

Medellín • núm. 16 • Julio a diciembre de 2021 • Publicación semestral • ISSN 2357-4615

PLURIVERSO

Revista de divulgación académica • Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana • UNAULA



 Ediciones
UNAULA

PLURIVERSO

PLURIVERSO

núm. 16 • julio a diciembre de 2021 (semestral)

ISSN: 2357-4615

Revista de divulgación académica de la Escuela de Posgrados

Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA

Grupo Pluriverso

Ediciones UNAULA

Una marca del Fondo Editorial UNAULA

© De la Edición: Universidad Autónoma Latinoamericana

© De los contenidos: los respectivos autores

Presidente Sala de Fundadores

Antonio Puerta Arango

Rector

José Rodrigo Flórez Ruiz

Vicerrectora Administrativa

Carmen Alicia Úsuga Castaño

Vicerrectora Académica

Mónica Cecilia Montoya Escobar

Vicerrectora de Investigación

Doris Alexandra Agudelo López

Secretario General

Francisco Javier Serna Giraldo

Decano de la Escuela de Posgrados

Juan Guillermo Betancur Londoño

Editor de la Revista

Juan Pablo Acosta Navas

Edición

Fondo Editorial UNAULA

Corrección de textos:

Ana Agudelo

Diseño y diagramación:

Taller Artes y Letras S.A.S.

Correo electrónico de la revista: pluriverso@unaula.edu.co

Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la Revista con finalidades educativas, investigativas o académicas. Para reproducciones con otros propósitos es necesario contar con la autorización expresa de Ediciones UNAULA.

Dirección de la Universidad: Carrera 55 No. 49-51

Conmutador (604) 511 2199 Medellín, Colombia.

www.unaula.edu.co

pluriverso@unaula.edu.co



Tabla de Contenido

Editorial	9
Juan Pablo Acosta Navas	
Derechos humanos, infancia y su participación en la justicia transicional en Colombia	13
Diana Katherine Palacios M.	
El derecho a intentarlo (right to try) y la dignidad humana en Colombia	41
Jorge Iván Portilla Ruiz	
Colisión de principios jurídicos en la despenalización del aborto	69
Juan Fernando Díaz Pérez	
Balance sobre los estudios sociojurídicos de la enseñanza del Derecho en Colombia	93
Luis Hernando Taborda Durango	
Estefany Cataño González	
La socioafectividad como principio rupturista del paradigma biológico–binario de la filiación natural	119
Vladimir Aguirre Mesa	
El enfoque diferencial desde la perspectiva género–vejez en la política pública de reparación a las víctimas	163
Daniela Zapata Atehortúa	
Incertidumbre limítrofe del Estado colombiano: un análisis de la situación de las fronteras marítimas con Costa Rica, Nicaragua y Venezuela	193
María Isabel Olano Gómez	



Editorial

Juan Pablo Acosta Navas

La *Revista Pluriverso*, entrega dieciséis, refleja la pluralidad de voces y perspectivas que se suman para reflexionar en torno a diversos asuntos de carácter socio-jurídico, ético y político de coyuntura para Colombia. Se abordan temas desde aquellos relacionados con el conflicto armado, la justicia transicional y la reparación a las víctimas, hasta asuntos polémicos como la despenalización total del aborto o las relaciones jurídicas constituidas por el derecho de familia vigente en Colombia. Todos los artículos fueron sometidos a rigurosa revisión por pares evaluadores externos, por lo cual gozan de rigurosidad académica y multiplicidad de perspectivas analíticas y críticas.

El primer artículo “Derechos humanos, infancia y su participación en la justicia transicional en Colombia” es un valioso aporte a la discusión académica en contextos transicionales como el que vive Colombia. Desde un enfoque de derechos humanos, su autora plan-

tea varios elementos novedosos en torno a la relación de la infancia (niños, niñas y adolescentes) con el conflicto armado colombiano y la protección, garantía y salvaguardia de sus derechos, en el proceso de justicia transicional que se enmarca en el actual pos acuerdo entre el Estado colombiano y el hoy partido político Comunes, a cinco años de la firma del Acuerdo Final.

El segundo artículo plantea una discusión sumamente potente en términos jurídicos, políticos, pero también filosóficos, “El derecho a intentarlo (*right to try*) y la dignidad humana en Colombia” a propósito de la sentencia T-057 de 2015 de la Corte Constitucional, en la cual, desde la perspectiva de la dignidad humana como imperativo del ordenamiento jurídico colombiano, el alto tribunal establece la necesidad, ante padecimientos graves que afectan el derecho fundamental a la salud, de “intentarlo” en cuanto a tratamientos y procedimientos de alto costo o experimentales, con el propósito de mejorar la calidad de vida de quienes se encuentran gravemente enfermos.

El tercer texto del número “Colisión de principios jurídicos en la despenalización del aborto” es una discusión de suma trascendencia en la actualidad colombiana pues el tema del aborto y su posible despenalización total o no, vuelve a discutirse en la Corte Constitucional. El autor mediante un despliegue de argumentos jurídicos, dogmáticos y políticos sustenta con rigor académico cuáles son las posibilidades, potencialidades y límites en la despenalización total del aborto, y además pone de presente la relevancia absoluta en que la mujer pueda decidir sobre su propio cuerpo bajo cualquier circunstancia.

El siguiente escrito es de autoría de estudiantes de pregrado que, de forma rigurosa y sistemática, revisan la literatura existente en torno a los denominados estudios socio-jurídicos como componente del proceso de enseñanza del derecho en nuestro país, y se titula: “Balance sobre los estudios socio-jurídicos de la enseñanza del derecho en Colombia”.

El quinto artículo condensa una visión holística sobre un tema jurídico del campo del derecho de familia, pero que incorpora reflexiones sólidas desde la sociología, la psicología e inclusive podría decirse que desde el bioderecho. En el artículo: “La socioafectividad como principio rupturista del paradigma biológico–binario de la filiación natural” hay una apuesta de rigurosa sistematización sobre la literatura existente del paradigma de la filiación natural. El autor incorpora con agudeza académica y capacidad crítica una propuesta alternativa a la teoría más sólida en la materia.

El penúltimo texto “El enfoque diferencial desde la perspectiva género–vejez en la política pública de reparación a las víctimas” es derivado de un trabajo de grado del pregrado de ciencia política. La autora propone una robusta discusión que tiene como fundamento la ley 1448 de 2011 (o Ley de víctimas), pero que trasciende de lo normativo para concentrarse en las políticas públicas y la *interseccionalidad* de las personas mayores víctimas del conflicto armado, con un enfoque de género que reconoce que son las mujeres y las disidencias sexuales las mayores afectadas por el trágico historial de la guerra en nuestro país, máxime cuando se trata de personas mayores.

El artículo de cierre resulta, como otros de este mismo número, de absoluta actualidad por la disputa jurídica vigente entre el Estado de Colombia y el Estado de Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya. El texto titulado: “Incertidumbre limítrofe del Estado colombiano: un análisis de la situación de las fronteras marítimas con Costa Rica, Nicaragua y Venezuela” no solo se refiere al diferendo limítrofe señalado, sino que propone con un sentido crítico otros aspectos problemáticos de los límites marítimos del Estado colombiano con respecto a otros vecinos como Costa Rica y Venezuela. Su autora integra su formación en derecho y en ciencia política en un análisis riguroso y pertinente en la actual coyuntura de disputa jurídica con respecto a las fronteras de Colombia en el archipiélago

de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al igual que otras zonas en disputa.

Con este destacado grupo de artículos celebramos la reactivación de la Revista *Pluriverso* de la Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA. Invitamos a la comunidad académica local y regional a participar en nuestras próximas convocatorias.

Juan Pablo Acosta Navas
Editor



Derechos humanos, infancia y su participación en la justicia transicional en Colombia

Human Rights, Childhood and his participation in Transitional Justice in Colombia

Diana Katherine Palacios M.¹

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9528-2770>

Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=SsLxcwAAAAJ>

Resumen

El presente artículo analiza la participación de los niños, niñas y jóvenes víctimas del conflicto armado en Colombia, en el proceso de Justicia transicional. Resulta fundamental establecer criterios de protección de la infancia bajo estándares internacionales, concretamente, aquellos que garanticen que los mecanismos de verdad, justicia y reparación incluyen herramientas mínimas y contribuyan a una verdadera reparación; y no a su re-victimización o exclusión.

Palabras clave: Derechos humanos, paz, justicia transicional, niños, niñas, víctimas.

1 Abogada, especialista en Derecho Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia, Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, de la Universidad Carlos III de Madrid, donde realizó una investigación titulada: "Justicia transicional: una visión desde los derechos de la infancia". Contacto: kathepalacios@hotmail.com

Abstract

The objective of this article is to carry out an analysis around the participation of children and young people who are victims of the armed conflict in Colombia, in the transitional justice process. It is essential to establish criteria for the protection of children under international standards, specifically, those to guarantee that the mechanisms of truth, justice and reparation contemplate minimum tools that contribute to a true reparation, and not for their re-victimization or exclusion.

Key word: Human rights, peace, transitional justice, children, and victims.

Introducción

Children... have an extraordinary capacity to see into the heart of things and to expose sham and humbug for what they are.

Desmond Tutu, 2004²

Los enfrentamientos bélicos a lo largo de la historia han dejado consecuencias nefastas para las sociedades, especialmente, para la población infantil. Han causado violaciones irreparables. Las dos guerras mundiales fraguadas en el contexto del auge de regímenes autoritarios demostraron una crisis de los derechos de las personas. El impacto de estos episodios, demostró un retroceso para Europa, también para el mundo entero. Además de preocupación, generó la necesidad de buscar formas más eficaces de proteger los derechos humanos (Truyol y Serra, 1984, pág. 23 ss.).

La realidad mundial evidenció la necesidad de conocer las formas de manifestación de la violencia, de desarrollar prácticas que aportaran a la transformación de sociedades, hacer frente a un pasado de violencia masiva y orientar las sociedades hacia contextos pacíficos

2 Chair of South African Truth and Reconciliation Commission.

para nuevas generaciones. Por ello, en albores del movimiento internacional para proteger los derechos humanos y hacer frente a un pasado de violencia masiva, los Principios de Chicago, relativos a la Justicia Transicional, representan un compromiso con la búsqueda de la verdad, la justicia, la reconciliación, y el establecimiento de una paz, estable y duradera (Institute”, “Chicago Council on Global Affaire”, & Penal”, 2007).

Combatir las atrocidades requiere la implementación de un modelo de sociedad democrática que asuma un serio compromiso con las víctimas y responda a las demandas mediante una buena utilización de los elementos, con miras a contribuir en la lucha contra la impunidad. Al principio, este modelo sirvió como un medio para que solo se hiciera justicia frente los responsables de los crímenes cometidos (*Juicios de Núremberg*) (KRITZ, 1995 (4 vols.))³, y poco involucraba a las víctimas. No obstante, con los años ha ido desarrollando mecanismos con los cuales es posible lograr que sociedades sumidas en violencia masiva, puedan reconstruir sus contextos hacia lugares pacíficos y garantes de los derechos humanos (Tojeira, 1997, págs. 145-162).

El derecho internacional documenta eventos que demuestran escepticismo acerca de este modelo de justicia respecto de las víctimas. Especialmente, de víctimas con algún grado vulnerabilidades como el caso de la población infantil (Salvador, 1992-1993)⁴. En el proceso transicional desarrollado en Sudáfrica, la Comisión de la Verdad

3 Todo ello plantea ciertos dilemas a los gobiernos en transición en punto a determinar si emprender enjuiciamientos en contra del líder del régimen autoritario o de sus aliados por los abusos cometidos. Posteriormente, surgen discusiones sobre entender que el enjuiciamiento no es lo único esencial para lograr una verdadera justicia, ya que exponer los crímenes a la luz pública, es la mejor forma de marcar una línea entre el viejo (régimen) y nuevo gobierno. Es una forma de que la sociedad perciba la nueva autoridad como algo diferente al pasado. (Traducción propia). En: (KRITZ, 1995 (4 vols.)).

4 Comisión de la verdad del Salvador. De la locura a la esperanza. La guerra de doce años en El Salvador. San Salvador: Naciones Unidas, 1992-1993.

fundamentó su negativa de involucrar a los niños, y niñas en la inconciencia de éstos para interpretar las consecuencias de testificar en público; en otros procesos como en Perú, la Comisión consideró que publicar testimonios de mujeres y niñas que habían sido violadas, podría generar consecuencias adversas, a pesar de que manifestaron su deseo de contar sus historias (Aptel & Ladisch, 2011, pág. 18).

Todo nos lleva a plantearnos interrogantes sobre la finalidad o trasfondo de los procesos de justicia transicional e identificar si esta forma de justicia es implantada como una necesidad de poner fin a las graves violaciones de derechos humanos, especificando los mecanismos jurídicos idóneos para lograr una verdadera transición o, por el contrario, la política continua manipulando las fórmulas jurídicas en contextos de transición (Uprimny Yepes & Saffon, 2008, págs. 1-131), es decir, que la justicia transicional se afianza como un instrumento más para perpetrar modelos políticos cuyos intereses distan de la realidad y fin primordial: las víctimas.

Por ello, el presente artículo pretende hacer un análisis entorno al papel de los niños, niñas y jóvenes víctimas del conflicto armado, en el marco de la Justicia Transicional en Colombia. Esto nos lleva a resolver dos cuestiones: en primer lugar, establecer estándares internacionales de protección de la infancia, especialmente, aquellos que fueron víctimas del conflicto armado. En segundo lugar, identificar criterios argumentativos que justifiquen la participación de los niños y adolescentes, víctimas del conflicto armado en el proceso de justicia transicional en Colombia, mediante un análisis de contexto de cara a experiencias internacionales y con observación del ordenamiento jurídico internacional.

Para lograrlo, se elaborará una conceptualización de justicia transicional, identificando los elementos que la constituyen, se presentará el estándar internacional de protección a niños y niñas víctimas de los conflictos armados, a partir del principio del interés superior. Posteriormente, se efectuará un análisis de la protección de la infan-

cia y la justicia transicional. Luego, se presentará el contexto colombiano, identificando el papel que ha venido desarrollando la infancia y justificando la importancia de su participación en el proceso que se lleva a cabo. Finalmente se presentarán conclusiones, que permitan reflexionar sobre las ideas planteadas.

Conceptualización de la justicia transicional

La justicia transicional puede ser entendida como aquel “periodo de cambio político, caracterizado por respuestas legales cuyo objetivo es enfrentar los crímenes cometidos por regímenes opresores anteriores” (Teitel R. G., 2003, págs. 69-94). También, es entendida como “el esfuerzo por construir paz sostenible tras un periodo de conflicto, violencia masiva o violación sistemática de los derechos humanos”, cuyo objetivo no es otro más que hacer una buena y efectiva implementación de los mecanismos de enjuiciamiento, revelar la verdad acerca de crímenes pasados, brindar reparación a las víctimas, reformar las Instituciones abusivas que avalaron los crímenes y promover la reconciliación social (Van Zyl , 2011, pág. 47).

Se busca entender las violaciones ocurridas, agotar los medios para reconstruir los efectos y caminar hacia un futuro a través de la comprensión de la historia, que garantice no volver al pasado⁵. Lo anterior exige acciones incluyentes diseñadas para enfrentar el pasado y mirar hacia el futuro con el fin de evitar la recurrencia del conflicto y las violaciones. Por ello, incorporar los niños, niñas y adolescentes en procesos de justicia transicional es un acierto que ayuda a la construcción de un nuevo modelo de sociedad. Los mecanismos constituyen una garantía para proteger a los más afectados, y entre éstos, a los más vulnerables.

Derecho a la verdad. El derecho a la verdad no está consagrado en ningún instrumento internacional, pero ha tenido un desarrollo

5 Uprimny, R. y Saffon, M. (2008). *Op. cit.*

importante de forma autónoma, ante la necesidad de que las sociedades que buscan superar periodos difíciles, conozcan lo ocurrido. Uno de los primeros reconocimientos de forma autónoma, fue hecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el informe relativo al caso Argentina de 1986. Dicho tribunal considera que conocer los crímenes pasados conlleva a generar consciencia y a evitar que éstos vuelvan a ocurrir (Garreton, 2004, págs. 93-100).

Con esto se plantea la idea de buscar la verdad no en términos «lógico formales o matemáticos», sino de buscar la verdad desde una fundamentación racional, puesto que esta no funciona bajo una lógica de la demostración en sentido formal, que la convierte un ejercicio deductivo; por el contrario, se busca mostrar la verdad plena, es decir, la verdad misma de las cosas. Al conocer la historia de lo sucedido se puede articular una lógica de la verdad. Por medio de esta, la existencia humana puede desarrollarse integralmente lejos de la apariencia que conlleva a combatir patologías sociales y permite lograr mayor afirmación de la vida y mejores condiciones para su desarrollo (Maldonado, 2010, pág. 95 ss.).

Derecho a la justicia. La justicia tiene el objetivo de evitar la impunidad de delitos cometidos durante un periodo de violencia masiva o represión. Con ello se busca la investigación y persecución de los crímenes, lo que constituye una garantía para las víctimas de que las violaciones serán juzgadas conforme a la legislación y observando las reglas claras de las transiciones. Uno de los dilemas que se plantea gira entorno a la consecución de la justicia en tiempos de transición. Este fue evidente en debates históricos sobre los Juicios de Núremberg después de la Segunda Guerra Mundial. Surge cuando ambos fines son perseguidos para lograr contextos sociales libres de violencia, sin embargo, por lo general se buscaba zanjar las discusiones en virtud de procesos de negociación que a menudo se encontraban ante acusaciones que terminaban en amnistías, y por tanto eran vistas como una politización de las transiciones (Teitel R., 2017, págs. 137-139).

Lo anterior nos permite configurar criterios a favor y en contra de la justicia en tiempos de transición. Por un lado, es de importancia medir, hasta qué punto es necesario lograr la justicia penal, haciendo una priorización de delitos que permitan limar dichas tensiones, y por otro lado, implementar un proyecto de justicia penal escéptico podría ser contraproducente y generar impactos negativos sobre el proyecto, generando la sensación de impunidad⁶. En todo caso, la justicia debe ser entendida como una garantía de las víctimas a exigir del Estado mecanismos idóneos para investigar e imponer medidas sancionatorias a los responsables de las violaciones, sobre el cual, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), afirma que «no basta con la reparación civil de las víctimas», pues es necesario que se les haya garantizado su derecho a la justicia (Acosta Alvarado, 2007, pág. 65 ss.).

Reparación. El derecho internacional entiende la reparación como un concepto asociado a una obligación de los estados de resarcir los daños materiales o inmateriales causados por hechos internacionalmente ilícitos (Rincón, 2010, pág. 79 ss.). La Convención Americana de Derechos Humanos (CAD) en su artículo 63.1, ha determinado que toda violación a un derecho o libertad que haya generado un daño debe ser reparado, y genera la obligación del pago de una indemnización (CADH, 1969). Reconocer la magnitud del daño contribuye a la reconstrucción histórica de las víctimas, que conlleva directamente, al establecimiento de la verdad y a plantearse un serio compromiso en términos económicos y fiscales respecto a estas, es lo que en Colombia se ha denominado *economía política de la reparación* (Caray Salamanca & Vargas Valencia, 2012, pág. 38).

Por tanto, todo daño ocasionado de un acto ilícito internacional, merece una restitución que consiste básicamente en el restablecimiento de la situación al estado anterior al daño, cuando ello sea po-

6 Teitel, R. (2017) *Op. cit.*

sible, y en los casos que no, los tribunales deben determinar medidas para resarcir el daño ocasionado con la violación (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1989), en todo caso, debe existir un nexo causal entre «los hechos del caso, las violaciones, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para *reparar los daños*» (Caso Almeida Vs. Argentina, 2020).

Reforma institucional. A menudo instituciones públicas como «la policía, el ejército y los tribunales» son instrumentos de represión y violadores de derechos humanos durante el periodo de conflicto armado o regímenes represivos. Por tanto, es necesario lograr una reestructuración de dichos organismos dejando atrás, estructuras abusivas y configurar nuevos modelos de institucionalidad garante de libertades y derechos (ICTJ, 2010). Esto supone una reestructuración que fomente la rectitud institucional, y garantice la rendición de cuentas con miras a la no repetición de los crímenes. Es posible deducir que cuando las violaciones se cometen a gran escala, el reto es la adecuada implementación de los mecanismos en tiempos de transición, logrando que las instituciones sean el conducto para que las víctimas no se pierdan en el horror de las cifras, sino preservando su identidad, nombrarlas y valorar sus historias (Jorna, 1997, págs. 196-211).

En este orden de ideas, combatir las atrocidades requiere un serio compromiso con las víctimas y atender las demandas de hacer una buena implementación de los mecanismos con miras a proteger los derechos humanos y hacer frente a un pasado de violencia masiva⁷. Tratándose de la infancia, muestra la importancia de incluirlos y así garantizar un espacio que con sus vidas se han ganado, pues no solo son quienes ponen los cuerpos durante los conflictos armados o periodos autoritarios, sino la generación responsable de cuidar el modelo que se implemente (International Center for Transitional Justice, 2011).

7 “Los Principios de Chicago”. *Op. cit.*

Estándar internacional de protección a niños víctimas de los conflictos armados

El incremento en las cifras de niños y adolescentes implicados en los conflictos armados, y el sufrimiento al cual son sometidos es realmente alarmante. La gravedad en los casos y las consecuencias que éstos dejan en la población infantil a largo plazo es sin lugar a duda un fenómeno preocupante. Es necesario proteger a los niños y establecer mecanismos específicos de protección que conlleven a su recuperación, desarrollo físico y mental y evitar que éstos, sigan siendo un blanco en los contextos de violencia (Dutli, 2003, págs. 117-132)

Algunas de las causas de su victimización se fundamentan en las diferentes formas de violencia que caracterizan los conflictos armados actuales. Esta diversificación de la violencia ha generado un incremento en las víctimas civiles, especialmente de niños y niñas debido a su vulnerabilidad, al punto de determinar que después de los conflictos constituyen más de la mitad de la población afectada (Save The Children, 2010, págs. 1-30). Dichas violaciones, como (muertes, mutilaciones, desapariciones, o la participación en las hostilidades), entre otras, son fenómenos inquietantes cuya gravedad justifica la creciente preocupación de la comunidad internacional (Machel, 1996).

La jurisdicción universal establece mecanismos para perseguir los crímenes que se cometen contra los menores. Colombia, al ratificar instrumentos de esta categoría, tiene la obligación de adoptar medidas para proteger la infancia de violaciones manifiestas en normas internacionales. Estas permiten investigar, sancionar, interponer recursos y obtener reparaciones por crímenes cometidos (Resolución 60/47, 2005). Así se puede estructurar una perspectiva amplia de protección a la infancia, pues esta, además de hacer parte del universo de víctimas, merece que se haga una atención especial atendiendo a principios de interés superior y desarrollar una imagen entorno a la satisfacción de derechos como participación, libertad de expresión,

asociación, e intervención en la vida social de sus contextos (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

La Convención sobre los derechos del niño aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 no solo constituye el principal instrumento de protección de las personas menores de dieciocho años. Representa el éxito de una larga lucha de negociaciones por consolidar un instrumento de carácter universal que otorgara garantía a los derechos fundamentales de este grupo poblacional. Contempla la protección de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Por tanto, entiende el principio de dignidad humana como aquel que concierne a todas las personas, generando la configuración de un progreso social dentro de un concepto amplio de libertad y de poder ejercerla sin distinción alguna (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

En Colombia, el principio de jurisdicción universal ha sido interpretado por la Corte Constitucional como una atribución de los estados para asumir competencia de aquellos que cometan delitos graves contra el derecho internacional (genocidio, tortura o terrorismo), cuando los infractores se encuentren dentro del territorio. No obstante, destaca dos aspectos; primero, se trata de un asunto de cooperación internacional que en el marco de los Principios de Joinet busca hacer una lucha frontal contra la impunidad; y segundo, no puede confundirse con la competencia de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre los Estados que han ratificado su instrumento (Corte Constitucional, sentencia C-1189, 2000).

Si bien la Corte Penal Internacional investiga, juzga y condena los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión, el tribunal solo entra a actuar cuando un Estado ha aceptado su competencia, y ante la inoperancia de los sistemas penales internos de investigar los crímenes de competencia de la CPI, es decir, que su competencia es subsidiaria y constituye una garantía para las víctimas ante la falta de acción de las jurisdicciones internas de los

estados partes (Olásolo & Kiss, 2010, págs. 1-37). Sobre el particular es importante destacar la primera Sentencia emitida el 14 de marzo de 2012, en la cual fue condenado Thomas Lubanga por el delito de Crimen de Guerra «reclutamiento o alistamiento de niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos, y utilizarlos para participar activamente en hostilidades» (Case of Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2012).

Dicha decisión marcó un hito importante en materia de persecución de crímenes internacionales y lucha contra la impunidad. Constituye un punto focal en materia de reparación a las víctimas que busca el alivio del sufrimiento causado por los graves delitos cometidos en contra de niños y niñas, otorga justicia e impide que dichas violaciones vuelvan a cometerse. Decisión enraizada plenamente con los principios y directrices básicas de Naciones Unidas sobre el derecho que les asiste a las víctimas de violaciones y el DIH a que el daño causado sea judicializado (López Marín, 2013, págs. 229-226).

La última decisión emitida por ese tribunal el 4 de febrero de 2021 ha sido un caso de gran interés, ya que gira en torno a un procesado que, a su vez, fue víctima durante su infancia. La decisión encontró culpable a Dominic Ongwen de sesenta y un delitos de competencia de la Corte, cometidos entre 2002–2005. La situación otorgó cierta ambigüedad al caso, al tener perpetrador y víctima en una sola persona, generando una carga emotiva. Dicha situación, concedió bases estratégicas tanto para la fiscalía, como para la defensa. La sala reconoció el daño y consecuencias de niño (depresión, estrés postraumáticos o comportamientos suicidas, entre otros), sin embargo, no se valoraron como eximentes de responsabilidad, solicitadas por la defensa, ya que de acuerdo a la evidencia, como comandante era capaz de tomar decisiones, consciente de lo correcto o incorrecto, por lo que al ejecutar esas conductas conocía la ilicitud y el daño que causaba (Luterstein, 2021).

En el ámbito regional el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con base en sus órganos (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos), se encarga de velar por la promoción y protección de los Derechos Humanos e insta a los estados a investigar y sancionar toda violación de derechos contemplado en la Convención Americana (Abuchaibe, 2011, pág. 26). Conforme al artículo 41-b y d de la Convención Americana, y la Comisión Interamericana puede solicitar información relativa a las medidas adoptadas para proteger derechos humanos y con ello, efectuar recomendaciones a que haya lugar para garantizar derechos que le asisten a las víctimas (Torres Rodríguez, 2016, págs. 153-152).

Sobre el derecho que les asiste a las víctimas, y en especial, a los niños y niñas, es preciso destacar las medidas de protección adoptadas por la Corte IDH en el caso *Hermanos Paquiyauri vs Perú*, en punto a perseguir los crímenes cometidos en contra de éstos y combatir la impunidad. Considera dicho tribunal que las medidas adoptadas se hacen en el marco del principio del interés superior del niño, amparado en la dignidad misma del ser humano. Dicha interpretación, no solo tuvo en cuenta la violación de la Convención Americana (artículo 19), sino, en el entendido de haberse generado una violación a un “*corpus juris internacional*” en materia de protección de la infancia. Es decir, que el concepto de medidas de protección planteados por la Corte IDH, debe ser interpretado observando todo un sistema jurídico internacional de protección de menores de dieciocho años (Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs Perú, 2004).

Finalmente, al tener establecido el alcance de la jurisdicción internacional existe una obligación de efectuar debida investigación a graves violaciones de derechos humanos, y determinar estrategias para hacer frente a daños materiales o inmateriales ocasionados (Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, 2007 / 2008). Dichos parámetros cobran importancia en tiempos de transición, al generar la necesidad de adoptar medidas razonables y garantías de no repetición. Al

ser delitos contra menores revisten de especial gravedad y deben ser analizados conforme a las circunstancias particulares de cada caso (Caso Masacre de el Mozote y Lugares aledaños Vs. El Salvador, 2012). Esta constituye una obligación que no puede obviarse so pena que se configure una responsabilidad internacional del estado por la violación de los artículos 8 y 25 de la CADH (Caso Barrios Altos Vs. Perú, 2001).

Análisis de la protección de la infancia y la justicia transicional

Desde un análisis integral y amplio de las normas internacionales en materia de protección de la infancia, los menores gozan de los derechos que les corresponde en tanto que personas, más una protección especial por su condición de vulnerabilidad. Dicho enunciado valida principios que inspiran la Convención de los Derechos del Niño (Beloff, 2011, págs. 405-420). Los conflictos armados, siguen siendo una amenaza para el logro los objetivos planteados en la convención, ya que no solo los convierte en blanco de ataques, sino también, las estructuras en los cuales hay una gran presencia infantil (hospitales, escuelas). Por ello, es necesario seguir trabajando para protegerlos y mejorar las condiciones a fin de que logren un desarrollo físico y mental en contextos de paz y seguridad (Resolución 54/253 (A/RES/54/263), 2002). Dicha protección debe estructurarse sobre el principio del interés superior del niño, al ser un concepto dinámico y en constante evolución.

De acuerdo con las observaciones del Comité de los Derechos del Niño, el principio de *interés superior* ha de ser interpretado en tres dimensiones. En primer lugar, entenderlo como un *derecho sustantivo*, el cual busca que, al encontrarse diferentes intereses, la garantía que siempre prevalecerá será la que favorezca al menor. En segundo lugar, como un *principio jurídico interpretativo fundamental*: en la medida que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga en mayor medida el interés

del niño involucrado. Finalmente, una *norma de procedimiento*: que supone, que siempre que se deba tomar una decisión que afecte a un menor, esta debe incluir una estimación de repercusiones (positivas o negativas), como forma de establecer garantías procesales, en todo caso, cada decisión debe justificar las medidas adoptadas para que la decisión fuera lo menos gravosa para el menor (UNICEF, 2013).

Cada vez más, son mayores las exigencias del derecho internacional respecto a la rendición de cuentas por los crímenes del pasado, ya que obtener justicia luego de periodo de violencia representa un cambio y avance en el movimiento internacional de la paz, la seguridad, la reconstrucción nacional, y la reconstrucción nacional, y concretamente, porque conlleva a proteger los derechos humanos⁸. El Derecho internacional ha ido consolidando una teoría que permite identificar rasgos importantes en relación con la protección de la infancia en contextos de transición; todo en torno a su consideración como sujetos activos en el ejercicio de sus derechos.

En la conferencia sobre los niños y la Justicia Transicional realizada en la Escuela de Derechos Humanos de la Universidad de Harvard en 2009, se identificaron principios que determinan la participación de los niños en los mecanismos de justicia transicional, como una garantía para el goce de sus derechos (UNICEF U. N., 2010). También se determinó que, al tratarse de procesos dinámicos, los mecanismos pueden variar de acuerdo con el contexto y condiciones que dieron lugar a los hechos, pues existen rasgos que diferencian la justicia transicional llevada a cabo en Uganda de la implementada en Canadá; o la reparación en el caso de la República Democrática del Congo con la del Salvador⁹.

Si bien la realidad internacional muestra consenso en la idea de involucrar a la infancia en procesos transicionales, ello no siempre ha

8 “Los Principios de Chicago”. *Op. cit.*

9 United Nation Children’s Fund (UNICEF), (2010) Children and Transitional Justice. *Op. cit.*

sido así. Es la oportunidad de revisar lecciones aprendidas de procesos transicionales pasados que alejaron a la infancia, y generar conciencia para trascender modelos asistencialistas que permitan avanzar hacia la construcción de una sociedad incluyente que observe la población infantil a partir de una visión emancipadora de principios de justicia restaurativa (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2014). Por ello, destacaré en qué medida comisiones como las de Sierra Leona, Liberia, o Canadá¹⁰ generaron espacios de participación desde la igualdad frente al universo de víctimas.

La Comisión de la verdad de Liberia fue establecida en 2005 para investigar crímenes cometidos entre 1979 y 2003, promover la paz nacional, la seguridad y la reconciliación de una sociedad sumida en una guerra civil casi veinticinco años. Su objetivo también fue investigar y determinar responsabilidades para establecer reparación a las víctimas (UNICEF & S., 2010). A diferencia de la Comisión de Sierra Leona, establecida cinco años antes (2000)¹¹, y a pesar de ser la primera que pensó en la infancia víctima del conflicto, esta fue más lejos ya que abordó con más detalle el tema. Por un lado, la participación de la infancia se hizo con la observación del mejor interés, generando una articulación institucional, y vinculación de profesio-

10 Aptel, C. y Ladish V. (2011). *Op. cit.* p. 18

11 La Comisión de la Verdad de Sierra Leona, fue la primera en prestar especial atención a los niños y jóvenes víctimas, especialmente, en el tema de violencia sexual cometido en contra de estos durante el conflicto. También, se interesó en otras experiencias relacionadas con las experiencias de los niños y jóvenes durante el conflicto, sin embargo, se quedó corta en abordar con detalle, no solo el tema de la violencia sexual, sino otras violaciones de las que fueron víctimas la población durante el conflicto. United Nations Children's Fund (UNICEF), & Cook, P. Aan Heykoop, C. (2010, marzo). Children and Transitional Justice Truth-Telling, Accountability and Reconciliation. Child participation in the Sierra Leonean Truth and Reconciliation Commission. Published by the Human Rights Program at Harvard Law School. https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/tj_publication_eng.pdf p. 159 ss.

nales idóneos para garantizar en mayor medida sus derechos¹². De otro lado, abordó problemáticas desde una óptica diferencial (condición de discapacidad, género, etcétera). (Truth and Reconciliation Commission of Liberia, 2009).

El Gobierno de Canadá violó abruptamente derechos de menores pertenecientes a comunidades indígenas. Por dichas prácticas se les negó el derecho de participar plenamente en una vida, política, social o económica. Durante años, prohibió prácticas culturales y encarceló líderes de dichas comunidades, con el propósito de romper el vínculo ancestral y separarlos de sus padres, argumentando que, al no hacerlo, a pesar de que aprendieran a leer y a escribir, continuaban siendo “indios salvajes que sabían leer y escribir”, y por ende, había que ubicarlos en escuelas industriales y adquirir la visión de hombres blancos lejos de su identidad (Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015).

En 2008 se estableció la Comisión de la Verdad con el propósito de mostrar la realidad histórica de las escuelas residenciales, administradas por la iglesia. Se buscó guiar la sociedad hacia una sanación interior y propiciar la reconciliación, para lo cual trabajó en la reestructuración de las relaciones sobre la base de la inclusión. La Comisión recibió más de 6.750 declaraciones de sobrevivientes de dichas escuelas, a lo largo de los siete eventos nacionales en los que asistieron más de ciento cincuenta y cinco mil visitantes y más de nueve sobrevivientes. Lo interesante es que no solo se involucró a los exalumnos sobrevivientes de esas atroces prácticas, sino que, en la búsqueda de generar conciencia social, involucró población joven y el informe presenta una visión transversal en materia de derechos de los menores, como el impacto generado en las niñas¹³.

12 Ibídem. Esto era evidente en el apoyo profesional y tecnológico en la resección de testimonios que rendían los menores, pues se aseguraban de que se hicieran preguntas adecuadas, elaboradas por trabajadores sociales, psicólogos, etcétera, así como la utilización de medios tecnológicos que los expusiera en la menor medida posible.

13 Truth and Reconciliation Commission of Canada. (2015). *Op. cit.*

Por tanto, vale la pena destacar la necesidad de albergar mecanismos que permitan verificar el cumplimiento de estándares internacionales en materia de protección a la infancia, especialmente, de aquellos que sufrieron las consecuencias del conflicto. Las opiniones de los niños pueden aportar perspectivas útiles y experiencias significativas. De Ahí la importancia de agotar el máximo esfuerzo para involucrarlos y escuchar sus opiniones. Constituye un punto de partida para un cambio social, en donde se generan relaciones intergeneracionales en un plano de igualdad formal, y de acciones solidarias en un plano material, en el cual, existan un intercambio de pareceres para la estructuración de políticas, programas y medidas que garanticen esa participación en todos los contextos de la vida del niño y la niña (UNICEF C., 2009).

El contexto colombiano

El conflicto armado en Colombia, que ha permanecido durante décadas, ha generado una afectación sin precedente en la población infantil. Muchos sufrieron reclutamiento forzado, agresiones sexuales, asesinatos, desapariciones, desplazamiento, tortura, abandono, e incluso, participaron directa en las hostilidades (Jimenez Becerra, 2013). La gravedad y expansión de las consecuencias a lo largo de la historia del conflicto armado son sin duda, causas de gran preocupación. En el año 2019 se registraron ochocientas cincuenta violaciones graves contra niños, niñas y adolescentes, cifra considerablemente alta, sin embargo, no tanto si se compara con las dos mil setenta y ocho violaciones registradas contra éstos en el año 2016. El reclutamiento forzado y la utilización de niños, niñas y adolescentes es la violación más grave destacada, cuya máxima cifra se obtuvo en el año 2018 (Naciones Unidas, 2019).

Con la firma del acuerdo hubo una reducción de la violencia, sin embargo, proteger y visibilizar la situación de los niños sigue siendo una tarea compleja, no solo por las condiciones de inseguridad y de

difícil acceso a los territorios más afectados, sino, también, por el temor de las comunidades y las propias víctimas en denunciar las graves violaciones que se siguen cometiendo. Existe una gran dificultad para categorizar los grupos armados que con posterioridad al Acuerdo de Paz, se reorganizaron y fragmentaron, generando nuevas formas de conflictos por la disputa de los territorios de la antigua guerrilla de las Farc (Naciones Unidas, 2019).

Ahora bien, al existir un proceso que busca solucionar el problema se plantean retos importantes. De una parte, la adopción de mecanismos idóneos capaces de afrontar la compleja realidad de la infancia, no solo durante el conflicto armado, sino también, en la implementación de un acuerdo que busca, superar dicho periodo. Es lograr una verdadera política diferencial de programas posbélicos que garanticen el derecho de participación de la población infantil en condiciones de igualdad (Correa, 2014, pág. 131). La justicia transicional también es una oportunidad de crear propuestas que garanticen que los niños sean tenidos en cuenta y contribuyan a la creación de espacios de confianza, seguridad y restauración del tejido social (Raetegui, 2011, pág. 60).

Los niños constituyen agentes de cambio social en sociedad que buscan salir de un periodo de conflicto armado. Uno de los enfoques que pueden contribuir se enmarca desde las relaciones que se generan en la población infantil víctima del conflicto armado y las instituciones, en la cual, esta última asuma como eje fundamental el principio del mejor interés del niño y su derecho a ser tenido en cuenta en los asuntos que lo afectan ya que ello, contribuye al fortalecimiento de una democracia participativa, la cual ha sido una ardua y compleja lucha del derecho internacional.

Sin embargo, los niños víctimas del conflicto armado en Colombia, entre ellos, algunos mayores de edad, han venido presentando en el posconflicto una realidad diferente en el proceso de justicia transicional (periodo de negociaciones, e implementación del Acuerdo de Paz). Por ello, resulta importante destacar el papel que éstos han

desempeñado el en contexto colombiano. Pues es un proceso que ha despertado gran interés por parte de la comunidad internacional, especialmente, por las características propias del conflicto, y por ser el que más ha permanecido en el tiempo en la historia de los conflictos armados.

Durante las negociaciones de paz, el tema de los NNA se limitó a ejercicios lúdicos, pedagógicos con el fin de recopilar una serie de mensajes para ser enviados a La Habana. En atención al derecho de participación que les asiste (CDN, artículo 12) se recopilaron propuestas en los talleres realizados en algunas ciudades de Colombia para ser incluidas en el acuerdo final. Sin embargo, a pesar de que dichas propuestas fueron llevadas a la mesa de concertación, nunca fueron incluidas directamente, y no intervinieron en debates sobre asuntos que les afectaban (Bácares, 2019, págs. 19-40).

En Colombia el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición está conformado por un mecanismo judicial para investigar los crímenes cometidos a través de la Jurisdicción Espacial para la Paz. El acuerdo también contempla dos mecanismos extrajudiciales; por un lado, la Comisión de la Verdad, para conocer los crímenes cometidos, proporcionar una sana convivencia y garantizar la no repetición; y por otro, la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas con ocasión del conflicto armado. El sistema, incluye medidas de reparación integral que buscan resarcir el daño cometido por los crímenes ocasionados, entre éstos, aquellos que se cometieron en contra de la población infantil (Acuerdo de Paz, 2016).

La Jurisdicción Especial para la Paz fue implementada mediante ley estatutaria 1957 de 06 de junio de 2019, con el fin de investigar delitos cometidos entre 1971 y el 1 de diciembre 2016, y en todo caso, no podrá tener una existencia mayor a veinte años (Congreso de la República, 2019). Esta jurisdicción, es autónoma y efectúa una priorización de casos, por lo que la calificación de sus decisiones solo será fundamentada bajo el derecho penal nacional y el derecho interna-

cional. A diferencia de la jurisdicción ordinaria y algo novedoso para la administración de justicia, es que se trata de un modelo de justicia restaurativa, esto es, “atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas”, de ahí, que su función primordial no es imponer una sanción, sino contribuir a resarcir el daño causado a las víctimas (Medina Aguilla, 2017, págs. 221-232).

