unión Europea.

Lo particular del modelo latinoamericano de justicia constitucional es que, a diferencia de Europa, no existen Tribunales de Justicia de comunidades, regiones o provincias al interior de los Estado, tal como existe por ejemplo en España, con Tribunales de Justicia de las comunidades autónomas.

3. ALCANCES INTERPRETATIVOS INTERNACIONALES: DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL GLOBAL

Uno de los condicionamientos y alcances interpretativos de carácter internacional sobre la aplicación de las disposiciones y normas que comprenden la noción normativa y material de la expresión amplia, derechos fundamentales, que engloban el concepto de interpretación constitucional global², ha sido el desarrollado tanto en la justicia supraestatal europea de protección de los derechos humanos, como en la justicia supraestatal interamericana, configurándose así un escenario metaconstitucional, como el intercambio, dialogo e interacción de ambos sistemas continentales.

En el modelo europeo, se conoce como interpretación por margen de apreciación nacional o interpretación conforme. “Consecuencia del proceso de armonización es que la exigencia derivada del art. 1 CEDH de conformidad con los ordenamientos jurídicos internos con el *aquis conventionnel*, constituido por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, deba entenderse en términos de compatibilidad”. (Queralt, 2007, p. 438), y en el modelo latinoamericano como interpretación por vía de compatibilización. Sobre este condicionamiento interpretativo, resulta importante la referencia del profesor Néstor Sagüés:

² Por interpretación constitucional global, entendemos el ejercicio hermenéutico que denota instrumentos jurisdiccionales de aplicación supraestatal, de las normas y disposiciones fundamentales, con una sistematización tanto interna como externa de sus desarrollos jurisprudenciales.

Vía de compatibilización consiste en que los órganos de la jurisdicción internacional, cuando interpretan un derecho humano declarado en un tratado o convenio, no lo hagan con criterios puramente generales o abstractos, sino teniendo en cuenta las particularidades (normativas y fácticas) del país donde se presenta el problema, y respetando asimismo la interpretación que de esos derechos hagan los tribunales locales. (Sagüés, 2003, p. 217).

El condicionamiento interpretativo de compatibilidad e interpretación conforme plantea en segunda medida, desde el punto de vista procedimental, un respeto por la jurisdicción interna a partir de los mismos desarrollos hermenéutico-normativos, identificando los rasgos característicos y elementos estructurales de una dogmática nacional de los derechos fundamentales, lo que establece un contexto de aplicación en una apertura constitucional con mayor factibilidad de resultados en la administración de los bienes jurídicos protegidos, amparados y tutelados por el juez como intérprete de los derechos, en el control preferente de constitucionalidad. “valer decir, realiza control de convencionalidad, en virtud del principio de competencia que el propio Tribunal Constitucional les atribuye”. (Nogueira, 2014, p.429).

Otro de los condicionamientos interpretativos que ha tenido un fuerte auge en la doctrina mundial, en el cual también se conjuga la interpretación supraestatal de los derechos fundamentales, es el denominado *como principio de interpretación pro homine o interpretación favorable*.

La aplicación ha permitido establecer una integración interpretativa entre la interpretación clásica del derecho de los tratados, hasta la superación de los métodos literalista y exegéticos provenientes de la escuela francesa:

Lo que pone en evidencia un verdadero replanteamiento de lo que venía siendo el derecho, no solo para la concepción tradicionalista de que este era exclusivamente la ley, como argumento de autoridad del legislador, sino que el derecho, como aquí lo proponemos, gira hacia una concepción menos formal y sacra, al tiempo que centra uno de sus objetos de estudio principales en la reafirmación de garantías y derechos fundamentales que aportan verdaderas herramientas axiológicas para la comprensión del derecho. (Bechara, 2019, p. 17).

Finalmente, en Europa la aplicación del principio más favorable en la interpretación de normas convencionales y supraestatales, ha llevado a

una consolidación de los postulados de sistematización de los principios internacionales que irradian los ordenamientos positivos internos. “En el seno del TEDH, valoriza el principio pro-homine. Éste consiste en proveer una interpretación que pueda otorgar a los individuos una protección máxima, es decir, pronta a privilegiar la interpretación más favorable a los individuos”. (Burgorgue-Larsen, 2014, p. 108).

CONCLUSIONES

Como consideraciones y reflexiones finales expresamos en primer lugar, que existe una gran recepción de los postulados del constitucionalismo en general, y en particular sobre la teoría de la interpretación de los derechos fundamentales, en la cultura jurídica colombiana y latinoamericana.

Esto se debe a que los tres sistemas jurídicos, el español, italiano y colombiano, poseen Tribunales Constitucionales y cuentan con un sistema de control de constitucionalidad concentrado, al establecer un procedimiento especial para la presentación de la acción de amparo en España e Italia y la acción de tutela como su par en Colombia, lo que permite establecer más elementos comunes, a la hora de la interpretación de las normas y disposiciones que integran la noción de los enunciados jurídicos fundamentales en las tres culturas constitucionales.

En el mismo sentido, de pertenecer las culturas jurídicas no solo en cuanto a lo constitucional, a sistemas supraestatales de protección, con la particularidad europea, que tienen dos jurisdicciones internacionales comunes, que trabajan de forma integrada nos referimos al TJUE y al TEDH.

En el caso de América al vincularse sistemáticamente a un sistema, como lo es la interpretación que emana de la CIDH denota rasgos puntuales en cuanto al sistema interamericano se refiere.

Referencias

- Acosta Alvarado, P. (2010). Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual plan sectorial de la Rama Judicial en Colombia. *Rev. Derecho del Estado*, vol. 24, pp. 185-205.
- Aguilar Cavallo, G. (2007). La internacionalización del Derecho Constitucional. *Estudios Constitucionales*. Vol. 5, núm. 1, pp. 223-281.
- Alcoceba, M. (2008). La reorientación estatalista del proceso de integración europea. *Revista de Derecho*, No. 29, pp. 267-288.
- Alonso García, R. (2005). Constitución española y constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 73, pp. 339-364.
- Arango Olaya, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente. Anuario jurídico*. N°. 4. pp. 79-102. (p.100).
- Ayala Corrao, C. (2002). La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias. En: Ricardo MÉNDEZ SILVA (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM.
- Balaguer Callejón, F. (2007). Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea. *Revista de derecho constitucional europeo*. N°. 7, pp. 327-378.
- Ballester, M. (1999). Relación entre derecho comunitario y Constitución. *Revista de Derecho Político*. Núm. 46. Pp. 105-148.
- Baño León, J. M. (2004). El Tribunal Constitucional, Juez comunitario: amparo frente al no planeamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 8 (18), 465-481.
- Bechara, A. (2015). El debido proceso: una construcción principialista en la justicia administrativa. *Justicia*. N°. 28. pp. 88-104.
- Bechara, A. (2017). *Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución*:

el escenario de la Corte Constitucional colombiana. *Justicia*. N°. 32. pp. 15-37.

Bechara, A. (2019). *Jurisprudencia de principios. Metodología para la interpretación judicial de los derechos fundamentales*. Editorial Universidad del Norte & Universidad Externado de Colombia. Barranquilla, Bogotá. Colombia.

Blaggini, G. (2003). La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización? *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 7, pp. 43-75.

Bobbio, N. (2016). *Teoría general del derecho*. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

Burgogue-Larsen, L. (2014). El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios constitucionales*. Vol. 12, No 1, pp. 105-162.

Carrillo, Y. & Bechara, A. (2019). Juez discrecional y garantismo: facultades de disposición del litigio en el Código General del Proceso. *JURÍDICAS CUC*. vol. 15 no. 1, pp. 229-262.

Cascajo, J. (2004). Constitución y derecho constitucional en la unión europea. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*. Núm. 15. pp. 89-106.

Cea Egaña, J. (1997). Los tratados de derechos humanos y la Constitución política de la República. *Ius et Praxis*, Vol. 2, Núm. 2, 81-92.

Cienfuegos Mateo, M. (2014). La cuestión prejudicial comunitaria (Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Miami-Florida European Unión Center of Excellence. Vol. 14 No. 1.