En el caso de la infancia la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), mediante auto 029, de 01 marzo de 2019 abrió el caso 007, con el fin de investigar hechos relacionados con el reclutamiento de niños y niñas durante el conflicto armado (actualmente registrados ocho mil casos), denominado “Reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado”. Los delitos objeto de investigación por la jurisdicción, hacen referencia a aquellas actividades desarrolladas y que pusieron en peligro su integridad física; además del reclutamiento, se indagaran delitos relacionados con violencia sexual, toda forma de esclavitud, los relacionados con labores de cocina, mensajería o cuando eran sometidos a tratos crueles, por imposición de castigos (Jurisdicción Especial para la Paz, 2019).

Si bien esto es algo positivo para la infancia es apenas un asomo de lo que podría constituir una verdadera reparación, pues las cifras de persecución y sanción de los crímenes cometidos entre 1971 y 2016, son realmente bajas y por ello constituye uno de los mayores desafíos para la jurisdicción. Sobre el particular, existe un alto grado de impunidad en la justicia ordinaria, ya que de cuatro mil doscientas diecinueve investigaciones iniciadas por la Fiscalía General de la Nación (FGN), solo el 10% tienen sentencias condenatorias. Ahora bien, si analizamos el tiempo de existencia de la JEP (veinte años) en comparación con el número de delitos reportados, existe una imposibilidad real de persecución, y es cuando cobran importancia otras medidas de reparación integral para la construcción de una paz estable y duradera (Carranza Jiménez, 2019).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que las violaciones que se cometen contra los niños, niñas o adolescentes

revisten especial gravedad, al ser titulares de derechos establecidos en la CA (art. 19), y de la CDN, las cuales deben ser definidos según circunstancias particulares de cada caso en concreto. Por tanto, corresponde al Estado protegerlos durante los conflictos armados, ya que ostentan una condición de mayor vulnerabilidad y riesgo de afectación respecto del resto de la población. Ello conlleva a incluir mecanismos judiciales efectivos para investigar las graves violaciones perpetradas contra la población infantil y sancionar a los responsables¹⁴.

La Comisión de la Verdad implementada mediante el decreto 588 del 5 de abril de 2017 con el fin lograr el esclarecimiento de los crímenes cometidos durante el conflicto armado (1971–2016), busca una sana convivencia y garantizar la no repetición de los crímenes. Esta incluyó un enfoque diferencial basado en la edad, a través de la cual involucra a los niños, niñas y adolescentes víctimas, a participar activamente, a través del relato de sus historias. No solo ha sido una oportunidad para que la infancia ejerza sus derechos y ciudadanía, sino que algo interesante que tiene la Comisión de la Verdad en Colombia, es que vincula a la población más joven como sujetos de derechos permitiéndoles opinar en aquellos asuntos que los afecten¹⁵. El desafío es entorno a la articulación institucional para lograr que sus voces tengan eco.

A pesar de los retos que cada día enfrenta en Colombia la Comisión de la Verdad, ha ido más lejos que otras comisiones a lo largo de la historia de las comisiones implementadas, pues hay que comprender que cada proceso es diferente, atiende a las particularidades de contextos, y requiere de tiempo, por lo que la participación en el caso

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso el Mozote y Lugares aledaños Vs. El Salvador. *Op. cit.*

15 Comisión de la Verdad, Colombia. (2017, 5 abril). Enfoque de Niños y Niñas. <https://comisiondelaverdad.co/en-los-territorios/enfoques/ninas-y-ninos>. *Op. cit.*

colombiano debe entenderse como un avance significativo. Por ejemplo, según relato del Comisionado Carlos Martín Beristain, durante un taller en Barrancabermeja, los jóvenes expresaron “su miedo hacerse insensibles, miedo a dejar de tener miedo” o el “miedo a morir sin saber por qué”, por tanto, el camino es buscar una reconciliación en donde toda la sociedad (gobierno, instituciones, sociedad civil y familia), una esfuerzos hacia la generación de conciencia de lo que pasó, pero sobre todo a crear estructuras sólidas que garanticen la no repetición¹⁶.

Yo estaba trabajando cuando en ese momento mi compañero me dijo “Yo estaba en la casa con los niños y que llegó un hombre en una moto roja y se puso a hablar con Néstor, mi tercer hijo. Ahí fue cuando se lo llevaron”.

Esta es la realidad de miles de víctimas en Colombia, una realidad que afronta la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas acompañando a quienes buscan sus seres queridos. Esta mujer, que para el informe llamaron Rosario, no solo buscaba a su hijo quien fue reclutado por la guerrilla de las Farc-Ep cuando aún era un niño, también a su hermano, y su hijo mayor. Logró dar con el paradero de uno, dieciséis años después, con el acompañamiento de la UBPD, la Fiscalía General de la Nación y la Asociación de Víctimas del Guaviare, Asovig. (Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, 2020).

Estas experiencias demuestran la necesidad de seguir trabajando en una justicia transicional que adopte mecanismos idóneos (transversales) que incluyan a todas las víctimas. En el caso de la infancia es necesario su participación de un proceso de búsqueda de la verdad, la justicia, que contribuyan a una reparación, y se establezcan garan-

16 Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2019, 5 julio). «Esta verdad tiene dolor, pero también la esperanza de los niños y sus familias»: Francisco De Roux. Comisióndelaverdad.co. <https://comisióndelaverdad.co/actualidad/noticias/esta-verdad-tiene-dolor-pero-tambien-la-esperanza-de-los-ninos-y-sus-familias-francisco-de-roux>

tías de no repetición, las cuales pueden ser la respuesta más apropiada y poderosa a las consecuencias de las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el conflicto (Bácares, 2019). Tratarlos como sujetos de derecho y miembros de la sociedad que se pretende reestructurar, entendiendo los mecanismos como herramientas de inclusión hacia la creación de una paz duradera.

Conclusión

El Derecho de participación se ha convertido en un tema central de las transiciones, de modo que su medida en la garantía determina el éxito de los procesos de justicia transicional. En el caso de la infancia, además de instrumentos internacionales de protección, exige diferentes miradas y un alto grado de responsabilidad entre el Estado, la sociedad, y la familia, que permita involucrar medidas apropiadas con miras a robustecer el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición en el cual los niños y jóvenes que tanto sufrieron las barbaries cometidas durante el conflicto encuentren garantías en el proceso.

Si bien existen retos importantes por mejorar en torno a la participación de la infancia en la justicia transicional en Colombia, como por ejemplo, superar la etapa de infantilización de su presencia en los diferentes escenarios, y tomar más en serio el papel que les asiste como sujetos de derechos, o lograr que las solicitudes en materia de reparación, más que permitir ser escuchadas, se cumplan, o la imposibilidad de perseguir todos los crímenes que se cometieron con la infancia, todos constituyen desafíos que los procesos de justicia transicional puede ir mejorando, pues se trata de procesos cambiantes y cuyas realidades son el panorama perfecto para hacer una implementación de los mecanismo que contribuyan a una reparación y el establecimiento de una paz estable y duradera.

Generar espacios de participación para la infancia víctimas del conflicto en el marco de la justicia transicional, constituye un punto

de partida para la construcción de relaciones intergeneracionales en un plano de igualdad formal y evitar antiguos modelos de protección paternalista hacia la infancia, en donde el menor siempre era considerado como aquel sujeto que debía ser moldeado a la voluntad de los adultos, esto es, eran vistos como una extensión de los adultos (Campoy Cervera, 2006, pág. 280). Es crear conciencia de la importancia que los niños tienen más que aportar en aquellos asuntos que los afectan, especialmente, cuando han experimentado vivencias, y en el caso de los que han sido víctimas, diferentes que las de un adulto, por lo que su opinión ofrece un aspecto amplio en la creación de medidas, políticas o mecanismos que contribuyan a la creación de espacios de confianza, seguridad y restauración del tejido social.

Así pues, el artículo no busca, por supuesto, agotar todas las discusiones que surgen del tema, al contrario, deja planteadas ideas que constituyen puntos significativos y susceptibles de futuros debates en el ámbito de la justicia transicional y las medidas adoptadas para garantizar la participación de los niños y niñas víctimas del conflicto. Por ello, el propósito del artículo es aportar a la discusión en el tema, desde el análisis en torno a la respuesta que los mecanismos de justicia transicional están dando a la problemática en el contexto colombiano, resulta de vital importancia ya que permite dilucidar experiencias internacionales e identificar aciertos y desaciertos de las prácticas locales, generando argumentos que justifican la importancia de una mirada transversal e incluyente, pues solo con modelos integradores de justicia es posible otorgar legitimidad a un proceso de transformación social de esta naturaleza.

Referencias

Abuchaibe, H., La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Justicia Transicional en Colombia, *Revista ZERO*, 2011, vol. 000, n°. 26.

Bácares, C. (2019). El protagonismo de la infancia en las comisiones de la verdad. Desafíos y retos para el postconflicto en Colombia. *Ciencia Política* 14(27), 19–40

Botero Marino, C. (2005). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. En: E. Restrepo Saldarriaga (Ed.), *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional* (Compilado. Angelika Rettberg Ed. Coedición).

Carranza Jiménez, D. (2019, 7 marzo). *Justicia Transicional en Colombia abrió caso por reclutamiento de menores en la guerra*. Agencia Anadolu.

Castañeda, C. E. (2010). *Hacia una fundamentación filosófica de los derechos humanos* (3ª ed.). Alianza Editorial.

Comisión de la Verdad, Colombia. (2017, 5 abril). Enfoque de Niños y Niñas.

Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2019, 5 julio). «Esta verdad tiene dolor, pero también la esperanza de los niños y sus familias»: Francisco De Roux. *Comisióndelaverdad.co*.

Comisión de la Verdad para El Salvador. (1992–1993). *De la locura a la esperanza. La guerra de doce años en El Salvador*. San salvador.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C–1189 de 2000. M. P. Fabio Monroy Díaz, y otros.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n° 7.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); *Caso Almeida Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y costas*. Sentencia del 17 de noviembre de 2020. Serie C n° 7.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre, 1969.

Cruz, L. M. (2010), *La Reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Proyecto de Investigación “Del Discurso de la derrota al discurso del dialogo: justicia transicional, memoria histórica y constitución”, Vol. LXII, Ministerio de educación y ciencia, España (SEJ2007–64461), REDI.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III) París, 10 de diciembre 1948.

Defensoría del Pueblo de Colombia. (2014, noviembre). *Voces y oportunidades para los niños, niñas y adolescentes en la construcción de paz en Colombia* (No 1). Defensoría del Pueblo y el Fondo de las Naciones Unidas para la Niñez – UNICEF.

Dos décadas de escalamiento del conflicto armado en Colombia 1986–2006 (Primera edición, Vol. 1). (2006). Universidad Externado de Colombia.

Echandía Castilla, C.; *Dos décadas de escalamiento del conflicto armado en Colombia 1986–2006* (Primera edición, Vol. 1). (2006). Universidad Externado de Colombia.

El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana: Vol. 77/ *Temas de Derecho Público* (1ª ed.). (2007). Universidad Externado de Colombia.

Garretón, R. (2004). Verdad y Justicia, condiciones de una democracia sólida. En *Crisis Humanitaria. Post conflicto y Reconciliación* (1.a ed., Vol. 3, pp. 93–100). Comité Español de ACNUR, Globalitaria–Iniciativas para la Construcción de la Paz y Siglo XXI Editores S.A.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). (2015, diciembre). *La participación de los niños, niñas y adolescentes en los mecanismos judiciales y no judiciales de búsqueda de la verdad en el marco de la justicia transicional*. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

International Center for Transitional Justice (ICTJ). (2011, 1 marzo). *La Infancia y la Juventud*.

International Center for Transitional Justice (ICTJ), Aptel, C., & Ladisch, V. (2011, August). *Through a New Lens: A Child-Sensitive Approach to Transitional Justice* (nº. 1).

International Center for Transitional Justice (ICTJ). *Reforma Institucional*. institucional.

International Center for Transitional Justice (ICTJ): *Cómo conseguir que los niños y los jóvenes se impliquen en la justicia transicional*.

Jurisdicción Especial para la Paz. (2019, 1 marzo). *Los Grandes casos de la JEP: Caso 07 Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado*.

Justicia Transicional (Primera Edición ed., Vol. 1). (2017). Traducción de María José Viana Cleves. Universidad Externado de Colombia.

Kritz, N. (Ed.), *Transitional Justice: The Dilemma of Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 1995 (4 vols.)

Machel, G. (1996). *Las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*. New York, N.Y.: Naciones Unidas.

Medina Aguilar, C. (2017). La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional. *Cuadernos de estrategias. El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal*, nº 189, 221–232.

Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. (2019, diciembre). *Informe del Secretario General. Los niños y el conflicto armado en Colombia* (S/2019/1017).

Naciones Unidas, Asamblea General Resolución 44/24, *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre, 1989.

Naciones Unidas; Resolución 60/147. Asamblea General, “*Principios de directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacional de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”. 16 de diciembre de 2005.

Ocón Domingo, J. (2006); “Normativa Internacional de protección de la Infancia”; Cuadernos de Trabajo Social, Vol. 19 (2006): 113–131. ISSN: 0214–0314.

Olásolo, H., Kiss, A.; El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de Participación de víctimas; *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISS 1695-0194, RECPC 12-13, 2010, pp. 1–37.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo de Colombia. Área de Práctica de Prevención de Crisis y Recuperación (CPR) del Centro Regional del PNUD para América Latina y el Caribe. Escuela Virtual- Centro Regional del PNUD para América Latina y el Caribe. (2014, diciembre). “*Curso de conflicto y construcción de paz en América Latina*” (2ª ed.). Diseños e Impresiones Jeicos, S. A., Panamá.

Rincón, T. (2010). *Verdad, justicia y reparación*. Universidad del Rosario.

Santos, J. (1997). Un chequeo a los derechos humanos en el mundo. En *Los derechos Humanos. Camino hacia la paz. Seminario de investigación para la paz* (Diputación General de Aragón. Departamento de Educación y Cultura ed. Centro Pignatelli, ed. José Batalla. . . [et al.]. - Zaragoza.

Save The Children (2010); *Protección Internacional de la infancia. Guía práctica sobre derechos, procedimientos y recursos*. Ed. Save the Children, Castilla – La Mancha.

Teitel, R. G: *Justicia Transicional* (Primera Edición, Vol. 1). (2017). Traducción de María José Viana Cleves. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Tojeira, M. (2007): «Verdad, justicia, perdón». En: Los derechos humanos. Camino hacia la paz. Seminario de Investigación para la Paz, Centro Pignatelli, Ed. Batalla, J. L. [et al.]. Zaragoza: Diputación General de Aragón, Departamento de Educación y Cultura, 1997.

Torres Rodríguez, F (2016). Verdad, justicia y reparación: aplicación del estándar internacional en el marco del postconflicto para niños, niñas y adolescentes (NNA). En: J. Cubides- Cárdenas, Ó. A. Agudelo- Giraldo, M. E. Bautista-Avellaneda, A. Jaimes-Ramírez, J. E. León-Molina, G. M. Orjuela-García, et al. Fundamentación y aplicación de la justicia transicional en Colombia, pp. 135–152. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Truth and Reconciliation Commission of Canada. (2015). *Honouring the Truth, Reconciling for the Future. Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada the Truth, Reconciling for the Future.*

Truth and Reconciliation Commission of Liberia (TRC). (2009, June). *Republic of Liberia. Truth and Reconciliation Commission. Final report* ("Confronting our difficult past for a better future Vol. 1, IV. Victims: Children.).

Truyol y Serra, A. *Los Derechos Humanos* (1° ed., Vol. 1). (1984). Tecnos.

Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD). (2020, 27 agosto). UBPD: Experiencias de Búsquedas.

United Nations Children's Fund (UNICEF), & SOWA, T. (2010, March). *Children and Transitional Justice Truth-Telling, Accountability and Reconciliation. Children and the Liberian Truth and Reconciliation Commission.* Published by the Human Rights Program at Harvard Law School.

Uprimny, R. y Saffon, M. (2008). Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia. *Anuario de Derechos Humanos*, (4). doi: 10.5354/0718-2279.2011.13511, pp. 1–31



El derecho a intentarlo (*right to try*) y la dignidad humana en Colombia¹

The right to try and human dignity in Colombia

Jorge Iván Portilla Ruiz²

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0541-6190>

Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=ly9pSH4AAAAJ>

Resumen

Este artículo reflexivo establece la relación existente, en Colombia, entre el *right to try* y la dignidad humana. Mediante la sentencia T-057 de 2015, la Corte Constitucional reconoció el *right to try* como derecho fundamental innominado y cuyo propósito se encamina a mejorar los padecimientos de pacientes con enfermedades terminales y/o catastróficas. Sin embargo, tal reconocimiento ha avivado el antiguo dilema bioético de la vida y la muerte, además de la posibilidad de vulnerar la propia dignidad humana, convirtiéndose en una puerta de entrada a la distanasia. El desarrollo del artículo tiene los siguientes apartados: un abordaje del Estado social de derecho y la

-
- 1 Este artículo presenta las reflexiones obtenidas en la formulación de la investigación realizada frente al *right to try* como ejercicio académico del curso Proyecto integrador IV –metodología de la investigación– del programa de Derecho de Unisabaneta.
 - 2 Estudiante de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta (Unisabaneta). Medellín, Colombia. Correo electrónico: jorge.portilla.689@unisabaneta.edu.co.

dignidad humana en el Estado colombiano; el derecho a intentarlo (*right to try*); un balance sobre las posturas teóricas al respecto; finalmente, las conclusiones.

Palabras clave: Derecho a intentarlo, dignidad humana, enfermedades terminales y catastróficas, Estado social de derecho.

Abstract

This reflective article establishes the relationship between the right to try and human dignity in Colombia. By Ruling T-057 of 2015, the Colombian Constitutional Court recognized the right to try as an unnamed fundamental right whose purpose is aimed at improving the suffering of patients with terminal and catastrophic diseases. However, such recognition has revived the old bioethical dilemma of life and death, in addition to the possibility of violating human dignity itself, as it is a gateway to dysthanasia. The development of the article is divided into the following sections: in the first one, an approach to the social State of law and human dignity in the colombian State; in a second section, the right to try is developed with a balance on the theoretical positions on the matter and, finally, the conclusions.

Keywords: Social state of law, right to try, human dignity, terminal and catastrophic diseases.

Introducción

Colombia es un Estado social y constitucional de derecho. Su Carta Política reconoce la dignidad humana desde una triple dimensión (principio, valor y derecho). De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la dignidad humana puede ser entendida como el principio fundante del ordenamiento jurídico (dignidad como valor), también como principio constitucional y como derecho fundamental autónomo. Teniendo en cuenta el objeto de protección de dicho enunciado normativo, se le otorgan tres lineamientos jurisprudenciales:

(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y determinar según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) (Corte Constitucional, sentencia T-881/02, 2002).

Asimismo, la vida es un derecho fundamental protegido por la Constitución Política de 1991 que, en su artículo once–superior, señala: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”, lo cual ha generado grandes debates y disputas tanto en el ámbito político, como también en la esfera jurisprudencial y en la propia sociedad civil.

Justamente, las concepciones sobre la vida y la muerte han sido objeto de uno de los dilemas bioéticos más antiguos y debatidos en las diferentes sociedades, sin importar las formas de organización social o, en los últimos siglos, el modelo de Estado adoptado. A lo largo de la historia, diferentes aspectos han tenido una fuerte influencia en la forma como hemos concebido la vida y la muerte, principalmente la religión y la cultura; de allí, la fuerte discordia entre los defensores de la vida a costa de cualquier situación, mientras que otros defienden el derecho a morir al no poseer unas condiciones dignas de subsistencia.

Colombia no ha sido ajena a dicho debate hasta el punto de que muchos sectores se han opuesto a cualquier idea de terminar con la vida, aun cuando existan razones de peso para ello, como por ejemplo en aquellos casos en los cuales se manifiesta un inminente peligro para la vida del binomio madre–feto o en los casos de solicitud de la eutanasia por enfermedades catastróficas o terminales. En repetidas ocasiones, los fundamentos de defensa frente a la prohibición de terminar con la vida de manera voluntaria han sido de estirpe moral o

religioso, muy distante de las consideraciones bioéticas o científicas que se han establecido y demostrado hasta ahora.

A raíz de ello, la Corte Constitucional ha desarrollado jurisprudencia en cuanto al alcance y contenido de la noción de vida, al interpretarla y desarrollarla no solo como el mero hecho biológico sino como derecho fundamental: la vida digna. Sobre dicha materia, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el derecho a la vida no implica la simple posibilidad de existencia, sino que supone la existencia digna, la cual permite a las personas el despliegue de todas las facultades corporales y espirituales de una persona hasta el punto de que, en caso de existir circunstancias que impidan el normal desarrollo (pudiendo ser evitables), esas circunstancias estarían violentando el derecho a la vida. Por ello, no solo las acciones u omisiones que pongan en peligro de extinción a la persona atentan contra tal derecho, sino también todas aquellas circunstancias que incomoden la existencia del ser humano a tal punto de hacerla insoportable, como por ejemplo el dolor cuando no puede ser controlado, eliminado o evitado (Corte Constitucional, sentencia T-444/99, 1999).

Precisamente, al defender la concepción de la vida digna, uno de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional fue la incorporación del derecho a que sea intentado *–right to try–* al ordenamiento jurídico colombiano. Para la Corte, el *right to try* es un derecho inherente a la dignidad humana conforme al artículo 94 superior (Corte Constitucional, sentencia T-057/15, 2015). Y es que dicho artículo preceptúa:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 94).

Con tal reconocimiento, se han avivado diversos dilemas bioéticos al contraponerse, en parte, con otros derechos como la eutanasia; por

un lado, se reconoce la defensa del *right to try*; por otro, se permite que pacientes con enfermedades terminales o catastróficas puedan terminar voluntariamente su vida con la ayuda de profesionales en medicina, mediante la aplicación de la eutanasia, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos ya reglamentados por parte del ejecutivo.

Aunado a ello, se tiene el hecho de la existencia de concepciones que atacan el derecho a una muerte digna o, si se prefiere, finalizar con una vida en condiciones no dignas. Así, el derecho a intentarlo puede utilizarse como un medio para atentar contra la dignidad humana de una persona que sufre, mediante la participación de diferentes actores (familiares, religiosos, vecinos, políticos e incluso médicos y otros profesionales de la salud) quienes, únicamente por defender convicciones cimentadas en intereses personales, culturales, políticos, sociales o religiosos, no aceptan la posibilidad de finalizar la vida como un mecanismo orientado a evitar sufrimiento innecesario de los enfermos. Así las cosas, es claro que el *right to try* puede entrar en tensión con otros derechos fundamentales y especialmente con la dignidad humana, pudiendo convertirse en una puerta abierta para las prácticas distanásicas, como también en la creación de falsas expectativas como la curación, prolongar la vida y mejorar la calidad de vida de los pacientes con enfermedades terminales y/o catastróficas. En virtud de todo lo anterior, se hace necesario dilucidar la forma cómo se materializa el *right to try*, a la luz del principio de la dignidad humana en Colombia.

Colombia como Estado social y constitucional de derecho

El Estado social y constitucional de derecho, Estado social y democrático de derecho o Estado social de derecho es una forma más elaborada y evolucionada del Estado de derecho, que se enfoca más en los individuos como centro de la sociedad, sin dejar de lado su ideología liberal tanto en lo económico como en lo político. Bajo esta evolucionada forma, “todas las actuaciones del Estado deben estar

orientadas a lograr su realización como persona, permitiéndole llevar una vida digna, libre y en paz, dentro de un orden democrático justo” (Badillo Lizarralde *et al.*, 2016, p. 15), por lo que se hace necesaria la subordinación de la ley a valores y principios superiores contenidos en la Constitución.

Asimismo, el Estado social de derecho se concibe como un modelo constitucional que pretende desligarse de la obediencia al gobernante en los sistemas absolutistas, remplazándolo por un Estado relativamente libre, en el cual se busca otorgar a los ciudadanos derechos sociales fundamentales como la igualdad, equidad, participación y justicia social (Bermúdez Bueno & Morales Manzur, 2012, p. 52). En ese orden de ideas, el Estado social de derecho puede ser concebido como una forma de organización político-jurídica en la que deben respetarse los derechos humanos y garantizar los principios de dignidad humana y solidaridad, entre otros (Badillo Lizarralde *et al.*, 2016, p. 16).

En Colombia, el reconocimiento de tal forma de organización jurídico-política no se dio sino hasta la Constitución de 1991, buscándose con ello la creación de nuevas relaciones basadas en principios y valores como la vida, el interés general sobre el particular, la solidaridad, la dignidad humana, entre otros. El Constituyente de 1991, en el artículo 1°, dispuso:

Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 1).

Por su parte, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-449/92 (1992, Alejandro Martínez Caballero, M. P.) precisó:

[...] el concepto Estado social de derecho no es una cualidad accesorio del Estado sino parte de su esencia misma. La concepción

clásica del Estado de derecho no desaparece pues, sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. [...] El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho.

Además, el Estado social de derecho en Colombia implica una finalidad prestacional:

[...] tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad (Corte Constitucional, sentencia T-426/92, 1992).

En la misma vía jurisprudencial, mediante sentencia SU-747/98 (Corte Constitucional, 1998) se unificó:

Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizar a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de este que no interfiera o recorte la libertad de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para fortalecerlea todas las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.

También, son fines esenciales del Estado colombiano, entre otros, “... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) y asegurar la convivencia pacífi-

ca y la vigencia de un orden justo” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 2).

La dignidad humana en el Estado social de derecho colombiano

La dignidad humana es una noción muy antigua, con análisis y opiniones variadas que datan desde la Grecia antigua y a la cual se le atribuyen diferentes significados y relaciones que han mutado con el paso del tiempo. En la Antigüedad se reconocía a la dignidad como un vínculo entre el hombre y Dios, luego pasó a ser concebida como lo inherente al hombre (en el Renacimiento), hasta llegar al siglo XVI-II cuando fue objeto de pronunciamiento por parte de diferentes filósofos como Kant quien consideraba que “lo digno es aquello que no tiene precio” (Olivares Carrillo, 2018, p. 22) y cuyo fundamento es la autonomía moral del hombre. Para Marx, la dignidad humana dependía de la distribución de los bienes y por tanto la dignidad podía restaurarse mediante una estructura económica en la cual exista una distribución equitativa de las riquezas (Olivares Carrillo, 2018, pp. 19–25).

En la modernidad, la concepción de dignidad humana deriva de la propia naturaleza humana y se desliga dicho concepto del origen divino o sobrenatural que tradicionalmente se le había inculcado en épocas anteriores. Fue así como el Derecho adquirió una noción de dignidad humana al contemplar al hombre como un fin en sí mismo y no como un medio o instrumento. Esta sería la noción plasmada en el Derecho internacional en el siglo XX, cuando inició el desarrollo de los derechos humanos tras la culminación de la Segunda Guerra Mundial; tal desarrollo inició con la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que, junto a otros instrumentos, establecieron el principio de dignidad humana como fundamento último de los derechos humanos, indicando que el Estado, la sociedad y los particulares debían respetar y reconocer a los demás como personas. Por ello, la dignidad humana se

convirtió en un mandato ético–jurídico relacionado con la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica (Olivares Carrillo, 2018, p. 26).

Desde esa perspectiva, el hombre en sí mismo está facultado de dignidad, independiente de su edad, sexo, creencias religiosas, raza, cultura o cualquier otro factor de distinción, lo que significa que, sin importar su condición, el hombre siempre es digno pues:

[...] decide autónomamente qué ser según sus aspiraciones y proyectos personales, sobre todo aquellos que padecen limitantes económicas o condiciones de vida reducida, es deber reconocerle la posibilidad de ser otra cosa que lo que es, es decir, que pueda superarse en el aspecto ocupacional o profesional, que pueda ganar oportunidades y ser reconocido socialmente por sus capacidades y habilidades, y que pueda mejorar sus condiciones de vida para que cuente con una existencia sin apremios (Olivares Carrillo, 2018, p. 28).

La dignidad humana abarca diversos derechos como la vida, la libertad, la autonomía, la educación, la cultura, el trabajo, la vivienda, la familia, la alimentación adecuada, entre muchos otros, por lo que la exigencia de dignidad humana es la propia exigencia de la calidad de vida en la cual se brinda a los individuos la posibilidad de vivir con libertad y autonomía (Olivares Carrillo, 2018, pp. 28–29). Particularmente, Hottois (2009) expone:

El individuo debe ser libre (es la autonomía) de estimar que en ciertas circunstancias (es la calidad de vida) su vida, a su manera de ver, ya no puede ser vivida con suficiente dignidad (autoestima) y a la manera de ver de los otros (tal y como percibe la mirada de los otros). Su última dignidad, por lo tanto, consiste en escoger abandonar la vida percibida como insoportable. Quienes no reconocen esta libertad y esta dignidad confunden, en realidad, dignidad y sacralidad de la vida. Aquí encontramos una de las antinomias constitutivas de la noción de dignidad: la dignidad como realidad y valor psicosociales y la dignidad onto–teológica asociada al carácter sagrado, intangible de la vida humana, que se debe

preservar, incluso, cuando se reduce a una supervivencia simplemente biológica (pp. 58–59).

De esa manera, para Hottois, la dignidad humana incluye la posibilidad de vivir en condiciones dignas y, cuando no se tiene una vida digna, la dignidad misma implica en el derecho de finalizar con una vida insoportable. Por tanto, el no reconocimiento de esa posibilidad se convierte en el error de confundir la dignidad con la sacralidad de la vida, derivando en una concepción contradictoria de lo que es la dignidad: la dignidad como valor y realidad en contraposición con la dignidad onto-teológica.

Entonces, desde la perspectiva ontológica se concibe a la dignidad como “el carácter de un primer principio y supone la fuente de derechos” (Mairis, 1994, como se citó en Rivas García, 2017, p. 9), por lo que esta concepción se constituye en la base de los derechos humanos, sin poder medirse, destruirse ni contextualizarse. Ahora, desde una perspectiva moral se puede definir a la dignidad como la consecuencia del reconocimiento de la noción ontológica de dignidad, de acuerdo con Aparisi (2013, como se citó en Rivas García, 2017, p. 9), citado por el mismo autor. Contrariamente, Leget (2013, como se citó en Rivas García, 2017), define que “la dignidad moral puede variar según los actos de las personas, la percepción del resto de las personas y cómo estas ejercen su trato en situación terminal” (p. 9).

En la misma vía, se puede afirmar que la dignidad humana es el derecho que cada individuo tiene a ser reconocido como persona, a ser respetada y apreciada como un ser individual y social, sin distinción por condición de raza, sexo, nacionalidad, cultura, clase social, ni ningún otro factor distintivo. El derecho a la dignidad es inherente a las personas solo por el hecho de su existencia. Esa dignidad incluye unos mínimos que permitan el desarrollo y vida de las personas (libertad, autonomía, educación, salud, alimentación, etc.), lo que se traduce en los mínimos necesarios para tener una vida en condiciones dignas. Empero, ello no significa que, en función del principio de

igualdad, todos requerimos en el mismo grado esos mínimos, pues dependen de cada individuo y de su condición de ser como perteneciente a determinadas sociedades; por ejemplo, una casa grande y revocada puede ser digna para determinadas personas, pero una pequeña chabola dentro de un resguardo indígena también puede ser concebida como digna para quien la alberga, lo cual devela la existencia de un grado de subjetividad en las necesidades individuales para definir una vida como digna.

En cuanto a la calidad de vida, en relación con la dignidad humana y vida digna, esta no es simplemente un hecho relacionado con recursos económicos. La calidad de vida implica aspectos vinculados a la individualidad y ámbito personal, así como a asuntos naturales, sentimientos y asuntos culturales que determinan el sentido que las personas le otorgan a la vida; es decir, el valor y significado que los seres humanos atribuyen al concepto de calidad de vida, y que, por ende, buscan alcanzar la felicidad (Olivares Carrillo, 2018, p. 30).

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS, como se citó en Rivas García, 2017, pp. 5–6), define la calidad de vida en los siguientes términos:

La percepción del individuo sobre su posición en la vida dentro del contexto cultural y el sistema de valores en el que vive, con respecto a sus metas, expectativas, normas y preocupaciones. Es un concepto extenso y complejo que engloba la salud física, el estado psicológico, el nivel de independencia, las relaciones sociales, las creencias personales y la relación con las características sobresalientes del entorno.

En esa vía, la calidad de vida se traduce en aquellas particularidades que hacen única y plena la vida de las personas, asociándolas al ejercicio pleno de sus derechos y a la igualdad de oportunidades que debe garantizarles un Estado o, por lo menos, el respeto de las condiciones que algunos consideren necesarias para ser felices, así no sean el ideal de la mayoría (ejemplo, permitir que las comunidades

indígenas permanezcan en sus territorios y se les respete su cultura) y, al igual que con la vida digna, existe un componente subjetivo en cuanto a la percepción que cada persona pueda definir como calidad de vida.

El derecho a que sea intentado (derecho a intentarlo o *right to try*)

La legislación en torno al *right to try* se remonta al año 2014 cuando el Estado de Colorado, en Estados Unidos reconoció dicho derecho como una oportunidad para que los pacientes con enfermedades terminales accedieran a tratamientos experimentales para las patologías que padecían, lo cual se hizo expansivo a otros estados como Arizona, Louisiana, Missouri y Michigan, hasta que en mayo de 2018 se sancionó la ley *Right to try act* por parte del entonces presidente norteamericano Donald Trump que daría paso al reconocimiento de la misma en treinta y ocho de los estados del país norteamericano (BBC, 2018); a la fecha suman ya cuarenta y un estados con legislación *right to try* (Righttotry, s.f.).

Por su parte, en Colombia el derecho a que sea intentado tuvo reconocimiento como derecho fundamental innominado por parte de la Corte Constitucional mediante Sentencia T-057 de 2015, a raíz del análisis del caso de una paciente en estado vegetativo persistente, a quien su médico neurocirujano tratante le realizó una prescripción de un tratamiento experimental consistente en estimulación espinal epidural cervical, bajo el argumento de que era la única opción para mejorar la calidad de vida. Al respecto se indicó:

[...] si bien el derecho fundamental “a que sea intentado” o “*right to try*” (sic), guarda en sus orígenes una relación con el suministro de tratamientos, procedimientos y medicamentos experimentales para enfermos terminales, dado que se trata de un derecho inherente a la dignidad humana (art. 94 Superior), su ámbito de aplicación se extiende, *mutatis mutandis*, para el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente (*persistent vegetative state* PVS –sic)

o de conciencia mínimo (*minimally conscious state*, MCS) (Corte Constitucional, sentencia T-057/15, 2015).

En el caso concreto, el tribunal constitucional consideró que si bien la Ley Estatutaria en Salud (ley 1751 de 2015) excluyó los tratamientos experimentales del plan de beneficios en salud (PBS), tal exclusión no podía desconocer el derecho de la integralidad de las prestaciones en salud a que tienen derecho los pacientes, quienes buscan satisfacer plenamente su salud (Corte Constitucional, sentencia T-057/15, 2015). Además, la alta corporación precisó las siguientes reglas para poder acceder al reconocimiento del *right to try* en tratamientos experimentales:

1. Que no se puedan inaplicar las exclusiones legales o reglamentarias que impiden autorizar el tratamiento experimental.
2. Que se haya determinado la condición de enfermedad catastrófica o terminal y que esta atente contra las condiciones de vida digna del paciente e impida su desarrollo autónomo en la sociedad.
3. Obtener el consentimiento pleno e informado por parte del paciente, o sus representantes legales cuando no fuera necesario, sobre del tratamiento experimental.
4. Que se compruebe que el tratamiento experimental fue prescrito por el médico tratante, independiente de su adscripción a la EPS o de su pertenencia a una entidad de salud en el exterior.
5. Existencia de un fundamento científico mínimo que demuestre que el tratamiento experimental, aunque no haya sido aprobado por el sistema de salud, cuenta con un grado mínimo de certidumbre sobre sus efectos (Duque Giraldo, 2018, pp. 149–159).

En síntesis, el *right to try* no está consagrado expresamente en nuestra Constitución, pero fue reconocido con el carácter de fundamental, consistiendo en el derecho que tienen los individuos de acceder a tratamientos experimentales (medicamentos, procedimientos y tecnología biomédica), aunque éstos hayan sido excluidos del plan

de beneficios de salud definido mediante ley estatutaria 1751 de 2015, pues con tal reconocimiento se están protegiendo los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna (Corte Constitucional, sentencia T-057/15, 2015).

Las enfermedades terminales y catastróficas

De acuerdo con la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, podemos definir las enfermedades terminales como aquéllas en las cuales concurren varios elementos necesarios no solo para su caracterización y definición, sino para definir sus opciones de tratamiento no curativo. En ese orden de ideas, los elementos que concurren son: primero, la existencia de una enfermedad avanzada, progresiva e incurable; segundo, la ausencia de posibilidades de respuestas razonables a los probables tratamientos específicos para la enfermedad; tercero, la presencia de múltiples síntomas o problemas que son intensos, multicausales y cambiantes; cuarto, gran impacto emocional en el paciente, su familia y el equipo terapéutico, muy relacionado con la muerte; y, quinto, pobre pronóstico de vida (pronóstico muy limitado). Ejemplos de estas enfermedades son el cáncer o el SIDA (Sociedad Española de Cuidados Paliativos [SECPAL], s. f.).

En el mismo sentido, Cohen (1982, como se citó en Rivas García, 2017) define la enfermedad terminal como “aquella patología incurable, con expectativa de vida no superior a seis meses, y en la que no existe posibilidad de curación habiéndose tratado con todos los recursos terapéuticos existentes” (p. 5) y, conforme a la definición de la SECPAL, hablar de enfermedad terminal implica inequívocamente hablar de calidad de vida y de muerte. Frente a las enfermedades terminales, la OMS ha establecido diferentes derechos de los pacientes que las padecen, incluyendo el derecho a mantener una esperanza (cualquiera que sea), derecho a manifestar las emociones y sentimientos en lo concerniente a la proximidad de la muerte, derecho a recibir asistencia médica, incluso si los objetivos de curación cambian a

objetivos de confort, derecho a no padecer dolor y el derecho a morir en paz y con dignidad, entre otros (Rivas García, 2017, p. 6).

En cuanto a las enfermedades catastróficas, también denominadas enfermedades de alto costo, la Organización Panamericana de la Salud – OPS las define como aquellas patologías que, sin ser necesariamente terminales, se caracterizan por los siguientes aspectos:

- Tienen bajo impacto sobre la carga de enfermedad; no son una prioridad epidemiológica dado que su incidencia es baja
- Tienen muy alto costo; sus tratamientos implican altos costos económicos
- Generan severos daños a la salud de quien las padece
- La mayor parte de los gastos son destinados a medicamentos
- La financiación por parte de los pacientes y su grupo familiar es insustentable
- Su cobertura se define por vía judicial (Tobar, 2010, pp. 60–62)

En Colombia, las enfermedades ruinosas, catastróficas o de alto costo se definen en el artículo 16 del Manual de Actividades y Procedimientos e Intervenciones del Plan de Obligatorio de Salud (anterior MAPIPOS), como aquellas patologías “que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y baja costo–efectividad en su tratamiento” (Ministerio de Salud – MinSalud, resolución 5261 de 1994). En ese mismo sentido, el artículo 117 de dicha norma estableció cuáles son esas condiciones que reciben tal denominación y que incluye, entre otras, el cáncer, la enfermedad renal crónica y VIH/SIDA.

En esa medida, la denominación como catastrófica o ruinosa en el ordenamiento jurídico colombiano implica los altos costos en que derivan el tratamiento de tales enfermedades y no necesariamente la condición de enfermedad terminal; de hecho, se puede concebir más como enfermedades de tipo crónico, que implican un gran impacto económico.

Balance de posturas teóricas frente al *right to try*

Al realizar una revisión de la literatura, se puede observar que existen tres vertientes frente el derecho a que sea intentado (*right to try*); la primera de ellas, con poco desarrollo teórico-académico, se basa exclusivamente en realizar una descripción sobre los antecedentes histórico-jurídicos, significado, origen jurisprudencial, características o los motivos que condujeron al reconocimiento de dicho derecho como un derecho fundamental innominado por parte del tribunal constitucional. Hacen parte de esta vertiente autores como Caicedo Sánchez (2015), Cruz Bernal, Lozano Alvarado & Riveros Mora (2018) y Duque Giraldo (2018). En el ámbito internacional podemos ubicar dentro de esta línea autores como Chapman, Eckman & Bateman-House (2020) y Mahant (2020).

Precisamente, en el ordenamiento jurídico colombiano existe una categoría de derechos denominados como innominados; éstos, pese a no estar expresamente enunciados en el texto Constitucional, gozan de reconocimiento como derechos fundamentales por ser inalienables e inherentes a la persona y que están relacionados con otros derechos fundamentales que si se encuentran expresamente consagrados dentro de la Constitución (Caicedo Sánchez, 2015, pp. 5–6; Cruz Bernal, Lozano Alvarado, & Riveros Mora, 2018, pp. 38–40).

Como se ha señalado con anterioridad, el precedente del *right to try* se remonta al año 2014 cuando el gobernador de turno de Colorado (Estados Unidos) sancionó una ley relacionada con el acceso a procedimientos experimentales para enfermos terminales que no estaban aprobados por la FDA cuyo propósito era permitir el acceso a los mismos, sin tener que esperar los largos procesos de estudios clínicos que buscan evaluar seguridad y eficacia de los nuevos tratamientos. Para los defensores de las legislaciones sobre *right to try*, con este tipo de leyes se busca superar la burocracia estatal que impide que los pacientes con enfermedades terminales accedan a tratamientos que

puedan mejorar sus patologías (Caicedo Sánchez, 2015, pp. 30–46; Chapman, Eckman, & Bateman–House, 2020, pp. 2–4; Cruz Bernal, Lozano Alvarado, & Riveros Mora, 2018, pp. 27–43; Mahant, 2020, pp. 1–2).