Ferrajoli, L. (1998). Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. *Isonomía*. N°. 9. pp. 173-184.

Ferrajoli, L. (1999). El derecho como sistema de garantías. *Nuevo Foro Penal*. N°. 60. pp. 59-74.

Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Séptima edición. Madrid, España.

- Ferrajoli, L. (2018). *El constitucionalismo más allá del Estado*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- Fix-Samudio, H. (2004). El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año I. N° 1. pp. 141-180.
- Freixes Sanjuán, T. (1995). Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. N° 11, pp. 97-115.
- García de Enterría, E. (1995). El proyecto de Constitución Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15. Núm. 45. Septiembre-diciembre. pp. 9-29.
- García Roca, F. (2012). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y realidad constitucional*. N° 30, pp. 183-224.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Editorial Gedisa. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Barcelona, España.
- Häberle, P. (2008). La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. En: E. F. Mac-Gregor y A. Z. Lelo de Larrea (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. UNAM, D.F. Mexico.
- Hitters, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la corte interamericana de derechos humanos). *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, pp. 109-128.
- Haro, R. (2006). Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*. (Edición especial) N° 6. pp. 173 - 187.
- La Pergola, A. (1999). Constitución e integración europea: la contribución de la jurisprudencia constitucional. *Cuadernos de Derecho Público*. Núm. 6, pp. 11-36.
- Molinarés, V. & Bechara, A. (2016). Omisiones legislativas y juez constitucional: una

nueva forma de creación del derecho. *Federalismi.it Revista de derecho público italiano, comparado, europeo. Focus America Latina*. N.º1. pp. 1-19.

Molinares, V. & Bechara, A. (2017). Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional. *Revista de Derecho*. N.º. 48. pp. 163-188.

Monroy Cabra, M. (2008). El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*. Vol. 1. pp. 107-138.

Nash, C. (2008). La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. *Tendencias jurisprudenciales*. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Santiago. Chile.

Nogueira, H. (1993). Constitución y derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 20. pp. 881-895.

Pegoraro, L. (2013). Derecho nacional, derecho internacional, derecho europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Núm. 17. pp. 257-286.

Prada, M. (2013). La integración del derecho internacional en el sistema colombiano, Protección multinivel de derechos humanos. *Manual de la Red de Derechos Humanos y Educación Superior*, pp. 365-391.

Tenorio Sánchez, P. (2013). Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo. *Revista General de Derecho Europeo*. N.º. 31. pp. 1- 35.

Queralt, A. (2017). El efecto de cosa interpretada y la función de armonización de estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro*. pp. 695-717.

Quinche, M. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Núm. 12, pp. 163-190.

Rodríguez, G. & Valle, A. (1997). El derecho comunitario y las relaciones entre el tribunal de justicia de las comunidades europeas, el tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. V.1, N. 2, pp. 239-376.

Vivas, T. & Cubides, J. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. *Entramado*. Vol. 8 No. 2, pp. 184-204.

Von Bogdandy, A. (2004). Constitución Europea e identidad europea. Potencialidades y peligros del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 72, pp. 25-50.

DERECHOS HUMANOS Y MÉTODO CIENTÍFICO PARA LA INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO

Fabio Iván Rey Navas*

* Abogado, doctor en derecho de la Universidad de Salamanca, docente investigador del programa de derecho de la Corporación Universitaria Americana.

INTRODUCCIÓN

Cuando se trata el tema de investigación se atiende a la palabra método con la expectativa de estandarizar el objeto de conocimiento de manera universal, lo que hace que los sujetos cognoscentes puedan obtener resultados científicos al aplicar el método. Esta forma de acercarse al objeto de estudio permite afianzar un conocimiento igual pero progresivo, en la medida que se parte de lo realizado por el otro con anterioridad. Lo que no significa que el conocimiento sea una línea recta, pues no en pocas ocasiones hay que volver a caminar sobre los pasos que otros han dado, redescubriendo con los ojos de la época lo que se vio con los ojos de otro tiempo, es decir redescubrir el objeto de estudio.

Los métodos de investigación refieren a una forma de entender el objeto de estudio y los mismos obedecen a la comprensión del “conocer” en los momentos históricos determinados, viniendo a originarse verdades absolutas, que se modifican al aplicarse otro método de investigación, como lo que sucedió con el paso de la edad media al iluminismo, o de la revolución de las ideas en Francia a la revolución industrial, situación que coloca al ser humano en un estado peligroso para el statu quo del conocimiento, sacándolo de su zona de confort para enfrentarse a otras maneras de atender y entender la vida.

Desde el método cualitativo deductivo hasta el método crítico de investigación, pasan años de generación de conocimiento derrumbando verdades y descubriendo nuevas sensaciones científicas, superando o integrando en una sumatoria sinérgica todos los métodos de investigación, esto genera un caos en la producción del conocimiento, lo que hace que el investigador este en capacidad de seleccionar con sana crítica los medios probatorios adecuados para sustentar sus resultados de investigación partiendo de una visión democrática de pros y contras.

El capítulo obedece a una visión postmodernista de la investigación, donde el lector va poder encontrar diversos argumentos que motivan la elección del método crítico como el método de investigación más idóneo para adentrarse en los proyectos sobre derechos humanos, al motivar al investigador a la emancipación del conocimiento y a la utilización metodologías mixtas para la creación de conocimiento.

Derechos humanos y momentos histórico -filosóficos

Los derechos humanos son un horizonte de la humanidad, y mas que un punto de llegada es un punto de partida, pues caminamos hacia el horizonte con la esperanza de llegar a él, pero cuando llegamos al punto volvemos a ver otro horizonte, permitiéndonos superar aquello que antes considerábamos establecido, absoluto o verdadero. En este sentido los derechos humanos son una utopía que nunca llegará a cumplirse pues cada vez comienza uno nuevo, aún no hemos alcanzado la plenitud de los derechos del hombre y el ciudadano para todos, cuando ya forma parte de los derechos humanos, los derechos del ambiente y de los animales, pues sin ellos no somos humanidad, si lo lesionamos o maltratamos dejaremos de ser humanos, con lo cual humanizamos todo, tanto así que incluso llegamos a imaginar el paraíso donde el león y el conejo vivan sin agredirse uno al otro, pues consideramos cualquier clase de lesión, incluso la realizada por los animales como inhumana:

Isaias 65.25: “El lobo y el cordero comerán juntos, el león comerá pasto, como el buey, y la serpiente se alimentará de tierra. En todo mi monte santo no habrá quien haga daño”

En este sentido queremos modificar la forma misma de la naturaleza, para humanizarla, esto nos hace más sensibles a considerar todo como parte de la humanidad, interviniendo en todos los aspectos, llegando incluso a considerar como sujetos de derecho un río, un árbol y un oso, en el sentido de seres sintientes, mas que humanos, en este sentido dice la Corte Constitucional:

9.31. En otras palabras, la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato. Esta interpretación encuentra plena justificación en el interés superior del medio ambiente que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está conformado por numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”. Este conjunto de disposiciones permiten afirmar la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de interdependencia con los seres humanos y el Estado (CC, 2016, T-622/16).

En este sentido comenta la sentencia de protección del río Atrato: El más reciente caso de protección de los derechos de la naturaleza se dio en Nueva Zelanda a partir de 2012. Se trata de un acuerdo con fuerza de ley suscrito entre el gobierno de Nueva Zelanda y la comunidad de aborígenes maoríes del río Whanganui, protectora del río -el tercero más importante del país- por cientos de años. En el acuerdo, que actualmente es ley -Te Urewera Act 2014-, el gobierno de Nueva Zelanda le reconoce al río, el mismo status legal de una persona o de una corporación, es decir, le concede el derecho a la existencia, a ser mantenido y a prosperar, junto con la obligación de ser respetado. Bajo este diseño, como persona jurídica o entidad sujeto de derechos el río tiene dos guardianes legales: el gobierno neozelandés y la comunidad del río Whanganui, que conforman conjuntamente una comisión de administración y protección. (CC, 2016, T-622/16)

Postulados que permiten afirmar que estamos ante una verdadera emancipación de los derechos humanos, que no cubren solo a los hijos de la humanidad, sino a todo ser que forma parte de la tierra, pasando posteriormente a la consideración de seres sintientes de otros planetas como Marte, Saturno, Plutón o Superterra, lo que nos vincula a afirmar que los derechos humanos es una utopía, un horizonte, un punto de partida y un constante comienzo para la humanidad.