Para ello, se debía cumplir con criterios de inclusión los cuales se resumen en: a) padecer una enfermedad terminal diagnosticada por un médico, b) el procedimiento, dispositivo o fármaco es la mejor opción frente a otras opciones aprobadas por la FDA y c) otorgar el consentimiento informado por escrito, ya fuera personalmente o por medio de representante legal (padres o tutor legal) (Caicedo Sánchez, 2015, pp. 36–37; Chapman, Eckman, & Bateman–House, 2020, pp. 1–2; Duque Giraldo, 2018, 147–159).

El caso de Colorado tuvo injerencia en otros estados que se fueron sumando al punto de convertirse en una ley federal sancionada en el año 2018 por Donal Trump con treinta y ocho estados que se sumaron a dicha iniciativa; a la fecha ya son cuarenta y un estados americanos legislación en materia de *right to try* (Caicedo Sánchez, 2015, pp. 36–43; Cruz Bernal, Lozano Alvarado, & Riveros Mora, 2018, pp. 27–28), convirtiéndose en una alternativa a la existente estrategia del *Expanded Access* (EA) a cargo de la propia FDA y la cual busca ofrecer tratamientos compasivos a pacientes con enfermedades terminales bajo estándares de equilibrio entre la seguridad del paciente y la efectividad del tratamiento (Chapman, Eckman, & Bateman–House, 2020, pp. 2,6; Mahant, 2020, pp. 2–5).

Empero, se dejaba en claro que ni la aseguradora del paciente ni la industria farmacéutica o biomédica deberían asumir responsabilidad, frente a posibles síntomas o cuadros clínicos adversos derivados del uso de dichos tratamientos experimentales, exculpándolos incluso de responsabilidad legal y, finalmente, el paciente debía costear todos los gastos de dicho tratamiento experimental, salvo que se hubiese suscrito contrato con la industria farmacéutica o biomédica estipulando lo contrario (Caicedo Sánchez, 2015, p. 37).

La segunda línea o vertiente está orientada a la defensa del *right to try* y no tiene un amplio desarrollo en el campo científico. En su mayoría, de publicaciones algo informales de sitios web o el mismo establecimiento de disposiciones normativas (leyes), como es el caso de la Ley *Right to try act*, sancionada, como ya se expresó, en el 2018 por el entonces presidente de los Estados Unidos. En esta línea tenemos sitios como *Rightto try* encaminado a promover dicho derecho y configurándose en todo un movimiento (*Right to Try Movement*) y además diversas posturas jurisprudenciales y legislativas. El expresidente Donald Trump defendió la sanción de la Ley *Right to try act* argumentando que la sociedad estadounidense es luchadora y nunca se rinde (BBC, 2018), estableciéndose la ley en los diversos Estados y que posteriormente se extendió a otras naciones, incluyendo a Colombia. Ciertamente, la Corte Constitucional hace parte de esta vertiente pues mediante la sentencia T-057 de 2015 se dio reconocimiento al derecho a que sea intentado como un derecho inherente a la persona humana, en íntima relación con la dignidad humana, considerando entonces que el *right to try* debe extenderse a los pacientes en estado vegetativo, por ser inherente a la dignidad humana.

De esa forma, los defensores del *right to try* abogan por las bondades que este derecho tiene para los pacientes con enfermedades terminales, como la posibilidad de prolongar la vida, el otorgamiento de más oportunidades para los pacientes diferentes a la estrategia *Expanded Acces* de la FDA y que, aunque finalmente se muestre la ineffectividad de dichos tratamientos experimentales, queda el beneficio de haberlo intentado (Brown, Ortiz, & Dubé, 2018, p. 1493), o el acceso más rápido a tratamientos experimentales (Carrieri, Peccatori, & Boniolo, 2018, p. 66). Igualmente afirman que, si se otorga un derecho a morir, también debe otorgarse el derecho a intentarlo (Cohen-Kurzrock, Cohen, & Kurzrock, 2016, p. 1-2).

En tercer lugar, está la postura más desarrollada de quienes no solo realizan una caracterización del *right to try*, sino que además

exponen las posibles consecuencias negativas que pueden acarrear las distintas legislaciones que hasta ahora han reconocido al *right to try*. Tales aspectos negativos abarcan las falsas expectativas creadas en los pacientes y familiares frente al proceso salud-enfermedad, falsa mejoría (o mejoría transitoria) y la falsa ilusión de curación u obtención de calidad de vida, la exposición a actos médicos inseguros y eventos adversos aún no conocidos, y los riesgos de complicaciones o muerte tras el uso de los tratamientos experimentales, sin dejar de lado el proceso exculpatorio frente a la industria farmacéutica y biomédica ante los posibles desenlaces adversos derivados de dichos tratamientos experimentales. Esto se sustenta bajo las siguientes circunstancias:

- Primero, la comprensión limitada por parte del paciente frente a los tratamientos experimentales a los cuales va a exponerse. Y, es que, si bien se otorga un consentimiento informado, tradicionalmente este es un documento confuso, con gran terminología técnica (médica) no comprensible para el paciente o sus familiares, con tratamientos poco conocidos y cuya comprensión es muy limitada frente a ventajas y desventajas y que, habitualmente, el paciente accede a ellos por verse inmerso en una carrera contra el tiempo frente al rápido proceso de deterioro y la inminente presencia de la muerte, lo cual conlleva a que por el temor a morir accedan a firmar el consentimiento informado (Brown, Ortiz & Dubé, 2018, pp. 1492–1493; Blair Holbein *et al.*, 2015, p. 531; Bateman-House *et al.*, 2015, pp. 795–796).
- Segundo, la sanción y promulgación de las legislaciones en materia del *right to try* ha deteriorado la confianza que, hasta ahora, se había tenido frente a las instituciones que tradicionalmente se han encargado de realizar procesos de verificación y estudios de efectividad y seguridad frente a los diversos tratamientos a los cuales accede la población, como es la FDA en el caso norteamericano o la EMA en Europa, al asimilarlas como instituciones burocráticas que imponen barreras o se demoran en trámites para aprobar dispositi-

vos o medicamentos para las diversas enfermedades, desconociendo que este es un proceso que toma tiempo para testear y detectar los posibles riesgos y falencias frente a la eficacia y efectividad de los mismos (Brown, Ortiz, & Dubé, 2018, p. 1492).

- Tercero, se tienen consecuencias financieras desventajosas pues este tipo de normatividad, al menos en los Estados Unidos, determina que la industria no asuma costos derivados de los tratamientos experimentales ni otorgue beneficios de manejos en casa o en hospicios, trasladando los costos al propio paciente (Brown, Ortiz, & Dubé, 2018, p. 1492; Caicedo Sánchez, 2015, p.37; Tsakopoulus *et al.*, 2015, pp. 636–637). En el caso colombiano, el sistema de salud es el que debe acarrear con los gastos, con el consecuente desfinanciamiento de un sistema ya precarizado y con perversas trabas administrativas para los pacientes y familias quienes en muchos casos deben, incluso, costear tratamientos y estudios que están dentro del plan de beneficios de salud.
- Cuarto, la disminución en la responsabilidad para la industria y los propios médicos hacia los potenciales peligros, que un tratamiento experimental puede ocasionar a pacientes que se someten a ellos e, igualmente, la existencia de una información cada vez menos clara y completa al cesar el reporte de sintomatología adversa derivada de aquéllos, con lo cual habría más inseguridad, sin olvidar el conflicto de intereses que se puede derivar frente a estas prácticas (Brown, Ortiz, & Dubé, 2018, p. 1492; Chapman, Eckman, & Bateman–House, 2020, p. 9).
- Quinto, inseguridad para los pacientes pues son tratamientos experimentales que todavía no han demostrado seguridad y eficacia, con la consecuente presentación de eventos adversos y complicaciones para los pacientes que acceden a dichos tratamientos o que pueden tener interacción farmacológica con otros tratamientos que reciban, llevando a la mayor toxicidad (Brown, Ortiz, & Dubé, 2018, p. 1492; Tsakopoulus *et al.*, 2015, pp. 636–637; Carrieri, Pecatori, & Boniolo, 2018, p. 67). En ese sentido, se puede estar frente

a grupos vulnerables (enfermos) expuestos a tratamientos potencialmente peligrosos, cuya eficacia, seguridad y eventos adversos son desconocidos (Blair Holbein *et al.*, 2015, p. 531).

- Sexto, con el *right to try* los pacientes pueden acceder a tratamientos experimentales con unas falsas esperanzas de curación, mejoría de la calidad de vida o prolongación de la vida y en muchos casos ello corresponde a falsas expectativas otorgadas a los pacientes, con las implicaciones para la salud que se derivan de la toxicidad y demás eventos adversos que pueden acarrear (Bateman–House *et al.*, 2015, p. 796), e incluso las legislaciones en torno al *right to try* pueden ser inequitativas al permitir que puedan acceder a estos tratamientos experimentales solo las personas con enfermedades terminales y no personas con enfermedades incapacitantes o que deterioran rápidamente a quienes las padecen sin que puedan ser catalogadas como enfermedades terminales (Yang, Chen , & Benet, 2015, p. 2598; Carrieri, Peccatori, & Boniolo, 2018, p. 67).
- Finalmente, el *right to try* puede atentar contra la dignidad del enfermo terminal al eventualmente convertirse en una puerta abierta a la distanasia, ensañamiento, encarnizamiento u obstinación terapéutica que consiste en el uso de medidas no indicadas, extraordinarias o desproporcionadas para prolongar la vida así sea de manera artificial con el objetivo de evitar la muerte, pese a la no existencia de posibilidades de curación (Zurriarán, 2017, p. 94). Y pese a ser un término reactivamente desconocido, la distanasia comúnmente es practicada en el ámbito de la salud y es un dilema bioético pues emerge una falsa prolongación de la vida contrastado con una verdadera prolongación del proceso de muerte, conllevando a padecimientos innecesarios y angustiosos para los propios pacientes con lo cual, finalmente, se afecta no solo la calidad de vida sino la dignidad humana de los enfermos. Precisamente, Pesini (como se citó en Valbuena, 2008) define la distanasia como “acción, intervención o procedimiento médico que no corresponde al objetivo de beneficiar a la persona cuando está en fase terminal,

y que prolonga, en forma inútil y con sufrimiento, el proceso de morir, promoviendo la postergación de la muerte” (p. 147).

Así las cosas, queda claro que la distanasia se ve favorecida por la capacidad de la medicina para diferir el proceso de la muerte, gracias al creciente avance de la biotecnología y el conocimiento médico-científico que ha culminado con la idea de que los médicos deben luchar a toda costa contra la muerte, lo cual empeora con la aceptación de la cultura médica y la propia sociedad, traducéndose en la generación de expectativas de mejoría que, conjuntamente, con los resultados de muchos de los medicamentos y procedimientos descubiertos y utilizados en este tipo de enfermedades, favorecen las prácticas distanásicas y donde factores tecnológicos, biomédicos e incluso jurídicos tienen un rol central en este dilema, incluyendo la normatividad en torno al *right to try* (Valbuena, 2008, pp. 148–156).

Conclusiones

El derecho a que sea intentado tiene un reconocimiento legal y jurisprudencial relativamente reciente. Su origen se remonta a los Estados Unidos de América desde el año 2014, extendido paulatinamente hasta la sanción de la *Ley Right to try act* en el año 2018 por parte del entonces presidente Donald Trump; a la fecha ya cuarenta y un estados de la Unión han legislado en torno al *right to try*. Igualmente, dicho precedente ha cobrado importancia y reconocimiento en otros países, incluyendo Colombia donde tal derecho tiene un origen jurisprudencial mediante sentencia T-057 de 2015, reconocido como un derecho fundamental innominado que consiste en la oportunidad que tienen los pacientes con enfermedades terminales y/o catastróficas de acceder tratamientos experimentales que fueron excluidos del plan de beneficios de salud, con la intención de mejorar su calidad de vida, que está en íntima relación con la dignidad humana pero que, al igual que en las demás naciones, tiene detractores quienes argumentan la posibilidad de obtener mayores desventajas que los

potenciales beneficios, lo que puede conducir a violentar la propia dignidad humana.

En la literatura podemos ubicarnos en tres vertientes: la primera, concerniente a autores que realizan una mera descripción del *right to try* y aspectos relacionados como sus antecedentes jurídicos o legislativos, sus características y conceptualización; la segunda, conformada por quienes han defendido el *right to try* como una opción de mejorar su calidad de vida al acceder a tratamientos experimentales; la tercera, con mayor desarrollo teórico-académico, reúne gran variedad de autores que muestran las consecuencias negativas de este tipo de normatividad y que incluye entre otros, la inseguridad de los pacientes (al exponerse a tratamientos cuyos efectos no son conocidos, con el potencial daño por toxicidad), los costos que deben asumir los propios pacientes o sus familias (en Colombia, incluso por el propio sistema de salud), la disminución de responsabilidad civil por parte de la industria biotecnológica y farmacéutica y los profesionales de la salud, la desigualdad (cualquier persona no puede acceder a ellos), la posible ineficacia de los tratamientos (son experimentales y podrían no lograr la respuesta esperada e incluso empeorar las condiciones de los pacientes), la no conciencia plena frente a los tratamientos a los cuales se expondrán (consentimiento informado inadecuado) y las falsas expectativas frente al proceso de salud-enfermedad, con la idea de mejorar calidad de vida, prolongar la vida (lograr mayor sobrevida) e incluso falsas esperanzas de curación y, por el contrario, ello podría conllevar al empeoramiento del estado de los pacientes terminales o con enfermedades catastróficas, atentando incluso contra integridad, la calidad de vida y la dignidad, favoreciendo en muchos casos las prácticas distanásicas únicamente por convicciones arraigadas que conducen a la no aceptación de finalizar la muerte como una manera de aliviar el sufrimiento de los pacientes.

Sumado a lo anterior, también se tiende al detrimento de la ciencia médica y las buenas prácticas clínicas que, hasta ahora se han

realizado y que ha sido el interés de las ciencias de la salud, pues los pacientes con enfermedades terminales y/o catastróficas serían sometidos a tratamientos experimentales hasta el punto de cosificarlos y verlos únicamente como un simple objeto de estudio, desconociendo precisamente que la dignidad humana también implica no sufrir innecesariamente.

Nuestro país, pese a ser un Estado laico, se ha caracterizado por el conservadurismo y las arraigadas creencias religiosas de que la muerte debe darse de manera natural, aunque ello implique sufrimiento insoportable; el buscar opciones para finalizar con ese sufrimiento es calificado como pecado y socialmente reprochado, olvidando que un verdadero Estado social y democrático de derecho debe velar por los derechos y libertades individuales, apartándose de las creencias religiosas. En ese sentido, nadie debería impedir que una persona determine si continuar o finalizar con un sufrimiento insoportable e innecesario, mucho menos debería decidir qué camino tomar. El Estado debe garantizar la decisión libre y voluntaria de los enfermos, aún cuando no sea lo religiosamente aceptado, evitando prácticas distanásicas que el *right to try* puede fomentar y, contrariamente, cada paciente debe ser autónomo al elegir si continuar con el sufrimiento a toda costa o finalizarlo.

Finalmente, en Colombia no existen, hasta ahora, publicaciones que realicen por lo menos un planteamiento teórico sobre la posible pugna frente al *right to try* y dignidad humana, siendo imperativo iniciar con debates y publicaciones en torno a esta relación que puede entrar en pugna si desconocemos las libertades y derechos individuales de los coasociados.

Referencias

- Bateman-House, A., Kimberly, L., Redman, B., Dubler, N., & Caplan, A. (2015). Right-to-Try Laws: Hope, Hype, and Unintended Consequences. *Annals of Internal Medicine*, 163(10), 796-798. <https://www.acpjournals.org/doi/abs/10.7326/M15-0148?doi=10.7326%2FM15-0148>
- BBC. (30 de mayo de 2018). *Trump signs Right to Try Act for terminally ill patients*. BBC news: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-44305998>
- Bermúdez Bueno, W., & Morales Manzur, J. C. (2012). Estado Social de Derecho: Consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991. *Cuestiones Políticas*, 28(48), 51-77. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30193.pdf>
- Blair Holbein, M., Berglund, J., Weatherwa, K., Gerber, D., & Adamo, J. (2015). Access to Investigational Drugs: FDA Expanded Access Programs or “Right-to-Try” Legislation? *Clinical and Translational Science*, 8(5), 526-532. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4503515/>
- Brown, B., Ortiz, C., & Dubé, K. (2018). Assessment of the Right-to-Try Law: The Pros and the Cons. *Journal of Nuclear Medicine*, 59(10), 1492–1493. <https://jnm.snmjournals.org/content/59/10/1492>
- Caicedo Sánchez, A. N. (2015). El derecho fundamental innominado a ser intentado en la jurisprudencia Constitucional colombiana. *Repositorio institucional Universidad Católica de Colombia*. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/2664>
- Carrieri, D., Peccatori, F., & Boniolo, G. (2018). The ethical plausibility of the ‘Right To Try’ laws. *Critical Reviews in Oncology / Hematology*, 122, 64–71. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040842817304420?via%3Dihub>
- Chapman, C. R., Eckman, J., & Bateman-House, A. (2020). Oversight of Right-to-Try and Expanded Access Requests for Off-Trial Access to Investigational Drugs. *Ethics and Human Research*, 42(1), 2-13. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/eahr.500038>
- Cohen-Kurzrock, B., Cohen, P., & Kurzrock, R. (2016). The right to try is embodied in the right to die. *Nature Reviews Clinical Oncology*, 13, 399–400. <https://www.nature.com/articles/nrclinonc.2016.73/>
- Corte Constitucional. (1992, 9 de julio). Sentencia C-449/92 (Alejandro Martínez Caballero, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-449-92.htm>
- Corte Constitucional. (2015, 12 de febrero). Sentencia T-057/15 (Martha Victoria SÁCHICA Méndez, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-057-15.htm>

Corte Constitucional. (1998, 2 de diciembre). Sentencia SU-747/98 (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU747-98.htm>

Corte Constitucional. (1992, 24 de junio). Sentencia T-426/92 (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm>

Corte Constitucional. (1999, 10 de junio). Sentencia T-444/99 (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-444-99.htm>

Corte Constitucional. (2002, 17 de octubre). Sentencia T-881/02 (Eduardo Montealegre Lynett, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>

Cruz Bernal, A. F., Lozano Alvarado, L. D., & Riveros Mora, L. M. (2018). Derechos innominados: Un Estudio del Derecho Innominado a Intentarlo en Colombia. *Repositorio institucional Universidad Libre*. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17993/Derechos%20innominados.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Defensoría del Pueblo. (2020, 24 de julio). *Más de 620.000 tutelas se instauraron en 2019 para proteger derechos fundamentales*. <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/comunicados/9441/M%C3%A1s-de-620000-tutelas-se-instauraron-en-2019-para-proteger-derechos-fundamentales-derechos-salud-Defensor%C3%ADa-tutelas.htm>

Duque Giraldo, M. (2018). Precedente constitucional en materia de “derecho a ser intentado” o “right to try” para tratamientos experimentales. *CES Derecho*, 143-163. <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v9n1/2145-7719-cesd-9-01-143.pdf>

Hottois, G. (2009). Dignidad humana y bioética. Un enfoque filosófico crítico. *Revista Colombiana de Bioética*, 4(2), 53-83. https://programasbioetica.unbosque.edu.co/publicaciones/Revista/Revista9/arti2_Gilbethottoistraduccion.pdf

Mahant, V. (2020). “Right-to-Try” experimental drugs: an overview. *Journal of Translational Medicine*, 18(253), 1-6. <https://translational-medicine.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12967-020-02427-4>

Ministerio de Salud [MinSalud]. (1994, 5 de agosto). Resolución 5261 de 1994. Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%205261%20DE%201994.pdf

Olivares Carrillo, H. (2018). Dignidad humana: un análisis discursivo y jurídico concepto a partir de su función teórica y práctica en Colombia [Tesis de maestría, Universidad Libre]. *Repositorio institucional Unilibre*. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/11733>

- Righttotry. (s.f.). *Right to try in your State*. <http://righttotry.org/in-your-state/>
- Rivas García, F. (2017). Enfermedad terminal: una perspectiva desde el bioderecho. *Revista Iberoamericana de Bioética*. https://www.researchgate.net/publication/320721471_Enfermedad_terminal_una_perspectiva_desde_el_bioderecho
- Sociedad Española de Cuidados Paliativos [SECPAL]. (s.f). *Guía de cuidados paliativos*. <http://www.secpal.com//Documentos/Paginas/guiacp.pdf>
- Tobar, F. (2010). *La enfermedad como catástrofe*. PAHO: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2010/enfermedadcomocatastrofe.pdf>
- Valbuena, Á. (2008). La Distanasia. Paradoja del Progreso Biomédico. *Revista Colombiana de Bioética*, 144-193. <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189217248006.pdf>
- Yang, T., Chen , B., & Benet, C. (2015). “Right-to-Try” Legislation: Progress or Peril? *Journal of Clinical Oncology*, 22(24), 2597-2600. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/26195722/>
- Zettler, P., & Greely, H. (2014). The Strange Allure of State “Right-to-Try” Laws. *JAMA Internal Medicine*, 174(12), 1885-1886. <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/article-abstract/1910562>
- Zurriarán, R. G. (2017). Vulneraciones de la dignidad humana al final de la vida. *Cuadernos de Bioética*, 83-97. <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/92/83.pdf>



Colisión de principios jurídicos en la despenalización del aborto

Collision of legal principles in the decriminalization of abortion

Juan Fernando Díaz Pérez¹

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8129-931X>

Google scholar: https://scholar.google.com/citations?view_op=list_works&hl=es&hl=es&user=-H5SqOAAAAAJ

Resumen

A propósito de la liberalización del aborto bajo cualquier causal, aprobada recientemente en algunos países de América Latina, y la inhibición de la Corte Constitucional de Colombia respecto a una demanda de inconstitucionalidad que buscaba penalizar el aborto en todos los casos, en marzo de 2020; se hace necesario refrescar el análisis de la Sentencia C-355 de 2006, a la luz de la teoría general de los principios vigentes en el ordenamiento jurídico de Colombia, bajo una metodología de ponderación de estas normas rectoras.

Palabras clave: Aborto, Colombia, penalización, principios, ponderación.

1 Abogado con especialización en Derecho Administrativo, Universidad de Medellín. Actualmente candidato a especialista en Derecho Empresarial de la Universidad de Medellín. Medellín – Antioquia, Colombia. Contacto: juanfdiazp@gmail.com.

Abstract

Regarding the liberalization of abortion under any cause, recently approved in some Latin American countries, and the inhibition of the Constitutional Court of Colombia regarding a lawsuit of unconstitutionality that sought to criminalize abortion in all cases, last March 2020; it is necessary to refresh the analysis of the Ruling C-355 of 2006, in context of the general theory of the principles current in the Colombian legal system, under a weighting methodology of these principal standards.

Keywords: Abortion, criminalization, Colombia, principles, weighting.

Introducción

A la luz de una teoría de principios y en el marco de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana (sentencias C-355/06, C-133/94, T-223/98) frente a las tres causales en las cuales es permitida la práctica del aborto terapéutico, en el siguiente escrito se analizará la aplicación de la ley de la ponderación, la ley de la colisión y la teoría principialista general por parte de la jurisdicción constitucional, frente a la permisión del aborto terapéutico y voluntario, cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Inicialmente, se referenciarán las consideraciones de la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 32 numeral 7, 122, 123 y 124 del Código Penal (ley 599 de 2000), referentes a la ausencia de responsabilidad, el tipo penal de aborto y sus circunstancias de atenuación punitiva. Paralelamente se evaluarán los más notables conflictos entre principios, su variación y comparación en las mencionadas providencias constitucionales. Finalmente, se abordará la ponderación que realiza la Corte Constitu-

cional en la sentencia de constitucionalidad condicionada (C-355/06), con unas acotaciones específicas, que nacen de la reflexión propia del autor, frente al ejercicio de ponderación en sus tres etapas: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Todo esto soportado en la teoría de Robert Alexy y el colombiano Sergio Estrada Vélez²; teniendo en cuenta, además, conceptos que se mantienen vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano o que han ganado fuerza en el imaginario de la comunidad jurídica, como son: la diferenciación entre el derecho a la vida y el derecho de protección a la vida, la amplia libertad de legislación penal por parte del congreso, el ordenamiento jurídico “*pro-vida*”, la salvaguarda del *nasciturus*, entre otros más examinados durante el ejercicio de construcción de este escrito.

Breve aproximación contextual

Para abordar el debate planteado con anterioridad, es menester hacer precisión de algunos conceptos básicos que permitan ilustrar y guiar el desarrollo de las ideas que se pretenden exponer a lo largo del análisis de la sentencia C-355/06, así como el contexto en el cual se enmarca este estudio.

En primer lugar, se invita al lector a fijar la mirada en las condiciones normativas del aborto en el continente latinoamericano. Así se vislumbra que, para la fecha de esta publicación, solo cinco países (Uruguay, Cuba, Guayana, Guayana Francesa, Puerto Rico) permiten abortar sin condiciones en las primeras semanas de gestación, según el plazo establecido por sus leyes; mientras que en cinco más opera la prohibición sin excepciones de la interrupción voluntaria del embarazo (El Salvador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Haití), en el resto de América Latina todos los Estados incorporan

2 Estrada Vélez, S. (2010). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Vniversitas*, 59(121), 77-112. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.pdf>

causales que eximen la punibilidad, en mayor o menor medida, de la interrupción del embarazo.

Tal es el caso de Colombia que, en el año 2006, en pronunciamiento judicial del alto tribunal constitucional, declaró exequible condicionalmente los artículos del Código Penal que tipificaban como delito la interrupción voluntaria del embarazo, bajo parámetros exactos y causales bien determinadas, que examinaremos en el capítulo siguiente.

Volviendo la mirada al derecho comparado, recientemente los ordenamientos jurídicos vecinos han sido objeto de cambios respecto al aborto voluntario que, siendo fruto de manifestaciones sociales y expresiones colectivas de voluntad popular, han llevado a los órganos parlamentarios a adecuar los preceptos normativos en obediencia al sentir del constituyente primario (como en el caso de Argentina). Estas situaciones particulares, reabren en nuestro país esta álgida discusión, con caldeados debates y férreos apoderados, tanto en pro como en contra, de una despenalización absoluta ante la interrupción voluntaria del embarazo.

Sea este el momento para analizar, brevemente y de paso, la influencia de los sectores políticos, como el feminismo, en las recientes despenalizaciones, desde un punto de vista sociológico, más que jurídico, en las que se esgrime la prevalencia de la dignidad de la mujer como principal argumento para lograr la liberalización del aborto.

Movimientos feministas en Chile y Argentina han traspasado fronteras y hoy día comienzan a permear las comunidades vecinas. Bajo un estandarte claramente definido, ponen en la agenda política de sus países que, la autodeterminación sexual y reproductiva de las mujeres, fundamenta el pleno ejercicio de su dignidad humana, además de luchar contra un estigma social que, en franca discriminación, solo le es aplicado al género femenino cuando pretende el ejercicio de la libre procreación.

Los abundantes escenarios de violencia en razón del género que se presentan en Latinoamérica, han logrado que el feminismo se abra

una brecha labrada, con manifestaciones sociales y expresiones colectivas, que le permita acceder a iniciativas legislativas que con éxito lleguen a respaldar sus ideales en los parlamentos locales.

En Colombia, por el contrario, estas reivindicaciones se han encontrado en cabeza del poder judicial, y los mencionados debates se han ventilado en el despacho de los altos tribunales, el más reciente en marzo de 2020, cuando la Corte Constitucional decidió inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, por no cumplir con los estrictos requisitos para revisar los cargos de inconstitucionalidad sobre los artículos que tipifican como delito el aborto en el Código Penal, que, desde 2006, hicieron tránsito a cosa juzgada³.

Ante esta situación, es preciso hacer un comentario respecto al empoderamiento judicial actual, una breve reseña sobre su antecedente y posicionamiento, así como el sometimiento de las decisiones judiciales a una carga argumentativa que sirva de control a la discrecionalidad de los jueces, sirviendo de control bajo el principio de legalidad, piedra angular del Estado de derecho moderno.

Después de la segunda mitad del siglo XX, el constitucionalismo toma preponderancia en el razonamiento jurídico occidental, trayendo consigo el protagonismo de los tribunales constitucionales que constituyen un presupuesto de equilibrio dentro del poder, haciendo valer la supremacía constitucional e incluyendo a las minorías en las decisiones políticas y administrativas. Sin embargo, no podemos desconocer que en varias ocasiones quienes conforman los tribunales constitucionales desvían su actividad de la realización del bien común, como lo menciona Ran Hirschl⁴ en muchos de sus estudios donde pretende “desmitificar el poder judicial como una cruzada a

3 Corte Constitucional de Colombia. (2020, 2 de marzo). Sentencia C-088/20 (Antonio José Lizarazo Ocampo M. P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-088-20.htm>.

4 Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press. doi:10.2307/j.ctv15d81nb

favor de los menos favorecidos”; es por esto que las decisiones de los jueces constitucionales también deben ser evaluadas por la comunidad jurídica bajo parámetros que permitan aplicar lo que Rudolf Von Ihering⁵ llama “Derecho auténtico”⁶.

Con el paso histórico del Estado liberal al Estado constitucional, el juez asumió un nuevo papel en el desarrollo del derecho y de la sociedad, convirtiéndose en el garante de la armonía del ordenamiento jurídico, le corresponde a él organizar la estructura de la pluralidad de elementos contenidos por las constituciones contemporáneas. Su labor es compleja y de vital importancia, pues en su búsqueda por la justicia debe hacer que en sus interpretaciones coexistan principios y reglas (e incluso valores).

Sin embargo, si la comunidad jurídica cree ciegamente en que el juez ejercita estos razonamientos de manera infalible, incurriría en el error de dejarle un margen libre de control, es decir, el juez actúa a su libre albedrío y defiende las causas que personalmente considera revestidas de importancia si sus interlocutores no le imponen el deber de argumentar. Es el caso del punto que analizaremos a continuación, con la implementación de la ponderación de principios al objeto de estudio, encausándolo en un escenario de contradicción principalista, que obligue a que ese deber argumentativo del juez se perfeccione aún más.

La teoría principalista jurídica enseña que un criterio para diferenciar reglas y principios es la manera distinta de remediar contradicciones entre ellos. En el caso de las reglas, la discordancia se presenta en el campo de la validez, por ello, o bien se introduce una excepción para eliminar el conflicto o bien debe abandonarse una

5 Lloredo Alix, L.M. (2013). Rudolf von Jhering: Nuestra tarea (1857) En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 234–275. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2110>.

6 El derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por las normas generales, sino el que se vive de modo real por la gente.

de las reglas. Las tensiones entre principios, por el contrario, son en cuanto al peso, no se elimina uno del ordenamiento jurídico, sino que se le declara prevalente frente al otro, en la situación específica.

En el marco de la sentencia C-355/06 debemos afirmar con vehemencia que nos encontramos ante un evidente caso de colisión de principios, excluyendo bajo todo ángulo de observación que se trate de un simple conflicto normativo entre un supuesto jurídico del nivel legal (Código Penal) y uno jerárquicamente superior de orden constitucional (Derechos fundamentales del capítulo I de la Constitución del 1991). Esta colisión no podría ser tan sencilla, subyacen principios de igual nivel jerárquico que deben ser ponderados, tal como se informa en varios acápites de este escrito.

Dada la anterior determinación, cambia abismalmente la manera en que se debe proceder frente a la tensión normativa que atañe a este artículo, pues se exige la ponderación como instrumento para legitimar las decisiones de la Corte; de no realizar este ejercicio, o si solamente se aparenta, sería imposible para los destinatarios de la norma controlar los resultados de la actividad judicial.

Breve aproximación teórica

Para Robert Alexy⁷, tanto las reglas como los principios son normas, ambos dictan lo que debe ser, son en sí mismos expresiones deónticas básicas del mandato; los principios al igual que las reglas son razones para juicios concretos que determinen una guía conductual, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente.

¿Difieren entonces las reglas de los principios? Los criterios para esta distinción, según las múltiples teorías existentes, son muchos (su génesis, determinabilidad de los casos de aplicación, importancia en el ordenamiento jurídico, etcétera); el de uso más frecuente es la

7 Alexy, R., & Valdés, E. G. (1997). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales.

generalidad, teniendo los principios un grado de generalidad relativamente más alto que el de las normas.

Sin embargo, para Alexy las normas pueden dividirse en reglas y principios, pues no solo existe una diferencia gradual sino también cualitativa, esta es la tesis que el mencionado autor considera correcta. El criterio de distinción es entender los principios como mandatos de optimización.

Entendido bajo la óptica de Robert Alexy, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las legales, determinadas por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.

En la colisión de principios, uno de ellos debe ceder ante el otro, pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que a este se le deba introducir una cláusula de excepción. Frente a las circunstancias particulares un principio precede a otro, los conflictos entre reglas se llevan a cabo en la dimensión de validez, la colisión de principios (como solo pueden entrar en conflicto principios válidos) tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso. La estructura de esta solución puede ser resumida en la ley de colisión y el resultado de la ponderación como norma de derecho fundamental adscripta.

Un conflicto de esta clase debe ser solucionado mediante una ponderación de los intereses opuestos. En esta ponderación, se trata de buscar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto. Estos mandatos valen relativamente

con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas de su cumplimiento.

La colisión entre principios se resume a que, tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica del cumplimiento del otro, esta situación no es solucionada declarando que uno de ellos no es válido, tampoco introduciendo una cláusula de excepción. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada.

La determinación de esta relación de precedencia consiste en indicar las condiciones bajo las cuales un principio se antepone a otro según el caso concreto, bajo condiciones diferentes la precedencia puede ser solucionada inversamente.

Así pues, cuando dos normas tipo principio colisionan en el mandamiento de optimización que les distingue como tal, debe analizarse el grado de su cumplimiento para el caso concreto, y ello debe ser evaluado bajo el test de razonabilidad y de proporcionalidad, extraído de estas mismas teorías principalísticas, e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por el magistrado Carlos Gaviria Díaz, en la sentencia C-022 de 1996.

En esta decisión judicial se argumenta que, en solución a una colisión de principios que desencadenen evaluar la justificación de un trato desigual, la lógica predominante es la de la razonabilidad, “fundada en la ponderación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos”⁸.

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para esta-

8 Corte Constitucional de Colombia. (1996, 23 de enero). Sentencia C-022/96. (Carlos Gaviria Díaz M. P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>

blecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae, el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres fases, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido por el establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

El primer paso se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en este. Si el trato desigual persigue un objetivo, y este es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

El concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente solo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro; corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales, o etapas de ponderación, como se denominarán más adelante

al evaluar el uso de estas herramientas hermenéuticas por parte de la Corte Constitucional:

- **La adecuación:** debe demostrarse que, en la aplicación de uno u otro principio, resulta adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido
- **La necesidad:** argumentando que, de aquella adecuación uno u otro es necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin propuesto por la norma en disputa
- **La proporcionalidad en sentido estricto:** el principio que se encuentre precedente al otro, o vencedor en la colisión, si se quiere nominar así, deberá ser proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato

Si se quiere, y para simplificar todo lo mencionado en este acápite, la ley de la ponderación referencia las posibilidades fácticas de la aplicación de las normas que entren en un choque de aplicación en dos etapas que examinen (1) la adecuación, o idoneidad (las medidas son adecuadas para conseguir la finalidad) y (2) la necesidad (no puede haber otra medida que sea menos gravosa para el derecho en cuestión).

Las posibilidades jurídicas de las normas colisionadas, por su parte, refieren la etapa adicional: (3) la proporcionalidad en sentido estricto (a mayor grado de menoscabo de un principio, mayor importancia de cumplimiento del otro).

Bajo estas nociones teóricas, se continúa el análisis para el caso concreto de la penalización absoluta del aborto en Colombia.

Consideraciones y conflicto entre principios

Sería inapropiado afrontar la ponderación de la Corte con respecto a la exequibilidad condicionada del aborto, sin antes haber reseñado

y comprendido los criterios y principios que orientaron dicha decisión. Por tanto, este aparte se ocupará de analizar los conflictos entre principios que, a juicio del suscrito, son desarrollados por la Sentencia C-355/2006 y compartidos en las sentencias C-133/94 y T-223/98, pronunciamientos jurisdiccionales que anteceden la discusión sobre la liberalización del aborto en Colombia.

Evidentemente, un tema tan sensible socialmente como el aborto acarreará discusiones acaloradas, sin embargo, se reitera el marco netamente jurídico en que se ventila el actual debate, teniendo como punto de partida, tratar las tensiones que se consideran esenciales para el desarrollo de los argumentos presentados en las sentencias citadas *ut supra*, a saber:

La colisión entre la vida digna de la madre y la protección de la vida del no nacido es un punto en el que las tres sentencias coinciden, pero divergen en sus concepciones en relación a ello. Confluyen en apreciar la vida como máxima del orden constitucional, es innegable el deber de protección que este derecho le impone al Estado como bien jurídico. Es decir, en razón de ser el *non plus ultra* de los derechos tutelados en el orden jurídico, la vida convoca, de manera imperativa para su protección, a las autoridades estatales y a los particulares. Sobre ello dice la sentencia C-355/2006:

Este deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana.

Con respecto a la tutela de la vida del *nasciturus*, acaece un problema bastante complejo y que ha tenido distintas soluciones según la situación histórica y según la filosofía que se adopte; desde lo jurídi-

co, la cuestión radica en establecer desde cuándo se puede considerar al ser en gestación como titular de derechos. ¿Hay vida latente en el embrión? ¿Es el ser en gestación un humano y por tanto goza de protección? En la sentencia C-133/94, la Corte, a pesar de afirmar que el *nasciturus* no es persona humana, se rehúsa a dejarlo desprotegido⁹.

No así se mantendría esta postura pasados cuatro años, pues el mismo tribunal, en la sentencia T-223/98 contraria lo anterior al anotar:

El grupo, los llamados *nasciturus*, se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños. La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del Estado social de derecho, ha reconocido que el *nasciturus* es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana.

Por su parte, la sentencia más actual se aparta de la discusión de si el *nasciturus* es persona y simplemente puntualiza que es “*vida humana en gestación*” y como tal merecedora de protección por parte del Estado, dicho deber:

No solo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación, sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando.

9 Corte Constitucional de Colombia (17 de marzo de 1994). Sentencia de Constitucionalidad C-133/94 del 17 de marzo de 1994. Bogotá, Colombia: “No se requiere ser persona humana, con la connotación jurídica que ello implica, para tener derecho a la protección de la vida, pues el *nasciturus*, como se vio antes, tiene el derecho a la vida desde el momento de la concepción, independientemente de que en virtud del nacimiento llegue a su configuración como persona” Y “La vida del *nasciturus* encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado”.

Con respecto a la vida de la madre, se aprecia en la sentencia C-133/94 la siguiente afirmación del Ministerio de Justicia:

La mujer como gestora de vida, cumple una función vital y social para el género humano: la reproducción de la raza humana. Si no se protege la expectativa de vida del género humano, sería propiciar otra causa de autodestrucción del ser humano, sin el cual no tiene sentido ni la Constitución ni las leyes.

Es innegable la importancia de la mujer para la prolongación de la vida en el planeta, pero si reducimos su rol a este simple argumento, terminaríamos por ver a la mujer como un medio, su relevancia como sujeto equivaldría a su fertilidad. De esta manera se desprecian los derechos fundamentales de la mujer a la vida, la salud, la libertad sexual, entre otros. Esto sería, como bien lo dice la Corte, “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”¹⁰.

Valga agregar que reprochar penalmente la interrupción del embarazo a una mujer que ha tenido que padecer el flagelo de un acto sexual abusivo, violenta su derecho a la salud, no solo física, sino también mental, ya que le impone una carga emocional injusta. Además, el estigma creado por la norma penal la somete a actuar en el desasosiego de la clandestinidad cuando el Estado debería protegerla y prestarle servicios adecuados para de alguna manera reparar, o al menos no agravar, las humillaciones que ha sufrido.

Por último, recordemos que, tal y como se expresa en los salvamentos de voto de la sentencia C-133/94, la destinataria inmediata de las garantías consignadas en el artículo 43 de la Constitución es la mujer embarazada y no el fruto de la concepción.

10 Corte Constitucional de Colombia (1994, 17 de marzo). Sentencia C-355/06 (Jaime Araujo Rentería M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

No menos importancia tiene el debate entre la proporcionalidad de la norma penal en contraste a la potestad del legislador para plantear la política criminal que le parezca necesaria para proteger los bienes jurídicos del Estado, pero este debate se aleja ya de la colisión de principios en que se enfoca este artículo, por lo que se pasará de largo sobre el tema, no sin antes reiterar que a quienes competa esta discusión, deberán argüir siempre, un absoluto miramiento de los principios jurídicos que encarna la Constitución Política de 1991.

Debe tenerse en cuenta que, por múltiples factores tanto históricos como sociales, nuestro ordenamiento jurídico ha logrado la concepción social de “pro-vida”, por lo tanto, el legislador no solo está facultado, sino también obligado a tomar las medidas que considere pertinentes para hacer cumplir este mandato. Sin embargo, esta labor se encuentra restringida por las disposiciones constitucionales, la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción.

No obstante a que es justificada la imposición de una sanción contra los delitos que atenten contra la integridad del *nasciturus*, en el caso concreto del embarazo fruto de abuso sexual, la penalización de esta conducta supondría una ponderación que daría como resultado la preeminencia de la protección a la vida en gestación, desconociendo de manera casi absoluta los derechos de la mujer embarazada, lo que resulta no solo inconstitucional¹¹, sino una completa re-victimización por parte del Estado a la mujer abusada.

11 Corte Constitucional de Colombia (1994, 17 de marzo). Sentencia C-355/06 (Jaime Araujo Rentería M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm> “En desarrollo de análisis constitucional, el fin perseguido por el legislador al tipificar el aborto es proteger la vida del que está por nacer, mas no proteger el derecho fundamental a la vida, por este motivo, no estamos frente a la ponderación de derechos constitucionales fundamentales. Esta afirmación se explica porque la titular de los derechos fundamentales es la mujer no el *nasciturus*, teniendo como consecuencia dogmática que no se ponderan derechos fundamentales, sino que se verifica que la medida cuya constitucionalidad se estudia sea adecuada, necesaria y proporcional a la restricción del derecho fundamental que se considera vulnerado”.

Finalmente, si bien es cierto que un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico es el respeto y la garantía a las libertades individuales y personales¹², debe aclararse la posición de garante del Estado frente a los derechos fundamentales que la Carta constitucional enuncia. La función del derecho debe ser acorde con el principio de mínima injerencia en la vida de los asociados, sin desconocer el ejercicio del poder estatal facultado a la protección de los mismos ante vulneraciones por parte de los particulares o del mismo Estado.

Bajo la solución a estos conflictos y la aplicación de la ley de ponderación, la Corte Constitucional fundamenta sus consideraciones y orienta su decisión a declarar condicionalmente exequible el artículo 122 y declarar inexecutable los artículos 123 (parcialmente) y 124 del Código Penal. A continuación, provendrá la senda de la evaluación a la aplicación de los principios en el razonamiento jurídico de la Corte Constitucional colombiana en el ejercicio de la ponderación.

Ponderaciones de la Corte Constitucional

Como bien se trató anteriormente, frente a múltiples colisiones entre principios y entre principios que subyacen reglas, la Corte realiza ejercicios de ponderación razonablemente aceptados. A continuación, se presenta una revisión argumentada sobre la ponderación más relevante del alto tribunal en la sentencia C-355 de 2006, teniendo como puntos extremos de la colisión la protección a la vida íntegra de la mujer contra el amparo a la vida del que está por nacer:

12 En el caso que nos atañe son: La vida, la libertad, libre desarrollo de la personalidad, privacidad o intimidad, igualdad, la integridad personal, la salud y la autonomía reproductiva de la madre e igualmente viola la dignidad humana de la mujer y su libertad de conciencia.

Ponderación Corte Constitucional ¹³		
Etapas de la ponderación	Protección a la vida íntegra de la mujer ¹⁴	Protección a la vida del que está por nacer
Adecuación	1. No constituye delito bajo ciertos supuestos. 2. Aborto lícito con limitación temporal. 3. Aborto lícito sin limitación temporal.	1. Punibilidad total a cualquier tipo de aborto terapéutico. 2. Políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer embarazada.
Necesidad	1. La mujer es titular del derecho a la vida, vida que debe ser digna e íntegra; el <i>nasciturus</i> solo posee una simple expectativa. 2. La legislación demandada, aunque atenúa la punibilidad, continúa vulnerando sus derechos. 3. Esta decisión protege derechos fundamentales.	1. Esto implica un sacrificio absoluto de los derechos de la mujer embarazada. 2. Las medidas punitivas no son el único tipo de medidas adecuadas. 3. Punibilidad total supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación.
Proporcionalidad en sentido estricto	1. Artículo 93 C. P. 2. CADH	1. Artículo 43 C. P. 2. Convención Belém do Pará.

Cabe aclarar que esta ponderación de la Corte Constitucional hace referencia solo a la colisión de estos principios, bajo las tres causales

¹³ Fuente: elaboración propia.

¹⁴ Por “protección a la vida íntegra de la mujer” debemos entender que, como TITULAR de dicho derecho (no de una simple expectativa, como lo es el *nasciturus*), deriva múltiples derechos como lo son la salud, tanto física como mental, la dignidad humana de la mujer abusada, la libertad y autonomía sexual, la honra, el buen nombre, entre muchos otros que, por ser ella titular del derecho mencionado tendrán mayor grado de cumplimiento en las condiciones de que el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

preestablecidas en el texto legal como atenuantes de punibilidad y que ahora no constituyen delito pues, como bien especifica la providencia, no corresponde al juez constitucional determinar el carácter o la naturaleza de las medidas de protección que debe adoptar el legislador para proteger un bien jurídico concreto¹⁵.

Ponderación personal

Si bien es cierto que consideramos que el resultado de la ponderación de la Corte es racionalmente acertado, debemos consignar algunas acotaciones al ejercicio descrito en el punto anterior.

Inicialmente, desde el punto de vista teórico, la Corte Constitucional aplica de manera satisfactoria una teoría principialista general acorde al contexto colombiano. Además de la correcta aplicación del proceso de ponderación concebido por Robert Alexy, estableciendo claramente las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro, constituyendo el supuesto de hecho de una regla (el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas) que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente (no se incurre en delito de aborto). Todo esto en consideración de las referencias a las posibilidades fácticas y jurídicas, y justificando, bajo los argumentos y consideraciones mencionadas en puntos anteriores, la razonabilidad de su decisión.

A continuación, se enuncian algunos criterios que, a juicio del suscrito profesional, complementan la ponderación ya analizada. En el ejercicio académico y personal que se publica en este artículo, se

15 Corte Constitucional de Colombia (1994, 17 de marzo). Sentencia C-355/06 (Jaime Araújo Rentería M. P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>: “Se trata de una decisión eminentemente política reservada al poder que cuenta con legitimidad democrática para adoptar este tipo de medidas, siendo la intervención del juez constitucional a posteriori y exclusivamente para analizar si la decisión adoptada por el legislador no excede los límites de su potestad de configuración”.

da cuenta de cómo parámetros no sustituyen la ponderación anterior, sino que aportan y contribuyen para las repercusiones sobre este mismo tema.

Ponderación personal ¹⁶		
Etapas de la ponderación	Protección a la vida integra de la mujer	Protección a la vida del que está por nacer
Adecuación	1. Facilitar la práctica de aborto bajo circunstancias seguras e higiénicas en las E.S.E. 2. Atención psicológica y mental profesional con el fin de que la mujer opte seguir con gestación.	1. Políticas públicas en contra del abandono de menores de edad. 2. Facilitar la adopción entre parejas del mismo sexo. 3. Subvención antiaborto.
Necesidad	1. Medida prohibitiva del aborto es ineficaz y ampliamente vulnerada. 2. Alta tasa de mortalidad por práctica de abortos clandestinos. 3. Aborto sin riesgos, forma de ahorrar costos. El aborto inseguro deja abrumadoras secuelas en los sistemas de salud.	1. La vida es el más importante derecho fundamental que no debe ponerse en la balanza con otros inconvenientes, aparentemente más graves. 2. Pese a que la norma penal no puede ser un instrumento para ratificar valores, usar el aborto como método correctivo, llevaría a una concepción de la vida como bien jurídico descartable.
Proporcionalidad en sentido estricto	1. Artículo 93 C. C. 2. CADH	1. Convención de los Derechos del Niño artículo 12. 2. La Declaración Universal sobre Derechos Humanos, artículo 6.

Previo al capítulo de conclusiones generales de este ejercicio, se hacen necesarios algunos comentarios que armonicen lo descrito en las ponderaciones anteriormente descritas, así:

16 Fuente: elaboración propia.

En lo referente a la adecuación de los medios, muchos eran los argumentos que señalaban la despenalización total del aborto como solución a la alta cantidad de agravios causados por la práctica clandestina e ilegal del mismo; a nuestro parecer esta medida no solo no solucionaría el problema planteado, sino que como bien lo consideró la Corte, atentaría gravemente contra múltiples normas del ordenamiento jurídico, incluso tratados internacionales suscritos por Colombia (proporcionalidad en sentido estricto).

Así pues, frente a la consideración de que la medida prohibitiva del aborto es ineficaz y ampliamente vulnerada, debemos recordar que los estudios ontológicos no deben constituirse como única fuente de verdad frente una enunciación o argumento deontológico, en palabras más simples, “del ser no se deriva el deber ser”. La punibilidad de una acción, típica y antijurídica no puede excluirse porque en un hipotético caso otro sujeto la habría cometido, pues el ordenamiento jurídico no puede eliminar sus prohibiciones porque otro individuo también estuviere dispuesto a infringirlas.

Por lo anterior, se encuentra fundada la decisión de la Corte de mantener una despenalización parcial, y así se respalda por parte del suscrito, pues como se señaló en este acápite, se encuentra una colisión irreconciliable entre las medidas consideradas como adecuadas (aborto libremente despenalizado) y la yuxtaposición de las mismas con la normatividad vigente (proporcionalidad en sentido estricto), habida cuenta que, si bien el Alto Tribunal ha matizado en plurales ocasiones, disposiciones normativas con consideraciones judiciales netamente imperativas, no le sería dado usurpar funciones netamente legislativas.

Seguido a esto, aludiendo a la concepción popular “*pro-vida*” de nuestro ordenamiento jurídico, es cierto que la legislación debe propender por proteger la vida desde su concepción, pero dicha tutela no puede ser absoluta, debe sopesarse con los demás derechos que están en juego, a fin de no degenerar en un ordenamiento jurídico “*pro-*

nacimiento”, que solo consideraría como fundamental la existencia, dejando de lado aspectos como la manutención, el posible abandono, el impacto psicológico y social, los derechos y las garantías individuales de las madres gestantes, entre otros. Penalizar absolutamente el aborto y no adoptar medidas complementarias o permisiones excepcionales no es “*pro-vida*”.

En relación a la necesidad de la normatividad demandada que consideraba punible, aun con rebaja de pena, el aborto en el caso en que el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, concordamos en decir que resulta altamente gravosa para la protección de la vida íntegra de la mujer abusada, pues crearía para ella nuevas vulneraciones a derechos como la salud mental, la dignidad humana, agravando mucho más las consecuencias de un delito de tal magnitud en el ordenamiento jurídico, como lo es el acceso carnal violento.

Aunque comúnmente las posturas eclécticas no son académicamente bien recibidas por no ser consideradas definitivas, es menester aclarar, que para este análisis, el suscrito autor considera, en sintonía con la Corte Constitucional, que es la postura más adecuada, conforme al ejercicio de ponderación realizado, toda vez que emplear medidas que, de un extremo u otro, se consideren adecuadas, requeriría un cambio legislativo que hoy día no pareciera estar cercano, por lo que hasta tanto se pronuncie en debida forma el constituyente derivado, el Alto Tribunal, prudentemente debe limitarse a mantener un somero equilibrio sin irrumpir en funciones que no le son propias.

Conclusiones

Con el fortalecimiento de la teoría de principios y sus aspectos metodológicos, surgen problemas políticos, como la mayor o menor legitimidad del órgano encargado de realizar la ponderación e imponer el resultado de esta a las mayorías, pues estas teorías aplican preponderantemente en instancias judiciales que no se eligen por voto popular.

Aparecen también problemas morales, como la fijación del fundamento del cual se extraerán argumentos justificativos o axiológicos, tanto de la moral individual de cada magistrado como de la moralidad social u objetiva; la relación entre la moral y el derecho o tensiones entre la justicia y el interés general.

Este empoderamiento doctrinal podría representar a su vez problemas jurídicos, como el paso de una teoría de las fuentes elaborada a partir de criterios jerárquicos a una relación de coordinación entre las mismas, de la defensa de una igualdad formal a la material, de la afirmación de derechos fundamentales no consagrados en la Constitución Política¹⁷ y la equidad como mecanismo de heterointegración, la incorporación de reglas y principios como normas y su aplicación desde la lógica razonable (no la simple aplicación racional).

No obstante, los problemas anteriores encuentran una solución de naturaleza argumentativa, la ponderación como un medio de control de la discrecionalidad de los tribunales constitucionales, que al hacerse pública en la *ratio decidendi*, puede ser contrastada y debatida por la comunidad jurídica, creando nuevos procesos hermenéuticos entre operadores jurisdiccionales, grupos investigadores y profesionales del derecho, que en el ejercicio de las prerrogativas propias de cada rol, impulsan la variación de los precedentes judiciales (horizontales y verticales).

Pareciera un imposible aplicar la conclusión del párrafo anterior en el caso concreto, dada la reciente inhibición de la Corte Constitucional para abrir de nuevo el debate sobre el aborto en nuestro país y el aparente semblante pétreo de la sentencia C-355/06, sin embargo, el lector debe recordar las mutaciones que sobre el mismo tema se planteaban en el capítulo tres de este escrito, constituyéndolas como

17 Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional* núm. 116. Artículo 94. <http://bit.ly/2NA2BRg>

evidencia del aforismo en latín “*veritas filia temporis*”¹⁸, que adecuándolo a lo conocido por aquellos que hemos decidido participar del núcleo cognitivo de las ciencias sociales, reconocemos que, así como la verdad, las renovaciones jurídicas y sociales también son hijas del tiempo.

Aun así, existirá quien considere la ley de ponderación y la aplicación de la teoría general principialista como una licencia para el desarrollo ilimitado de la discrecionalidad judicial, y no como un límite argumentativo a la misma; sin embargo, este resulta un argumento ligero que busca solo perpetuar teorías decimonónicas, que no tienen cabida en un Estado social y de derecho como Colombia.

Para cerrar el debate podríamos concluir que, parafraseando al tratadista de Derecho Constitucional colombiano, Francisco de Paula Pérez¹⁹, ningún derecho es absoluto, los derechos incondicionales no pueden existir en un régimen que aspire a realizar postulados de justicia. Es necesario sacrificar, según las específicas condiciones fácticas y jurídicas, la aplicación de ciertos derechos, o la protección de ciertos bienes jurídicos (como la expectativa de vida del *nasciturus*) para satisfacer otros tantos en que una vulneración resultaría inadmisibles (protección a la vida íntegra de la mujer víctima de abuso sexual, o protección de la vida de aquella que física o mentalmente se encuentra comprometida a causa del embarazo).

18 “La verdad es hija del tiempo”.

19 Pérez Tamayo, F. (1954). *Derecho Constitucional Colombiano* (4ª ed., Vol. 1). Ministerio de Educación Nacional.

Referencias

Alexy, R., & Valdés, E. G. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Corte Constitucional de Colombia. (1996, 23 de enero) Sentencia C-022/96. (Carlos Gaviria Díaz M. P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (1994, 17 de marzo) Sentencia C-355/06 (Jaime Araujo Rentería M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>.

Corte Constitucional de Colombia. (2020, 2 de marzo) Sentencia C-088/20 (Antonio José Lizarazo Ocampo M. P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-088-20.htm>.

Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional* núm. 116. Artículo 94. <http://bit.ly/2NA2BRg>.

Estrada Vélez, S. (2010). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Vniversitas*, 59(121), 77-112. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.pdf>.

Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press. doi:10.2307/j.ctv15d81nb.

Lloredo Alix, L. M. (2013). Rudolf von Ihering: Nuestra tarea (1857) En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 234-275. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2110>.



Balance sobre los estudios sociojurídicos de la enseñanza del Derecho en Colombia¹

Balance on the socio-legal studies of the teaching of Law in Colombia

Luis Hernando Taborda Durango²

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2759-481X>

Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=PATNLKgAAAAJ>

Estefany Cataño González³

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1955-3364>

Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=yPi0GEkAAAAJ&hl=es>

Resumen

El presente artículo realiza un balance de las investigaciones que se han realizado de la enseñanza del Derecho en Colombia desde una perspectiva sociojurídica. Para tal efecto, se esbozan los siguientes puntos de reflexión: primero, se dilucida en forma descriptiva cómo los estudios desde la perspectiva de los estudios socio jurídicos en Colombia llaman la atención sobre las falencias estructurales y pe-

1 Este trabajo es producto de un ejercicio de investigación de la cátedra de Metodología de la investigación.

2 Estudiante de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta – Unisabaneta. Contacto: luis.taborda.241@unisabaneta.edu.co

3 Estudiante de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta – Unisabaneta. Contacto: estefany.catano.960@unisabaneta.edu.co

dagógicas de los procesos educativos en el contexto institucional; segundo, otros autores enfatizan en la ética profesional del abogado, cuestionando, además, la poca relevancia que se le brinda a la formación axiológica en ciertos escenarios educativos; tercero, se muestra cómo las investigaciones dilucidan que el currículo institucional no ofrece en ocasiones los medios para formar en los estudiantes una conciencia moral definida. Así, se vislumbra la incapacidad institucional y estatal para responder a la creciente demanda de educación jurídica, lo que perturba la calidad de la formación.

Palabras clave: Estudios socio jurídicos, educación jurídica, ética, enseñanza del derecho.

Abstract

This article takes stock of the investigations that have been carried out on the teaching of Law in Colombia from a socio-legal perspective. For this purpose, the following points of reflection are outlined: first, it is elucidated in a descriptive way how studies from the perspective of socio-legal studies in Colombia draw attention to the structural and pedagogical weaknesses of educational processes at the institutional level; second, other authors emphasize the professional ethics of the lawyer, questioning, in addition, the little relevance that is given to axiological training in certain educational settings; third, it is shown how research has elucidated that the institutional curriculum sometimes does not offer the means to form a defined moral conscience in students. Thus, the institutional and state inability to respond to the growing demand for legal education is seen, which disturbs the quality of training.

Keywords: Socio legal studies, Legal education, Ethic, teaching of law.

Introducción

Los constantes cambios políticos de las instituciones públicas a partir de la Constitución de 1991 han incidido en la conformación del

sistema jurídico en Colombia. Este hecho evidencia el modo como la sociedad en general va comprendiendo el entramado político y jurídico del país, situación que es materia de discusión no solo desde un punto de vista teórico y experiencial, sino desde la formación jurídica que se gesta en las facultades de derecho.

Siguiendo a Gómez (2016), existen dos escenarios que han estado de algún modo presentes en la transformación de las instituciones políticas del país, a saber: por un lado, la tensión entre la “búsqueda de sociedades más democráticas y garantistas de los derechos humanos” (p. 228) y la nueva cultura política y económica que propició, en sentido general, la aparición en los años 1990 de un mercado descontrolado y desregulado, permitiendo a su vez la acumulación de poder en determinados sectores de la sociedad, esto en detrimento de valores como la solidaridad, la inclusión, la democracia participativa y el respeto por la dignidad humana. Por otro lado, el intento de algunas “instituciones judiciales por proteger los derechos fundamentales en el marco del contexto del conflicto armado” (Gómez, 2016, p. 228). Para el autor, estas problemáticas dilucidan, en últimas, la tensión que existe entre el derecho y la realidad social en Colombia, por ello es motivo para analizar y resignificar el piso teórico sobre el que se está edificando la educación jurídica en el país.

El solo hecho de traer a colación la problemática de un mercado descontrolado y desregulado, la acumulación de poder en determinados sectores de la sociedad, el detrimento de valores y, por otro lado, el intento de los órganos jurisdiccionales para proteger los derechos constitucionales no es suficiente para comprender toda la realidad del binomio enseñanza–aprendizaje del derecho. En efecto, las investigaciones encontradas sobre educación jurídica en Colombia que se mencionarán más adelante, enuncian la importancia de analizar si realmente los planes de estudio del programa en cuestión, giran en torno a la búsqueda de formar profesionales que le apuesten a la transformación de la realidad y ubicando en el centro de dicha

evolución el ser humano y sus derechos fundamentales; en otras palabras, se trata de formar profesionales del derecho con un enfoque ético. Sin embargo, pareciera a la luz de los estudios, que los planes curriculares y la reflexión pedagógica que se puede hacer de éstos en algunos casos giran más bien en torno a las necesidades del mercado y al prestigio profesional, el cual puede distar mucho de formar futuros abogados críticos que tengan presente efectivamente la democracia, en el horizonte de la justicia y la equidad. A esto se suma, “la abundancia de abogados que egresan de las facultades de derecho del país”, tal como lo evidencia García (2010). En tal situación, “es posible que una buena parte de estos profesionales se conviertan en reproductores de la conflictividad social, más que en agentes de consenso, entendimiento y pacificación social” (García & Ceballos, 2019, p. 18).

Para el rastreo documental en Colombia se utilizaron los criterios de Creswell (2013), cuando se refiere a que es necesario identificar claramente los criterios de búsqueda de los artículos seleccionados, de manera que la exploración sea reproducible y se reduzca visiblemente la subjetividad a la hora de hacer la revisión (p. 1). En concreto, en la búsqueda documental se seleccionaron los estudios y luego se clasificaron por áreas específicas para facilitar el análisis, a saber: para el tema de la formación ética del abogado se recurrió a la Revista indexada *Unilibre*, Dialnet y el Blog de Derecho de los Negocios de Uexternado. Para la formación jurídica, se abordaron la Revista indexada *Javeriana* Cali, la Revista jurídica Ucaldas, el Repositorio Ucatólica, la Revista indexada de Unirosario, la Revista indexada *UMA* y Scielo. En cuanto a la profesión jurídica, se aprovechó la página del periódico *El Espectador* y, de manera relevante, el texto en PDF de García, M. & Ceballos, M. (2019), *la profesión jurídica en Colombia*, y el de Gómez Sánchez, G. (2016), *¿Abogados para la democracia o para el mercado?* Por último, para el tema de la educación superior en Colombia se abordaron la Revista *Ciencia Lasalle*, el Repositorio

Usergioarboleda, la página de la Corte Constitucional, página de la Corte Suprema de Justicia y Scielo.

En el país no se encontraron muchos estudios sobre la importancia de la formación axiológica en la educación jurídica, aunque existe uno dedicado a tratar la ética desde un enfoque aristotélico, “desde donde se pretende sentar las bases filosóficas para pensar en que pueden existir algunos valores –o virtudes– que deben ser incorporados en la formación básica del abogado” (Garcés *et. al.*, 2017, p. 102), pero estos autores se orientan sobre todo a caracterizar y definir algunos valores clásicos y no dilucida el escenario educativo ni las condiciones donde se pueda gestar una formación jurídica en el ámbito de la ética. Otros estudios, ya un poco alejados del tema de la ética como tal, datan sobre la calidad de la educación jurídica en Colombia, como son las investigaciones realizadas en 2016 por el Ministerio de Educación y el Ministerio de Justicia y del Derecho (García & Ceballos, 2019, p. 49), donde se realiza la comparación de la educación jurídica con las posibilidades económicas del estudiante y lo que este puede invertir para el acceso a la educación. Esto va de la mano con el estudio realizado por Ceballos (2017) en cuanto a la relación entre el nivel socioeconómico del estudiante y la calidad de la educación superior, toda vez que dicha calidad en ocasiones está determinada por las posibilidades económicas del educando, situación que puede generar “un desmedro de la administración pública, la justicia y el sistema político” (p. 5). Por su parte, Osorio (2013, p. 2), resalta la importancia de que la formación de los futuros abogados se geste dentro de adecuados parámetros de cualificación y, para ello, las instituciones de educación superior, públicas y privadas, deben propender por una acreditación de alta calidad, con el fin de fortalecer la idoneidad del profesional que se entregará a la sociedad.

Parafraseando a Ceballos (2017), se requieren más reflexiones sobre una formación jurídica de calidad en Colombia y por supuesto considerando las posibilidades de acceso de los estudiantes a los

programas de Derecho. Más todavía, las investigaciones encontradas en Colombia que se ocupan de la educación jurídica, aunque abordan en parte el tema de la calidad y la formación, se quedan cortas en establecer los presupuestos y características que constituyen una formación jurídica en el horizonte de la ética (Arbeláez, N. & Espinosa, B. 2002; García Villegas, M., 2010, mayo 1; Gómez Sánchez, G. 2016; Ceballos Bedoya, M. A. 2017; García, M. & Ceballos, M. 2019 y Delgado Rodríguez, P. 2020). En efecto, esas investigaciones “no definen exhaustivamente qué entienden por programas de calidad ni se ocupan de caracterizar esos programas (y sus estudiantes) desde un punto de vista socioeconómico” (Ceballos, 2017, p. 79). Abordado así, se evidencia la pertinencia de esta reflexión siempre que los estudiantes de Derecho están llamados a velar por el cumplimiento y cuidado de los derechos fundamentales en aras de una convivencia pacífica, lo cual puede lograrse teniendo a la ética como principio y fundamento orientador.

En general, las investigaciones colombianas se aproximan a la educación jurídica realizando un análisis sobre los retos que las transformaciones sociales contemporáneas presentan para la educación jurídica, la profesión jurídica y el mercado, la relación entre calidad y el nivel socioeconómico de los estudiantes de derecho, la educación jurídica colombiana y su respuesta a las demandas judiciales, la ética profesional del abogado, los retos en la formación de los abogados y, finalmente, la ética en la educación superior. En este contexto, García & Ceballos (2019, p. 50) dilucidan, a partir de su estudio, cómo la calidad de la educación depende en cierto sentido de la capacidad adquisitiva de los estudiantes. En otras palabras, podría decirse que, entre más nivel económico posea el estudiante, mayores pueden ser sus posibilidades para acceder a una educación de calidad. De igual manera, Ceballos (2017, p. 5) pone en evidencia que, si bien las universidades requieren tener un registro calificado para la oferta de un pregrado, el cual pasa a ser evaluado por expertos en el tema y en

caso de ser necesario realizar completitud de información para generar el código SNIES por parte del Ministerio de Educación, no todas las instituciones de educación superior optan por la acreditación en alta calidad, toda vez que esta es voluntaria. Sin embargo, lo importante es que, al no realizarse la acreditación de alta calidad durante los siete años de vigencia del registro calificado, los estándares de calidad indicados al inicio de la solicitud del registro se pueden ver desdibujados o deteriorados, lo que puede repercutir directamente en los futuros profesionales que tendrá la sociedad.

Estos estudios comprenden, en su gran mayoría, una identificación socio jurídica y, en una porción más pequeña, se aborda la ética desde una perspectiva educativa. Así las cosas, puede decirse que las indagaciones tocan dos ámbitos en general, a saber: la educación jurídica y la ética, a partir de los cuales se enuncia una problemática que implica algunos retos profesionales, pero se quedan cortos en mostrar cuál es la importancia de una educación permeada por la ética y cómo desarrollar esta en un contexto jurídico. No obstante, estas investigaciones sirven como base para desarrollar el trabajo en cuestión.

Teniendo presente el rastreo documental a partir de los criterios de búsqueda de Creswell (2013) y las bases de datos antes mencionadas, sobresalen en Colombia los estudios que se enuncian a continuación. En lo que respecta a la educación jurídica se hace mención especial a las indagaciones de Mauricio García Villegas (2010); Mauricio García Villegas y María Adelaida Ceballos Bedoya (2019). Luego se encontraron las indagaciones de Norma Constanza Arbeláez y Beatriz Espinosa Pérez (2002), Gabriel Ignacio Gómez Sánchez (2016), María Adelaida Ceballos Bedoya (2017) y Pedro Aníbal Delgado Rodríguez (2020). En la línea de ética y educación jurídica, son importantes las apreciaciones de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de 1975), se resaltan los trabajos de Fernando Antonio Herazo Girón (1999), algunas consideraciones de la Corte Constitucional (sentencias C-212

de 2007 y C-290 de 2008), Marly Tatiana Rincón Cancelada (2016), Sergio Iván Anzola Rodríguez (2016), Luis Fernando Garcés-Giraldo, Adriana Patricia Arboleda-López, Astelio Silvera-Sarmiento, Jovany Sepúlveda-Aguirre y Dany Esteban Gallego-Quiceno (2017) y Yesmina Morales Nemez (2018). Se encontraron, además, otros estudios que pueden apoyar y aportar elementos al análisis socio jurídico en un contexto educativo, en este punto resaltan José Luis Meza Rueda y Gabriel Alfonso Suárez Medina (2006), Rolando Enrique Escorcía Caballero, Alex Vlademir Gutiérrez Moreno y Hermes de Jesús Henríquez Algarín. (2007), Adriana María López Jamboos y Lina María Niño Navas (2015).

En general, del rastreo documental sobre educación jurídica y ética puede deducirse que las instituciones de educación superior que ofrecen los programas de Derecho, requieren fortalecer los procesos pedagógicos y curriculares en aras de la formación ética. En consecuencia, dichas instituciones son responsables de que el estudiante conozca a fondo los códigos éticos y disciplinarios en el ejercicio de la profesión jurídica. Además, visto de este modo, la calidad de los programas de Derecho está determinada por la formación ética.

Con todo, el presente artículo realiza un balance de las investigaciones que se han realizado de la enseñanza del Derecho en Colombia desde una perspectiva socio jurídica. Para ello, se proponen los siguientes apartados: en un primer momento y desde una óptica institucional, se evidencia en forma analítica y descriptiva cómo los estudios sobre educación jurídica en Colombia llaman la atención sobre las falencias estructurales y pedagógicas de los procesos educativos en los niveles institucional y curricular. Asimismo, se señala la incapacidad estatal para responder a la creciente demanda de educación jurídica. En un segundo momento, las investigaciones enfatizan de manera crítica en la ética profesional del abogado como tal, y someramente se tocan aspectos éticos relacionados con la formación del mismo, situando a las instituciones como responsables de dicho

proceso. En consecuencia, se pone en entredicho el conocimiento que poseen los profesionales del Código Disciplinario del Abogado y se cuestiona además que, en ciertos escenarios educativos, no se le dé la relevancia del caso en lo que respecta a la formación axiológica de abogados de cara a lo social. Finalmente, en un tercer momento, los estudios exploran de manera razonada y descriptiva la importancia de la ética en la educación superior, en donde el currículo, como instrumento clave, no ofrece en ocasiones los medios para formar en los estudiantes una conciencia moral definida. Asimismo, se critica que dicho instrumento pedagógico, en el horizonte de la ética, no responde en cierta medida a los retos que la globalización trae consigo.

Educación jurídica en Colombia desde una perspectiva sociojurídica

En este apartado, se hace evidente la responsabilidad que poseen las universidades de formar a los estudiantes de Derecho teniendo presente las necesidades del medio donde van a ejercer, para ello la educación superior requiere brindar las bases conceptuales y éticas correspondientes. La Pontificia Universidad Javeriana de Cali en su investigación “Retos en la formación de abogados, propuestas desde la Universidad”, realiza una reflexión enmarcada en la formación jurídica actual y teniendo en cuenta el contexto de dinámica y compromiso con el país. En consecuencia, el derecho debería lograr: uno, construir relaciones intersubjetivas; dos, regular simbólicamente esas intersubjetividades (lo que permite a su vez creación del tejido social), y tres, lograr comunicación dialógica entre los seres humanos (Arbeláez & Espinosa, 2002, p. 3).

En este horizonte, si bien se precisa en la inclusión, se requiere hacer partícipe al otro para mantener un equilibrio en la sociedad, permitiendo a su vez la convivencia por medio de la regulación desde el ordenamiento jurídico; “En Colombia se constata que urge formar hábitos y prácticas para los estudiantes de derecho que están definiendo su ingreso al campo social discursivo jurídico” (Arbeláez,

2002, p. 4). En efecto, un jurista debe ser íntegro en la academia y en su ética profesional apoyando así la aplicación de la ley, a través de la justicia y apoyando el avance de la sociedad.

Por su parte, el docente debe apoyarse de dispositivos pedagógicos que se logran con base en diversos modelos pedagógicos o “estados mentales” (Flórez, 2005, p. 56). Éstos pueden traducirse como representaciones de las relaciones que predominan en las corrientes pedagógicas y que impulsan a los estudiantes a coexistir con otros. Es decir, los modelos son combinaciones dinámicas con diferentes énfasis, de aspectos cognitivos, éticos, políticos, económicos, históricos, culturales y sociales, que tratan de esquematizar y comprender de forma analítica cómo se materializa el proceso enseñanza aprendizaje en espacios y periodos temporales concretos. Pues bien, a partir de este presupuesto pedagógico el docente debe reforzar en el estudiante su pensamiento crítico y ayudarlo a que forme su criterio frente a la aplicación adecuada de las normas y esclarecer cómo se llevan a cabo los diferentes procesos judiciales, teniendo en cuenta las diversas consecuencias que repercuten en el individuo y la sociedad por llevar un debido proceso basado en la ética a pesar de los desafíos que advierte la sociedad actual de Colombia.

Según Arbeláez y Espinosa (2002), en un contexto formativo, se debe fomentar el lenguaje en la paz y el manejo de conflictos apoyando así la reconstrucción paulatina del tejido social, esto tomando en cuenta los antecedentes que tenemos como país en lo que respecta al conflicto armado, principalmente comprendido entre los años ochenta, noventa e inicio de siglo; además, desde el aula coadyuvar a la administración de justicia para que opere acorde a las necesidades actuales del país en los diferentes sub-campos del Derecho. Esto se puede lograr cuando el docente promueva la libre expresión y permita que el estudiante sea el protagonista de su propia educación, iniciando desde el aula la ética de escuchar al otro, la disciplina, la creatividad y una formación acorde a las necesidades de la sociedad.

Así, se trata de reflexionar sobre el derecho y la moral, reconociendo “al individuo como un ser complejo y digno” (Arbeláez 2002, p. 18) de una formación integral que implica aspectos tales como lo académico, lo formativo, lo axiológico y lo psicosocial, todo ello desde un punto de vista humano.

El ejercicio de la abogacía en Colombia, según el concepto general de la sociedad, “no se percibe en ocasiones como veraz, transparente, honesto, leal ni merecedor de credibilidad” (Arbeláez, 2002, p. 22). Esta percepción se encuentra desde hace años atrás, por ejemplo, en 1995 en una encuesta realizada por el periódico *El Tiempo* “sobre la calificación a la imagen del abogado, la nota de uno a cinco fue de 2,7” (Arbeláez, 2002, p. 22); esto es una alerta para el gremio de juristas en general y para aquellos profesionales que cada día encuentran un poco más desprestigiado su desempeño, toda vez que no actúan acorde a la legalidad y a las necesidades de la sociedad colombiana. A su vez, existe el cuestionamiento sobre si los profesionales en abogacía se formaron y se encuentran en formación con base a la aplicación idónea del ordenamiento jurídico de la mano con la democracia, o solo se educan para satisfacer las necesidades del mercado, de ahí que “se demuestra que el sistema educativo colombiano no solamente es bastante inequitativo, sino que pareciera haber empeorado durante los últimos años” (Gómez, 2016, p. 6).

Este tipo de investigaciones son una muestra inicial de la brecha de desigualdad que se presenta en Colombia y que de algún modo afecta el Estado social de derecho, pues el acceso a la educación no es medianamente igualitario para los habitantes del territorio. Si bien un bajo porcentaje de la población, en principio, logra acceder a la educación superior o logra ser aceptado en alguno de los programas, no todos los estudiantes tienen la facilidad de recursos para asistir a las clases o, peor aún, finalizar su carrera por factores externos. Entonces, “no resulta extraño pensar que la educación jurídica resultará siendo un espacio de reproducción de las condiciones sociales exis-

tentes” (Gómez, 2016, p. 8). Más todavía, aunque la profesión jurídica fue en su momento considerada como una élite que ha desempeñado importantes cargos públicos para la toma de decisiones del país, ahora se ha demostrado que es una carrera con un acceso más razonable, sin embargo, las oportunidades no son igualitarias toda vez que se tiene en cuenta, como criterio general, el estatus social o las influencias que se puedan tener al respecto. A esto se suma, que en ocasiones se pone en tela de juicio la calidad, la formación y pertinencia de algunos programas de pregrado y posgrado, esto debido a la proliferación de facultades de derecho (García, 2010). Como resultado, se padece un detrimento en la calidad de la educación siempre que se responde solamente a las exigencias del mercado y se deja de lado la formación ética y humanista del operador jurídico, tan necesaria para su desempeño profesional en virtud de su compromiso social y democrático.

De acuerdo con Ceballos (2017), “en los últimos años se ha evidenciado la ampliación de la oferta para la educación jurídica que se caracteriza por un predominio de los programas privados de bajo costo y baja calidad” (p. 3). Este hecho es lamentable en cuanto al acceso a la educación, pues los estándares de calidad podrán beneficiar a quienes económicamente cuenten con mejores oportunidades de acceso; procurando así que los estudiantes con menores ingresos económicos obtengan una baja calidad educativa, la cual estaría determinada por el origen socioeconómico del sujeto. Desde este horizonte, se empieza a dilucidar la falta de ética que tiene la educación jurídica, apoyada en la desigualdad de oportunidades antes mencionada, situación que no permite entregar a la sociedad un profesional íntegro y adecuadamente formado.

La formación brindada en los programas de Derecho puede tener consecuencias sociopolíticas y jurídicas, es por esto que el predominio de abogados con baja calidad en su profesión, probablemente se traducirá en un desmedro de la administración pública, la justicia, la seguridad jurídica y el sistema político. Por tanto, debe ser una

preocupación estatal, cada vez mayor, la cantidad y la calidad de los abogados que se incorporan a la vida laboral (García, 2010, p. 23). En efecto, la calidad de los programas de Derecho debe ser una preocupación prioritaria para el Estado y este, con la gestión del Ministerio de Educación, necesita intervenir y regular los estándares de calidad de las diferentes instituciones educativas en Derecho, de una forma más eficaz y exhaustiva. No se trata solo de aplicar pruebas estatales a los estudiantes que están finalizando su programa, tampoco se trata de que las instituciones de educación superior justifiquen su autonomía universitaria apelando a la ley 30 de 1992 y, a partir de ello, permitirse operar como ruedas sueltas. De todos modos, en un proceso de calidad debe comprenderse, entre otros elementos, la necesidad de que la institución se encuentre acreditada en alta calidad o, por lo menos, esté en el camino de realizar dicho proceso institucional, máxime cuando se trate de cualificar el pregrado en Derecho. En este orden de ideas, y en términos generales, llama la atención que no son muchas las instituciones de educación superior, públicas o privadas, que en el país cumplen con este estándar de calidad; habida cuenta, además, de que en Colombia se encuentra un déficit en universidades públicas al servicio de la sociedad.

La profesión jurídica tiene un rol fundamental en la sociedad. Los abogados litigantes “tienen en sus manos los bienes, la libertad y la vida de sus representados” (Ceballos, 2017, p. 3) y el juez, por su parte, debe garantizar el acceso a la justicia, además, gran parte de la élite del país responsable en la toma de decisiones se compone de juristas (Gómez, 2016, p. 235). De ahí que sea tarea que no se puede abordar a la ligera por el profesional a cargo. No obstante, se advierte que las brechas de desigualdad causadas desde el mismo acceso a la carrera profesional y durante la formación, “exige entonces que el proceso de globalización de los estudios de Derecho, su enseñanza y sus investigaciones teóricas se reconduzcan a fin de afrontar la multiplicidad de fuentes jurídicas y teorías transnacionales del Derecho” (Delgado,

2020, p. 9); de este modo se puede reivindicar en lo global los espacios de reflexión jurídica para hacerle cara a toda expresión que comprenda desigualdad e inequidad.

Como se ha mencionado anteriormente, a la educación jurídica de años atrás solo podían acceder quienes contaban con un estatus socioeconómico elevado y, además, es notorio un aumento paulatino de la oferta del programa de Derecho en algunas instituciones de educación superior, también se hace manifiesto la necesidad de que la enseñanza se oriente de manera transversal en todas las universidades en lo que corresponde a los estándares de calidad, el conocimiento, la investigación y respetando, eso sí, la libertad de cátedra. Es aquí en donde el plan de estudios cobra relevancia, puesto que los programas de Derecho ofrecen asignaturas que el estudiante está obligado a cursar, mientras que otras pueden ser electivas, sin embargo, ambas deben estar enmarcadas con un enfoque ético y considerando la dimensión humana del sujeto que se encuentra en formación, pues es este quien finalmente se enfrentará a los retos y necesidades que hacen parte de la realidades sociales (en la que en parte está implícito el mercado), ya sea en un contexto público o privado.

Para Delgado (2020), en Colombia, la gran mayoría de los estudiantes ingresan a la Facultad de Derecho sin tener una idea clara de su relación con su entorno y carecen muchas veces de elementos de juicio para descifrar o entender la complejidad de la sociedad a la que se va a aplicar el Derecho (p. 13), por ello la importancia de que la universidad construya un plan de estudios robusto en los aspectos relacionados con el conocimiento y las humanidades. Además, se hace evidente, a juicio del autor, la necesidad de que los estudiantes puedan contar con docentes idóneos que los acompañen en el transcurso de su carrera; que no solamente les hablen de la teoría, sino de su aplicación en entornos reales con el fin de ejercer la labor jurídica en consonancia con los principios de la democracia y la ley. En otras palabras, se trata de incidir en una real transformación so-

cial sin caer en los artilugios que construye el mercado; pues “[...] la realidad ha demostrado que el sistema educativo se ha constituido como un espacio donde se reproducen diferencias de tipo económico, político y cultural”, situación que ha sido vivenciada y padecida por los estudiantes, “en quienes el sentido crítico y reflexivo, no ha sido cultivado durante las etapas previas de su ciclo educativo y formativo” (Delgado, 2020, p. 14).