Este giro copernicano en la protección de los derechos humanos vincula el método de investigación del derecho, pues el mismo es propio de un pensamiento modernista, de la ilustración en la que se consideraba al mismo como una forma de autogobierno del ser humano proveniente de leyes inmutables e inmodificables por el hombre, provenientes especialmente de Dios, partiendo del principio de libre asociación por sobre el de la ley del más fuerte:

“Y de este modo la muestran la condición de ser moral, absolutamente exclusiva del hombre, y el fin para el cual Dios lo ha creado. Dios no puede haber creado una obra incompleta y haber vuelto después a perfeccionarla, como si hubiera sido aleccionado por la experiencia. (...)”

Dios sometió todo lo creado a perpetua armonía. Y cuando en la sexta época hizo al hombre a su semejanza, esto es, dotado de alma espiritual, rico de inteligencia y de libre voluntad; cuando hizo esta obra, la más bella de la divina sabiduría, arrojó al mismo tiempo sobre la tierra la simiente de una serie de seres que podían ser dirigidos y responder de sus propias acciones. Estos seres no podían, como los simples cuerpos, estar

sometidos a las solas leyes físicas; y así una ley moral nació con ellos: la ley natural. Quien la niega, reniega de Dios” (Carrara, 1859, p. 13).

Especie de iusnaturalismo que se debe comprender en la medida de la emancipación de la edad media, pero sin dejarla de lado del todo, pues pesaba todavía sobre la joven humanidad la divina, reemplazada por el discurso de la razón, que viene a ser asumido como un dogma en la propia revolución francesa, oponiéndose a todo lo que venga de la religión, así Voltaire:

El año 1736, Voltaire escribe su Examen important de Milord Bolingbroke ou le tumbeau du fanatisme. Es una diatriba contra el Antiguo Testamento y el Evangelio, contra Moisés, contra los profetas, contra los judíos como pueblo electo, contra los primeros cristianos, contra San Pablo, contra los mártires, contra los Padres de la Iglesia, contra el Papado y contra el propio Cristo. La conclusión es significativa: “Je conclus que tout homme sensé, tout homme de bien, doit avoir la secte chrétienne en horreur”

La única “religión verdadera”, si cabe, es el theísmo, que a lo largo de su opúsculo Voltaire describe a la manera de un deísmo moralista, superador de las fantasías de la revelación cristiana: “Notre religion, ô grand homme! est donc la seule qui soit universelle, comme elle est la plus antique et la seule divine. Nations égarées dans le labyrinthe de mille sectes différentes, le théisme est la base de vos édifices fantastiques; c’est sur notre vérité que vous avez fondé vos absurdités. Enfants ingrats, nous sommes vos pères, et vous nous reconnaissez tous pour vos pères quand vous prononcez le nom de Dieu”.

Voltaire afirma estar convencido de tener el patrimonio exclusivo de la auténtica y única “religión”, al punto de que habla como sacerdote o padre (père), consolando o condenando. Conoce el “dogma”, que en este caso se resuelve en el humanitarismo o culto al hombre, como indica la última frase de la Profession que proclama (con letra mayúscula): Résignation, et non Gloire, a Dieu (Alvear Téllez, 2011).

Pensamiento que representan la declaración de la razón como dios el 10 de noviembre de 1973 durante la convención asumiendo a la diosa griega sofía como la diosa de la razón, consagrándose el altar mayor de Notre Dame a la sabiduría, teniendo a su cristo en Marat quien fue asesinado por una hija de sus víctimas el 13 de julio de 1973, lo que llevó a que se reemplazará en las iglesias de Francia la cruz por la tina, veamos la obra artística:



Fuente: ABC (2017). Jacques-Louis David recreó a los pocos meses el asesinato del líder de la izquierda radical por orden de los jacobinos, con el propósito propagandístico durante la Revolución francesa

No sobra recordar que Jean Paul Marat como periodista se convirtió en el responsable de publicar la lista negra de los enemigos de la revolución razón por la cual su diario era la base de las ejecuciones realizadas durante el terror en París en los años de 1790, incluso los del propio Luis XVI y María Antonieta, con lo que se entiende la anomía de la sociedad francesa luego de más de 300 años de gobierno de la monarquía de los Borbón, lo que llevó a que más que una luz en medio de la oscuridad, en la práctica la revolución francesa fue una patria boba, donde unos mataban a los otros, y los líderes terminaron siendo ellos mismo guillotizados, llegando a poner fin a tanto desorden la monarquía napoleónica, es decir salieron de una monarquía tradicional para pasar a una dictadura militar.

Esto es propio de sociedad anómicas que corresponde al concepto acuñado por Durkheim por el cual se considera la ausencia “de un cuerpo de normas que gobiernen las relaciones entre las diversas funciones sociales que cada vez se tornan más variadas debido a la división del trabajo y la especialización, características de la modernidad.”, lo cual crea una crisis que “ha producido una situación de competencia sin regulación, lucha de

clases, trabajo rutinario y degradante, entre otros, en el que los participantes no tienen clara cuál es su función social y en la que no hay un límite claro, un conjunto de reglas que definen qué es lo legítimo y lo justo.”, siendo esto solo una etapa que será superada mediante la creación de corporaciones o grupos de profesionales en los cuales los individuos podrán reunirse por la comunidad de intereses, volviendo a reunirse la diversidad, pasando de la desorganización a la organización. (Fernández, 2009)

La ilustración en la práctica fue un fenómeno de excesos de efervescencia juvenil que llevó a desmanes de la razón, lo que sin embargo desde la óptica del método científico llevó a la inclusión del método de la observación, pasando el ser humano a pensar que todas las leyes y fenómenos venían de dios para pasar a considerar que todo tenía una explicación razonable y que podía ser captada por los sentidos, llegando a estar en capacidad de descubrir su origen mediante el método positivo aplicado por Darwin.

La observación como método de investigación permite superar el idealismo basado en la verdad revelada en leyes inmutables para pasar a verdades comprobables, de las cuales podría proponerse leyes de carácter general, como el hombre descende del mono y los pájaros de los dinosaurios, lo cual indudablemente tiene algo de realidad, imaginación y ficción, pero puede explicarse por algo más creíble que el paraíso creado. En últimas el ser humano fue capaz de describir y desde allí crear ... para atrapar el fuego y el vapor en una caldera, dándole paso a la invención de máquina de vapor en 1768, al teléfono en 1876 y a la producción en serie.

Así, sobrevino a estas ideas filosóficas ideas más prácticas en la revolución industrial, aumentando la producción de bienes para satisfacción de los seres que pudieran adquirirlos, lo que llega a contemplarse de forma clara por Adan Smith quien afirma:

“No es la benevolencia del carnicero, el cervecero, o el panadero lo que nos procura nuestra cena, sino el cuidado que ponen ellos en su propio beneficio. No nos dirigimos a su humanidad sino a su propio interés, y jamás les hablamos de nuestras necesidades sino de sus ventajas. Sólo un mendigo escoge depender básicamente de la benevolencia de sus conciudadanos. Y ni siquiera un mendigo depende de ella por completo. Es verdad que la caridad de las personas de buena voluntad le suministra todo el fondo con el que subsiste. Pero aunque este principio le provee en última instancia de todas sus necesidades, no lo hace ni puede hacerlo

en la medida en que dichas necesidades aparecen. La mayor parte de sus necesidades ocasionales serán satisfechas del mismo modo que las de las demás personas, mediante trato, trueque y compra. Con el dinero que recibe de un hombre compra comida. La ropa vieja que le entrega otro sirve para que la cambie por otra ropa vieja que le sienta mejor, o por albergue, o comida, o dinero con el que puede comprar la comida, la ropa o el cobijo que necesita” (Smith, 1776)

De lo que se deduce que Smith lo que hace es observar, ver, analizar la forma como se intercambian bienes y servicios de manera natural, sobre la base que el sistema es libre en la demanda y la oferta, auto controlándose de manera tal que satisface a todos los que toman parte en la interacción social.