Así las cosas, puede inferirse que se trata de un proceso formativo que aboga por inclinar al futuro abogado a ciertas corrientes en las que no tiene mucha relevancia el aspecto humano, la moral y cualquier expresión ética por la que el futuro profesional pueda optar. Precisamente, debido a tal realidad, es imperioso “[...] restablecer la credibilidad de la sociedad en las instituciones, la cual se ha ido desmoronando progresivamente, afectando directamente a las profesiones jurídicas a la legalidad y a la institucionalidad del país” (Delgado, 2020, p. 16); en consecuencia, es una necesidad evidente a lo largo de los años que se debe intervenir con parámetros veraces en la formación jurídica, no solo para el beneficio de los juristas, sino para el bienestar de la sociedad en general, primando así el bien común sobre el particular, habida cuenta de que el Derecho tiene una función social, y por ende, no deben ser los abogados quienes se encarguen de multiplicar la conflictividad social o la injusticia.

Se puede mostrar que en cierto sentido las desigualdades y dificultades evocadas se gestan desde el inicio mismo del programa de Derecho y se extienden a la práctica profesional, tal como lo expresa García y Ceballos (2019) en su libro *La profesión jurídica en Colombia. falta de reglas y exceso de mercado*. Y es que “... Mientras en otros países esas altas Cortes existen para crear jurisprudencia, aquí existen para resolver casos” (p. 18). Se evidencia, entonces, que la formación jurídica requiere ser repensada siempre que, en la práctica, por un lado, se observan abogados que, en nombre de la ley, representan a otros sin prestar la suficiente atención a los derechos fundamentales

y respondiendo solo a los intereses monetarios. Por otro lado, se percibe que la función jurisdiccional de algunos operadores en Colombia debe ser fortalecida, porque el juez no debe actuar como un autómatas que aplica la ley de manera silogística, ni tampoco tomando bando entre las partes.

Más aún, el aumento progresivo de la corrupción en algunos cargos públicos desde donde se administra justicia es una evidencia clara de la necesidad de tomar la ética como pieza fundamental para la educación en Derecho. Se entiende entonces que es el “Estado quien tiene la obligación de disciplinar a los juristas, pero su tarea de control es muy deficiente” (García & Ceballos, 2019, p. 22). Sin embargo, esta compleja labor no debe recaer solamente en manos del Estado, toda vez que cada sujeto debe ser responsable de sus actos y es aquí donde el profesional debe asumir el rol que la legislación le ordena como operador jurídico. Por ende, la necesidad de un sistema ético organizado o de un colegio de abogados en Colombia, para los estudiantes de derecho que están a punto de graduarse es completamente útil y pertinente, tal como se tiene en otros países con el objetivo de ejercer mayor control y acompañamiento del profesional en el ámbito del Derecho.

Es una realidad, por tanto, que la calidad del Derecho en un país depende en buena medida de la cultura jurídica que anima a los juristas y de la aptitud que esa cultura tiene para promover la institucionalidad, la efectividad de la Constitución y el respeto a los derechos fundamentales. Esa cultura se inculca en las facultades de Derecho, no obstante, actualmente es evidente en la sociedad colombiana la falta de compromiso de la mayoría de las universidades con este aspecto socio-ético tan relevante, lo cual fortalece de algún modo las dificultades que se presentan en la administración de justicia y en las situaciones de litigio que se presentan en la actualidad (García & Ceballos, 2019, p. 24).

En resumen, puede decirse que, en términos generales, estos estudios abordan dos vertientes importantes, a saber: una referida a las deficiencias de corte estructural –institucional– y curricular, y la otra, muestran un Estado en cierto sentido incapaz de responder a la creciente demanda de educación jurídica (García, 2010).

La educación jurídica en Colombia desde un enfoque ético

Este acápite de estilo crítico, según los hallazgos en la búsqueda bibliográfica, pone en el centro de la discusión al abogado como tal y de algún modo responsabiliza a las instituciones educativas de su formación ética. En cuanto a la ética profesional, la indagación de Herazo (2013), concibe los códigos disciplinarios de los abogados como verdaderos códigos deontológicos, que obligan al operador jurídico a cumplir sus funciones según lo estipulan la ley y la moral, de lo contrario puede incurrir en sanciones que afectan su ejercicio profesional (p. 15). De ahí que, de manera indirecta, evidencia que el ejercicio jurídico no se está enrumbando, como debería ser, por los senderos de la ética profesional toda vez que aún no se conocen a profundidad los deberes, incompatibilidades, faltas y sanciones de dichos códigos (p. 27).

En 1975, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia resaltó la importancia de la ética profesional del abogado: “es claro que las normas generales de la ética rigen para el ejercicio de todas las profesiones, pero quizá respecto de ninguna como la abogacía, su acatamiento ineficiente sea más útil para mantener la interdependencia o solidaridad social”. Se infiere que la ética profesional del abogado comprende la conducta del profesional como tal y tiene, a su vez, un alcance social o vinculante en lo que respecta a la salvaguarda del interés general. Por su parte, la Corte Constitucional (C-212/07), subraya que, “por motivo de la función social que están llamadas a cumplir las personas dedicadas al ejercicio profesional de la abogacía, se encuentran sometidas a un conjunto de reglas ética”. Estas se materiali-

zan en conductas que aseguren la honestidad y la responsabilidad en el ejercicio de la profesión, teniendo en cuenta el compromiso con los clientes y el acatamiento del ordenamiento jurídico. Por el contrario, aduce la misma Corte que, “el ejercicio inadecuado o irresponsable de la profesión, pone en riesgo la efectividad de diversos derechos fundamentales y la vigencia de principios constitucionales que deben guiar la función jurisdiccional como son la eficacia, la celeridad y la buena fe” (C-290/08). En este punto se destaca la función social del abogado, encaminada a la búsqueda de un orden justo y al logro de la convivencia pacífica. Como tal, surge la necesidad de garantizar altas calidades éticas en los abogados para que cumplan idóneamente su papel en la sociedad. Igualmente, Rincón (2016), critica que en ocasiones se ha visto en Colombia actitudes por parte de abogados que contrarían los valores éticos en el ejercicio de sus funciones (p. 25) y, seguidamente, rechaza que estos profesionales incurran en faltas disciplinarias, agregando que la “responsabilidad de los abogados en el marco de la ética no puede ir en decadencia en el siglo XX, época en que se forja mayor aplicación de los Derechos Humanos en el mundo” (p. 4). En este mismo escenario en un análisis más reciente, Morales (2018), se pregunta qué ha pasado con la ética profesional del abogado en Colombia, a raíz de los recientes escándalos en los que se han involucrado las altas cortes de la rama judicial, algunos estamentos de la Fiscalía y algunas prestigiosas firmas del país que han hecho parte de ciertos episodios de carácter empresarial.

En lo que respecta a la formación jurídica como tal que ofrecen algunas instituciones de educación superior, Anzola (2016), afirma con preocupación que el “campo de la ética profesional del abogado es tal vez uno de los menos explorados por la academia jurídica colombiana, el curso de ética no es considerada fundamental, y los estudiantes manifiestan una apatía notable por esta”. Esto sin contar con el poco prestigio que tiene en ocasiones el Consejo Superior de la Judicatura, en algunos sectores de la sociedad (p. 1). De igual manera, pone en

evidencia cómo las cuestiones éticas y las preguntas que le conciernen se hacen invisibles para algunos estamentos educativos, lo cual puede promover un ejercicio legal meramente técnico y formalista y, por ende, alejado del análisis que requiere hacer el abogado de frente a la realidad social (p. 15). Como resultado, Anzola se empeña en que las instituciones deben dar la relevancia merecida a las preguntas de la ética profesional. En este horizonte, Garcés *et al.* (2017), realiza una caracterización de los valores éticos desde una perspectiva aristotélica que deben ser incorporados en la formación básica del abogado conciliador. Así, propone que tanto el componente axiológico como el ámbito intelectual deben considerarse en la formación del abogado conciliador. Sin embargo, se queda corto en mostrar cómo gestionar tal propósito (p. 102 y 113).

Estas indagaciones en general ponen en entredicho la ética profesional de algunos abogados y comprometen la formación ética en el nivel institucional. En síntesis, acreditan que algún punto del proceso formativo del abogado no está funcionando adecuadamente, que entorpece la coherencia moral que requiere el operador jurídico en el ejercicio de sus funciones. Hay que aclarar, que en la educación jurídica están implicados la regulación del Estado, la función de las instituciones educativas –con su personal correspondiente– y la idiosincrasia de los sujetos. Estos tres componentes pueden incidir en la formación moral de distintas maneras.

En lo que respecta a la educación desde un punto de vista ético, los autores de manera descriptiva y analítica enfatizan en la importancia de la formación ética en la educación superior, pero se cuestiona el papel que en ocasiones posee el currículo y sus actores en dicha materia. Mesa y Suárez (2006), plantean que es incoherente que las instituciones de Educación Superior afirmen abiertamente que pueden formar competentes y exitosos a los estudiantes en una sociedad que se derrumba y que se aleja cada vez más de la civilidad (p. 31). En tal escenario, entonces, no se puede hablar de una formación

integral, siempre que la sociedad es una expresión del conglomerado de los sujetos. Es así como para estos autores el “sujeto colombiano está marcado por un olvido de la persona, por un desconocimiento de su historia y su realidad” (p. 30). Por tanto, exigen que las instituciones educativas contribuyan a la formación de la conciencia moral y alertan sobre los peligros de instaurar planes de estudios académicos (p. 23), esto es, alejados de la ética.

Por su parte, Escorcía *et al.* (2007), aunque hacen un fuerte cuestionamiento a la Educación Superior, responsabilizando a la incapacidad del currículo para responder a los retos y tendencias de la sociedad contemporánea, competitiva y globalizante, van más allá rechazando la idea de que solo con la “formulación de normas es posible lograr transformaciones en la sociedad” (p. 70). En efecto, el predominio de normas no es suficiente para enfrentar la crisis moral y poder alcanzar el bien común. En esta línea, refutan una administración de corte legalista e incapaz de llevar procesos concertados con otras instituciones en los contextos nacional e internacional (p. 76). Como salida, surge la necesidad del diálogo entre la ley y la moral, con el fin de construir una sociedad más reflexiva y coherente. Finalmente, López y Niño (2015), afirman abiertamente que la “educación superior ha pretendido distanciarse de su papel formador en lo que a ética y moral concierne (p. 68), toda vez que el perfil de los egresados cumple con los requisitos técnicos que exige el mercado, pero se deja en un segundo plano el componente moral. Las autoras sostienen que, en parte, el problema surge cuando la responsabilidad social es asumida solamente en el nivel directivo y como mero discurso elaborado (p. 69).

Resumidamente, estos estudios, aunque no se refieren directamente a la ética en el horizonte de la educación jurídica, sirven de apoyo para mostrar las exigencias que se imponen a la Educación Superior para reconstruir el tejido social con un enfoque ético, a partir de la formación moral de los estudiantes.

Conclusiones

Los estudios desde un punto de vista socio jurídico, señalan la incapacidad estatal para responder a la creciente demanda de educación jurídica, lo que afecta la calidad de la formación. Además, enuncian que una profesión desregulada y moldeada por el mercado, es difícil de controlar. En este caso, entonces, las Facultades de Derecho y el Estado revisten un papel preponderante en el control que deben asumir en aras de la calidad educativa. Por otro lado, las indagaciones alusivas a la educación jurídica en Colombia no abordan claramente el tema de la ética y su aplicación en tal contexto, pero muestran elementos y tensiones de tipo socioeconómico sobre la realidad educativa del país en materia jurídica, que pueden abrir el debate sobre la pertinencia de una formación ética. Las indagaciones evidencian en forma analítica y descriptiva cómo los estudios desde la preceptiva sociojurídica en Colombia llaman la atención, por un lado, sobre las falencias estructurales de los procesos educativos en los ámbitos institucional y curricular; además, advierte sobre los riesgos de una educación carente de análisis crítico que pueden generar graves injusticias e iniquidades, institucionalizando a través del lenguaje jurídico. Más todavía, se critica el esquema meramente dogmático presente en algunos espacios educativos, con lo que se logra solamente distanciar el derecho de la problemática nacional e internacional.

El conjunto de estudios que versan sobre ética y educación jurídica en Colombia, se empeñan en objetar un ejercicio profesional sin ética y de algún modo hacen un llamado para volver al *ethos*, esto es, llevar un comportamiento en relación con los valores, los cuales forman la personalidad del abogado, su identidad y su carácter. Así, estas pesquisas enfatizan de manera crítica en la ética profesional del abogado como tal, y someramente toca aspectos éticos relacionados con la formación de este, situando a las instituciones como responsables de dicho proceso. En lo que respecta a la ética profesional del sujeto, se deduce de algunos estudios un desconocimiento del

Código Disciplinario del Abogado por parte de algunos profesionales del Derecho y llama la atención sobre el deber jurídico de hacer primar siempre a la justicia cuando exista una discrepancia moral entre esta y la ley. Además, se advierte que la actividad inadecuada o irresponsable del abogado pone en riesgo la efectividad de diversos derechos fundamentales, así como la vigencia de principios constitucionales que deben orientar la función jurisdiccional.

En efecto, se muestra cómo en Colombia se han percibido actitudes deshonorosas que lesionan la ética por parte de algunos abogados, sin tener en cuenta que su ejercicio es una función social. De otro lado, ya desde lo institucional, se cuestiona que en ocasiones no se ha prestado la suficiente importancia en formar abogados en integridad y honestidad, en parte como resultado de la regulación escasa e insuficiente en dicha materia. Igualmente, se rechaza que la educación legal en términos generales opaca o reprime las preguntas que se hacen los estudiantes –o deben hacerse– sobre la ética profesional, las cuales pueden resultar determinantes en contextos concretos. Esto conlleva a promover un ejercicio técnico y formalista del derecho, muy alejado de la realidad social y mecánico respecto al rol social de los abogados. Como posible salida a tal problemática, se enuncia en uno de los estudios que el tema de la ética debe ser tenido en cuenta en la formación del abogado y en especial del abogado conciliador, no obstante, no define cómo puede llevarse a cabo su aplicación.

De otro lado, se explora de manera razonada y descriptiva la importancia de la ética en la educación superior, sin embargo, se deduce de los estudios que el currículo como instrumento definitivo, no permite en ocasiones la formación de una conciencia moral clara. De esta manera, se critica que el sujeto colombiano está marcado por un olvido de la persona, por un desconocimiento de su historia y su realidad; en sentido amplio, se llama la atención sobre el desmoronamiento de la sociedad contemporánea y de algunos profesionales que cada vez más se distancia de la civilidad. Además, las pesquisas aler-

tan sobre el peligro de que la formación se reduzca a currículos meramente academicistas que dejen de lado lo humano, el reconocimiento de la otredad y los principios de justicia social. En consecuencia, el desarrollo curricular en la educación superior en Colombia, a pesar de los avances que ha tenido, se muestra insuficiente en relación con los retos y tendencias de la sociedad contemporánea competitiva, dinámica y cambiante. En síntesis, se asevera que la educación superior ha pretendido distanciarse de su papel formador en lo que a ética y moral se refiere.

Teniendo en cuenta estas reflexiones, y considerando que en la sociedad en general existe una tendencia hacia el individualismo y al enaltecimiento de la imagen personal, es imperioso entonces reivindicar la ética en el contexto de la educación jurídica como condición de posibilidad para que el estudiante de Derecho se abra de manera empática a los *otros*. Para tal efecto, requiere propender por adquirir competencias que le ayuden a comprender que el rol social del abogado se enmarca en los parámetros de la rectitud, la excelencia y la idoneidad, con lo cual podrá contrarrestar las tentadoras ofertas meramente mercantiles, en ocasiones permeadas de corrupción. En síntesis, el ejercicio adecuado y responsable de la profesión jurídica contribuye la efectividad de diversos derechos fundamentales, así como la eficacia de principios constitucionales que deben orientar la función del Derecho como son la justicia, la equidad y la buena fe.

Referencias

- Anzola Rodríguez, S. (2016). “La enseñanza de ‘una’ ética profesional del abogado a través del aprendizaje basado en problemas. *Rev. Derecho público* número 37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6331309>
- Arbeláez, N. Espinosa, B. (2002). “Retos en la formación de abogados. Propuestas desde la Universidad”. *Vol. 1 Núm. 2*. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/203/913>
- Ceballos Bedoya, M. A. (2017). “Educación jurídica y reproducción social en Colombia”. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 20(1), 77–105. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/5373/4434>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-212 de 2007 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto); 21 de marzo de 2007.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-290 de 2008 (M. P. Jaime Córdoba Triviño); abril 2 de 2008. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-290-08.ht>
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 1975 –SUIN–Juriscol, (M. P. Eustorgio Sarria); 22 de mayo de 1975. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30009208>
- Creswell, J. W. (2013). *Research design: Qualitative, quantitative, and mixed methods approaches*. Thousand Oaks: Sage Publications.
- Delgado Rodríguez, P. (2020). “La educación jurídica en Colombia: transformaciones y tendencias recientes”. Núm. 23, pp. 83–99. <https://revistas.uma.es/index.php/rejienuevaepoca/article/view/9946/9850>
- Escorcia Caballero, R., Gutiérrez Moreno, A., Henríquez Algarín, H. (2007). *La educación superior frente a las tendencias sociales del contexto*. Volumen 10, Número 1, pp. 63–77. <http://www.scielo.org.co/pdf/eded/v10n1/v10n1a06.pdf>
- Gallo, D. (2007). El concepto de pedagogía en la obra pedagógica de Rafael Flórez Ochoa. <http://ayura.udea.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/624/1/AA0384.pdf>
- Garcés, L., Arboleda, A., Silvera, A., Sepúlveda, J. & Gallego, D. (2017). “La virtud aristotélica en la formación del abogado conciliador”. *Revista Jurídicas*, 14 (1), 102–113. [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas14\(1\)_8.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas14(1)_8.pdf)
- García Villegas, M., (2010, mayo 1). “Colombia, tierra de abogados”. <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/colombia-tierra-de-abogados/>
- García, M. & Ceballos, M. (2019). *La profesión jurídica en Colombia. falta de reglas y exceso de mercado*. Ediciones Antropos Ltda. <https://www.dejusticia.org>
- Gómez Sánchez, G. (2016). *¿Abogados para la democracia o para el mercado?: Repensar la educación jurídica*. <http://dx.doi.org/10.14482/dere.46.8817>

Herazo Girón, F. (2013). “La ética profesional del abogado”. https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/view/4053/3417

López Jamboos, A. & Niño Navas, L. (2015). La educación superior y su impacto en el desarrollo moral del individuo. [Tesis Maestría, Universidad Sergio Arboleda]. Repositorio Institucional Universidad Sergio Arboleda. <https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/843/La%20educaci%C3%B3n%20superior%20y%20su%20impacto%20en%20el%20desarrollo%20moral%20del%20individuo.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Meza Rueda, J. & Suárez Medina, G. (2006). *Formación de la conciencia moral: desafío para la educación superior*. Volumen 1, número 49. <https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1129&context=ap>

Morales, Y. (2018, julio 27). *¿Qué ha pasado con la ética profesional del abogado en Colombia?* <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/que-ha-pasado-con-la-etica-profesional-del-abogado-en-colombia/>

Osorio, A. (2013). Hacia la excelencia en la educación jurídica. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602013000100001

Rincón Cancelada, M. (2016). *De la responsabilidad profesional de abogados en el marco del código ético*. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13776/4/De%20la%20Responsabilidad%20Profesional%20de%20Abogados%20en%20el%20Marco%20del%20C%C3%B3digo%20%C3%89tico%2028.pdf>



La socioafectividad como principio rupturista del paradigma biológico–binario de la filiación natural¹

Socio–affectivity as a disruptive principle of the biological–binary paradigm of natural filiation

Vladimir Aguirre Mesa²

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6003-2368>

Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?user=iB_9TG0AAAAJ&hl=es

Resumen

El vínculo filial en Colombia emana de dos fuentes, la natural que a su vez contiene la matrimonial–marital y la extramatrimonial–extramarital, y la civil que es la lograda a partir de la ejecución del instituto de la adopción. La filiación natural está determinada a conocer la “verdad biológica”, se declara o se impugna a partir de la coincidencia genética. El componente biológico, hasta ahora es el único elemento determinante de la filiación natural en cualquier tiempo y de cualquier tipo. Elementos como la voluntad, el amor, el cariño o el afecto, resultan entonces irrelevantes a la hora de determinar la filiación natural.

1 Artículo de reflexión.

2 Abogado y especialista en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia. Magíster en Derecho Privado Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

Esta única y exclusiva lógica filial científica, se constituye en el paradigma biológico y a su vez binario de la filiación natural, el cual, como se pretenderá evidenciar, no presenta una trayectoria óptima dentro del marco de un sistema jurídico neoconstitucional, pluralista y respetuoso por los derechos fundamentales, sin mencionar las problemáticas filiatorias que supondrán el abordaje jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida, en la cual la lógica biológica resulta ya irrelevante.

Las altas cortes colombianas coinciden en identificar la Familia a partir de la concurrencia de valores como el amor, el cariño, el afecto, el apoyo mutuo, la solidaridad, entre otros. Todos estos valores son sistemáticamente inobservados en la determinación del vínculo filial. Se mostrarán al lector los elementos necesarios para contribuir con la deconstrucción del paradigma biológico binario de la filiación natural, a partir de la incorporación y el desarrollo del principio de la socioafectividad. Principio nacido y desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia extranjera, con el propósito de humanizar el vínculo filial.

La introyección de la socioafectividad en nuestro sistema filial contribuirá en la solución jurídica de las problemáticas actuales relacionadas al vínculo filial de las llamadas familias de crianza y posibilitará el camino para lograr su reconocimiento jurídico. A su vez, la socioafectividad, aportará soluciones a las problemáticas surgidas de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida y del necesario reconocimiento jurídico de las nuevas formas familiares.

Palabras clave: Filiación natural, socioafectividad, posesión de estado civil, pluriparentalidad, triple filiación.

Abstract

The filial bond in Colombia emanates from two sources, the natural one that in turn contains the matrimonial-marital and the extramarital-extramarital, and the civil one, which is the one achieved

from the execution of the adoption institute. The natural parentage is determined to know the “biological truth”, it is declared or contested from the genetic coincidence. The biological component, until now, is the only determining element of the natural parentage at any time and of any type. Elements such as will, love, affection or affection, are then irrelevant when determining natural parentage.

This unique and exclusive scientific filial logic is constituted in the biological and in turn binary paradigm of natural filiation, which, as it will be tried to show, does not present an optimal trajectory within the framework of a neo-constitutional, pluralistic and respectful legal system for the fundamental rights, not to mention the filiation problems that the legal approach to assisted human reproduction techniques will entail, in which the resulting biological logic is already irrelevant.

The high colombian courts coincide in identifying the Family from the concurrence of values such as love, affection, affection, mutual support, solidarity, among others. All these values are systematically ignored in the determination of the affiliate link. The reader will be shown the necessary elements to contribute to the deconstruction of the binary biological paradigm of natural filiation, based on the incorporation and development of the principle of Socio-affectivity. Principle born and developed by foreign doctrine and jurisprudence, with the purpose of humanizing the filial bond.

The introjection of socio-affectivity in our filial system contributes to the legal solution of the current problems related to the filial bond of the so-called foster families and will facilitate the way to achieve their legal recognition. In turn, socio-affectivity will provide solutions to the problems arising from the new assisted human reproduction techniques and the legal recognition of new family forms.

Keywords: Natural affiliation, socio-affectivity, possession of marital status, multi-identity, triple affiliation

Introducción

El Estado neoconstitucional de derecho es el resultado de la pretensión normativa del derecho constitucional, frente a los resultados de los modelos empírico–racionales de principios del siglo XX. El reconocimiento de las garantías y derechos fundamentales y su introducción en las esferas nacionales, regionales e internacionales, proponen el camino para humanizar, lo que en aquellos modelos se pretendió deshumanizar. El neoconstitucionalismo, exige la filtración constitucional de cualquier tipo de reparto de potencia normativa, sea producida por el legislador, el juez, la administración pública, los particulares o cualquier organismo gubernamental. Es la Constitución el punto que conecta el derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídico – positivos nacionales, la Constitución, como instrumento humanizador de la ley positiva, en su carácter de general y abstracta.

A la luz de estas nuevas perspectivas jurídicas, los razonamientos puramente objetivos, emanados de las otrora, normas perfectas de aplicación sin distinción o protesta, van girando al comprender que la aplicación normativa, deberá garantizar el goce de los derechos fundamentales de la persona. Urge una nueva forma de entender el mundo jurídico, más humano, más cotidiano.

La familia, inclusive hoy, es presentada por muchos como aquella institución formada por madre, padre, hijos e hijas. Para el maestro Ciuro Caldani, la familia nuclear heterosexual, que se alinea al ideal cultural clásico de los imaginarios colectivos que el *statu quo* se empeña en sostener y que hoy no se corresponde con la realidad social de nuestro Estado neoconstitucional de derecho. La remisión a la familia en singular, corresponde a una concepción ontológica con marcados componentes metafísicos, que deben ser superados. La “minusmodelación” en las exigencias y la presencia fáctica de la familia tradicional y la “plusmodelación” ideal y conceptual de la pareja e ideal, conceptual y fáctica de las vías de reproducción (p. 16 y 17). Se hace necesario pasar de una concepción en singular

de “la” familia, a un derecho de las familias plural e incluyente³. Esta concepción plural de las familias va de la mano con los fundamentos constitucionales, las libertades individuales y la dignidad humana.

Las conformaciones familiares actuales no obedecen los formatos de familia preestablecidos. El derecho de las familias debe proponer fórmulas que sobrepasen los esquemas normativos aprioristas, trazados restrictivamente, bajo una tipología excluyente y discriminatoria. La paternidad y la maternidad no deben ser solo conceptos objetivos y estáticos, en donde el componente afectivo resulte jurídicamente irrelevante. La posibilidad de revisar el paradigma biologicista de la filiación, sumado a la necesaria deconstrucción del binarismo filial, supone plantear temas de tal ruptura, como en su momento fueron los matrimonios igualitarios y la adopción de parejas del mismo sexo. Estas rupturas obligaron a repensar nuestro sistema jurídico vigente, para amoldarlo cada vez más, al pluralismo propio del ser humano, en su contexto social y cultural.

La filiación es, sin duda, la fuente primigenia de constitución familiar, está determinada en el ordenamiento jurídico por el establecimiento de vínculos jurídicos o biológicos. Por lo tanto, las presunciones legales, a efecto de establecer dicha filiación, tienen su fuente general en el trato sexual de los presuntos padres o madres, haciendo improcedente cualquier discusión fundada en lo afectivo o voluntario de los que se pretendan padres, madres o hijos⁴, que

3 Presentada esta como una de las principales conclusiones del Congreso Internacional de Derecho de las Familias Niñez y Adolescencia, celebrado en agosto del 2018, agosto 2018 en ciudad de Mendoza Argentina

4 El uso de la “e” tiene como objetivo sintetizar todas las expresiones identitarias existentes o que puedan existir en un futuro al seguirse la postura de Faur (2017) quien considera –con acierto– que “el lenguaje es una convención: se construye, se actualiza, se modifica. El feminismo fue contundente al sostener que el uso del masculino como genérico oculta la mención de lo femenino y, al hacerlo, confirma jerarquías en favor de los hombres. El debate no acaba allí (...) el lenguaje no contempla identidades ambiguas o mixturadas y descarta la intersexualidad de nacimiento de algunos. Actualmente, hay propuestas que abogan por el uso de la arroba, la equis, el asterisco o la e (...) Si bien cualquier de estas variantes puede resultar árida, nuestra decisión se inclinó por reflejar la diversa actualidad en cuanto a modos de nombrar los géneros (...) Por el momento,

no estén conectados por la “verdad biológica”. La lógica y excluyente forma filial científica se constituye en el paradigma biológico y binario de la filiación natural. El termino paradigma, en su contexto platónico, es utilizado para definir la justificación normativa, a partir del –deber ser– teleológico de lo natural. Lo correcto es definido por causas y/o consecuencias metafísicas. Los resultados de estos paradigmas son, al parecer, normas que resguardan aún, un componente divino.

Se propone la desestabilización de la fórmula perfecta y científica del paradigma biológico y binario de la filiación, a partir de la intromisión del imperfecto –afecto humano– en nuestro sistema filial.

El paradigma biológico de la filiación deberá ser de-construido para reconstruirlo en un sistema filial donde el componente afectivo tenga un lugar. Pretende este escrito, aportar a tal fin.

Por la complejidad conceptual de lo pretendido, la argumentación se presentará sobre los siguientes ejes temáticos, comenzando por: (i) El reconocimiento constitucional y legal en Colombia de las diversas formas familiares, para luego proponer cómo (ii) la Posesión notoria del estado civil es fuente de la filiación por –*socioafectividad*–, presentando al principio socioafectivo, como rupturista del paradigma biológico–binario, de los sistemas de filiación natural. El reconocimiento del vínculo filial socioafectivo en el marco de un Estado garantista, pluralista y respetuoso de las libertades individuales, deberá reconocer la existencia de (iii) La pluriparentalidad, y dentro de ésta la triple filiación. Por último, se propone como herramienta (iv) la excepción de constitucionalidad, para los casos en donde la protección

nos encontramos ante experimentaciones que podrán lograr (o no) un consenso efectivo y un reconocimiento por parte de la Real Academia. Entretanto, creemos que la posible incomodidad que esto produzca en algún lector o lectora no será menor a la experimentación por quienes nos dedicamos a los estudios feministas debida a la histórica omisión de las mujeres y de otras identidades en las convenciones lingüísticas y a la rigidez de sus cambios, que lo muestran como un campo de disputas y controversias” (p. 13-14).

familiar necesite de un planteo pluriparental, no regulado en nuestro sistema normativo positivo; (v) anotaciones finales sobre la sentencia STC-8697 del 2021 que, por primera vez en Colombia, reconoce protección jurídica a la familia pluriparental.

Reconocimiento constitucional y legal de las diversas formas familiares

En el sistema jurídico colombiano las familias tienen un tratamiento complejo. De un lado, la normatividad propone el modelo clásico de familia formada por los vínculos biológicos o jurídicos y, de otro lado, la jurisprudencia de las altas cortes en una interpretación sistemática reconoce constantemente la multiplicidad de formas familiares, alejándose de un modelo único y excluyente de familia.

La jurisprudencia ha sido coincidente en orden de ir más allá de la literalidad del artículo 42 constitucional en la búsqueda de salvaguardar los derechos fundamentales, entendiendo que la familia no solo se constituye por el vínculo biológico o jurídico, sino también a partir de las relaciones de hecho o crianza, que se edifican en la solidaridad, el amor, la protección, el respeto, en fin, en cada una de las manifestaciones inequívocas del significado ontológico de una familia. En palabras de la Corte Constitucional:

El concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial (Sentencia T-572 de 2009).

La familia no se refiere entonces a un único modelo preestablecido y la protección estatal de la misma está enfocada en la defensa de la pluralidad de formas familiares. Postulado coherente con las libertades propias de nuestro sistema jurídico. En este sentido y con relación al alcance de la protección del núcleo familiar, así como a

los deberes y obligaciones de quienes lo conforman. La Corte Constitucional precisó:

La jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez. Y recordó que “enfatisa la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar – abuelos, parientes, padres de crianza– son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige”.

Concepto que con los años fue perfilado y perfeccionado hasta al punto de concluir que:

Es claro que la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias (Subraya fuera del texto original de la sentencia) (Sentencia T-887 de 2009).

Aquellas familias que no se forman por lazos jurídicos o biológicos, han ido ganado espacio en la atención judicial que, movida por la necesidad de garantizar el goce de los derechos fundamentales y las garantías individuales, ha desarrollado el concepto de *vínculo de crianza*.

En lo contencioso administrativo se reconoce el vínculo de crianza y se define que la familia, lejos de obedecer a nociones preestablecidas

e inmutables, se presenta como un concepto dinámico y moldeable que obedece al desarrollo social y afectivo de sus integrantes. En este sentido sostiene el Consejo de Estado:

La Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no solo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura solo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales (Subraya fuera del texto original de la sentencia) (Sentencia 31252 de 2013).

El reconocimiento jurisprudencial que se ha dado a la familia de crianza, dista de los efectos que se tendrían al admitir la pretensión de vínculo filiatorio a partir de un criterio diferente al biológico. Con el reconocimiento jurisprudencial de las familias de crianza, sería necesario pretender derechos familiares, de uno en uno. Mientras que, con el decreto de la filiación se configurarían, por efecto jurídico, todos los derechos y obligaciones del hije para con su padre y/o madre y viceversa.

Será menester encontrar el camino jurídico propicio para lograr el reconocimiento judicial filiatorio del –vínculo de crianza– y nada

mejor que comenzar por comprender que la parentalidad no es solo un hecho de la naturaleza. Hipótesis plenamente confirmada por el milenario instituto de la adopción:

La adopción suplanta el origen biológico por un nivel más alto como es la libre determinación de la voluntad. Incluso, teniendo en cuenta las líneas evolutivas del Derecho de Familia, la adopción se presenta como la paternidad del futuro por la excelencia enraizada en el ejercicio de la libertad. Solo el padre adoptivo se da la opción de algún día ser capaz de repetir a sus hijos lo que Cristo dijo a sus apóstoles: “No me habéis elegido vosotros a mí, sino que yo os elegí a vosotros” (Juan: 17, 16) (Baptista, 1979, p. 417).

Como ya se mencionó, el vínculo filial natural en nuestro ordenamiento jurídico está determinado por el descubrimiento de la consanguinidad entre los que pretenden la filiación. La ciencia y la tecnología desarrollaron métodos para conocer con precisión casi absoluta la realidad biológica. De esta manera, la filiación natural adoptó como único, el criterio biológico. Se es padre, madre o hijo si la sangre lo dice. Bajo esta premisa, puramente objetiva, el paradigma biológico de la filiación se impuso sobre la voluntad y se impuso sobre el afecto, los mismos que pasaron a ser irrelevantes e invisibles al momento de declarar o revocar un vínculo filial.

Con el afecto y la voluntad por fuera de la ecuación, el reconocimiento jurídico del vínculo filial se limitó a establecer la coincidencia genética de las partes, sin que importara ningún sentimiento. Fue así como se entendió que, en la filiación, el componente afectivo y el volitivo no tenían cabida. Se le atribuyó al orden público, la rigurosa premisa de igualar la “verdad biológica” a la filiación natural.

La posesión notoria del estado civil como fuente de filiación por socio-afectividad

Una de las problemáticas actuales del derecho de las familias en Colombia es el tratamiento jurídico de las familias de crianza. Como

cualquier otro elemento rupturista, los vínculos de crianza comenzaron por ser reconocidos jurisprudencialmente, en materias como la seguridad social y el derecho de daños. Este tratamiento difuso del vínculo de crianza, necesitará afianzarse en el estatuto filiatorio, para posicionar lo afectivo en un lugar real y prevalente dentro de la conformación del vínculo familiar.

Los términos –hije de crianza, padre de crianza y madre de crianza– se han utilizado en Colombia para denominar el vínculo existente entre personas que se entienden padres, madres e hijos, sin que medie la coincidencia del dato genético. La dificultad nominativa del concepto hijo de crianza, se presenta al entender que, es la filiación la que jurídicamente hace padre al padre e hijo al hijo. Por consiguiente, sin filiación jurídicamente no habrán hijos, sea cual fuere el apellido que se les pretenda poner: naturales, matrimoniales, adoptivos, extramaritales o de crianza.

En nuestro estatuto formal, no existe un procedimiento para pretender la filiación de crianza, lo que en principio supone una seria dificultad, puesto que la competencia de los jueces de familia es restrictiva a la delegada por la ley. Por otra parte, el criterio residual de competencia está atribuido a los jueces civiles del circuito, lo que supondría entonces enviar una pretensión de contenido netamente familiar a un juez civil.

Ante este panorama, se propone recurrir a un procedimiento filiatorio, quizás olvidado, ya que durante años se pensó remplazado por el criterio de la infalible “verdad biológica” aportado por los avances científicos al sistema filial. La ley 75 de 1968 en la cual “se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, estableció en el numeral 6 del artículo 6 la posesión notoria del estado de hijo, como presunción de paternidad y esa presunción de paternidad da lugar a que sea declarada judicialmente. Esta norma, a pesar de su vetustez, no ha sido derogada y continúa vigente en nuestro ordenamiento jurídico. La posesión notoria es, como su nom-

bre lo indica, comportarse como tal. El comportamiento desplegado que genere indudable, el reconocimiento social, familiar y personal de un vínculo filial. Para la Corte Suprema de Justicia esta posesión consiste en desarrollar:

Aquellas acciones que usual y razonablemente resultan indicativas de la asunción de dicha calidad respecto del hijo y que, por lo mismo, originaron y suscitaron espontáneamente la mentada creencia a lo largo del ámbito social correspondiente, hasta convertirla en una situación tan nítida, palpable y obvia que se da por descontada como cierta por parte de los miembros de la colectividad

Con esta claridad, se entiende irrelevante para esta modalidad de filiación, el vínculo genético, puesto que “si el presunto padre «por actos positivos acogió al hijo como suyo», no tenía sentido alguno demostrar la imposibilidad de haberlo engendrado o de oponer la *exceptio plurium constupratoru*, pues las manifestaciones inequívocas de acogimiento del hijo enervaban la posibilidad de proponer tales defensas, haciendo inexpugnable la presunción de la posesión notoria del estado de hijo (Sentencia STC6009 – 2018).

Es pionero el derecho brasileiro en conceptualizar sobre el renacimiento de la posesión de estado, para la comprobación de los criterios socioafectivos en las pretensiones filiales. Contraponiendo lo socioafectivo al criterio excluyente de “verdad biológica”. La búsqueda de un derecho de las Familias, moderno, respetuoso y pluralista invita a pasar de las posiciones estáticas y dogmáticas, a unas más dinámicas y humanas.

Al comparar los requisitos propuestos por nuestra Corte Suprema de Justicia para la verificación de la posesión notoria del estado civil, encontramos que son similares a los requisitos exigidos por el derecho brasileiro para la comprobación de la socioafectividad como fuente de filiación:

- (i) tractatus comportamiento aparente de parientes (la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo, y esta los trata

como padres); (ii) nomen (la persona tiene el nombre de familia de los padres) y (iii) fama (imagen social y reputación: la persona es reconocida como hija de la familia y por la comunidad, siendo así considerada por las autoridades) (Lobo, 2008, p. 212).

En conjunto, estos componentes se revelan por la convivencia familiar, por el efectivo cumplimiento de los deberes de guarda, educación y sustento del hijo, por el relacionamiento afectivo, en fin, por el comportamiento que adoptan los padres, madres e hijos en la comunidad en que viven.

Luego de determinar el rol de padre o madre respecto de una persona que no ha transmitido su rasgo biológico a otra, se determina la hipótesis de una filiación *socioafectiva*, en palabras de Cristiano Chaves (2010):

El padre afectivo, sociológico o socioafectivo es lo que ocupa en la vida del niño un verdadero lugar y presencia, cumpliendo una función, convirtiendo la paternidad socioafectiva en una especie de adopción de hecho y el símbolo máximo de una relación social paterno-filial. (p. 592)

La jurisprudencia nacional coincide en definir la familia a partir de:

Ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales (Consejo de Estado sentencia 31252 de 2013).

Pero paradójicamente, en la filiación, que es la fuente primaria de constitución familiar, el componente afectivo y la voluntad resultan irrelevantes.

La *socioafectividad* como principio, recoge el complejo entramado de sentimientos de afecto, apoyo, solidaridad, amor, entre tantos, que se distinguen al momento de referirse a un vínculo familiar. El

desarrollo del principio de la socioafectividad se lo debemos, en gran medida, al derecho brasileño que viene trabajando sobre ello hace ya varias décadas, principalmente, poniendo en crisis el derecho filial meramente biológico, con base en el componente afectivo. Herrera (2015) se refiere a la naturaleza de la interacción de los elementos sociales y afectivos que constituyen el principio de la *socioafectividad*: “... cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social; y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos...” (p. 975)

Para Serejo (2005), la socioafectividad “es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma los vínculos afectivos que deberán trascender el aspecto normativo” (p. 547). El criterio socioafectivo se presenta como un nuevo elemento para establecer la existencia del vínculo parental, fundado en la afectividad, en el interés superior de la niñez y el respeto por la dignidad humana. “Se muestra pues, el criterio socioafectivo para la determinación del estatus del hijo, como una excepción a la regla de la genética, lo que representa una verdadera “desbiologización” de la filiación, haciendo que la relación paterno-filial no sea atrapada solo en la transmisión de genes, cuando existe una vida de relación y un afecto entre las partes...” (Farias, 2010, p. 590).

Aquella concepción de familia (en singular) como núcleo básico de la sociedad, modelado, pre-constituido, definido y reglado por las arcaicas tipologías de familia, hoy reclama ser repensada a partir del derecho constitucional que tiene cada persona a tener su propia forma familiar. Son los sujetos los que definen sus familias y no los repartos de impotencia normativa que sufren a partir de las concepciones familiares aprioristas de los sistemas judiciales.

Las diversas conformaciones familiares y el respaldo jurídico que necesitan esas familias para su reconocimiento filial, a partir de criterios que incluyan el afecto y la voluntad invitan a replantear las cuestiones de base y a rediseñar criterios más humanos al momento de restablecer derechos.

El componente afectivo se presenta hoy en el mundo, como el principio fuente de solución para los casos más complejos de las relaciones familiares, dado que éstos no se resuelven con la mera aplicación de una norma, sino más bien apelando a principios de rango constitucional–convencional⁵, obligando al juez a brindar soluciones adecuadas a cada caso concreto. Labor que resultará de imposible cumplimiento en derecho de las familias si no se tiene en cuenta el componente afectivo pues, en definitiva, se estaría en presencia de relaciones humanas que varían con cada situación en particular. En palabras de la jurista argentina Aida Kemelmajer de Carlucci (2014):

El afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia (...) No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos (p. 9).

Partiendo del desarrollo del principio de *socioafectividad*, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria “entienden que la postura que mejor responde al principio rector del interés superior del niño, niña o adolescente, es aquella que defiende, resguarda y respeta el vínculo socioafectivo” (Herrera, 2015, p. 982). Para Albuquerque (2009):

Ese paradigma del biologicismo pasó a ser contestado a partir del momento en que la doctrina volvió los ojos a la existencia de otro fundamento para la filiación, verdaderamente de orden cultural y desde siempre radicalmente presente en la adopción: la socioafectividad (p. 136).

5 Alexy (1993) enseña, que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas (p. 83).

El hijo afectivo “se edifica por el cordón umbilical del amor, del afecto, del desvelo, del corazón y de la emoción. Mientras la familia biológica navega en la cavidad sanguínea, la familia afectiva trasciende los mares de la sangre” (Welter, 2002, p. 128).

La justicia se ha tenido que topar, en no pocas ocasiones, con la obligación de dilucidar qué hacer, ante una situación fáctica en la cual prima un vínculo afectivo consolidado entre una niña y su padre socioafectivo, quien pretende que la *Justicia*, reconozca y respete su forma familiar. Bajo los criterios actuales de “verdad biológica binaria”, el vínculo socioafectivo es invisibilizado, desconocido y vulnerado por nuestro sistema jurídico que, siendo incapaz de plantearse lógicas diferentes, impone la fórmula matemática sobre el criterio humano del afecto.

Es obligación de todos los actores jurídicos despojarse de los prejuicios al pretender soluciones abstractas tomadas de casos de laboratorio, que no tienen en cuenta las situaciones específicas de cada forma familiar.

Se deben enfilar los esfuerzos en la búsqueda de la solución jurídica que mejor satisfaga los intereses en juego y que respete los derechos humanos fundamentales. Es decir, aquella solución que devenga mejor para las personas involucradas. La misma, en ningún caso, podrá ir en contra del componente afectivo, por el contrario, el componente afectivo con fuerte impacto en la realidad social (*socioafectividad*) es el que, en muchos casos, señalará el camino que el judicante deberá seguir, siempre respetando los criterios de razonabilidad. Es a partir de la interrelación y recíproca influencia que lo afectivo tiene en lo social como lo social en lo afectivo, que este concepto desestabiliza el panorama tradicional (Kemelmajer, Herrera & Lloverás, 2016, p. 26).

La filiación por la comprobación y declaración judicial de la posesión notoria del estado civil de hijo, se podría lograr a partir de probar la existencia del vínculo *socioafectivo* entre los que se pretendan filiar. El vínculo afectivo que influencia de manera directa el entorno

social, que a su vez reconoce, promueve, respeta y coadyuva a esa afectividad desplegada.

La Corte Suprema de Justicia propuso el camino de la posesión de estado, para la pretensión del reconocimiento filiatorio que, en Colombia, ha recibido el nombre de vínculo de crianza. Sobre la inconveniente denominación de hijos de crianza se recuerda que jurídicamente no hay padres, madres o hijos sin filiación.

El resumen fáctico de la problemática puesta en consideración de la Corte como juez constitucional: se pretendía Teófilo Romero Ríos (†) y Berenice Romero de Romero fueran reconocidos como padres de crianza de la accionante:

Por cuanto asumieron el rol de sus «verdaderos padres» desde que tenía tres años, compartiendo lazos de afecto, respeto, solidaridad, comprensión, protección, todos los gastos referentes a su alimentación, educación, salud, recreación, en fin, lo que un hijo requiere; y que la peticionaria ha venido siendo una verdadera hija, retribuyendo el amor brindado, y ahora cuidándolos en su vejez (Corte Suprema de Justicia, sentencia STC-6009 de 2018).

El procedimiento fue inadmitido y posteriormente rechazado, puesto que la pretensión fue estudiada bajo el argumento científico de la filiación biológica, de esta manera, el juez de familia fundó su rechazo en que:

La figura de declaración de padres de crianza, no aparecía en el ordenamiento jurídico patrio, como un medio para establecer un vínculo de parentesco; que ante la falta de vínculo consanguíneo o de parentesco civil entre la demandante y las personas a quienes pretende fueran declaradas sus padres de crianza, lo pertinente era adelantar la adopción, y tampoco acreditó «a través de la prueba de ADN», existencia de lazos de consanguinidad entre ella y los padres de crianza (Sentencia STC-6009 de 2018).

Con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, la Corte Suprema de Justicia (Sentencia STC-6009 de 2018) recordó:

El ordenamiento legal de antaño consagró una presunción de paternidad extramatrimonial, donde no se exigía como requisito para establecerla, las relaciones carnales del demandado con la madre del demandante, determinando que hay lugar a declararla judicialmente, *«cuando se acredita la posesión notoria del estado de hijo»*.

Es así como el numeral 6 del artículo 6 de la ley 75 de 1968, previó la posesión notoria del estado de hijo como presunción de paternidad extramatrimonial, la cual cumple probarse conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la ley 45 de 1936 y el 398 del Código Civil, modificado por el artículo 9 de la ley 75 de 1968, figura que a pesar de su vetustez continúa vigente, pues no fue modificada por las leyes 29 de 1982, 721 de 2001 y 156 de 2012 (Código General del Proceso).

Se ordena al juez de familia dar trámite a la pretensión incoada adecuándola al procedimiento verbal, garantizando el goce efectivo de los derechos fundamentales de la accionante, amparada por la Constitución, la jurisprudencia reiterada y la ley. El mandato judicial deja claro, por último, que la orden se limita a que se admita la demanda y se le dé trámite por el procedimiento pertinente. No refiere la sentencia pronunciamiento alguno sobre la prosperidad o no de la pretensión misma, pues el derecho tutelado, fue el acceso a la administración de justicia. En otras palabras, la Corte solo ordena la admisión y el trámite de la demanda, sin referirse en nada sobre la prosperidad o no de la pretensión, dado que la concesión o negación de la pretensión propuesta dependerá de lo probado y argumentado en el procedimiento.

La puerta para la pretensión filiatoria por socioafectividad se abre con la posesión de estado y el mandato legal para que esa posesión de estado se declare judicialmente, sin necesidad de recurrir al componente genético. Ahora bien, reconocer la posible filiación por socioafectividad, desplegada como posesión de estado, supone afrontar también, una problemática de arraigo aún más profundo, que la propia “verdad biológica”.

Las disputas en el modelo biologicista actual de filiación se solucionan con el componente –binario– de la filiación, esto es, nadie puede (o podía) tener más de dos progenitores y quien pretenda ser reconocido como padre o madre deberá desplazar del lugar a quien esté, para él o ella posteriormente emplazarse. Es así como alguien que pretenda ser el padre de una niña que ya tenga padre, lo debe desplazar de la filiación con una impugnación de paternidad, para luego emplazarse en la filiación, con una investigación de paternidad. En otras palabras, la materialización de nuestro sistema binario de filiación biológica exige el escoger a uno u otro padre, el verdadero, el natural. En esta escogencia sistemática, el afecto no tiene un lugar.

Dentro del modelo biológico colombiano, en el cual los afectos y la voluntad se consideran irrelevantes para determinar la filiación: quitar un padre y poner a otro no supone, al parecer, conflicto jurídico alguno. Sin importar el lazo socioafectivo consolidado entre un padre, su hijo y su familia, la impugnación por “verdad biológica” irrumpe, desconoce y vulnera el vínculo socioafectivo con la complicidad judicial, que es incapaz de observar la naturaleza de lo humano, en el componente afectivo de la relación filial.

Para ejemplificar esta problemática, se presentará al lector un conflicto común de filiación. Ana conoce a Pedro, sostienen relaciones sexuales sin la intención de emprender ningún proyecto de vida futuro, más que el mero placer sexual. Ana queda en embarazo. En conversación con Pedro, éste le manifiesta su intención de no ser padre y propone la interrupción voluntaria del embarazo.

Ana, días antes de practicarse el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, decide hablarlo con su pareja José, le cuenta lo sucedido y le manifiesta que ella realmente no está segura de querer interrumpir su embarazo. José decide emprender el proyecto parental con su pareja Ana, propiciando con este acto volitivo el nacimiento de la niña Susana.

Pedro, al nacimiento de Susana y previa realización de prueba científica privada, procede a inscribirse en el registro civil de nacimiento de Susana como su padre. Durante los cinco primeros años de Susana, Pedro, su padre biológico, estuvo ausente. El vínculo socioafectivo consolidado entre Susana y José era estable, afianzado y real. Para la niña Susana, toda su familia y toda la sociedad, José es su padre. Para José, toda su familia y toda la sociedad, Susana es su hija. Luego de cinco años Pedro, el padre biológico de Susana, se presenta y solicita el restablecimiento de derechos dado que su hija tiene derecho a estar con su –verdadero– padre, solicita la custodia y también visitas sobre su hija Susana.

Recapitulando, para la sociedad, la familia y lo que es más importante, para Susana, José es su padre. Pero jurídicamente José no puede estar siquiera presente, en las audiencias de restablecimiento de derechos o las prejudiciales de conciliación, en donde se discuten los derechos de Susana, y mucho menos será escuchado judicialmente, puesto que los procedimientos que versan sobre derechos de los menores de edad son de carácter reservado y jurídicamente José y Susana no tienen ningún tipo de vínculo jurídico. José no está legitimado en la causa para actuar en los procesos en donde Susana sea parte. Bajo el sistema colombiano actual, lo jurídico desconoce, invisibiliza y vulnera el vínculo socioafectivo de Susana y José. Es en este punto, donde cabe cuestionarse sobre el papel que deseamos asumir como actores jurídicos o de nuestro sistema judicial.

Antes de presentar la posible solución a la problemática propuesta, podrá pensarse en la filiación civil como herramienta adecuada para afrontar el desarrollo de este caso, opción que de plano se descarta por dos razones evidentes. En primer lugar, la socioafectividad, como principio propuesto, se presenta como rupturista del sistema biológico binario de la filiación natural. La filiación civil responde a unas finalidades diferentes, que presentan problemáticas que no pretenden ser abordadas en esta ocasión. En segundo lugar, la adop-

ción de niños en Colombia está anclada al sistema de restablecimiento de derechos de los menores de edad, por consiguiente, no podría utilizarse la adopción para desplazar un padre biológico que quiere estar presente en la vida de su hijo, para luego, por restablecimiento de derechos, declarar la adopción de otro padre. En otras palabras, el procedimiento de adopción será eficaz en los estadios marcados por la ausencia de uno o los dos progenitores del niño, pero carecerá de elementos efectivos cuando la problemática se presente porque el ejercicio de un rol parental sea pretendido por dos o más personas, como en el caso Pedro y José.

Jurídicamente en Colombia, las posibilidades para que José adquiera un vínculo filial con Susana son escasas, por no decir nulas, puesto que está en el medio, el vínculo de filiación consanguíneo que jurídicamente une a Susana con su padre biológico Pedro. El sistema de filiación binario limita a dos el número de progenitores posibles de un individuo. Lo que significa que, para pretender emplazar a José en la filiación de Susana, tendríamos que comenzar por desplazar de la filiación de Susana, a su padre biológico Pedro.

La fórmula binaria de la filiación biológica obliga a pensar la filiación en par. Por esta razón, si se quiere emplazar a José en la filiación de Susana, primero se debería desplazar a Pedro. Esta fórmula de desplazamiento—emplazamiento será también cuestionada por el establecimiento de las nuevas formas familiares y los avances científicos en los métodos reproductivos. El reconocimiento del principio de la socioafectividad como fuente de filiación, supone poner en contradicción, el paradigma biológico y binario de la filiación natural.

Se itera que el componente afectivo se encuentra presente siempre en las definiciones de familia, planteadas por la jurisprudencia de las altas cortes, pero es olvidado, invisibilizado y vulnerado en la determinación filial, a sabiendas de que la filiación es la fuente primaria de constitución familiar, lo que sin duda alguna presenta una incoherencia manifiesta.

Con el ánimo de aportar en la deconstrucción y reconstrucción del paradigma biológico binario de la filiación natural, se presentó como posible un camino para pretender el reconocimiento judicial del vínculo de filiación socioafectivo por la posesión de estado. En el caso anteriormente presentado, la conformación familiar de Susana está por fuera de la configuración binaria del sistema filiatorio. Por lo tanto, la formula desplazamiento–emplazamiento supone invisibilizar a uno de sus padres, ¿A cuál? Hoy, el sistema jurídico filiatorio lo tiene muy claro. El vínculo biológico desplaza y vulnera al vínculo afectivo. Lo que es incluso más grave, lo hace partiendo de proteger el interés superior de Susana a tener una familia –la verdadera–, no la afectiva.

Se propone como solución al caso la ruptura del binarismo filial, cuando la conformación familiar así lo amerite. La desbinarización de la filiación se desarrolla a partir de las teorías que refieren que la parentalidad, puede ser asumida desde diferentes roles o posiciones que son definidos y estudiados psicológica y sociológicamente, esta multiplicidad de parentalidades se conoce como pluriparentalidad y su entendimiento será la base de la propuesta que se presentará como posible solución al caso planteado.

La pluriparentalidad

El binarismo filial constituye el principio central sobre el cual se ha estructurado y se estructura el derecho de filiación, cualquiera sea su tipo o fuente comprometida. En estricto sentido, el sistema jurídico colombiano entiende el vínculo de descendencia genética como el criterio dominante para la determinación filial por naturaleza y como el elemento constitutivo de la identidad personal.

Este criterio genético se ancla al dogma binario de la parentalidad, en donde lo natural es dos, padre y madre. A lo sumo madre sola o padre solo. Con enfoque de géneros, madre y madre o padre y padre. Por lo tanto, la posibilidad de revisar el paradigma biologicista de la

filiación, sumado a la consecuente deconstrucción del dogma binario, supone plantear temas de ruptura, como en su momento fueron los matrimonios igualitarios y la adopción de parejas del mismo sexo. Estas rupturas obligaron a repensar el sistema jurídico vigente, para amoldarlo cada vez más, al pluralismo propio del ser humano en su contexto social y cultural.

Un rasgo destacado del derecho de las familias contemporáneo es la desfiguración a que se ven sometidos los estatus familiares tradicionales. Dichos estatus, si bien aún perviven, ven cada vez más erosionados los elementos esenciales que les fueron heredados por reglas sociales de antigüedad milenaria. Estos estatus tradicionales, deberán hoy convivir con los nuevos estatus y roles personales y familiares, propiciados en gran medida, por los modelos económicos y los avances científicos y tecnológicos. En estos procesos de cambio constante aparecen nuevas estructuras familiares, más complejas que las tradicionales, que no podrán ser desconocidas, mucho menos vulneradas.

Esta dinámica se presenta como propia en las sociedades pluralistas, en las que se reconoce la igualdad de las personas y se prohíbe su discriminación, en las que se respetan la orientación sexual y la identidad de género, en las que se afirma y protege el libre desarrollo de la personalidad y en las que la autonomía privada gana gran terreno sobre el orden público y el statu quo. Toda esta diversidad de variables lleva a tomar decisiones familiares y reproductivas, ajustadas a las propias preferencias personales y, en consecuencia, a construir relaciones interpersonales diversas, mutables y complejas. Uno de los rasgos destacables de esta complejidad, es la multiplicación de posiciones parentales que pueden confluir en una misma persona. La pluriparentalidad, supone la deconstrucción del paradigma biológico binario de la filiación natural.

La multiplicación de posiciones parentales no es nueva, ya desde Bainhaman (1999) se propone diferenciar al progenitor genético o

biológico (*parentage*) del padre o madre en sentido legal (*parenthood*) y del ejerciente de responsabilidades parentales (*parental responsibility*) (pp. 25–31).

Desde el psicoanálisis la paternidad es presentada como una función. La función paternal realizada por un “padre” que es decisivo y responsable por el desarrollo de los sujetos. Da Cunha (2003) plantea que:

La calidad de padre puede recaer en una serie de personas: el padre, el marido de la madre, el amante, el compañero, el protector de la madre durante el embarazo, el tío, el abuelo, en aquel que cría al niño, aquel que le da su apellido, aquel que lo reconoce, aquel que lo reconoce ritualmente, aquel que lo adopta (p. 117).

Quien detenta la calidad paterna es aquel que desempeña la función como padre. La psicología y la sociología han estudiado a extenso las conformaciones familiares pluriparentales, en donde los roles parentales son asumidos por más de dos. Es claro que la pluriparentalidad no tiene aún un anclaje legal en la legislación colombiana, pero como acontece con todas las temáticas eminentemente socio familiares, la realidad interpela de manera constante con su faceta dinámica, enfrentada por siempre a la impertérrita indiferencia del texto normativo, por lo que cabe preguntarse, qué debería responder el operador jurídico, cuando se le presenten circunstancias familiares que están por fuera del diseño legal apriorista, biológico – binario.

La triple filiación. Dentro del marco de la pluriparentalidad, el primer paso recurrido en el *pluriverso* jurídico es el planteo que admite que una persona pueda tener tres progenitores⁶. La triple filiación

6 Si se desea profundizar en el tema, a extenso lo desarrollan: Louzada Marisa A., “Filiación y multiparentalidad”, RDF 71–167 y ss.; Gil Domínguez, Andrés, “La triple filiación y el Código Civil y Comercial”, RDF 74–51 y ss.; De Lorenzi, Mariana, “La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad”, RDF 79–227 y ss., entre otros.

surge como mecanismo para garantizar los derechos de las familias, cuya conformación escapa a los diseños legales preconcebidos por un sistema jurídico, con una dimensión nomológica apriorista, general y abstracta, pero garantista al prohibir que la aplicación al caso concreto, de esa norma, obstruya el goce de los axiomas fundamentales⁷.

La triple filiación se pretende cuando el proyecto parental es trial. Este proyecto de tres puede ser originario, cuando el proyecto nace con tres desde el inicio, o derivado, cuando el proyecto parental cambia a triple, por presentarse un vínculo socioafectivo, concomitante con un vínculo biológico (Herrera, 2008, pp. 237–245).

Diversas problemáticas actuales de filiación podrían ser resueltas en escenarios de triple filiación, como ejemplos, la práctica de la inseminación artificial casera. Una pareja de lesbianas decide iniciar un proyecto parental y recurren a un amigo para tener relaciones sexuales, con el único fin de quedar en embarazo. El amigo aporta su material genético y además desea ser padre. El nacimiento de este niño se da en el marco de una relación pluriparentalidad y la opción para su protección constitucional de derechos deberá ser, la triple filiación. Recurrir a la formula binaria de desplazamiento–emplazamiento carece de sentido en esta conformación familiar, cuando la voluntad de tres fue la que posibilitó el nacimiento.

En el mismo sentido, la gestación por sustitución se da en el marco de un proyecto trial. No podrá pretenderse el continuar con la tesis que dos es lo único, lo natural, lo bueno. ¿Acaso ningún conflicto por parentalidad, producto de la ejecución del sistema biológico binario perfecto, llega hoy a los estrados judiciales?

Retomando el caso propuesto de estudio, puede ya el lector anticipar la solución que se aportará. El vínculo filial constituido entre Pedro, (padre biológico) y Susana, no puede ser desplazado por José. A

7 En estricta observancia del modelo trialista del mundo jurídico que, como teoría compleja, pretende explicar los fenómenos jurídicos desde la confluencia y yuxtaposición de las dimensiones axiológica, sociológica y nomológica.

su vez José, no puede ser emplazado en la filiación de Susana, puesto que jurídicamente ella ya tiene un padre. El vínculo socioafectivo existente y consolidado entre Susana y su padre José, es invisibilizado y vulnerado por la Justicia, que no permite que José, esté siquiera presente en las audiencias, donde se tratan los derechos de Susana.

¿Es constitucional, arrasar jurídicamente el vínculo socioafectivo existente y consolidado entre Susana y su padre José? La solución propuesta frente al caso planteado se enmarca en los postulados de la triple filiación para Susana. En primer lugar, pretender el reconocimiento de la relación paterno filial socioafectiva entre Susana y José, conforme a las normas sobre la posesión de estado, tal como se desarrolló en su momento. A continuación, que se declare la filiación de la niña Susana, con su padre José, sin desplazar de la filiación, ni a su padre Pedro, ni a su madre Ana. Por último, que se ordene la inscripción de la triple filiación en el registro civil de Susana.

Los planteos sobre el reconocimiento del vínculo filiatorio socioafectivo o de crianza (como en Colombia es llamado) pondrán en conflicto nuestro sistema filiatorio binario. La solución en muchos casos no responderá a la regla general de desplazamiento–emplazamiento lo que indudablemente supondrá una mirada a la posibilidad del reconocimiento jurídico de la pluriparentalidad.

La limitante legal que genera nuestro sistema normativo filial biológico y binario para la prosperidad de una pretensión de filiación por posesión de estado (socioafectividad), sin desplazamiento del vínculo biológico. Esto es, sin impugnación (emplazar a un padre, sin desplazar al otro) puede sortearse recurriendo al control de constitucionalidad difuso, el cual recae en poder de todos los operadores judiciales, que les permite inaplicar normas que su aplicación, en el caso concreto, generen vulneración al derecho fundamental del niño a tener una familia, su propia familia, para el ejemplo planteado, la de Susana.

En otro precedente internacional de pluriparentalidad, triple filiación, la jueza Laila Judith del Juzgado de Niñez, Juventud y Violencia Familiar de la provincia de Córdoba Argentina (Sentencia 002 de febrero 2020) decide acceder al pedido pluriparental utilizando el control de constitucionalidad difuso, sobreponiendo el interés superior de la niña M, a la regla general binaria de la filiación, establecida en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina:

Como se puede observar, la hipótesis fáctica deja traslucir que se trata de una relación filial al que los doctrinarios denominan “pluriparentalidad”, situación que se encuentra fuera del vínculo binario previsto en el texto del art. 558 del CC y CN, “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. Por tal razón y apuntalando el pedido de inconstitucionalidad del art. 558 y aquellos que se encuentren en pugna... Ello, por contrariar los principios de igualdad, no discriminación e identidad, consagrados en los tratados internacionales con rango constitucional, cobrando singular importancia la satisfacción del Interés Superior del Niño, que es el norte que guía cuando en una causa se encuentra involucrado un niño. En tal sintonía, tanto la noción de familia y filiación, son una creación cultural, sujetos a los cambios que operan en los pueblos. La constitucionalidad del derecho de familia, otorga protección integral a la familia en su sentido amplio. Donde identidad, y afectividad, son elementos fundamentales en esta conceptualización, sin dejar de mencionar el principal y que ilumina el instituto de la adopción, esto es el interés superior del Niño (Subraya fuera del texto original de la sentencia).

La excepción de constitucionalidad se presenta como la herramienta jurídica para salvar el obstáculo propuesto por la norma positiva, general y abstracta, para que, con su inaplicación, se logren salvaguardar los derechos de las personas, cuya realidad familiar socioafectiva, no encaje en el diseño legal apriorista y teleológico del sistema filial colombiano.

Excepción de constitucionalidad sobre las normas del sistema de filiación binaria

Para entender los alcances del control de constitucionalidad difuso, es menester revisar el pensamiento de las altas cortes plasmado en su jurisprudencia. Para el Consejo de Estado (2010), la excepción de constitucionalidad se define como:

Un instrumento establecido por el artículo 4° de la Constitución Política, cuya aplicación se alega para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales... sus efectos... son subjetivos o interpartes.

El papel del juez, en palabras de la Corte Suprema de Justicia (2019), debe estar marcado por el respeto absoluto de los derechos fundamentales de la persona humana, los cuales no deben ser vulnerados ni por la aplicación directa de la ley, para lo cual establece:

El juez moderno en el Estado democrático y social de Derecho, no puede actuar bajo la premisa mecánica de que “la Ley dispone y el juez obedece” o que “el juez solo es la boca de la ley”, pues tales postulados ya hacen parte del pasado, en tanto que hoy en día quien imparte justicia es un ser humano sensible y atento a todos los cambios y fenómenos sociales, con amplios poderes para aplicar e interpretar la ley, inclusive para inaplicar una norma legal por virtud del control difuso de constitucionalidad, y de contera, remover barreras que impidan cometer injusticias

Es por ello, que aplicar la norma... sin hacer ningún miramiento distinto al tenor literal, frío y rígido... bajo una interpretación exegética del texto, constituye un claro y abrupto desconocimiento de las nuevas realidades sociales, del rol e importancia que desempeña el juez en las sociedades modernas.

La Corte Constitucional (2009), por su parte, ha modulado a extenso la materia:

la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber, en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales.

La excepción de constitucionalidad es una herramienta que se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.

Adicionalmente a lo expuesto, la Corte Constitucional (2012) ha establecido que, cuando el funcionario inaplica la excepción solicitada por las partes, siendo procedente, genera específicamente, un defecto sustantivo por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Este defecto se presenta cuando:

La actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (a) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (b) es inconstitucional, (c) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución reconoce a las autoridades judiciales, se produce (d) un grave error en la interpretación de la norma constitucional pertinente, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional con efectos *erga omnes*, o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución.

Se considera igualmente defecto sustantivo el hecho de que la providencia judicial tenga problemas determinantes relacionados, (e) con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales; (f) cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente; o (g) cuando

el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso⁸.

Retomando el caso, José forma parte de la familia de Susana desde su gestación. El reconocimiento jurídico del vínculo filial *socioafectivo* en su enmarque legal de posesión de estado, respondería a premisas ancladas en el respeto insalvable de los derechos fundamentales, concedido por el estado constitucional de derecho. Las normas que regulan la filiación binaria no están por encima de los derechos fundamentales de Susana y su familia. Derechos que resultarían vulnerados al aplicar, sin más, el texto legal al caso específico. Los textos normativos que desarrollan el binarismo filial deberán ser inaplicados al caso concreto, haciendo prevalecer los derechos fundamentales y la dignidad humana de Susana su padre José y su familia. Frente a esto, el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño (1989) establece:

Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

En la misma vía de la convención, la Constitución Colombiana (1991) ordena:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de

8 Cfr. Sentencias: T-118 de 2012, SU-448 de 2011, T-018 de 2011, T-786 de 2011, T-033 de 2010, T-217 de 2010, T-976 de 2008, T-808 de 2007, T-047 de 2005, SU-159 de 2002, SU-1184 de 2001, T-1031 de 2001.

ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión... La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. ... Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, la Ley de infancia y adolescencia (2006) regla:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes solo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.

José y Susana son familia, desarrollan y sostienen una relación filial desde la gestación de Susana. El vínculo filial no está para ellos definido por la “verdad biológica”, sino por la verdad *socioafectiva* desplegada en la posesión de estado. Para la propia Susana, no existe una realidad familiar diferente a que José, es su padre y Ana, es su madre. Pedro es su padre biológico.

Bajo este panorama, la solución propuesta deberá incluir una pretensión adicional, solicitando de manera expresa la excepción de constitucionalidad sobre las normas que regulan el sistema filiatorio binario, con el fin que se inapliquen al caso concreto, garantizando con esto el goce efectivo de los derechos fundamentales de manera prevalente a Susana y su familia, por consiguiente, a su padre José, su madre Ana y el padre biológico Pedro.

Susana tendría el derecho fundamental a tener su familia, su propia y singular conformación familiar, no es ella quién debe amoldar sus afectos a las conformaciones familiares diseñadas a priori por el legislador.

En un caso con aristas fácticas similares al ejemplo planteado, la jueza de Monteros, provincia de Tucumán Argentina, Mariana Rey

Galindo, se dirige, en la sentencia que decreta la triple filiación, directamente a la beneficiaria de su reparto de potencia judicial. La niña Juli:

Dicho eso, ahora me dirijo a Juli para decirte: “Juli tenés razón cuando decís “que no querés elegir entre tus dos papás”. Tenés derecho a conservar a los dos, al papá Roberto y al papito Jorge. También tenés razón al no permitir a los grandes –y admiro tanta valentía– que te exijan ese tipo de elección. No hay nada que elegir. Vos no tenés que elegir entre Jorge y Roberto. Porque según lo que hablamos y me hiciste saber, es que sentís que los dos son tus papás. Listo eso es lo importante. Y así lo voy a escribir en esta sentencia. Te anticipo que voy reconocer legalmente ese derecho a tener a tus papás en los papeles (a los dos) y a reconocer el derecho a vivir de esa forma y en familia... (Subraya fuera del texto original de la sentencia).

En nuestro ejemplo, la fórmula binaria de filiación “desplazamiento–emplazamiento”, no corresponde a la conformación familiar de Susana. Es obligación del operador judicial contribuir con la deconstrucción y la reconstrucción de los paradigmas normológicos que corresponden a modelos preestablecidos, que contribuyan con proyectar un derecho de las familias más inclusivo y respetuoso de las identidades diversas y las diferentes formas familiares.

Reconocer la triple filiación de Susana, conllevará a entender al derecho como un sistema esencialmente dinámico y al desarrollo jurídico de los vínculos socioafectivo–familiares, como la expresión máxima de ese dinamismo.

Para finalizar y antes de presentar unas breves conclusiones provisionales se compartirá otro precedente primario del derecho comparado brasileiro, desarrollado en el marco de una filiación biológica, en disputa con un vínculo socioafectivo consolidado, que guarda similitud con la problemática propuesta. La plataforma fáctica se resume en el nacimiento de FG el 28/08/1983, se determinó la filiación materna y paterna de FG, por aplicación de la presunción de paternidad del

marido de la madre. Dieciséis años más tarde, la adolescente FG ya afianzada la posesión de estado de hija con el marido de la madre IG, padre –jurídico– toma conocimiento de que su progenitor no era éste, sino AN.

Frente a estos hechos, el 30/06/2003 FG presenta una demanda por investigación de la paternidad y posterior anulación de su registro de nacimiento, solicitando se la emplace en el estado de hija de AN. Durante una de las audiencias celebradas en la primera instancia, FG declara que su voluntad no es impugnar su filiación con IG Padre –jurídico–, sino todo lo contrario, mantenerla, ya que lo considera su progenitor socioafectivo. Lo que FG anhelaba era que, a la par de ese vínculo, se le reconozcan los mismos derechos que titularizan los hijos de AN. En otras palabras, lo que FG pretendía era el reconocimiento de una triple filiación. En el marco de una filiación biológica, pretendía el emplazamiento en el estado de hija de AN, sin desplazar el vínculo paterno que ya ostentaba con IG Padre –jurídico– (Tribunal de Justicia de Santa Catarina, Cuarta Cámara de Derecho Civil, 2011).

Ante este panorama, la máxima instancia judicial del país vecino, Tribunal Superior Federal de Brasil (2016), resuelve hacer lugar a lo petitionado, al entender que “la paternidad socioafectiva, anotada o no en el Registro Público, no impide el reconocimiento del vínculo de filiación concomitante basado en el origen biológico, con todas sus consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales”. Las conclusiones principales que sirvieron de sustento para admitir la triple filiación de FG se resumen en cinco pilares conceptuales:

1. La correlación directa entre el derecho humano a la dignidad y la regulación efectiva de las relaciones familiares al afirmarse que:

La elección de los propios fines y objetivos de vida del individuo tiene preferencia absoluta en relación con las eventuales formulaciones legales que definen modelos pre-concebidos, destinados a resultados elegidos a priori por el legislador. En el campo de la familia, se

entiende que la dignidad humana exige la superación de los obstáculos impuestos por diseños legales al pleno desarrollo de los formatos de familia contruidos por los propios individuos en sus relaciones afectivas interpersonales (Tribunal Superior Federal de Brasil, 2016).

2. La búsqueda de la felicidad como elemento fundante de la dignidad humana y su impacto en el derecho de familia:

Al concluir que, “el principio constitucional de la búsqueda de la felicidad, que surge por implicancia del núcleo que irradia el postulado de la dignidad de la persona humana, asume un papel de gran relevancia en el proceso de afirmación, goce y expansión de los derechos fundamentales, calificándose –en función de su propia teleología– como factor de neutralización de prácticas o de omisiones lesivas cuya ocurrencia pudiera comprometer, afectar o incluso aniquilar derechos y garantías individuales. Por esa misma razón, todos tienen derecho a la búsqueda de la felicidad, verdadero postulado constitucional implícito” y que “transportándose la racionalidad al derecho de familia, el derecho a la búsqueda de la felicidad funciona como un escudo del ser humano frente a las tentativas del Estado de encuadrar su realidad familiar en modelos previamente concebidos por la ley. Es el derecho el que debe amoldarse a las voluntades y necesidades de las personas y no al revés (Subraya fuera del texto original de la sentencia) (Tribunal Superior Federal de Brasil, 2016).

3. La relevancia de la filiación socioafectiva:

En paralelo con la filiación biológica, igual protección jurídica requiere el vínculo de parentalidad construido solo a partir del afecto (...) el Código Civil de 2002 pasó a preceptuar, en su artículo 1593, que el ‘parentesco es natural o civil’, de este modo, la ley misma pasa a reconocer que la consanguinidad concurre con otras formas de parentesco, entre las cuales ciertamente se incluye la afectividad (Tribunal Superior Federal de Brasil, 2016).

4. La apertura del espectro jurídico para receptar la pluriparentalidad, al habilitarse:

Ante la posibilidad de que surja la filiación por distinto origen es de rigor establecer la solución jurídica para los casos de concurso entre más de una de ellas. El principio superior de la dignidad humana, en su dimensión de tutela de la felicidad y realización personal de los individuos a partir de sus propias configuraciones existenciales, impone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de los modelos familiares distintos de la concepción tradicional”. “En los tiempos actuales, no procede pretender decidir entre la filiación afectiva y la biológica, cuando el superior interés del descendiente es el reconocimiento jurídico de ambos vínculos. De lo contrario, se estaría transformando al ser humano en mero instrumento de aplicación de tipos determinados por los legisladores (Subraya fuera del texto original de la sentencia) (Tribunal Superior Federal de Brasil, 2016).

5. La carencia de regulación no justifica ni se traduce en carencia de protección jurídica, siendo que:

la omisión del legislador brasileño, en cuanto al reconocimiento de los más diversos diseños familiares, no puede servir de excusa para negar protección a situaciones de parentalidad. (...) Identificada la pluriparentalidad, es necesario reconocer la existencia de múltiples vínculos de filiación. Todos los padres deben asumir los deberes que surgen del estatus familiar, dado que el niño goza de derechos con relación a todos. No solo en el ámbito del derecho de familia, sino también en materia sucesoria (Tribunal Superior Federal de Brasil, 2016).

El reconocimiento jurídico de la triple filiación⁹ permite sobrepo-

9 Por tratarse de un tema novedoso, se comparten con el lector, otros casos, además de los ya citados, donde se reconoce la triple filiación: Corte de Apelaciones de Ontario, 02/01/2007, “A. A. C. B. B.”, disponible en: www.samesexmarriage.ca/docs/abc030107.pdf, Tribunal de Circuito de Miami-Dade, Florida, 2013 (sentencia no publicada. Para ampliar se recomienda compulsar diversas notas periodísticas, como: Reuters, “Florida judge approves birth certificate listing three parents”, 03/02/2017, disponible en www.reuters.com/article/us-usa-florida-adoption/florida-judge-approves-birth-certificate-listing-three-parents-idUSBRE91618L20130207); Juzgado de la 2a Vara de Familia y Sucesiones de Santa María, Estado de Río Grande del Sur, Brasil, 11/09/2014, “F., M., L. G. s/ ac-

ner los derechos fundamentales de las personas que integran la familia, al frío y preconcebido diseño normativo, encontrando su sustento jurídico en el reconocimiento de aquellos valores fundantes de la dignidad humana, generando el camino para pensar en el rediseño de los textos normativos que excluyen de la protección jurídica, a los vínculos familiares diversos y plurales, que no corresponden a aquella familia, quizás teleológica, que la norma de antaño imaginó.

Se insiste al terminar, en el necesario reclamo por el reconocimiento judicial de búsqueda de la felicidad, como postulado desarrollador del núcleo central del valor –dignidad humana–, entendiendo la dignidad de la persona humana y su papel en el proceso de afirmación, goce y expansión de los derechos fundamentales, en contra de las prácticas u omisiones lesivas cuya ocurrencia pudiera comprometer, afectar o incluso aniquilar derechos y garantías individuales.

La búsqueda de la felicidad funciona como un escudo del ser humano frente a las tentativas del Estado de encuadrar su realidad familiar en modelos previamente concebidos por la ley. Es el derecho el que debe amoldarse a las voluntades y necesidades de las personas y no al revés (Tribunal Superior Federal de Brasil, 2016).

Conclusiones

Las problemáticas actuales del derecho de las familias invitan a repensar la naturaleza de sus cimientos más profundos, en la búsqueda

ción de suministro de Registro Civil”, disponible en www.migalhas.com.br/arquivos/2014/9/art20140915-03.pdf; compulsados el 01/05/2018; Cámara 8a de Apelaciones en lo Civil, Porto Alegre, Brasil, 12/02/2015, “L. P. R. R. C.; M. B. R. s/ acción civil declaratoria de multiparentalidad”, RDF 2015-VI, cita online: BR/JUR/1/2015, y Superior Tribunal Federal de Brasil, 22/09/2016, “A. N. c. F. G.”. Asimismo, la cuestión ha sido expresamente planteada ante el Tribunal Superior de Nueva Jersey sin obtenerse resultado positivo, justamente en virtud de la regla de doble vínculo filial. Ello no obstante reconocer la denominada “custodia tripartita”, figura francamente en ascenso dentro de la jurisprudencia norteamericana, véase: tribunal Superior de Nueva Jersey, 24/08/2015, “D. G. C. K. S.”, disponible en www.leagle.com/decision/inadvnjco160721000063, compulsado el 01/05/2018.

de soluciones que respeten la dignidad humana. La contemporaneidad familiar, incita a repensar el derecho de las familias en plural, en donde el modelo tradicional de filiación natural, biológica binaria, debe ser puesto en crisis. No hacerlo, significaría aportar una mirada negacionista y parcializada de los conflictos que acontecen en la realidad de nuestra sociedad.

Acoger la desnaturalización de la filiación biológica binaria, a partir de la introyección del principio socioafectivo, sería el camino para que, en la concurrencia de los derechos fundamentales, con el derecho al conocimiento del origen genético o el llamado derecho a la identidad, sea perfectamente viable investigar la paternidad biológica de una persona sin destruir su vínculo filiatorio socioafectivo con los derechos filiatorios que de este configuran. Se hace necesario avanzar en la diferenciación del derecho a conocer el origen biológico de una persona, con su derecho filiatorio, sea genético o no. Una prueba de ADN no puede seguir conteniendo el poder para derrumbar, desconocer y vulnerar el vínculo socioafectivo consolidado en complicidad con el sistema jurídico.

En las sociedades modernas, el libre desarrollo de la personalidad continúa ganando terreno al orden público. El uso cada vez más generalizado, de las TRHA y las prácticas con material genético procedentes de donantes anónimos o no, han desatado el protagonismo de las tesis voluntaristas en la filiación, que ahora apremian al derecho de las familias, en la búsqueda de soluciones que den validez y eficacia jurídica, a la manifestación de voluntad en el ámbito reproductivo. La fundamentación voluntarista en la determinación filial derivada de la TRHA heteróloga, hoy es una realidad. La Corte Suprema de Justicia (2017), en sentencia pionera del reconocimiento de la voluntad como factor determinante de la filiación, reconoció que la impugnación biológica de una filiación, en el marco de una inseminación artificial heteróloga, es improcedente, ya que solo procedería la impugnación,

por vicios en el consentimiento informado rendido por los progenitores.

La voluntad entonces contribuye también con la desestabilización de paradigma biológico binario de la filiación natural. En la inseminación artificial heteróloga es la voluntad del padre (socioafectivo) la que determina el nacimiento de su hijo y su filiación, la coincidencia genética del niño se presenta irrelevante. En esta TRHA la regla imperturbable de verdad biológica de la filiación natural sucumbe ante la voluntad procreacional, como elemento constitutivo de filiación.

Problemáticas mundiales actuales del derecho de las familias como la gestación por sustitución, la inseminación doméstica y la pluriparentalidad, no podrán ser abordadas sin el desarrollo de uno de los elementos de la socioafectividad. Este elemento ha sido llamado por la doctrina y la jurisprudencia extranjera –voluntad procreacional–. Sobre esto quedará todo por escribir, en una futura ocasión.

Invitan entonces, las realidades sociales a interpelarnos sobre cuán dispuestos estamos a deconstruir y reconstruir nuestro derecho de las familias en plural. Es decir, más inclusivo y respetuoso de las diversas identidades y, en definitiva, un derecho de las familias, más humano.

Recordando a Walsh (1968), para finalizar: “Un intelectual que no comprende lo que pasa en su tiempo y en su país es una contradicción andante, y el que comprendiendo no actúa, tendrá un lugar en la antología del llanto, no en la historia viva de su tierra”.