De esta forma, desde el método científico se puede explicar cómo se pasó de un método deductivo basado en la divinidad, a un método inductivo basado en la explicación de casos y cosas, pasando luego de comprenderlo a crear, lo que dio paso a la revolución industrial y con ella a la formación de los estados modernos y a la creación de nuevos derechos basados en las necesidades a partir de la represión del capital de los empresarios sobre la mano de obra del trabajador.

Pudiendo observarse que la búsqueda de la satisfacción de los derechos humanos va de la mano con el desarrollo mismo de la sociedad, los medios de producción y su consecuente relación con la razón como principio “absoluto de la humanidad”, lo que llevó a que el ser humano se conformará con un colectivo imaginario de lo verdadero, pasando de la verdad de dios, a la verdad de la razón, y de la razón a la verdad del capital.

Verdad a la que se opone Marx, quien a más de críticas el capitalismo, llega a considerarlo como una creación con significado, haciendo ver que en realidad se trata un juego de interpretaciones que nada tienen que ver con la realidad, pues el valor dado a la cosa no depende de su utilidad o beneficio sino del significado de la misma para la sociedad, analicemos estas palabras del padre del comunismo:

“El precio o la forma dineraria del valor característica de las mercancías es, al igual que su forma de valor en general, una forma ideal o figurada, diferente de su forma corpórea real y palpable. El valor del hierro, del lienzo, del trigo, etc., aunque invisible, existe en esas cosas mismas; se lo representa mediante su igualdad con el oro, mediante una relación con

el oro, la cual, por así decirlo, es sólo como un duende que anduviera en sus cabezas. De ahí que el custodio de las mercancías tenga que prestarles su propia lengua, bien colgarles un rótulo, para comunicar sus precios al mundo exterior 3. Como la expresión de los valores mercantiles en oro es ideal, el oro que se emplea en esta operación es también puramente figurado o ideal. Todo guardián de mercancías sabe que cuando confiere a éstas la forma del precio, o forma áurea figurada, está lejos de haberlas bañado en oro, y que para tasar en oro millones de valores mercantiles no necesita una sola pizca de ese metal. En su función de medida de valor, por consiguiente, el dinero sirve como dinero puramente figurado o ideal. Esta circunstancia ha dado pie a las teorías más desatinadas [4]. Aunque para la función de medir el valor sólo se utiliza dinero figurado, el precio depende estrictamente del material dinerario real. El valor, es decir, la cantidad de trabajo humano que contiene, por ejemplo, una tonelada de hierro, se expresa en una cantidad figurada de la mercancía dineraria que contiene la misma cantidad de trabajo. Según sea el oro, la plata o el cobre el que preste servicios como medida del valor, el valor de la tonelada de hierro tendrá expresiones de precio totalmente diferentes, o se representará en cantidades de oro o plata o cobre por entero distintas” (Marx, 1980).

Con estas palabras Marx va más allá de la descripción y en análisis dando paso a la crítica, que consiste en asumir el objeto de estudio, en este caso la economía desde un pensamiento subjetivo del investigador, quien interpreta la realidad de acuerdo a una ideas preconcebidas por quien interlocuta con el medio de estudio, creando así un mundo artificial alejando de la realidad, pero posible en la medida de la imposición ideológica de los sujetos. Se puede decir que la idea que los trabajadores sean los mismos capitalistas de los medios de producción es muy positiva en la medida que garantiza el acceso general a los productos en condiciones de igualdad, posición que se encuentra con el egoísmo e individualismo humano, propio del capitalismo, quien considera que puede apoderarse de los medios de producción quien tiene el ingenio para crear o producir riqueza a partir de sí mismo, pudiéndose afirmar que el comunismo es un ideal impuesto ideológicamente, basado en un método científico deductivo, pues del ideal deberían de decantarse todas las reglas sociales, mientras que el capitalismo se basa en la descripción que hizo Smith de las relaciones sociales, es decir inductivo, partiendo de lo particular – la genialidad – a la creación del sistema de capital. }

Esta visión de contexto metodológico permite dar paso a la erosión

del principio de la razón propio del modernismo kantiano y hegeliano, ocasionando otra especie de anomía ideológica como la creada por Marx, Freud y Nietzsche, a quienes Ricoeur llama los filósofos de la sospecha (les maîtres du soupçon) es una expresión cuyo mérito se atribuye al filósofo francés Paul Ricoeur (1913-2005) en su libro “De l’interprétation. Essai sur Freud” atribuyendo tal expresión a Marx, Nietzsche (A quien se le llama el padre de la Modernidad) Y Freud que colocan en crisis la sociedad tradicional, haciendo tambalear los pilares de la sociedad occidental transformando el orden de las cosas. Otros que se reconocen también como tal son Feuerbach, Ludwig (hijo de Paul Johan Anselm von Fuerbach) y “Søren Kierkegaard, Max Stirner, Franz Kafka, o bien Michel Foucault y E. M. Cioran”, así como Arthur Schopenhauer. Y como dice Torralba “ningún pensador que quiera ser fiel a las exigencias de la contemporaneidad podrá eludir estos grandes interlocutores: (...)”. (Torralba, 2013, p 8).

En este sentido afirma Covarrubias como

“El edificio del conocimiento cierto de sí, que comenzó a construir René Descartes, se cimentó sobre la devaluación de todo conocimiento previo como supuesto fundamental. Sin embargo, esta actitud crítica curiosamente pasó por alto el escrutinio con respecto a su primera certeza: la conciencia misma. Paul Ricoeur considera que la certeza de la conciencia se sostuvo hasta que los llamados maestros de la sospecha —es decir, Sigmund Freud, Friedrich Nietzsche y Karl Marx— comenzaron a pulverizar aquel roqueño utilizando la duda como herramienta, misma que sirvió a Descartes para suprimir la tradición en aras de la manufactura de su método científico. De este modo, el filósofo francés, quien inicialmente había confiado la certeza del conocimiento en el pensamiento o la conciencia misma, inauguró una stirpe que pronto utilizaría la duda como la actitud permanente de crítica al conocimiento.” Covarrubias, A. C. (2017).

Duda que vino a sugerir en palabras de Marx como la ideología es una falsa conciencia enmascarada creada a partir del capitalismo, que viene a ser un sistema económico creado a partir de la manipulación de los burgueses. Freud viene a afirmar como el sustrato de la personalidad del sujeto tiene un componente inconsciente, en el id o ello, el cual se manifiesta en el yo en el síntoma que viene a convertirse en la forma como el sujeto adapta la presión ejercida por lo instintivo y lo impuesto por la super yo, que viene a ser la estructura social que impone unos condicionamientos que limitan el ser, haciendo ver como el sujeto es especialmente irracional. El aporte de

Nietzsche tiene como objetivo restaurar la fuerza del hombre al superar el resentimiento contra la vida y la compasión fingida en la religión dando como producto un super hombre poderoso, seguro de si mismo, independiente, libre e individualista. Con lo que se exige una emancipación del ser humano de los límites impuestos por la sociedad e incorporados al ser de cada individuo, superando el malestar de la conciencia o de la falsa conciencia.

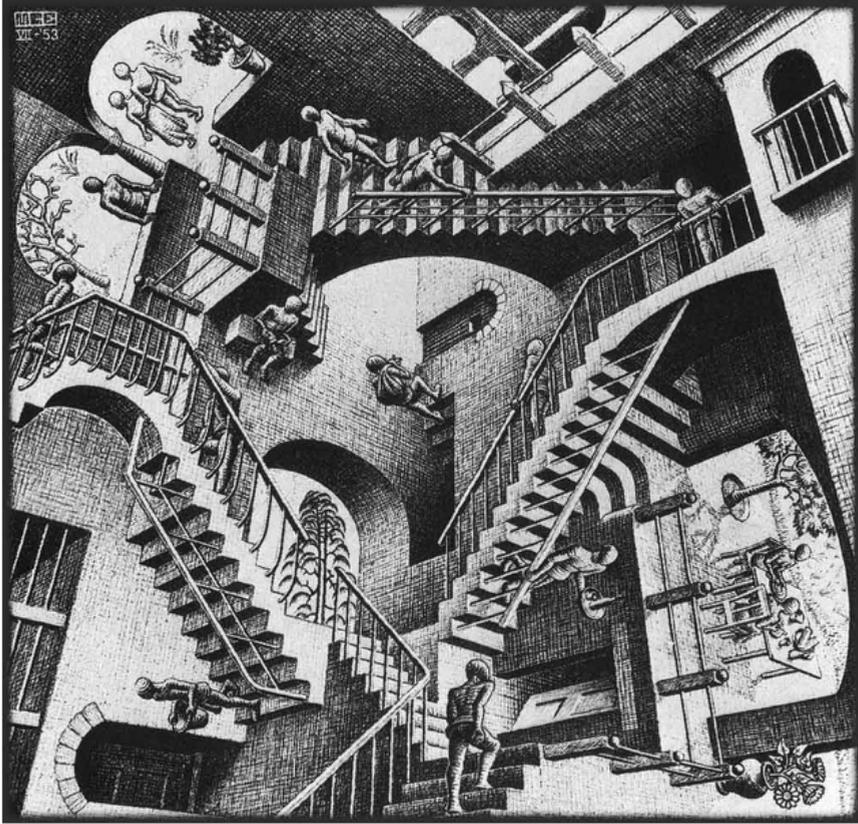
Junto a esta necesidad de emancipación abre aún más la ventana de postmodernismo teoría de la relatividad de Einsten que conjuga el principio de relatividad, que ya había sido observado por el propio Galileo que afirma como

“Imaginémonos un observador que se mueve con la misma velocidad que una masa en movimiento uniforme y rectilíneo. Para este observador la masa estar´a en reposo. Dado que, por el principio de inercia, sin influencias externas ambos mantendrán su movimiento, para el observador esta masa seguirá en reposo hasta que actúe una fuerza exterior sobre ella.” (Janssen, 2013, p. 41)

Con lo que enseña que los significados de las cosas dependen de la percepción que realiza el sujeto de las mismas, por lo tanto, no para todos los objetos de aprendizaje tiene el mismo significante, el mismo referente y el mismo contenido, por lo cual la verdad de cada uno difiere de la del otro debido a la percepción del sujeto cognoscente. La imagen que continua hacer relación a la capacidad de ser en el sujeto.

Esta nueva forma de comprender la verdad se origina en la conjugación de un método de investigación científica impuro o mixto, en el que se mezclan argumentos a partir de conclusiones parciales vistas en casos específicos (positivista e inductivo) ingresando a generar reglas generales, aún que sea irracionales que vienen a guía al sujeto y a la sociedad.

La multidimensionalidad de la obra de Escher motiva para ver el mundo real desde diferentes dimensiones, no solo desde un reduccionismo propio del pensamiento moderno, sino desde una complejidad que obedece a la integración de lo racional y lo irracional, de lo real y lo imaginario, de lo posible y lo imposible en el ser humano, todo construido a base de palabras, que viene a ser la forma como se comprende la realidad, siendo posible terminar citando a Habermas cuando afirma que la verdad es consensuada, basada en un discurso democrático.



Fuente: (Cornelis, 2021)

Con esta no tan breve historia de la filosofía se da paso a la organización del capítulo, empezando por el método científico para llegar a la teoría de la emancipación o la liberación, debiendo tocar el paradigma crítico para entender como los derechos humanos tienen una interrelación con el método científico que se propone dentro de una investigación, prefiriéndose de entrada el método que más emancipe el conocimiento de las verdades antes creadas como absolutas.

El método de investigación en el derecho y los derechos humanos

La filosofía como ciencia de la sabiduría asume el conocimiento del conocer mediante algunos métodos que se funden en dentro de los pensamientos de toda la ciencia incluida la investigación. Esta última toma de la teoría del conocimiento y de la epistemología para acercarse al objeto de estudio, y se concreta en los paradigmas científicos y métodos de investigación, que se interrelación de forma paradigmática.

Los principales paradigmas científicos corresponden a lo positivismo que se une a lo cuantitativo y a la forma de asumir la realidad sobre la generalización de los hechos particulares. El constructivismo que asume el conocimiento a partir del sujeto, quien aprende y del objeto que se aprende, a partir del equivalente, lo que permite aplicar el método cualitativo, y la forma de asumir el conocimiento a partir de la generalización para entender cada fenómeno en particular. Complementa este paradigma el crítico, que va más allá del anterior en cuanto el intérprete de la información realizará una censura de lo observado.

Así, dentro del Paradigma positivista que surge en el siglo XIX y principios del XX siendo sus principales promotores A. Comte, Durkheim, Mill, Popper entre otros, adopta como guía de aprendizaje del conocimiento el de las Ciencias Físicas y Naturales, aplicándolo al campo social y al educativo. Este igualmente se adoptó como modelo de investigación en las Ciencias Físicas y Naturales, aplicándose al campo social y más tarde al educativo, de tal forma que Usher y Bryant (1992) lo caracterizan como el paradigma de las ciencias naturales con unos determinados supuestos básicos:

- El mundo exterior, es el mundo real, y este no depende de los seres subjetivamente considerando, por lo tanto, es un mundo despersonalizado.
- Lo empírico captado mediante los sentidos es el medio de conocimiento apropiado, pues está libre de juicios de valor y obedece a una razón naturalista de causa y efecto.
- Lo científico es lo medible, y esto es lo objetivo (apartando lo subjetivo), aquello que no se pueda analizar mediante los números o el control experimental, no es científico.
- El sujeto que investiga debe apartar cualquier intencionalidad, compromiso o idea preconcebida, obligándose a revelar solo la realidad,

se diría la verdad (Lorenzo, C. R., 2006).

Unida a esta forma de paradigma positivista se encuentra la investigación cuantitativa, que busca una objetividad natural observable, bajo la perspectiva de que la realidad es una y que se la puede observar sin afectarla. Para esta epistemología lo científico es como un espejo, donde se refleja la realidad, las cosas como son (Kerlinger, 2002, p. 10) [1]. Razón por la cual lo positivista/cuantitativo se basa en el empírico casi que de forma exclusiva, esto especialmente porque

“las matemáticas y las estadísticas son los métodos de presentación y análisis en la investigación cuantitativa y, con demasiada frecuencia, el investigador cuantitativo y la comunidad científica pone mayor peso al uso sofisticado de estas por encima del fenómeno estudiado.”,

Esta clase de leyes basadas en la realidad, se traducen a todo el sistema humano, al derecho, a la economía, a la literatura y a la pintura, al igual que la astronomía. El positivismo refiere al método de investigación cuantitativo propio de las ciencias naturales, que tiende a ser exacto, y dejar de lado lo subjetivo, la propuesta es dejar que sea todo lo real, sumatorio y puntual. De tal forma que se aísle al investigador como un actor que se inmiscuye o confunde con el objeto de estudio. El positivismo es una idea que, si bien puede ser imparcial, de todos modos, es imposible aislarlo de la influencia del rector de la investigación, pues cada objeto es interpretado de acuerdo al observador.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aún lo estadístico se pueden manipular e interpretar de acuerdo a la mirada del investigador, sin querer decir que lo haga con mala intención, es sencillamente lógico que el sujeto este atado a unas circunstancias que lo llevan a asumir el objeto de conocimiento de una determinada forma, así los idiomas que maneje son límites para comprenderlo, por lo tanto cualquier investigación debe tener en cuenta esta variable, por ahorrarnos mencionar muchas otras circunstancias de tiempo, modo y lugar. La influencia de este método de investigación en la ciencia jurídica se presenta en los inicios de la aplicación del principio de legalidad, en el sentido que era válido y legítimo la ley emitida por el legislador siempre que fuera escrita, esto llevo a errores en la valoración de las conductas relevantes para el derecho penal, pues se dejaba al arbitrio del legislador los hechos y las consecuencias.