Corolario

Mientras efectuaba las últimas correcciones de este artículo, a finales del mes de julio y principios del mes de agosto del año 2021, fui notificado por la Corte Suprema de Justicia, de la decisión plasmada en la sentencia STC8697–2021, que resolvía una acción de tutela que tuve la oportunidad de accionar en nombre de un padre socioafectivo en el mes de marzo del 2021. Se pretendía que el padre socioafectivo,

no resultare una vez más desconocido y desplazado por el sistema judicial y el de restablecimiento de derechos, que hasta ese momento entendía al vínculo biológico, consanguíneo y natural del padre biológico, como el único vínculo filiatorio posible, defendible y restablecible de la niña

Con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, la Corte Suprema de Justicia, reconoce y acepta la protección jurídica a las familias pluriparentales en los siguientes términos:

De tal suerte que en el derecho comparado se reconoce que la pluriparentalidad, multiparentesco o multifiliación tiene su origen, bien en la participación en el nacimiento de un niño o niña con apoyo en técnicas de reproducción asistida, o por la voluntariedad de acoger a una persona como parte del núcleo familiar después de su concepción.

Posibilidad que, *prima facie*, es compatible con nuestro sistema de derecho, amén de la referida protección constitucional de todas las formas de familia, así como la salvaguardia prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de sus derechos (Subraya fuera del texto original de la sentencia) (Sentencia, STC8697-2021).

Esto por sí solo constituye un avance significativo en el reconocimiento y protección de los derechos a las diversas conformaciones familiares. Pero la Corte va más allá ordenando la protección judicial del vínculo socioafectivo consolidado, entre padre socioafectivo o de crianza e hija, aunque el vínculo no esté inscripto en el registro civil. Dado que para esa inscripción es menester se surta el proceso declarativo con tal pretensión,

En el presente caso, por las especiales circunstancias que definen el contexto familiar objeto de revisión, se advierte que la ausencia de una decisión judicial que determine la naturaleza y alcance del vínculo forjado entre Úrsula Torres Rodríguez y Nerón Sánchez, entre otras razones porque se originó en la convivencia y no ha sido promovido juicio para estos fines, no puede servir de excusa

para rehusar su existencia y la incidencia en el proceso de formación de aquélla, de allí que se imponga su protección.

Y es que, para este caso en concreto, en garantía del derecho que tiene Úrsula Torres Rodríguez a disfrutar de su familia, compuesta no solo por lazos biológicos, sino por los derivados del diario compartir, es forzoso que la voz de todos los interesados sea escuchada por la sentenciadora de conocimiento, máxime frente a la posibilidad, siempre que se obtenga un veredicto judicial en tal sentido, en el que se reconozca un vínculo con Nerón Sánchez, incluso por fuerza de la crianza y dentro del contexto de las nuevas formas de multiparentesco (Subraya fuera del texto original de la sentencia) (Sentencia, STC8697-2021).

Referencias

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bainham, A. (1999) *Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions*. Oxford Portland Oregon. Hart.

Caldani, C. M. Á.: «Aportes de la Filosofía del Derecho al Derecho de Familia», tomado de: <http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD48/IyD484.pdf>.

Corte Constitucional, sentencia T-887/09 (M. P. Mauricio González Cuervo; 1 de diciembre de 2009).

Corte Constitucional, sentencia T-572/09 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 1 de agosto de 2009).

Corte Constitucional, sentencia T-606/13 (M. P. Alberto Rojas Ríos; 2 de septiembre de 2013).

Corte Constitucional, sentencia T-389 /09 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 28 de mayo de 2009).

Corte Constitucional, sentencia T-178/12 (M. P. María Victoria Calle Correa; 8 de marzo de 2012).

Corte Constitucional, sentencia SU132/13 (M. P. Alexei Julio Estrada; 13 de marzo de 2013).

Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo, sección primera (C. P.: María Elizabeth García González. 11 de noviembre de 2010. radicación 66001233100020070007001)

Consejo de Estado, sección tercera sentencia 31252 (C. P. Enrique Gil Botero, 11 de julio de 2013. Radicación 19001233100020010075701)

Corte Suprema de Justicia, sentencia SC6359/17/ (M. P. Ariel Salazar Ramírez; 29 de marzo de 2017. Radicación 54001311000920090058501)

Corte Suprema de Justicia, sentencia ST-C6009/18 (M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 9 de mayo de 2018. Radicación 25000221300020180007101)

Corte Suprema de Justicia, sentencia STL-11149/19 (M. P. Gerardo Botero Zuluaga; 14 de agosto de 2019)

Corte Suprema de Justicia, sentencia STC-8697-2021 (M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 19 de julio 2021)

Convención sobre los Derechos del Niño, ONU 1989 recuperado de: https://www.unicef.org/ecuador/convencion_2.pdf

Constitución política de Colombia (1991). Tomado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Farias, C. C. & Rosenvald, N. (2010). *Direito das Famílias* 2 edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Faur, E. (2017.). *Mujeres y varones en la Argentina de hoy. Géneros en movimiento*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Herrera, M. Spaventa, V. (2008) *La filiación adoptiva como causa fuente de monoparentalidad – desmonoparentalidad*. En C. Grosman *Familia monoparental*, (237–326). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad Buenos Aires.

Herrera, M. (2015). *Tratado de Niños Niñas y Adolescentes*. (Tomo I, Dir. Fernández, S. E.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Júnior, A & Paulino, R. (2007) *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. 11(1547). Teresina: Jus Navigandi,

Juzgado de Niñez, Juventud y Violencia Familiar de la provincia de Córdoba Argentina (sentencia 002 de febrero 2020 jueza Laila Judith Córdoba) recuperado de: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/088/660/000088660.pdf> Kemelmajer, A. C. (2014). *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014*, Revista Jurídica La Ley 8 de octubre del 2014, p. 9.

Kemelmajer, A. de C., Herrera, M. & Lloveras, N. (2016) *Tratado de Derecho de Familia*. (Tomo V-B). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Ley 1098 del 2006. Código de infancia y adolescencia. recuperado de: http://www.secretarsenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Lôbo, F. (2008). *Familias Direito civil*. São Paulo: Saraiva.

Pereira, R. da C. (2003). *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica 2 edição*. Belo Horizonte: Del Rey.

Poder judicial de Tucumán Centro Judicial Monteros Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación Actuaciones N°: 659/17 *H3010173716* H3010173716. Dra. Mariana Josefina Rey Galindo. Jueza. Juicio: L.F.F. c/ S.C.O. s/ Filiación. Expte N° 659/17. Monteros, 07 de febrero de 202º. Recuperado de: <http://www.jusformosa.gob.ar/oficinadelamujer/jurisprudencia/2020-Tucuman-pluriparentalidad.pdf>

Serejo, L. (2005). *Parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidad*, en: R. Da Cunha (Ed.), *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* (p. 547-598). Sao Paulo: IOB Thomson.

Tribunal de Justicia de Santa Catarina. Cuarta Cámara de Derecho Civil, apelación interlocutoria 2011.024143-5 y apelación civil 2011.027498-4 (MP. Mauricio González Cuervo; 22 de septiembre de 2011) recuperado de <https://goo.gl/VFqSkg>

Tribunal Superior Federal de Brasil. Apelación Extraordinaria (RE) 898060 (Relator Luiz Fux. 21 de septiembre de 2016) recuperado de: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>

Villela, J. B. (1979). *Desbiologização da paternidade*”, en Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 27(21) p. 400–419.

Walsh, R. (1968). *Mensaje a los trabajadores y el pueblo, programa 1 de mayo*. Periódico CGT (1)

Welter, B. P. (2002) “Igualdade entre a filiação biológica e sociafetiva”, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre. (14), p. 128–163.



El enfoque diferencial desde la perspectiva género–vejez en la política pública de reparación a las víctimas

The differential approach from the gender–old age perspective in the public policy of reparation to the victims

Daniela Zapata Atehortúa¹

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3015-1988>

Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=wI8WfhAAAAAJ>

Resumen

El propósito del artículo es describir el impacto desproporcionado que ha tenido el conflicto armado en la etapa de la vejez de las víctimas, en particular de las mujeres mayores, las cuales debido a sus situaciones particulares se encuentran en un estado de debilidad manifiesta y, en este sentido, como víctimas tienen derecho a una ruta priorizada en el proceso para solicitar la indemnización, ya que las personas mayores, en muchos de los casos, no pueden acceder a un trabajo que les proporcione los medios para subsistir.

Resulta pertinente investigar el enfoque diferencial en la política pública de reparación a las víctimas, desde una perspectiva género–

1 Egresada del pregrado de Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Contacto: daniela.zapata14@udea.edu.co

vejez, ya que las mujeres mayores deben contar con especial protección por parte del Estado para lograr la igualdad material, como lo predica el artículo 13 de la Constitución. En materia de víctimas, la ley 1448 de 2011 en el artículo 13 incorpora el enfoque diferencial, que reconoce que hay poblaciones con características particulares debido a su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley contarán con dicho enfoque.

Palabras clave: Enfoque diferencial, género, personas mayores, reparación, víctimas.

Abstract

The purpose of this paper is to describe the disproportionate impact that the armed conflict has had in the old age of the victims, in particular of older women, who due to their particular situations are in a state of manifest weakness and in in this sense, as victims they have the right to a special route that is prioritized in the process to request compensation, since older people, in many cases, cannot access a job that provides them with the means to survive.

It is pertinent to investigate the differential approach in the public policy of reparation to victims, from a gender-old age perspective, since older persons must have special protection from the State to achieve material equality, as the article 13 of the Constitution says. Regarding victims, Law 1448 of 2011 in article 13 incorporates the differential approach, which recognizes that there are populations with particular characteristics due to their age, gender, sexual orientation and disability situation. For this reason, the measures of humanitarian aid, care, assistance and comprehensive reparation established in this law will have such an approach.

Keywords: Differential approach, gender, older people, reparation, victims.

Introducción

Las políticas públicas constituyen uno de los campos más relevantes en el estudio de la ciencia política contemporánea, en particular en el escenario de posacuerdo que atraviesa Colombia desde el 2016, tras la firma del Acuerdo de Paz entre el Estado y las FARC-EP.

Este artículo expone la pertinencia de investigar el enfoque diferencial en la política pública de reparación a las víctimas, desde una perspectiva género-vejez. Teniendo como objetivos describir el impacto desproporcionado que ha tenido el conflicto armado en la etapa de la vejez de las víctimas y en particular, de las mujeres mayores, al igual que determinar los componentes del enfoque diferencial para las víctimas del conflicto armado desde la perspectiva género-vejez y detallar las respuestas que se ha dado al componente de reparación a partir del enfoque diferencial de mujeres mayores víctimas.

Desde el Equipo de Envejecimiento y Vejez de la Unidad para las Víctimas (2015), se ha hecho énfasis en que los riesgos y la vulnerabilidad de las personas mayores se ven acentuadas al ser víctimas, derivando así en la necesidad de programas que respondan a dicha situación. En contextos de violencia de género suele percibirse que las mujeres se encuentran en una situación de inferioridad. Diferentes organizaciones nacionales e internacionales han señalado que la población femenina en Colombia es objeto de constantes formas de violencias de género, en las que son incluidas gravemente las de índole sexual, cuyas manifestaciones se recrudecen en el marco del conflicto armado.

Así las cosas, es indispensable otorgar a las mujeres mayores un trato preferente para evitar la posible vulneración de sus derechos fundamentales. Las autoridades deben obrar con especial diligencia en los casos correspondientes a este tipo de población, dadas sus condiciones de debilidad manifiesta, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio de protección.

Metodología

El presente trabajo se aborda desde un enfoque metodológico de carácter cualitativo. Este enfoque contempla una serie de métodos y técnicas interpretativas que pretenden describir, analizar, y sintetizar el significado de los hechos que son materia de análisis. Según Galeano, 2004:

La investigación social cualitativa apunta a la comprensión de la realidad como resultado de un proceso histórico de construcción a partir de la lógica de los diversos actores sociales, con una mirada “desde adentro”, y rescatando la singularidad y las particularidades propias de los procesos sociales (pág. 20).

De acuerdo con la naturaleza de este enfoque, el diseño no configura un marco fijo e inmodificable, sino que se trata de un punto de referencia que indica qué se va a explorar, cómo debe procederse y qué técnicas se van a utilizar.

En cuanto a la técnica de investigación utilizada, se empleó la revisión documental, ya que es una técnica que permite identificar las investigaciones elaboradas por otros autores, esto ayuda a construir premisas iniciales para elaborar una base teórica. Las fuentes en las cuales se basa esta investigación abarcan desde documentos oficiales, como los emitidos por el gobierno nacional, al igual que jurisprudencia, realizando un rastreo general sobre los artículos, informes e investigaciones que se han producido en Colombia.

El diseño metodológico es descriptivo, lo cual permite identificar por medio de diferentes fuentes de información rastreadas y analizadas y dar a conocer sobre el enfoque de envejecimiento en la política pública de reparación a las víctimas en Colombia. El método utilizado en esta investigación fue exploratorio y documentalista, ya que comprende estrategias y procedimientos empleados para la búsqueda y recuperación de las fuentes de información relevantes.

En el primer apartado se hará referencia a las consecuencias que ha generado el conflicto armado en la vida de las personas mayores,

específicamente en el caso de las mujeres, para esto se desarrollará un acercamiento al concepto y características del conflicto armado; en el segundo acápite se abordarán las características del enfoque diferencial, enfocándolo en la atención que se brinda a las personas mayores. En el tercer apartado se elabora una aproximación a la respuesta que se ha dado al componente de reparación a partir del enfoque diferencial de mujeres mayores víctimas; por último, se ofrece al lector una reflexión final y recomendaciones acerca del tema.

La etapa de envejecimiento de las mujeres en el marco del conflicto armado

El presente capítulo tiene como objetivo exponer los impactos negativos que ha tenido el conflicto armado colombiano en la vida de las personas mayores, especialmente en los casos de la población femenina. Para esto se dará un acercamiento a conceptos claves como lo son propiamente, *el conflicto armado*, *persona mayor* y *las mujeres mayores como víctimas*.

El conflicto armado colombiano y su impacto en la población civil

El conflicto armado en Colombia es el resultado de problemas existentes en la configuración social y económica del país. Esta situación es clasificada como un conflicto armado interno en el que se da una violencia prolongada entre las autoridades y otros grupos armados al margen de la ley, quienes dejan como víctimas a la población civil que se ve en medio de este conflicto.

El conflicto llega a tener fuertes impactos en la vida de las personas, entre estos impactos está el envejecimiento de las víctimas, que agudiza las desventajas por la falta de oportunidades, debido a su avanzada edad, escasos recursos económicos y precarias condiciones de salud, forjando necesidades insatisfechas en la etapa de la vejez.

El principal hecho victimizante que afecta a las personas mayores es el desplazamiento forzado. Según el RUV (2019) más de ocho mi-

llones de personas han sufrido este hecho victimizante, lo cual lleva a las personas a sufrir un profundo desarraigo, pues cuentan con escasos recursos que les permitan adaptarse a una nueva vida en otro lugar. Además, el desplazamiento incrementa un deterioro en la calidad de vida en las personas, ya que por lo general se ven obligadas a migrar a las zonas urbanas más vulnerables. Otro hecho violento que afecta de manera diferenciada a las mujeres es la violencia sexual. La OMC (2017) ha documentado más de quince mil víctimas entre mujeres civiles y combatientes.

Guevara y Rodríguez (2010) resaltan la necesidad de reconocer el desplazamiento forzado como una estrategia de guerra que afecta la vida de las comunidades y sujetos impactados por el mismo y que genera grandes transformaciones en las formas de apropiarse de la realidad social y de actuar en ella. Esto implica una mirada política que trascienda al individuo como único responsable de sus condiciones de vida y retorne a la exigibilidad de las responsabilidades estatales al respecto.

El Ministerio de Salud y Protección Social (2020) resalta que las personas envejecen de múltiples maneras dependiendo de las experiencias, eventos cruciales y transiciones afrontadas durante el curso de la vida, es decir, implica procesos de desarrollo y de deterioro. Las personas mayores son sujetos de derechos, socialmente activos, con garantías y responsabilidades respecto de sí mismas, su familia y su sociedad, con su entorno inmediato y con las futuras generaciones.

El envejecimiento afecta de forma diferente a hombres y a mujeres, debido a la adopción de roles diferentes a lo largo de su vida. La violencia contra las mujeres mayores es consecuencia directa de la discriminación de género, a la que se une además la discriminación por edad. Según la Unidad de Víctimas (2019), el Estado reconoce que, las mujeres que han sido víctimas de violaciones a sus derechos humanos han sufrido impactos diferenciales en el marco del conflicto armado. En consecuencia, el conflicto exacerba las relaciones de

poder desiguales, dado que las mujeres históricamente han sido discriminadas, violentadas y ubicadas en una relación desigual de poder en relación con los hombres.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia –como se verá más adelante– ha señalado el impacto agravado de los factores estructurales de violencia de género que son preexistentes en la sociedad colombiana, donde los grupos armados ilegales que operan en el país explotan de forma habitual a las mujeres, quienes son sometidas a violencia y abuso sexual. Por lo tanto, esta población debe ser objeto de medidas especiales de protección, prevención, restablecimiento y promoción de los derechos fundamentales.

Las personas mayores víctimas en el contexto del conflicto en Colombia

Las personas mayores víctimas son aquellas incluidas en el RUV como mayores de sesenta años, cuyo daño se ocasionó en el marco del conflicto armado en cualquier momento del curso de la vida. Este tipo de población requiere de medidas de atención, asistencia y reparación que desarrollen el principio de enfoque diferencial, lo que significa que el Estado colombiano debe reconocer que las personas mayores, debido a su edad, tienen características y necesidades que son particulares, por consiguiente, la acción pública debe dar respuesta de manera diferenciada a dichas situaciones. La atención, asistencia y reparación integral tiene el reto de identificar y dar una respuesta que sea diferenciada a los riesgos e impactos que ha tenido el conflicto armado en las personas mayores, así la reparación debe ser efectivamente transformadora para este tipo de población.

Según el Decálogo del buen trato para personas mayores víctimas del conflicto (Unidad para las Víctimas, 2020) los derechos de las personas mayores víctimas se ven afectados de manera diferenciada por hechos victimizantes como el desplazamiento forzado, por lo que corren un mayor riesgo de abandono. La UARIV y las entidades del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas

(SNARIV) deben garantizar medidas de atención, asistencia y reparación, tales como, la entrega de atención humanitaria, la reunificación familiar y el acompañamiento al retorno o la reubicación. Es un deber apoyar y orientar a las personas mayores con información clara y precisa, y priorizar su atención de ser necesario. Así mismo, es importante escuchar atentamente cuál es la necesidad de la persona mayor para asegurarse de brindar la ayuda adecuada.

De acuerdo con el documento técnico “Riesgos, daños e impactos al envejecimiento y la vejez de las víctimas del conflicto armado en Colombia”, del Convenio de Asociación 1131 de 2016 suscrito entre la Fundación Saldarriaga Concha y la Unidad para la Atención y Reparación a las Víctimas de 2017:

El conflicto armado en Colombia no ha tenido un impacto homogéneo sobre la sociedad colombiana y sus víctimas; las afectaciones han variado de acuerdo con los contextos sociales, económicos y políticos en los que se han presentado, así como con las circunstancias de vulnerabilidad en la que se encuentran ciertos grupos poblacionales. Las personas mayores, que son sujetos de especial protección constitucional, han vivido el conflicto armado en condiciones particulares, experimentando afectaciones tanto en su vejez como en su envejecimiento. Estas circunstancias deben ser tomadas en cuenta por la institucionalidad, pues una reparación integral debe ajustarse a las particularidades de los riesgos, daños e impactos vividos por las víctimas en su vejez para alcanzar un restablecimiento (pág. 8).

Reconocer a las personas mayores como víctimas hace posible reivindicarlos como sujetos especiales de derecho, reconociendo situaciones y condiciones particulares asociadas a las características de edad, género, discapacidad o etnia; visibilizarlas permite contar con sus experiencias de vida, planteando las potencialidades que tienen respecto de la producción del espacio social, como en la apropiación del territorio, también permite avanzar en la deconstrucción de la estigmatización que les considera seres improductivos en la sociedad.

Afectaciones del conflicto durante la etapa de envejecimiento

La violencia ha dificultado que las víctimas vivan la vejez de acuerdo con los planes de vida que tenían estipulados. Muchas personas mayores, en los nuevos entornos a los que han tenido que desplazarse, encuentran dificultades para gestionar sus propios intereses de acuerdo con las prácticas que realizaban en su lugar de origen, lo que dificulta el acceso a oportunidades económicas que favorezcan una mejor preparación para la vejez, lo que se agrava por las lógicas de exclusión que se presentan en el mercado laboral en razón de la edad.

Frente al estado de salud, los hechos victimizantes, como lesiones personales, atentados, tortura, violencia sexual, entre otros, han lastimado directamente la parte física y emocional de las personas mayores. Otras afectaciones se manifiestan en el cuerpo con el paso de los años, lo que quiere decir que su estado de salud va desmejorando por causa de los hechos de violencia.

Igualmente, el conflicto armado ha generado la pérdida de bienes materiales, sobre los cuales las personas derivaban su sustento y que eran percibidos como un respaldo económico para su vejez. Al igual que se han debilitado las relaciones de apoyo y unidad familiar, al disminuir los encuentros e interacción, el diálogo y las diversas formas de integración familiar.

También en las comunidades se dio el debilitamiento de la unidad y confianza entre sus habitantes, esto debido en gran parte a la estigmatización y los señalamientos que se ha hecho a las víctimas por parte de actores armados. De igual forma se han visto afectados el buen nombre de las víctimas, ya que en múltiples oportunidades los actores armados han acusado a sus víctimas de ser colaboradores de grupos ilegales. Estas acciones han tenido un detrimento sobre su imagen ante la comunidad y sus propias familias. En uno de los testimonios que presenta la Unidad de Víctimas (2017), María Laureana Mosquera de sesenta y cuatro años relata:

[...] tenía mis amistades, donde ya nadie me conoce, ni yo conozco a nadie. La familia de mi compañero era la que me ayudaba. Vivíamos bien, pero desde que él falleció todo se me derrumbó, tengo que estar lavando ropa de la calle para poder sostenerme, él era mi brazo derecho... Me gustaría aprender a leer porque yo no leo bien, ni escribo bien y para estudiar nunca hay vejez (2017).

Este testimonio refleja cómo las pérdidas causadas por el conflicto armado han afectado los planes de vida de las víctimas, con hechos tan lamentables como la muerte de un familiar o ser querido, además de verse obligados a abandonar su lugar de origen, desplazándose a otros lugares en los cuales no cuentan con una ayuda emocional y económica, viéndose en la necesidad de realizar trabajos informales para poder subsistir.

Vemos entonces que la reparación también debe permitir a las personas mayores reconstruir su proyecto de vida, les debe permitir aprender cosas nuevas que les sean útiles e igualmente deben poder trabajar, emprender y generar sus propios ingresos.

A lo largo de este capítulo se hizo referencia al impacto que ha tenido el conflicto armado colombiano en el caso específico de las mujeres mayores, por lo cual se da a entender que esta población debe tener acceso a medidas especiales de protección y restablecimiento de los derechos fundamentales de acuerdo con un enfoque diferencial. Es decir que, mediante una atención diferencial, se debe buscar disminuir las brechas de género, permitiendo una atención a las afectaciones específicas.

El enfoque diferencial para las víctimas del conflicto armado desde la perspectiva género-vejez

En este capítulo se exponen las características del enfoque diferencial, centrándose en la atención que se brinda a las personas mayores, específicamente a las mujeres que han sido víctimas del conflicto armado.

Un acercamiento para la comprensión del enfoque diferencial

La ley 1448 de 2011, en el artículo 13, incorpora el enfoque diferencial, el cual reconoce que hay poblaciones con características que son particulares, ya sea debido a su edad, género o por alguna situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la mencionada ley, contarán con dicho enfoque. Así, el Estado deberá ofrecer garantías especiales y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de la violación de sus derechos fundamentales.

Desde el Gobierno Nacional en la ejecución y adopción de políticas de asistencia y reparación, deberán asumirse criterios diferenciales que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de los grupos poblacionales anteriormente mencionados. Igualmente, el Estado realizará esfuerzos encaminados a que las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes (Ley 1448 de 2011, pág. 13).

Rodríguez (2014) argumenta que la ley 1448 de 2011 presenta un gran avance en el reconocimiento, desde el enfoque diferencial de género, de un sector de la población que ha sido invisibilizado y excluido como ha sido el caso de las mujeres. De allí surge la necesidad de tener en cuenta para la verdad, justicia y reparación el enfoque diferencial, en tanto permite devolverles, de alguna manera, a este grupo poblacional la dignidad que les fue arrebatada a causa de la violencia sufrida sobre sus cuerpos y mentes, sobre su entorno y su vida.

Específicamente, la política pública de asistencia, atención, reparación para las víctimas, a partir del enfoque de Envejecimiento y Vejez con y para las Personas Mayores víctimas del conflicto armado de generaciones actuales y futuras está plasmada en el documento “Personas mayores” (2016). Este documento busca presentar una aproximación conceptual que permita establecer los fundamentos

adoptados por el enfoque de envejecimiento y vejez. Se exponen algunas recomendaciones que promueven la articulación interinstitucional en planes, programas y proyectos de la Política Nacional de Envejecimiento en Colombia, con apuestas de la Implementación de la Ley de Atención y Reparación Integral a Víctimas, a partir del trabajo efectuado por el equipo de Envejecimiento y Vejez de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Con respecto a este enfoque, en la sentencia T-293 de 2015 se hace un llamado de atención a la UARIV por no acoger el enfoque diferencial con las personas mayores que son población víctima. Resulta alarmante que el enfoque diferencial no sea asumido desde el primer momento como un elemento fundamental del análisis de cada caso por parte de la UARIV.

La edad de las víctimas debe incidir en todas las etapas y rutas de atención que se les brindan. La UARIV debe tomar en cuenta el enfoque diferencial desde el primer momento en que sea posible, no se puede esperar a que la víctima deba solicitarlo o a que el trámite se encuentre en una etapa más avanzada, pues, de lo contrario, perdería sentido la especial consideración derivada en este enfoque.

Una perspectiva de género en el conflicto armado colombiano

Es importante aclarar el concepto de género, ya que cobra importancia en este escenario. Según la Organización Mundial de la Salud, el género se refiere a “conceptos sociales de las funciones, comportamientos y actividades que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres” (OMS, 2015). Otros autores definen que la mujer por su género ha sido víctima, no sólo desde el surgimiento del conflicto armado, sino desde mucho tiempo atrás, al ser Colombia una sociedad patriarcal y machista (Barrios y Rojas, 2007, pág. 10).

En el caso colombiano, las mujeres por su condición de género han sido víctimas de diferentes hechos violentos, en especial en el marco del conflicto armado. Es así como el conflicto armado interno

colombiano ha servido como detonante para que se agudice la violencia contra la mujer. Según la Unidad para las Víctimas, el conflicto armado ha dejado más de nueve millones de víctimas reconocidas, en dónde más del 50% han sido mujeres. Esto refleja el impacto diferencial de la violencia de género que enfrentan las mujeres en contextos de violencia armada.

Los autores Salazar *et al.* (2017) argumentan que la vulnerabilidad de la mujer en los espacios de conflicto, migración y asentamiento es elevada, ya que los actores armados imponen restricciones y dejan secuelas emocionales de terror que persisten en las personas. En muchos casos, la discriminación y violencias de género son normalizadas o invisibilizadas y la respuesta del Estado frente a estos hechos ha sido manifiestamente insuficiente para hacer frente a sus deberes constitucionales en el área, así mismo como lo resalta la Corte Constitucional, los elementos existentes de la política pública de atención al desplazamiento forzado dejan vacíos críticos que resultan en una situación de total desamparo de las mujeres desplazadas. Las obligaciones constitucionales que le asisten al Estado son claras en señalar que las mujeres víctimas de cualquier acto de violencia que vulnere sus derechos humanos, deben ser atendidas de forma inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial.

La sentencia SU-599 de 2019 destacó que las mujeres han sido desplazadas en una mayor magnitud en comparación con los hombres, pues de acuerdo con la información derivada del RUV, del total de la población desplazada, 3.301.848 son mujeres, quienes representan el 51% de este grupo de especial protección constitucional y que, principalmente, son de origen campesino y étnico. Se resalta además que se puede lograr un avance significativo en materia de protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia, mediante acciones que sean encaminadas a superar las vulneraciones a las que han sido expuestas.

Es de resaltar que es la función del Estado, además de crear e implementar programas dirigidos a las víctimas, también debe encaminar esfuerzos para hacer efectivos los programas ya existentes, pues si éstos no funcionan de una forma adecuada se deja en un alto grado de desprotección a las personas que dependen de ellas.

La protección del Estado a las víctimas

Para autores como Correa y Rúa (2018), el Estado en su totalidad y la sociedad colombiana deben ir más allá de la satisfacción de necesidades básicas de las víctimas, específicamente con las personas mayores, ya que esta población enfrenta graves dificultades para garantizar su seguridad económica, esto debido a la pérdida de trabajo y por las afectaciones sobre bienes como la tierra y la vivienda.

Corresponde entonces al Estado proyectar acciones a fin de que las víctimas personas mayores puedan asegurar ingresos económicos, ajustados a las necesidades y contexto de cada persona, con las cuales, además de satisfacer su mínimo vital, puedan asegurar una vejez digna.

Correa, Rodríguez, Suárez, Rúa, (2017) mencionan que la protección hacia las víctimas ha sido dispersa e insuficiente, y consideran que se deben plantear retos a afrontar para una protección efectiva de los derechos de las personas mayores. Según estos autores, hay una deficitaria protección a las personas mayores, tanto por la ausencia de un enfoque integral como por la dispersión de criterios que se evidencia en los instrumentos internacionales y en la protección provista por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha valorado la edad como factor de vulnerabilidad, en el caso de las personas mayores se evidencia que con el transcurso de los años las circunstancias de debilidad se dan por causa del deterioro de su salud, haciendo parte de los sectores de la población que, por sus condiciones particulares, tienen el derecho a recibir un mayor grado de protección por parte del Estado. De igual

forma no se pueden desconocer los constantes inconvenientes que tienen que afrontar, ya que sus condiciones físicas les impiden trabajar y, en consecuencia, les inhabilita poder proveerse los gastos del mínimo vital.

Frente a la situación específica de las mujeres, en este caso, adultas mayores que se encuentran en el marco del conflicto armado, como consecuencia de la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional emitió el auto 092 de 2008 con fundamento en su condición de sujetos de especial protección constitucional. En este auto se constataron:

- Los riesgos con ocasión a la condición de género a los cuales se encuentran expuestas las mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores en condición de desplazamiento, entre los cuales se identificó el riesgo de violencia sexual, como una situación fáctica alarmante por ser lesiva de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario que ampara a las mujeres como víctimas del conflicto.

Es de resaltar que entre los diferentes hechos de victimización que se dan en el marco del conflicto armado uno de los más lamentables es la objetivación del cuerpo femenino, materializada en la violencia sexual, siendo estos actos una violación en particular de los derechos humanos de las mujeres. Es así como diferentes organismos internacionales han enfatizado la necesidad de proteger a la mujer contra cualquier acto de violencia.

- La situación sistemática, extendida y masiva de la vulneración de la integralidad de sus derechos a lo largo del territorio nacional.

El gobierno nacional debe reconocer las afectaciones diferenciales en razón del género, ya que las mujeres han tenido que asumir cargas sociales y económicas desproporcionadas, tales como trabajar informalmente debido a los escasos recursos económicos. Igualmente, las mujeres enfrentan obstáculos para acceder a la justicia y adquirir plenamente sus derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la educación o a la salud.

- La respuesta estatal manifiestamente insuficiente frente a esta situación y frente al cumplimiento de sus deberes constitucionales.

Las mujeres víctimas han expresado la falta de respuesta estatal ocasionada cuando se les niega el acceso a la reparación integral, al ponerse en duda su calidad de víctima, generando procesos de victimización secundaria. Por ende, es importante priorizar la reparación a las víctimas, ya que esta puede ser vista como una forma de revertir la invisibilidad de la violencia que han sufrido las mujeres en el conflicto armado.

- La existencia de elementos en la política pública de atención al desplazamiento forzado que dejan vacíos críticos respecto de la situación de total desamparo de las mujeres desplazadas ante las autoridades obligadas a protegerlas.

En este contexto, instancias nacionales e internacionales de protección de derechos humanos han recomendado la implementación de medidas para eliminar patrones socioculturales discriminatorios debido al género. De igual forma, se ha sugerido implementar políticas públicas, que busquen mitigar los efectos desproporcionados del conflicto armado en las mujeres, tomando en cuenta las diferencias y condiciones de vulnerabilidad que presentan las mujeres víctimas.

Y es que la violencia en sus diferentes dimensiones afecta mayoritariamente a las mujeres, estos hechos se deben principalmente a la construcción social genérica que el patriarcado ha impuesto. Frente a las situaciones de violencia las mujeres que se encuentran en una edad avanzada se ven mayormente afectadas, pues se encuentran en un estado de mayor vulnerabilidad debido a condiciones principalmente de salud y económicas.

Las mujeres, en este caso las mujeres mayores, cobran gran importancia al ser estas las principales víctimas del conflicto armado, a la vez que llegan a ser constructoras de paz, por lo cual deben ser escuchadas y atendidas con prioridad para así lograr acabar con la

situación de vulnerabilidad y victimización que sufre la mujer en el contexto del conflicto.

Como ya se ha mencionado anteriormente, las mujeres representan más de la mitad del total de víctimas del conflicto armado colombiano, pues los patrones de violencia que ellas han sufrido han sido diferentes a los de los hombres, como en el caso de los hechos de violencia sexual. Si bien existen altos niveles de impunidad en hechos ocurridos durante el conflicto armado con respecto a la violencia desde la perspectiva de género, en los últimos años se han conocido las voces y testimonios de mujeres que por mucho tiempo fueron ignoradas, y es que su participación se hace necesaria para que se puedan conocer sus experiencias, además de que puedan influir en la política pública de reparación a las víctimas, tema que será tratado en el siguiente capítulo.

Respuesta que se ha dado al componente de reparación a partir del enfoque diferencial de mujeres mayores víctimas

En el siguiente capítulo se expone la respuesta que se ha dado en materia de reparación a las víctimas, en este caso especialmente a las mujeres que hacen parte de la población de personas mayores.

Frente al componente de reparación

Desde una mirada internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas (2005) reconoce el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones. Así, la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia y Estado de derecho.

También se argumenta que deben adoptarse las medidas apropiadas para garantizar la seguridad de las víctimas, su bienestar físico y psicológico, al igual que la de sus familiares. Igualmente, el Estado debe velar en la medida de lo posible para que el derecho interno

disponga que las víctimas de violencia gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.

La ONU resalta cómo una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos, así la reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados deben conceder la reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos.

Mediante la sentencia T-083 de 2017, la Corte Constitucional desarrolló el concepto de reparación integral:

La reparación integral es una obligación del Estado, cuya finalidad es devolver a la víctima al estado en el que se encontraba con anterioridad al hecho que originó tal condición. Por lo tanto, el hecho victimizante con el cual se vulneraron los derechos humanos genera en favor de la persona que lo padeció el derecho fundamental a la reparación integral, lo que se hace efectivo a través de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición consagradas en el Derecho Internacional, que se desprenden de la condición de víctimas y que deben ser salvaguardados por el Estado independientemente de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento o condena de los victimarios.

Es entonces como la reparación incluye las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas debe ser implementada en favor de la víctima, dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante, también implica que el derecho a la reparación integral puede ser exigible mediante el mecanismo de la tutela, por tratarse de un derecho fundamental.

Se evidencia que la reparación integral es un derecho fundamental, siendo no solamente la indemnización administrativa uno de los componentes de la reparación integral, sino que también su objetivo es dignificar la vida de quienes han sido víctimas del conflicto armado. La sentencia de tutela T-707 de 2014 resalta la procedencia de la acción de amparo, y cuando se trata de personas mayores como víctimas de la afectación de un derecho fundamental; resultan de especial importancia los principios de solidaridad y de dignidad humana.

Respecto a las personas mayores, existe una carga específica en cabeza del Estado, la sociedad y la familia para que contribuyan en la protección de sus derechos, ya que éstos se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor en comparación con otras personas, un estado de vulnerabilidad que se agrava cuando las personas mayores, además, han sido víctimas del desplazamiento forzado y se encuentran en situación de pobreza extrema, lo que debe conllevar a un nivel de mayor responsabilidad y compromiso en la garantía de sus derechos y responder de una forma adecuada y oportuna a las exigencias de protección que amerita el caso.

Un acercamiento al componente de reparación, visto desde el enfoque diferencial

Las personas mayores han vivido el conflicto armado en condiciones particulares al resto de la población, pues han experimentado afectaciones en su envejecimiento. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta por la institucionalidad, ya que una reparación integral debe ajustarse a las particularidades, daños e impactos que han sido vividos por las víctimas, para así lograr alcanzar un restablecimiento efectivo del goce de sus derechos.

En concordancia con la protección de la persona mayor, el Estado ha implementado políticas públicas encaminadas a brindar subsidios y prestaciones que contribuyan al mejoramiento de sus condiciones de vida. Entre estas se incluyen ayudas que se otorgan en los contex-

tos nacional, departamental y municipal, así como asistencias que son garantizadas a todas las personas mayores en condiciones de igualdad. Sin embargo, existen también ciertas obligaciones que deben ser llevadas a cabo con mayor dedicación en favor de poblaciones especialmente protegidas, entre las cuales están las personas mayores que son población víctima.

La ley 1448 de 2011, artículo 13, reconoce que hay poblaciones con características particulares y “por esta razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque”. Para el efecto, en la ejecución y adopción por parte del Gobierno Nacional de políticas de asistencia y reparación en desarrollo de la ya mencionada ley, deberán adoptarse criterios diferenciales que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de estos grupos poblacionales (ley 1448 de 2011. p. 13).

La Unidad de Víctimas (2015) busca tener una visión global sin dejar de tener en cuenta el enfoque diferencial, ya que es importante abordar con una mirada integral que dé cuenta de las particularidades específicas. La población víctima en el marco del conflicto armado en Colombia no es un grupo homogéneo, tiene particularidades en razón a la diversidad humana, pero también a las afectaciones causadas. Por tanto, la identificación que se hace de esta población no es solo un dato o un simple número, sino que debe reflejar las particularidades de la población y conducir a responder a sus necesidades, como también a los daños de forma individual y colectiva.

La política pública para la prevención, atención, asistencia y reparación integral a las víctimas, desde esta dimensión, refuerza el reconocimiento constitucional y propende por la garantía de los derechos, haciendo énfasis en las particularidades de cada persona, ya sea en razón a la edad, género, orientación sexual, discapacidad y pertenencia étnica. Así la reparación integral desde una óptica con enfoque diferencial debe contener medidas y acciones dirigidas a garan-

tizar la igualdad material de estas poblaciones, enfrentando primero la situación de vulnerabilidad acentuada en el marco del conflicto, al igual que contribuir a la superación de barreras sociales, exclusión, injusticias históricas, entre otros y finalmente satisfacer las necesidades de bienes y servicios.

Recientemente, Carlos Ruiz Massieu, jefe de la Misión de Verificación de la ONU en Colombia (abril, 2021) aseguró que, sin importar el origen del dolor de las víctimas, garantizar la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, es la mejor estrategia para resarcir el daño y evitar que haya más víctimas en Colombia, para esto es necesario reforzar la inclusión, la participación efectiva y la seguridad de todas las víctimas.

En conclusión, la labor del Estado sobre las actividades dirigidas a proteger a las personas mayores incluye controles que brinden una efectiva independencia y protección jurídica, así como física, económica y psicológica a los adultos mayores. Dicha obligación se basa en el deber de solidaridad que por disposición constitucional se tiene con los adultos mayores.

La reparación integral para las mujeres mayores

El Estado y entidades encargadas de desarrollar la reparación a las víctimas deben incluir a las mujeres mayores en las medidas y programas que desarrollen; la reparación le debe permitir a las personas mayores construir su proyecto de vida, también les debe permitir aprender cosas nuevas que les sean útiles para su proyecto de vida, igualmente deben poder tener la posibilidad de emprender y generar sus propios ingresos.

Sin embargo, según la Evaluación Política Pública Derechos de las Mujeres Víctimas del Conflicto Armado (2018), las mujeres manifiestan que encuentran barreras de acceso a la atención. Entre las principales barreras que encuentran está la falta de información clara y oportuna, seguida del desconocimiento de las rutas de atención.

Frente a esto, Sinergia DNP (2018) presenta las cifras que demuestran cómo solo dieciocho de cien mujeres despojadas de sus tierras solicitaron restitución, las demás no sabían o les daba miedo. También menos de nueve de cada cien mujeres que sufrieron violencia sexual en el marco del conflicto armado, lo denunciaron y solo quince de cada cien han recibido atención psicosocial.

Para la elaboración de este artículo se consultó a un experto en la materia, para conocer sus apreciaciones sobre la respuesta institucional que se ha dado a las víctimas, en este caso específico a las mujeres mayores.