Ya el paradigma Post-positivista es una versión modificada del positivismo, pero más allá, por que asume la imposibilidad de aprehender la realidad de

manera totalmente imparcial, pues la misma solo puede ser entendida de forma incompleta, por la incapacidad o subjetividad de los mecanismos intelectuales y perceptivos del ser humano, lo que se limita para poder dominar todas las variables que pueden estar presentes en un fenómeno, existiendo siempre una influencia del observador.

Hernández et al. (2010) hacen un resumen de las características del paradigma post-positivista, en donde afirman que en éste la realidad puede ser conocida de forma imperfecta, el investigador puede formar parte del fenómeno de interés, el objeto de estudio influencia al investigador y viceversa, la teoría o hipótesis que sustenta la investigación influye en el desarrollo de la misma, el investigador debe estar consciente de que sus valores o tendencias pueden influir en su investigación, se puede realizar investigación de laboratorio o diseño cuasiexperimental, siempre existirá un nivel de error en las mediciones del fenómeno que se realicen y los hallazgos deben estar comprobados con fundamentos teóricos que los respalden (Ramos, C. A., 2015).

Por ejemplo, cuando en la teoría de la evolución de las especies Darwin afirma que el hombre procede del mono, lo realiza mediante una precisión matemática y exacta, sin embargo, la imaginación científica del autor lo deja decir que falta el eslabón perdido, acogiendo en la teoría científica la propuesta de Darwin como plausible, pero igual es subjetiva pues no se ha probado la teoría del paso entre de mono a homo.

La investigación cuantitativa adopta una estrategia sistemática, objetiva y rigurosa para generar y refinar el conocimiento. En este diseño, se utiliza inicialmente el raciocinio deductivo y la generalización, para Sousa “El raciocinio deductivo es el proceso en el cual el investigador comienza con una teoría o estructura establecida, en donde conceptos ya fueron reducidos a variables, recolectando evidencia para evaluar o probar si la teoría se confirma” (Sousa, V. D., Driessnack, M., & Mendes, I. A. C., 2007)

De esta manera la extensión obtenida en una muestra permite ser estandarizada a otros espacios, estableciendo una conciencia de manejo de las variables, especialmente la variable independiente o predictiva y la variable dependiente o resultado, dado cabida a investigaciones experimentales y no experimentales.

La descripción, selección y examen de las asociaciones que se presentan en la interacción de las variables, permiten los diseños no experimentales, siendo

los más comunes los estudios descriptivos del fenómeno y de correlación entre tendencias, sin intervención o manipulación del observador. (Sousa, V. D., Driessnack, M., & Mendes, I. A. C., 2007), tal y como lo realizó Darwin.

Otro de los paradigmas que permiten afianzar el acercamiento al objeto de estudio se trata del constructivismo, donde la teoría se hace propia por parte del investigador, el mismo coloca su impronta en el objetivo de estudio, porque de esta forma se apropia de la temática y está en capacidad de construir el conocimiento a partir del conocimiento que otros han elaborado (Creswell, 2014), si bien se parte de los datos positivos, no se quedan solo en los datos establecidos, sino que se hace una interpretación del mismo momento en el cual se apropia del conocimiento y pasa a interpretarlo. El riesgo en este paradigma es la posibilidad de influir tanto en el objeto de estudio que se falseen los datos, o se interpreten de forma inadecuada, razón por la cual es exigente para quien argumenta a partir de este método.

En el aspecto metodológico es importante tener presente que, como lo afirman Hernández et al. (2010), los diseños de investigación cualitativa contienen sus características propias, sin embargo, los límites entre cada uno no pueden estar establecidos de manera rígida, por lo que, en alguna manera pueden utilizarse en apoyo con los otros diseños, por ejemplo, dentro de un estudio etnográfico se podría tener como un objetivo específico el describir los significados que un grupo de individuos construye alrededor de un determinado rito, en donde la teoría fundamentada permitiría, como un subdiseño dentro de dicha investigación, resolver dicho planteamiento del estudio ((Ramos, 2015).

La teoría crítica, es un paso más adelante que se caracteriza por una acción – reflexión exigiendo que el investigador dentro del contexto social elaboré una censura de la realidad, con la base de analizar y transformar la realidad, mediante la apropiación social del conocimiento y la interacción teórica o práctica con los autores. Siendo el propósito crear una conciencia con buena información de tal forma que el sujeto abandone la posición de mero observador para pasar a ser actor (p. ej. feminismo, marxismo, materialismo dialéctico, etc.) busca que los individuos de un grupo humano se emancipen ante una determinada forma de violencia (Ramos, 2015), y es aquí donde precisamente se adapta la teoría a la práctica, pues no de otro modo el conocimiento se convierte en causa de emancipación social.

Lo crítico se contextualiza es una práctica investigativa de acción-

reflexión-acción, que implica que el investigador busque generar un cambio y liberación de opresiones en un determinado contexto social (Ramos, 2015). La búsqueda de transformación social se basa en la participación, intervención y colaboración desde la reflexión personal crítica en la acción (Ricoy, 2006).

La finalidad es entonces generar una conciencia informada que permita modificar las estructuras sociales mediante la conjugación de estrategias de lucha que permitan un cambio de la realidad, sin limitarse a los diseños cualitativo y cuantitativo, sino aplicando ambos mediante una argumentación de corrección de la realidad como puede ser la perspectiva de género, el interés superior del menor, la estabilidad presupuestal, ... etc ... en la pretensión que los individuos pueden emanciparse de la violencia generada (Ramos, 2015) .

En el derecho esta forma de investigación es no formal, es decir se basa en lógicas diferentes al establecimiento del silogismo jurídico, para pasar a un silogismo argumentativo, basado en principios, precedentes jurisprudenciales y realidades cuantitativas para de esta manera lograr impactar las interacciones sociales cotidianas. Un ejemplo de la aplicación de los métodos de investigación en la argumentación jurídica crítica se puede observar en la sentencia C-355/06:

Argumento cuantitativo: “La Organización Mundial de la Salud calcula que cada año en el mundo aproximadamente 50 millones de mujeres se someten al aborto. Se considera que el 40% de estos eventos ocurren en deficientes condiciones sanitarias. Los 20 millones de abortos inseguros que suceden cada año dan por resultado cerca de 78,000 muertes maternas y cientos de miles de incapacidades en las mujeres, la mayoría de las cuales ocurren en las regiones en desarrollo”.

Argumento cualitativo:

“Tratar a las mujeres conforme al derecho fundamental a la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Constitución, es siguiendo a Kant tratarla como algo más que una máquina reproductora. Su dignidad es vulnerada cuando es violada; cuando se le insemina artificialmente o se le trasfiere un óvulo fecundado sin su consentimiento. En estos tres casos la mujer es cosificada. Se le convierte en un instrumento, ya sea para satisfacer los deseos del violador o los planes de quien le trasfiere el óvulo o la insemina. También se le cosifica cuando se le obliga a procrear

contra su voluntad, esto es contra su libertad. En todos los casos en que no se le da a la mujer su libertad de no procrear, cuando se le obliga contra su voluntad a tener un hijo se le instrumentaliza y cosifica, se le trata de manera indigna como vientre sin conciencia del cual se sirven o sobre el cual deciden los demás. La penalización del aborto viola el artículo 1 de la constitución que consagra no solo el derecho fundamental sino algo más valioso como es el principio fundamental de la dignidad de las mujeres.”

Argumento inductivo:

“Desde 1973 hasta 1992 la Corte Suprema de Justicia estadounidense se pronunció en varias oportunidades sobre el aborto. En dichas decisiones se conservaron los parámetros constitucionales de regulación establecidos en las anteriores decisiones. Tales decisiones versan sobre diferentes aspectos de la regulación del aborto. Los casos que la Corte conoció son: Bigelow contra Virginia (CSJ. EU (1975), Planned Parenthood of Central Missouri contra Danforth CSJ. EU (1976), Singleton contra Wulff CSJ. EU (1976), Beal contra Doe CSJ. EU (1977), Maher contra Roe CSJ. EU (1977), Poelker contra Doe CSJ. EU (1977), Colautti contra Frankilin CSJ. EU (1979), Bellotti contra Baird CSJ. EU (1979), Harris contra MacRae CSJ. EU (1980), Williams contra Zbaraz CSJ. EU (1980), H.L. contra Matheson CSJ. EU (1981), Akron v. Akron Centre for Reproductive Health, Inc CSJ. EU (1983), Planned Parenthood Association Kansas, Missouri contra Ashcroft CSJ. EU (1983), Somopoulos contra Virginia CSJ. EU (1983), Thornburgh contra American College of Obstreticians and Gynecologists CSJ. EU (1986), Webster contra Reproductive Health Services CSJ. EU (1989), Hodgson contra Minnesota (CSJ. EU (1990), Ohio contra Akron Centre of Reproductive Health Inc CSJ. EU (1990), Rust contra Sullivan CSJ. EU (1991). En 1992, en el caso de Planned Parenthood contra Casey CSJ. EU (1983), la Corte Suprema de Justicia revisó la constitucionalidad de las normas de Pennsylvania que regulaban el aborto e introdujo un matiz a lo decidido en Roe contra Wade, pero sin cambiar el precedente. La norma establecía un tiempo de espera de 24 horas, después de tomada la decisión de abortar, para efectuar el procedimiento. La norma también establecía que los médicos debían proveer información a las mujeres sobre la viabilidad del feto. Además, exigía un permiso de los padres para menores no casados que quisieran abortar; creaba el requisito de llevar reportes médicos con toda la información del aborto, menos el nombre del paciente que era confidencial; establecía el deber de efectuar notificaciones al esposo

antes de llevar a cabo el procedimiento o de firmar una declaración en la que se debía afirmar que el marido no era el padre, o que el esposo había violado a la mujer, o que si el esposo se enteraba la vida de la mujer estaría en peligro. Sin embargo, establecía excepciones a la norma en caso de una emergencia médica.”.

Y aun que tratándose de una sentencia de constitucionalidad, se infiere de la misma todo un proceso de investigación para encontrar resultados fiables que sustenten el resultado de la providencia, que en este caso fue libera a la mujer de la cosificación de ser reproductora aún en los casos en que ella no desee serlo, emancipando a la mujer de una discriminación negativa impuesta socialmente por motivaciones especialmente morales, las cuales resultado del todo bienvenidas en el fuero interno de la mujer que decide abortar o de la pareja, pero que no resulta vinculante para un estado democrático.

La teoría crítica como un método de investigación adecuado para la emancipación del sujeto cognoscente

Emanciparse en la investigación significa liberarse de la opresión, en este caso de la opresión ocasionada por unos métodos de investigación que en aras de ser puros y exactos se pueden volver poco prácticos, muy elevados científicamente, pero faltos de realidad, o demasiado realistas y poco teóricos, por lo cual se privilegia además de la construcción del conocimiento por parte del discente, la aplicación de la intersubjetividad para la creación de la ciencia.

Como antes se había mencionado, la filosofía postmoderna prefigura el alejamiento de los postulados absolutistas llegando a criterios de ampliación del pensamiento humano hacia una filosofía intersubjetiva, pasando por los filósofos de la sospecha, quienes alteran de forma significativa la visión moderna del hombre definida por Descartes, Kant y Hegel, que como consecuencia el hombre se convierte en un ser “esencialmente problemático”, un enigma para sí mismo, careciendo de elementos sólidos para definirse o marcar su singularidad en el mundo (Torralba, F, 2013, p 8). En la misma línea de pensamiento SCHELER, refuerza que el hombre del siglo XX – moderno - se ha convertido en algo problemático debido a la imposibilidad que las tres visiones tradicionales del ser trabajen de forma mancomunada: (i) tradición judeocristiana, (ii) antigüedad clásica (griega), y (iii) las ideas de la ciencia moderna de la naturaleza y la psicología genética. (Scheler, M., Gaos, J., & Romero, F., 1938. p. 7).

En la deconstrucción del hombre, el ser no coincide necesariamente con lo que es estable, fijo y permanente, sino que tiene que ver más con el evento, el consenso, el diálogo y la interpretación, se esfuerzan por hacernos capaces de recibir esta experiencia de oscilación del mundo postmoderno como chance de un nuevo modo de ser (quizás, al fin) humano (Vattimo, G., 1992 p. 22).

Legitimándose la concepción de una ciencia jurídica, ya no basado en absolutos, o paradigmas de verdad defraudados con realidades inconclusas donde

“Creemos que la causa general de todo es la voluntad, asumiendo al yo como sustancia de todas las cosas, por esto nuestra costumbre de dividir el mundo en verdadero o aparente, o entre lo bueno y lo malo, o entre lo delictivo y no delictivo, es solo un índice de vida descendente.” (Nietzsche, F. W., & Echavarren, R. (1998. p. 14)

Ante lo cual se privilegia la ciencia que recibe la diversidad en los métodos de investigación, y se construye con base al consenso y al dialogo, interpretando los resultados en el momento histórico en que se presenta el análisis científico, dejando de lado, pero sin excluirlas totalmente lo categórico como absoluto, por uno menos imperativo y más integral. Con un valor intrínseco de los sentidos, aceptando lo subjetivo y lo objetivo. Y es que aún el mismo padre de la filosofía moderna, sin querer decir que se relativiza, propone dentro de su concepción ideológica como posible entrar una especie de excepciones a la consideración de inflexibilidad del imperativo categórico por razones de “causa necessitatis”, al existir equivalentes funcionales, cuando la mayoría de la población resultara afectada por la misma, o en el caso de imponerse una sanción justa sin un motivo útil. (KANT, 2005 p. 167 a 174).

Pudiendo afirmarse con HABERMAS que “el mundo aparece como un tejido hecho de simulaciones e interpretaciones a las que no subyace ninguna intención ni ningún texto”, en el que la potencia creadora de sentido se funde en la posibilidad de una sensibilidad que deja afectar de las maneras más variadas posibles el núcleo estético de la voluntad de poder, legitimando el núcleo de la investigación hacia otras sensibilidades (Habermas, 1993, p. 123).

Las sensibilidades deben entonces dirigirse a la emancipación del ser, lo que propugnaba Marx desde la teoría económica estaba atada a la necesidad emancipación de la humana, que tiene como base la libertad:

“La liberación y autodisolución (,,) llevaría a la humanidad a una sociedad sin clases, o comunista, con sujetos conscientes de sí mismos y en relación con los otros y la naturaleza.” (Tischler & García, 2017).

Este pretendido estadio de la humanidad, es posible solo cuando el ser este en capacidad de auto determinarse, gestionarse y realizarse, para lo cual necesita ser uno menos individualista y más comunitario, lo que solo es posible en la medida del conocimiento de si mismo y de su entorno, lo que se une al conocimiento científico y de experimentación, si se analizan los mejores entornos comunistas de la sociedad se encuentra no tanto en los países donde la prevalencia de violación a los derechos humanos es mayúscula en la búsqueda de la prevalencia del sistema, sino en las pequeñas comunidades religiosas las cuales han venido acumulando riquezas desde hace más de 2 siglos y que disfrutan de una capacidad de preparación a sus asociados que les permite ser personas libres, sometidos a la voluntad de dios, con una férrea disciplina eclesiástica, pero libres en lo humano, en estas nada es nadie y todo es de todos, por lo que ninguno tiene nada pero a la vez lo tienen todo, pudiendo afirmarse que el mejor estadio del ser humano se alcanza no mediante los bienes materiales que disfrute, sino desde la liberación del pensamiento para precisamente estar gozoso en cada posea o no posea.

Latinoamérica ha tenido una represión de conocimiento, pues la dependencia de Estados Unidos y de Europa no le ha permitido ejercer una investigación científica libre y capaz de transformar su realidad. La dependencia científica del sur puede resumirse en una incapacidad de producir ciencia, lo que hace que pocas universidades latinoamericanas se incluyan entre las mejores del mundo y los presupuestos para investigación sean igualmente exigüos, pues solo alcanza para el escaso bienestar social, lo que no es para nada cierto, puesto que Europa aún en los peores momentos de su economía ha dado lucidos pensadores y críticos, y Estados Unidos deja en una elite patrocinada por la empresa privada la producción de un conocimiento aplicado a la creación de capital.

Latinoamérica si puede producir conocimiento en la medida que los investigadores incluyan en las investigaciones realizadas en la región autores propios de la misma, describiendo los marcos teóricos y referenciales propios, resaltando la capacidad de hacer ciencia, y no solo describir los problemas de la región para tratar de solucionar con teorías que no son pensadas para la marginalidad como lo afirma Zafaronni, sino

para la centralidad, lo que explica el estado de tercer mundo que padece los países del sur ... de Estados Unidos y del sur ... de Europa.

A manera de colofón, la política de ciencia y tecnología se encuentra en la etapa del aprendizaje regional interactivo fluyendo el conocimiento en forma de feedback, de sur a norte y de este a oeste, con redes, intercambio de conocimiento y toda una red de conocimiento, esta comienza en los años 90, gracia a la democratización de la internet. Esta viene posterior a la “transferencia unidireccional descontextualizada” que se dio de 1950 a 1970 donde el flujo del conocer se dio de Norte a Sur, pues el sur no produce, solo aprende y se sorprende, concretándose mediante la intermediación de organismos internacionales como OCDE, UNESCO y OEA, viniendo posteriormente la etapa de transición de 1980 a 1990 donde debido a la crisis social propio de la guerra fría la influencia del pensamiento crítico latinoamericano hizo una independencia académica comenzando el influjo del pensamiento de sur a sur (Escobar, 2018), por lo tanto la economía académica actual se nutre de todas las fuentes posibles, es multidimensional e inacaba, en espacio, tiempo y producción.

Conclusiones

Los derechos humanos son una construcción individual y colectiva que se realiza diariamente, no se deben considerar como una teoría terminada, sino que una teoría aplicada a la realidad diaria, especialmente indicada hacia los grupos más vulnerables como las mujeres, las niñas, niños, diversos sexuales Lgtbi plus, personas de la tercera edad, discapacitados y la población marginada, pobre o ignorante.

Necesidad de la que deben partir investigaciones que a más que cualificar, cuantificar, deducir o inducir, este en capacidad de construir un conocimiento científico crítico que libere al ser de los límites impuestos por la ciencia, aún más cuando el sujeto se encuentra disminuido científicamente como es el caso de Latinoamérica, que ha sido considerada como incapaz de producir conocimiento de calidad.

La historia de los derechos humanos ha sido una lucha por la emancipación del ser, para que todos y no solo los “varones blancos” estén en capacidad de autodeterminarse con sujetos de derechos, consenso que ha ido incluyendo a los sujetos vulnerables dentro de un programa de reconocimiento de derechos, que solo sobrevivirá y seguirá vigente en la medida que se realice

una constante crítica a la mejor aplicación de los mismos en la interacción social.

La teoría crítica se convierte en el método científico más idóneo para la emancipación del sujeto en su realización autónoma dentro de la sociedad, mejorando la aplicación de los derechos de todos los seres sintientes en medio de una realidad multidimensional, caótica, compleja pero especialmente incluyente de la diversidad y democrática.

Referencias

- ABC (2017), Jean-Paul Marat, «el mártir» que reemplazó los crucifijos de París durante el Régimen del Terror. Disponible en: https://www.abc.es/historia/abci-jean-paul-marat-martir-reemplazo-crucifijos-paris-durante-regimen-terror-201710150221_noticia.html
- Alvear T, J. (2011). La libertad de conciencia y de religión en la Ilustración francesa: El modelo de Voltaire y de la " Encyclopédie". Revista de estudios histórico-jurídicos, (33), 227-272)
- Carrara, F. (1859). Programa de Derecho Criminal, Editorial Temis, Bogota.
- Cornelis, E (2021). Obras de arte. Disponible en: <https://historia-arte.com/artistas/m-c-escher>
- Corte Constitucional T-622/16
- Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos, 1983, City of Akron v. Akron Centre
- (1983) Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri, v. Ashcroft 462 US 476
- (1983) Somopoulos v. Virginia 462 US 506, 1983. Votación: 5-4.
- (1986) Thornburgh v. American Collage of Obstreticians and Gynecologists 476 US 747
- (1989) Webster v. Reproductive Health Services 492 US 490, 1989.
- (1990) Hodgson v. Minnesota 497 US 417,
- (1990) . Ohio v. Akron Centre of Reproductive Health Inc 497 US 502, 1990.
- (1999) Rust v. Sullivan 11 S.C.t. 1759, 1991.
- (1992) Planned Parenthood v. Casey 505 US 833, 192.
- Covarrubias, A. C. (2017). La hermenéutica de la recuperación según Paul Ricœur y Bernard Lonergan. Signos filosóficos, 19(37), 38-65.

- Escobar O, J. M. (2018). El diseño de la política científica en América Latina: organismos internacionales, gobiernos nacionales y comunidades científicas.
- Fernández, M. D. P. L. (2009). El concepto de anomia de Durkheim y las aportaciones teóricas posteriores. *Iberóforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, 4(8), 130-147.
- Habermas, Jürgen. (1993) El discurso filosófico de la modernidad. Taurus Humanidades. Madrid
- Janssen, B. (2013). Teoría de la Relatividad General. Universidad de Granada. Disponible en: <http://www.ugr.es/~bjanssen/text/BertJanssen-RelatividadGeneral.pdf>
- Kant, I., O, A. C., & Sancho, J. C. (2005). La metafísica de las costumbres. Madrid: Tecnos.
- Kerlinger, F. (2002). Investigación del comportamiento: técnicas y comportamiento. México: Editorial Interamericana.
- Lorenzo, C. R., 2006). Contribución sobre los paradigmas de investigación. *Educação*, 31(1), 11-22. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1171/117117257002.pdf>. Consultado el: 25-03-20
- Mariño, G (1996) “Freire: anotaciones para una lectura de la evolución de sus planteamientos” en *C/A Aportes* 43 (Bogotá: Dimed).
- Marx, C. (1980). *El Capital*, Siglo XXI editores, México, España, Argentina, Tomo I/ Vol. 2. Cap. XV.
- Nietzsche, F. W., & Echavarren, R. (1998). *El ocaso de los ídolos*. Barcelona: Tusquets.
- Ocampo L, J. (2008). Paulo Freire y la pedagogía del oprimido. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, (10), 57-72.
- Ramos, C. A. (2015). Los paradigmas de la investigación científica. *Avances en psicología*, 23(1), 9-17. Disponible en: http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/psicologia/2015_1/Carlos_Ramos.pdf. Consultado el: 23-03-20
- Scheler, M., G, J., & Romero, F. (1938). *El puesto del hombre en el cosmos* (pp. 21-22).

Buenos Aires: Editorial Losada.

Smith, A (1776). La riqueza de las nacional. Editor digital: Titivillus. Disponible en: <https://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/1Independencia/Imag/1776-AS-LRN.pdf>

Sousa, V. D., Driessnack, M., & Mendes, I. A. C. (2007). Revisión de diseños de investigación resaltantes para enfermería. Parte 1: diseños de investigación cuantitativa. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, 15(3), 502-507.

Torralla, F. (2013). *Los maestros de la sospecha*. Barcelona, España: Fragmenta Editorial.

Tischler Visquerra, S., & García Vela, A. G. (2017). Teoría crítica y nuevas interpretaciones sobre la emancipación. *Tla-melaua*, 11(42), 186-207.

Usher, R., Usher, R., & Bryant, I. (1992). *La educación de adultos como teoría, práctica e investigación: el triángulo cautivo*. Ediciones Morata.

Vattimo, G. (1992). Posmoderno:¿ una sociedad transparente?. *Debate Feminista*, 5, 120-128.

Vidorreta, M. A. R., & santa Ana, C. P. E. I.(2014). Paulo Freire: de la pedagogía del oprimido a la pedagogía de la esperanza y de la liberación. *Revista arista digital*..