El abogado y politólogo Juan Camilo Rúa (abril 2021), frente a la pregunta: ¿Cuáles cree que son las principales barreras con las que se encuentran las mujeres?, afirmó:

1. Desconfianza en las instituciones. Existen muchas barreras actitudinales que hacen que las mujeres, y particularmente las mujeres mayores, desconfíen en las instituciones. En el caso de la violencia sexual se acentúa (Rúa, 2021).

De acuerdo con lo dicho por el experto, y desde una perspectiva propia, se ha evidenciado que en múltiples ocasiones se da una falta de respuesta estatal, que es ocasionada cuando se niega a las mujeres el acceso a la reparación integral, poniendo en duda su calidad de víctima, esto genera procesos de re-victimización, dificultando el vínculo de confianza con el Estado y la sociedad. Continuando con su respuesta,

2. Obstáculos de accesibilidad a la información. Mucha de la información que se da sobre la atención no es muy accesible a las personas mayores. La política de reparación está construida en un lenguaje jurídico y técnico que puede llegar a ser confuso, y muchas veces no hay un proceso de divulgación en materiales de lectura fácil que mejoren la accesibilidad (Rúa, 2021).

Vemos entonces la necesidad de facilitar la comprensión de la información y rutas de atención, especialmente a las personas mayores

que buscan una atención y protección institucional, priorizando sus necesidades y evitando así un mayor desgaste físico y emocional al ya sufrido por los hechos victimizantes. En el mismo sentido el experto resalta este último aspecto:

3. Los roles de cuidado. Las mujeres y las mujeres mayores víctimas, después de los hechos victimizantes, tienen que asumir nuevos roles de cuidado y nuevos roles ocupacionales. Esos roles dificultan las posibilidades de que puedan acceder a espacios de información, a las rutas institucionales, etc. Es decir, el proceso de reparación está centralizado (incluso aunque haya oficinas territoriales) en el sentido en que las personas tienen que ir a una oficina, a un edificio, y muchas no pueden ni salir del espacio de su casa por los roles ocupacionales y de cuidado (Rúa, 2021).

El conflicto armado ha llegado incluso a cambiar el proyecto de vida de las víctimas, especialmente las mujeres se han visto obligadas a asumir actividades ocupacionales, las cuales no tenían previstas, lo que ha ocasionado la transformación inesperada de roles y posiciones en los ámbitos laborales y productivos.

El Estado debe mejorar los medios de información, con el fin de que las víctimas puedan estar mejor informadas. Igualmente, es deber del Estado garantizar el acceso a todos los servicios jurídicos, médicos, psicológicos, sociales y administrativos a los que tienen derecho las víctimas, ya que las mujeres enfrentan factores de vulnerabilidad específicos, pues se ven obligadas a enfrentar cargas familiares, económicas y psicológicas, igualmente han tendido que asumir procesos legales, trámites administrativos y, en ocasiones, las demandas de justicia, sin estar informadas y preparadas para ello.

Las mujeres mayores cuentan con especial protección constitucional, y se reconoce en la legislación y la jurisprudencia que han vivido el conflicto armado en condiciones particulares en comparación a las

demás personas, experimentando afectaciones especiales tanto en su vejez como en su envejecimiento. Teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada persona, se debe dar a las víctimas de forma apropiada y proporcional a la gravedad de su afectación, una reparación plena y efectiva.

Estas circunstancias deben ser tomadas en cuenta por el Estado, pues una reparación integral debe ajustarse a las particularidades de los riesgos, daños e impactos vividos por las víctimas en su envejecimiento para alcanzar un restablecimiento efectivo de sus derechos fundamentales, además, la reparación integral debe favorecer que las mujeres mayores puedan asumir el control sobre su proyecto de vida, en tanto se ve afectado por los hechos violentos sufridos, y este es esencial para vivir un envejecimiento sano y activo.

Reflexiones finales y recomendaciones

Las personas mayores víctimas del conflicto armado se encuentran expuestas a condiciones de vulnerabilidad, siendo afectadas su integridad física, seguridad y libertad, no solo por los hechos violentos que enfrentaron, sino por las dificultades de las condiciones de vida a las que tienen que enfrentarse después del hecho victimizante. Las afectaciones a la vida personal, familiar y social por las que han atravesado las víctimas, en especial las mujeres en cuanto a su envejecimiento y vejez permiten concluir que se requiere de un trabajo conjunto entre la sociedad y el Estado para dar una respuesta eficaz, en la cual la reparación sea un espacio de dignificación y restablecimiento de sus derechos.

En el caso de las mujeres, como se habló durante este artículo, tienen una experiencia particular marcada por su género, debido a la discriminación y a la violencia que ha hecho parte de las estructuras sociales construidas a lo largo de la historia. Estas son situaciones que se agravan en contextos de conflicto, ya que se intensifica la vulnerabilidad de las violaciones a los Derechos Humanos.

El Estado colombiano ha encaminado esfuerzos para atender de forma prioritaria a los grupos y personas que se encuentran en algún estado de vulnerabilidad por el cual se les dificulta acceder de forma efectiva a sus derechos. Sin embargo, estos esfuerzos no han sido suficientes para transformar las realidades de las víctimas del conflicto armado, siendo importante una acción conjunta entre todos los actores sociales, donde se construyan acciones para dar respuestas ágiles y oportunas a las necesidades de esta población.

El análisis del conflicto armado, desde el reconocimiento de la diferencia, debe brindar especial protección constitucional a los grupos vulnerables para la garantía real y efectiva del derecho a la igualdad, reconociendo así la inconveniencia de continuar proporcionando una atención homogénea a las víctimas del conflicto armado.

La reparación debe tener en cuenta las necesidades de las personas mayores, contemplando el enfoque diferencial como un enfoque transformador y de derechos, que propenda por la superación de las barreras y las condiciones de exclusión que pueden llegar a sufrir las mujeres mayores. Igualmente, el enfoque diferencial de género enfatiza el impacto desproporcionado que han padecido las mujeres víctimas, el cual requiere de una atención especial.

Es indispensable que entre las atenciones que reciban las mujeres mayores se dé prioridad en la atención psicosocial, eliminando el posible imaginario de que el paso del tiempo implica el olvido de las afectaciones sufridas en las personas. En el caso de las mujeres víctimas de violencia sexual, se ha constatado que los impactos de esa violencia cometida en desarrollo del conflicto armado en la salud física y mental son profundos y de difícil recuperación. En este caso el Estado debería emprender acciones tendientes a evitar casos de re-victimización en las mujeres mayores víctimas, y generar entornos protectores mediante políticas públicas que no solo garanticen la reparación o indemnización como víctimas, sino que también tengan en cuenta el componente psicosocial pues la re-victimización es una

situación de discriminación injustificable en una sociedad en la que aún se conservan patrones sociales que abandona a una posición de sometimiento a las mujeres.

Igualmente, durante la elaboración y ejecución de políticas públicas se debe buscar mitigar los efectos desproporcionados del conflicto armado en las mujeres mayores, teniendo en cuenta las diferencias y condiciones de vulnerabilidad a las que se enfrentan las mujeres víctimas, para ello se debe priorizar en programas que brinden una atención especializada, mediante una oferta institucional, que cumpla con los requerimientos adecuados según las condiciones y necesidades particulares de las víctimas.

Referencias

- Araque, F. y Suárez, O. (2017). Reflexiones teóricas y legales del adulto mayor y la discapacidad en Colombia. *JURÍDICAS CUC*, vol. 13 n.º 1, pág. 97–120, Enero – Diciembre, 2017. Disponible en: <https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicas-cuc/article/view/1666>
- Arroyave, S. (2010). Las políticas públicas en Colombia. Insuficiencias y desafíos. *Revistas UN*. Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. Disponible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/forum/article/view/32359>
- Asamblea General Naciones unidas. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>
- Barros, M. y Rojas N. (2015) El rol de la mujer en el conflicto armado colombiano. *El libre pensador*. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://librepensador.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/5/2015/10/El-rol-de-la-mujer-en-el-conflicto-armado-colombiano-Maestr%C3%ADa-en-gobierno-y-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-El-Libre-Pensador.pdf>
- Cadenas, C. y Ruiz, D. ¿Qué es una política pública? Universidad Latina de América, *Revista Jurídica*. 2003 Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8122BC01AACC9C6505257E3400731431/\\$FILE/QU%C3%89_ES_UNA_POL%C3%8DTICA_P%C3%9ABLICA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8122BC01AACC9C6505257E3400731431/$FILE/QU%C3%89_ES_UNA_POL%C3%8DTICA_P%C3%9ABLICA.pdf)
- Castrellón, M. y Romero, C. (2016). Enfoque de género en la implementación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: una propuesta para la caracterización de las mujeres y niñas víctimas del conflicto armado en Colombia. *Revista CS*, n.º 19, pp. 69–113. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/recs/n19/n19a04.pdf>
- Centro Nacional de Memoria Histórica (2017), La guerra inscrita en el cuerpo. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado, CNMH, Bogotá. Disponible en: http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes-accesibles/guerra-inscrita-en-el-cuerpo_accesible.pdf
- Correa L.; Rodríguez, L.; Suárez C.; Rúa, J. (2017) El olvido del derecho. Desprotección legal de las personas mayores de hoy y del mañana en Colombia. *Revistas UN*. Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2460>
- Correa, L.; Rúa, J.; Rodríguez P. y Suárez Á. (2018) La vejez que nadie imaginó: afectaciones a la preparación económica de las personas mayores de hoy y del mañana en el marco del conflicto armado en Colombia. *Revista de Derecho* n. 50. 187- 216. Disponible en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/9977>

Creswell, J. (2007) Investigación Cualitativa y Diseño Investigativo, Selección entre cinco tradiciones. Disponible en <https://academia.utp.edu.co/seminario-investigacion-II/files/2017/08/INVESTIGACION-CUALITATIVACreswell.pdf>

Díez, Y. (2015) El maltrato a las mujeres ancianas también es violencia de género Disponible:<https://confilegal.com/20151227-el-maltrato-a-las-mujeres-ancianas-tambien-es-violencia-de-genero/>

DNP, UARIV (2016). Personas mayores. Subcomité técnico de enfoque diferencial. Disponible:<https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/vejez2017impresion.pdf>

Fundación Saldarriaga Concha y la Unidad para la Atención y Reparación a las Víctimas (2017) Envejecimiento y vejez, conflicto armado: ruta metodológica. Versión final Documento técnico del Convenio de Asociación 1131 de 2016. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/enfoques-diferenciales/envejecimiento-y-vejez-conflicto-armado-ruta-metodologica/43051>

Fundación Saldarriaga Concha y la Unidad para la Atención y Reparación a las Víctimas (2017) Riesgos, daños e impactos al envejecimiento y la vejez de las víctimas del conflicto armado en Colombia. Versión final Documento técnico del Convenio de Asociación 1131 de 2016. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/enfoques-diferenciales/riesgos-danos-e-impactos-al-envejecimiento-y-la-vejez-de-las-victimas-del>

Galeano, M. (2004) *Estrategias de investigación social cualitativa, El giro en la mirada*. La Carreta Editores. Medellín, Colombia. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/j.ctvdf06h7>

Grupo de Memoria Histórica (2013) *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Disponible en <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/>

Guevara, N. Rodríguez, L (2010). Una cosa es vivirlo y otra cosa es contarlo. Construcción de sentido y significado social de adultos/as mayores víctimas de desplazamiento forzado en Cali. *Revista de Trabajo Social e Intervención Social*. Universidad del Valle. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5857491>

Mingorance, D.; Álvarez, H.; Amor, G.; Rincón, M.; Rodríguez, A. (2018), La denominación para las personas mayores. Un análisis genealógico. Hologramática – Facultad de Ciencias Sociales – UNLZ – Año XIV Número 27, V1 https://cienciared.com.ar/ra/usr/3/1740/holo27_v1_p34_63.pdf

Noticias ONU (2021) Garantizar la verdad, la justicia y la reparación es la mejor estrategia para evitar que haya más víctimas en Colombia. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2021/04/1491132>

Osorio, E.; Ayala, E.; Urbina, J. (2017) La mujer como víctima del conflicto armado en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, Año 9, n.º. 16, 2018,

pp. 49-66 Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/5977>

Ríos Tovar, L. (2020). La reparación de las víctimas y la justiciabilidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50(133), 429–453. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a09>

Rodríguez, C. (2014) La Ley de restitución de tierras desde la perspectiva de género. Universidad Nacional Abierta y a Distancia. *Justicia Juris* pp. 53-65 Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a06.pdf>

Rúa, J. (2021). Entrevista a través de formulario electrónico “Proyecto de Grado: El enfoque diferencial desde la perspectiva género–vejez en la PP de reparación a las víctimas”

Salazar, A. Alonso, J. Alvis, L. Jiménez, L. Redondo, M. y Rodríguez, L. (2017). «La vulnerabilidad de la mujer en la guerra y su papel en el posconflicto». *Ágora* 17(1):308 Disponible en: <https://revistas.usb.edu.co/index.php/Agora/article/view/2827>

Sinergia DNP (2018) Evaluación Política Pública Derechos de las Mujeres Víctimas del Conflicto Armado. <https://www.youtube.com/watch?v=cWfMCWc-zoWk>

Suárez, O. y Araque, F. (2020). Derechos humanos del adulto mayor en el ámbito familiar colombiano en el marco del envejecimiento demográfico. *Jurídicas CUC*, 16(1), 225–250. DOI. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17981/jurid-cuc.16.1.2020.09>

SNARIV (2017) Mujeres y conflicto armado. subcomité técnico de enfoque diferencial. Disponible en: http://www.portalsnariv.gov.co/sites/default/files/documentos_biblioteca/mujeres.pdf

Unidad de Víctimas. (2019). Enfoque diferencial de género y derechos humanos de las mujeres. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/enfoque-diferencial-de-g%C3%A9nero-y-derechos-humanos-de-las-mujeres/359>

Unidad para las Víctimas (2020) Decálogo del buen trato para personas mayores víctimas del conflicto. Disponible en <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/enfoques-diferenciales/decalogo-del-buen-trato-para-personas-mayores-victimas-del-conflicto/56947>

Universidad de Antioquia. (2015) Código de ética en investigación de la Universidad de Antioquia. Disponible en: <http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/e79da6b4-1402-496b-88bc-0dc0321ba827/codigo-etica-udea.pdf?MOD=AJPERES>

Unidad de Víctimas (2015). Corto Documental sobre Enfoque Diferencial. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=3oPTnzT60s>

Unidad de Víctimas (2017) Corto documental: Personas mayores, víctimas del conflicto #UnidosPorLasVíctimas. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=x-bl8cbsktw>

Unidad de Víctimas (2019) RUV Registro único de Víctimas. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>

Normas y jurisprudencia nacional

República de Colombia, Corte Constitucional. Seguimiento al auto A092/08 en el marco de la sentencia T-025/04. Disponible <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2015/A009-15.htm>

República de Colombia, Corte Constitucional. Auto 092/08 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/A092-08.htm>

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-753 del 2013. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-753-15.htm>

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-707 de 2014, con Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-707-14.htm>

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-293 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-293-15.htm>

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-252/17 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-252-17.htm>

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-083 de 2017. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-083-17.htm>

República de Colombia, Corte Constitucional Sentencia C-344 de 2017. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-344-17.htm>

República de Colombia, Corte Constitucional Sentencia SU-599/19 Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2019/SU599-19.htm>

República de Colombia, ley 1448 de 2011. (Ley de víctimas y restitución de tierras). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Disponible: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ley-1448-de-2011/13653> Consultado: 04/11/2020



Incertidumbre limítrofe del Estado colombiano: un análisis de la situación de las fronteras marítimas con Costa Rica, Nicaragua y Venezuela

Boundary uncertainty of the Colombian State: an analysis of the maritime borders' s situation with Costa Rica, Nicaragua and Venezuela

María Isabel Olano Gómez¹

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5341-6064>

Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=GQhpmCsAAAAJ>

Resumen

De las nueve fronteras marítimas que comparte Colombia con otros Estados, tres de ellas, la de Costa Rica, Nicaragua y Venezuela, están en una situación de incertidumbre debido a que los límites no se han concretado, o en su defecto, no se han fijado. Con el fin de definir la situación de las fronteras marítimas del Estado colombiano, el presente artículo analiza la situación fronteriza del país, especialmente con Costa Rica, Nicaragua y Venezuela, por su situación problemática.

1 Egresada de Ciencias Políticas y estudiante de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Contacto: mariaisabelolano98@gmail.com

Palabras clave: Frontera, Colombia, tratado internacional, tensiones internacionales.

Abstract

Three of the nine maritime borders that Colombia shares with other States, namely, Costa Rica, Nicaragua and Venezuela, are in an uncertain situation because the limits have not been specified or they have not been set. In order to define the situation of the maritime borders of the Colombian State, this article analyzes the border situation of the country, especially with Costa Rica, Nicaragua and Venezuela, due to their problematic situation.

Keywords: Boundaries, Colombia, International agreements, international tensions.

Introducción

La República de Colombia tiene fronteras marítimas con nueve Estados: Costa Rica, Ecuador, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Venezuela. Según el artículo 101 de la Constitución Política de Colombia, estos límites “[...] son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación” (Const., 1991). De esta manera el artículo reconoce que los límites son establecidos por los tratados aprobados mediante ley aprobatoria de tratado internacional, e incluso, los definidos por los laudos arbitrales en los que Colombia sea parte.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la siguiente tabla se resumen los tratados que establecen las fronteras marítimas de Colombia con el respectivo Estado, la ley que aprueba el tratado en Colombia, el año de suscripción del instrumento y el año de entrada en vigor de este para ambos Estados, en ese orden.

Tabla 1. Tratados que definen las fronteras marítimas de Colombia con los Estados limítrofes

Estado que limita con Colombia	Tratado que define la frontera	Ley aprobatoria de tratado internacional	Año de suscripción	Año de vigencia (canje de instrumentos de ratificación)
República de Costa Rica	Tratado sobre delimitación de áreas marinas y submarinas y cooperación marítima entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, conocido como Tratado Fernández-Facio (en el Mar Caribe)	Ley 8 de 1978	1977	
	Tratado sobre delimitación de áreas marinas y submarinas y cooperación marítima entre la República de Colombia y la República de Costa Rica adicional al firmado en la ciudad de San José el día 17 de marzo de 1977, conocido como Tratado Lloreda-Gutiérrez (en el Océano Pacífico)	Ley 54 de 1985	1984	2001
República de Ecuador	Convenio sobre delimitación de áreas marinas y submarinas y cooperación marítima entre las Repúblicas de Colombia y del Ecuador, conocido como Convenio Liévano-Lucio	Ley 32 de 1975	1975	
República de Haití	Acuerdo sobre delimitación de Fronteras Marítimas entre la República de Colombia y la República de Haití, conocido como Acuerdo Liévano-Brutus	Ley 24 de 1978	1978	2001

República de Honduras	Tratado sobre delimitación marítima entre la República de Colombia y la República de Honduras, conocido como Tratado Ramírez-López	Ley 539 de 1999	1986	1999
Jamaica	Tratado sobre la delimitación marítima entre la República de Colombia y Jamaica, conocido como Tratado Sanín-Robertson	Ley 90 de 1993	1993	1994
República de Nicaragua	Tratado sobre cuestiones territoriales entre Colombia y Nicaragua, conocido como Tratado Esguerra-Bárcenas	Ley 93 de 1928	1928	1930
República de Panamá	Tratado sobre delimitación de áreas marinas y submarinas y asuntos conexos entre la República de Colombia y la República de Panamá, conocido como Tratado Liévano-Boyd	Ley 4 de 1977	1976	1977
República Dominicana	Acuerdo sobre delimitación de áreas marinas y submarinas y cooperación marítima entre la República de Colombia y la República Dominicana, conocido como Acuerdo Liévano-Jiménez	Ley 38 de 1978	1978	1979

Fuente: elaboración propia con base en información de la Cancillería de Colombia.

A excepción del Tratado Fernández-Facio con Costa Rica, todos los demás acuerdos están vigentes para los Estados parte. La frontera marítima colombo-venezolana no está definida claramente, pues no hay tratados que versen sobre ello, y con Nicaragua se generaron controversias en torno al Tratado Esguerra-Bárcenas. Así, los problemas

fronterizos marítimos de Colombia se constituyen en el Mar Caribe con las oficialmente llamadas República de Costa Rica, República de Nicaragua (Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2018, 2020) y República Bolivariana de Venezuela (Ministerio de Relaciones Exteriores de Panamá, 2016). Se procede a analizar la problemática con cada uno de los Estados mencionados.

Frontera con la República de Costa Rica

El problema con la República de Costa Rica consiste en que uno de los dos tratados que delimitan la frontera marítima: el Tratado sobre Delimitación de Áreas Marinas y Submarinas y Cooperación Marítima entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, conocido como el Tratado Fernández-Facio, el cual define los límites entre estos Estados en el Mar Caribe, no ha entrado en vigor. El artículo VIII del mencionado Tratado consagra que el mismo entrará en vigor al canjearse los instrumentos de ratificación (ley 8, 1978, art. VIII). Como se ilustró, Colombia, mediante la ley 8 del 4 de agosto de 1978, aprobó internamente este Tratado, pero, hasta ahora, no se ha hecho el canje de instrumentos de ratificación, ya que Costa Rica no lo ha ratificado² (Cancillería, s. f.).

De acuerdo con Carlos Alberto Arévalo (citado en *El País*, 2012), miembro de la Academia Colombiana de Derecho Internacional, este hecho se explica porque Costa Rica estaba esperando que se definie-

2 De acuerdo con los artículos 2, 11, 13 y 14 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual codifica el derecho consuetudinario relativo a los tratados que han regido las relaciones entre los Estados, el canje de instrumentos y la ratificación son formas de manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado, aunque existen otras. No obstante, el canje de instrumentos de ratificación y la ratificación propiamente dicha solo se considera una forma de manifestar el consentimiento en obligarse por parte de un Estado, entre otras, cuando se disponga que el canje tendrá ese efecto, ya sea en los instrumentos o de otro modo, tal y como sucedió en el Tratado Fernández-Facio (ley 32, 1985).

ra el litigio fronterizo que tenía con Nicaragua, ya que en esa zona se define también su soberanía. Con el fallo proferido por la Corte Internacional de Justicia sobre el caso “*Maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean*”, esta situación quedó definida, pero modificó los límites establecidos entre Costa Rica y Nicaragua. La Corte Internacional de Justicia definió los límites entre Nicaragua y Costa Rica de la siguiente manera:

Imagen 1. Delimitación en el mar Caribe de Nicaragua y Costa Rica por el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean*.



Fuente: López, I. (3 de febrero de 2018)

Lo anterior, a su vez, modificó las fronteras entre Colombia y Costa Rica fijadas en el artículo 1 del Tratado Fernández-Facio, el cual consagra el límite así:

Señalar como límite entre sus respectivas áreas marinas y submarinas que estén establecidas o puedan establecerse en el futuro las siguientes líneas:

A. A partir de la intersección de una línea recta, trazada con azimut 225 grados (45 grados suroeste) desde un punto ubicado en Latitud Norte 11 grados 00' 00" y Longitud Oeste 81 grados 15' 00" con el paralelo 10 grados 49' 00" Norte. Por el citado paralelo hacia el Oeste, hasta su intersección con el meridiano 82 grado 14' 00" Oeste.

B. Desde la intersección del Paralelo 10 grado 49' 00" Norte y el Meridiano 82 grados 14' 00" Oeste, el límite continúa por el citado meridiano hacia el Norte, hasta donde la delimitación deba hacerse con un tercer Estado. Parágrafo. Las líneas y los puntos acordados están señalados en la carta náutica que, firmada por los Plenipotenciarios, se agrega al presente Tratado como anexo, siendo entendido que en todo caso prevalecerá el tenor del Tratado (ley 8,1978, art. I).

El fallo, entonces, afecta los límites marítimos de Costa Rica, y esto, a su vez, afecta los límites con Colombia trazados por el Tratado Fernández-Facio, modificando así las fronteras entre Colombia y Costa Rica, y sumando al problema de la no ratificación del Tratado por parte de Costa Rica, el de la incorrecta definición de las fronteras, pues las definidas por este contaban con una delimitación diferente de la soberanía de Costa Rica y Colombia.

Otra dificultad para que Costa Rica ratifique el Tratado es que el trazado definido en el mismo dependía de los límites entre el territorio colombiano y el nicaragüense (*El País*, 2012), diferenciando que se abordará más adelante.

Frontera con la República de Nicaragua

El litigio fronterizo con Nicaragua se remonta a la firma del Tratado sobre cuestiones territoriales entre Colombia y Nicaragua de 1928, más conocido como el Tratado Esguerra-Bárceñas. Éste

[...] definió en dos artículos la soberanía colombiana sobre las Islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y todas las demás islas, islotes y cayos que hacen parte del archipiélago de San An-

drés, excluyendo de ese tratado a los cayos Roncador, Quitasueño y Serrana, debido a que en ese momento se encontraban dentro del litigio entre Colombia y los Estados Unidos de América (Alvarado, O., 2014, p. 245).

La situación conflictiva entre Colombia y Estados Unidos por dichos cayos se generó porque Estados Unidos los reclamó como propios en virtud de la ley conocida como la Ley de las Islas Guaneras, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos en 1856 y por la Proclama Wilson del 5 de julio de 1919 (Alvarado, O., 2014). La primera autorizó a sus ciudadanos para ocupar las islas cubiertas de guano que estuvieran deshabitadas y no se encontraran dentro la jurisdicción de otro Estado. Además, consagraba que quien la ocupara podía extraer el guano y que esa isla, roca o cayo podía ser considerada como parte de los Estados Unidos, a discreción del presidente. La ley se profirió con el fin de satisfacer la demanda de fertilizantes naturales, como el guano, ya que los artificiales no eran efectivos en relación con su costo para la época y teniendo en cuenta el crecimiento de la población (Underhill, K., 2014). Con ella se “protegía las explotaciones que hacían empresarios norteamericanos del guano como fuente de fosfato para la agricultura” (Alvarado, O., 2014, p. 255).

Por su parte, La Proclama Wilson afirmaba:

Por el presente, declaro y hago saber que el cayo de Roncador, situado en la parte occidental del Mar Caribe, sea y quede reservado para fines de erección de faros, reserva que se considera necesaria en interés público, con su sujeción a la acción legislativa que el Congreso de los Estados Unidos puede tomar al respecto (Gaviria, E., 2001 citado por Alvarado, O., 2014, p. 255).

En 1928, Colombia y los Estados Unidos intercambiaron notas diplomáticas sobre el tema. No obstante, ese intercambio de notas fue derogado por el Tratado entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la situación de Quitasueño, Roncador y Serrana, conocido como el Tratado

Vásquez-Saccio, suscrito el 18 de septiembre de 1972 en Bogotá, Colombia (Cancillería, s. f.), el cual culminó el mencionado problema. A grandes rasgos, en este tratado Estados Unidos renunció a sus reclamaciones por los mencionados cayos, se permite a los ciudadanos y buques de Estados Unidos continuar con la actividad de pesca en las aguas adyacentes a los cayos Roncador y Serrana, y se estableció que no habrá ninguna intervención en las actividades pesqueras por parte de ninguno de los dos gobiernos, sus ciudadanos o buques (ley 52, 1973).

El texto del Tratado Esguerra-Bárcenas, así como el Tratado con Estados Unidos, confirman lo que posteriormente la Constitución Política define como parte de Colombia en su artículo 101: “Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, y Santa Catalina, la Isla de Malpelo y demás islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen” (Const., 1991, art. 101).

Por su parte, el Tratado Esguerra-Bárcenas también reconoció que la costa de Mosquitos y las islas Mangle Grande y Mangle Chico son del dominio de Nicaragua. En resumen, el Tratado dejó por fuera los cayos Roncador, Quitasueño y Serrana por la disputa que tenía Colombia con Estados Unidos por éstos, y no definió de manera expresa un límite marítimo (Alvarado, O., 2014).

Sobre lo último, el Tratado enuncia de manera ambigua una suerte de límite expresado de la siguiente manera: “[...] el Archipiélago de San Andrés y Providencia, que se menciona en la cláusula primera del Tratado referido no se extiende al occidente del meridiano 82 de Greenwich” (ley 93, 1928). Esto fue añadido debido a la preocupación de Nicaragua de posibles reclamos de Colombia por islas que podría exigir como parte del archipiélago y por ende suyas. Para darle solución a esto, y como condición de la aprobación del Tratado, se señaló al meridiano 82 como la línea de referencia para determinar cuáles son las islas pertenecientes al Archipiélago, mediante el canje

de notas incorporado al acta de canje de los instrumentos de ratificación del Tratado (Londoño, J, 2017). En ese sentido, lo que el Tratado pretendía regular no era el límite fronterizo entre las partes, sino definir la soberanía de los territorios dichos con miras a evitar futuros conflictos.

Posterior a la firma del Tratado Esguerra-Bárcenas, el gobierno de Nicaragua dio concesiones de explotación petrolera a Union Oil en 1964, a Mobil Oil en 1966, a Shell en 1965 y a Chevron en 1967, pasando la línea del meridiano 82, lo cual provocó un conflicto en 1969 (Alvarado, O, 2012). Esta situación propició el uso de este Tratado por Colombia para definir al meridiano 82 como límite marítimo entre ambos Estados (Londoño, J, 2017).

El desconocimiento de Nicaragua de la presunta soberanía de Colombia sobre estos territorios llegó a tal punto que, con la llegada del Frente Sandinista para la Liberación Nacional al poder en 1979, y después del estudio sobre la legalidad del Tratado Esguerra-Bárcenas, la Junta de Reconstrucción Nacional de Nicaragua expidió el decreto 324 del 4 de febrero de 1980 en el que declaró inválido el Tratado porque su consentimiento en obligarse internacionalmente fue viciado al momento de ser firmado por la presencia de marines del ejército estadounidense, y definió a las Islas de San Andrés, Providencia y territorios circundantes como nicaragüenses, por quedar dentro de su plataforma continental (Alvarado, O., 2014).

Esto llevó a que, en 1980, Nicaragua presentara un Libro Blanco, esto es, una instrucción de política de Estado, con el fin de expresar los argumentos para reclamar su derecho sobre estos territorios pretendidos. A su vez, Colombia respondió elaborando el “Libro Blanco de la República de Colombia”. Los argumentos de Colombia sobre este alegato se remiten al principio del *Pacta Sunt Servanda* y de *Uti possidetis iuris*. El primero consiste en el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados. El segundo traduce literalmente “como poseías, poseerás”, lo cual quiere

decir que Colombia tenía derecho soberano sobre el archipiélago y sus aguas en virtud de la Real Cédula de 1803, proferida por el Virreinato de la Nueva Granada (Alvarado, O, 2014).

Después del fracaso de las negociaciones entre Nicaragua y Colombia de 1990 y 1998, Arnoldo Alemán, expresidente de Nicaragua, anuncia la intención de llevar el problema a la Corte Internacional de Justicia, a la cual se le reconoce su competencia contenciosa por la ratificación del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, conocido como Pacto de Bogotá, por parte de ambos Estados. Este cometido se logró en el 2001, pero el fallo fue emitido solo hasta el 2012 (Alvarado, O., 2014).

En su sentencia la Corte Internacional de Justicia tomó en consideración tres elementos fundamentales. Primero, la invalidez del Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928, argumento invocado por Nicaragua. Segundo, el principio *Uti possidetis iuris*, usado por Colombia y Nicaragua. Finalmente, la costumbre internacional del mar como derecho aplicable. En consecuencia, la Corte fijó una nueva área de territorio marítimo para Nicaragua superior a 75.000 km² debido a la desproporcionada repartición del mismo, conclusión obtenida de un test de ponderación (Alvarado, O., 2014).

En definitiva, con el fallo de la Corte Internacional de Justicia se corroboró la soberanía colombiana sobre las islas y cayos del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y se agrandó el espacio marítimo de Nicaragua (BBC, 2012). Sin embargo, los cayos Quitasueño y Serrana terminan siendo enclaves de territorios colombianos en aguas nicaragüenses, como dice Walter Arévalo, politólogo, abogado y profesor de Análisis Político Internacional de la Universidad del Rosario en Bogotá, citado en BBC (2012), pues, de acuerdo con el fallo, el archipiélago está conformado por islas grandes y no por los pequeños cayos en los que el espacio colombiano solo se proyecta doce millas alrededor, y el resto del mar le pertenece a Nicaragua, quien tiene la plataforma continental, tal y como se ilustra en la imagen dos.

Imagen 2. Frontera Colombia–Nicaragua definida por la Corte Internacional de Justicia en el fallo de 2012.



Fuente: Cancillería de Colombia, 2012.

Como se evidencia en las imágenes dos y tres, el fallo proferido por la Corte Internacional de Justicia tiene serias implicaciones en las fronteras de Colombia con Honduras y Costa Rica. Asumiendo los límites del territorio colombiano definidos por la Corte, Colombia modifica sus fronteras con Honduras, pues se reducen solamente a la parte noroeste del área de régimen común entre Jamaica y Colombia, y al cayo Serranilla, en la medida en que el territorio aledaño a los cayos Quitasueño y Serrana, más allá de las doce millas náuticas, antes de Colombia, ahora es de Nicaragua.

Por su parte, la frontera con Costa Rica en los términos establecidos en el Tratado Fernández–Facio también se modifica, porque el fallo le otorga territorio a Nicaragua al sur del archipiélago, y era este el territorio que limitaba con Costa Rica. En este escenario, la frontera Colombia–Costa Rica sufrió un gran cambio, al punto de desaparecer, por lo menos en el Mar Caribe.

Imagen 3. Recorte del Mar Caribe antes del fallo del fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso Colombia y Nicaragua.



Fuente: Roth, P & Buleon, P, s.f.

El litigio no termina con el fallo descrito. Nicaragua presentó dos nuevas demandas al Estado colombiano. Una sobre la pretensión de la plataforma continental extendida, es decir, más allá de las doscientas millas náuticas desde la costa de Nicaragua, la cual pretende “[...] fijar el ‘rumbo exacto’ de su plataforma continental con Colombia más allá de las doscientas millas marinas de la costa del país centroamericano” (*Semana*, 2016) y determinar el trazado preciso de la frontera marítima entre ambos Estados. La otra por el incumplimiento del fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia en el 2012 (*El Tiempo*, 2017).

Fronteras con la República Bolivariana de Venezuela

La frontera marítima con Venezuela no está definida. Aunque existen tratados que delimitan las fronteras de ambos Estados, como el Tratado sobre arbitramento *Juris* entre los Estados Unidos de Colombia y los Estados Unidos de Venezuela, el Laudo en la cuestión de

Límites entre la República de Colombia y los Estados Unidos de Venezuela, el Laudo Arbitral del Consejo Federal Suizo, y el Tratado sobre Demarcación de Fronteras y Navegación de los Ríos Comunes con Venezuela, ninguno versa sobre los límites marítimos de los mismos.

Lo único que se acerca a un límite marítimo es el trazado por el artículo 27 del Tratado de Límites o el Tratado Pombo–Michelena de 1833 (Londoño, J., 2017), que define la frontera desde la península de La Guajira, al norte, hasta las afluencias del río Orinoco, en el sur, que comprende además el archipiélago de Los Monjes, en la parte de mar correspondiente en el Golfo de Venezuela (Bacchetta, V., 1984). No obstante, el Tratado no tiene ninguna fuerza vinculante ya que no fue ratificado por Venezuela porque el Congreso no consideró adecuado ese trazado.

Posteriormente, hubo varios intentos de negociación entre ambos países que también han fracasado. Las negociaciones que iniciaron en 1970 no fueron concluyentes porque Colombia y Venezuela no lograron resolver las diferencias en torno a la extensión del mar territorial y de la plataforma continental del archipiélago de Los Monjes, por lo que terminaron en 1973.

En 1979 se adoptó la Hipótesis de Caraballeda, la cual:

[...] establecía una delimitación que en términos generales promediaba las posiciones de las partes siguiendo el paralelo geográfico que corta el hito de Castilletes, punto en que la frontera terrestre de los dos países llega al mar [...]; se cerraba el golfo para terceros estados mediante dos líneas de base rectas, declarando que este se encontraba bajo la jurisdicción de los dos países; se establecían dentro del golfo y sus áreas adyacentes derechos de navegación y pesca para todos los buques de uno y otro Estado [...]; y se acordaba la explotación conjunta de los yacimientos petroleros existentes en el área litigiosa (Londoño, J., 2019, p. 75).

Sin embargo, la firma de esta se frustró por la presión del grupo militar de Venezuela, y porque no hubo consenso nacional en ese Estado para firmarlo, condición que el presidente Luis Herrera Campins

estableció para la firma. Finalmente, después de tensiones suscitadas entre los Estados por el fracaso de la Hipótesis de Caraballeda, en 1990 los presidentes de Colombia y Venezuela suscribieron el Acta de San Pedro de Alejandrino, en la que los mandatarios decidieron:

[...] adoptar las metodologías de tratamiento y solución presentadas por los Altos Comisionados para cada una de las cuestiones pendientes entre los dos países que a continuación se enuncian: 1. Migraciones. 2. Cuencas hidrográficas. 3. Delimitación de áreas marinas y submarinas. 4. Ríos internacionales. 5. Demarcación y densificación de hitos. 6. Transporte internacional. 7. Utilización de recursos naturales transfronterizos. 8. Tráfico de estupefacientes. 9. Sistema de control para evitar la sustracción de medios de transporte y procedimiento para su recuperación. 10. Cooperación y asistencia mutua en casos de emergencia y para la preservación de ecosistemas (Citado en García, R., s. f., s. p.).

En otras palabras, con dicha acta se pretendía reiniciar las negociaciones sobre la delimitación marítima de Colombia y Venezuela con el fin de reducir las tensiones y evitar un enfrentamiento militar entre dichos Estados. No obstante, con la llegada de Hugo Chávez a la presidencia, las negociaciones se estancaron y no se volvió a tocar el tema. Hoy, el golfo de Venezuela está controlado de manera absoluta por Venezuela, y el tema de la delimitación marítima está relegado de las agendas de ambos Estados (Londoño, J., 2017).

Como consecuencia de la ausencia de un tratado que defina este diferendo, Colombia y Venezuela han asumido diferentes posiciones sobre su límite. Colombia ha dicho que el archipiélago de Los Monjes está dentro de su mar territorial, pero Venezuela afirma que éstos están dentro de su plataforma continental extendida (*Semana*, 2015). La situación es entonces de incertidumbre.

Conclusiones

Las fronteras marítimas de Colombia están indefinidas con un tercio de los Estados con los que limita en el mar, y esta situación se constituye en el Mar Caribe. Costa Rica no ha ratificado el Tratado

Fernández-Facio, que establece los límites con dicho país en el Mar Caribe, por lo que no ha entrado en vigor. En consecuencia, no hay frontera constituida con ese Estado. Además, teniendo en cuenta que la soberanía de Costa Rica, Nicaragua y Colombia en el Mar Caribe se afecta entre sí, el Tratado está desactualizado por las variaciones de estas en el Mar Caribe con los fallos de la Corte Internacional de Justicia respecto al caso *Maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean* entre Nicaragua y Costa Rica y el caso *Territorial and maritime dispute* entre Colombia y Nicaragua.

De lo anterior se infiere que una eventual negociación con Costa Rica no traería mayores inconvenientes, pues la única razón por la cual no se ha definido la frontera es por los litigios territoriales de Nicaragua con Costa Rica y Colombia. La mayor adversidad es el tiempo, porque la incertidumbre fronteriza, por lo menos entre Colombia y Nicaragua, continuará por varios años mientras la Corte Internacional de Justicia resuelve las nuevas demandas interpuestas por aquel y Colombia aplica la sentencia que dicho organismo profiera, e, incluso, eventualmente adopta una posición distinta frente a la misma.

Con Nicaragua, la frontera no estaba claramente definida hasta el fallo que la Corte Internacional de Justicia profirió en el 2012, el cual amplió el territorio marítimo de Nicaragua, reduciendo así el espacio marítimo colombiano, y determinó que las islas y cayos del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina pertenecen a Colombia, pero constituyendo a los cayos Quitasueño y Serrana como enclaves de territorio colombiano en aguas de Nicaragua. El fallo de La Haya tiene serias implicaciones en la delimitación territorial de Colombia, a tal punto que modifica las fronteras del Estado con Honduras y Costa Rica. Las implicaciones de la decisión son tan considerables, que la frontera con Costa Rica desaparece en el Mar Caribe, pues el territorio colombiano que limitaba con Costa Rica le fue otorgado a Nicaragua. El conflicto con Nicaragua tiende a prolongarse por las pretensiones de Nicaragua de extender su plataforma continental.

En lo relativo a una posible delimitación fronteriza, el expresidente Juan Manuel Santos, recién proferido el fallo de la Corte, insistió en que se debía suscribir un tratado con Nicaragua con el fin de fijar las fronteras, incluso con el fallo en firme. No obstante, el entonces presidente de Nicaragua, Daniel Ortega, afirmó que Nicaragua estaba dispuesta a suscribir el tratado, siempre y cuando éste se ciña a lo ordenado por la Corte (Cajina, J., 2013). De esta manera, el panorama no es alentador, ya que el punto de partida de Nicaragua es la sentencia de lo Corte, totalmente desfavorable a los intereses de Colombia.

En suma, es importante resaltar que Nicaragua ha llevado a la Corte Internacional de Justicia, por lo menos dentro de los conflictos mencionados en este artículo, controversias fronterizas con dos de los cuatro Estados con los que limita en el mar buscando ampliar el territorio de su soberanía. Para apropiarse de esos territorios no ha usado la fuerza, sino que, principalmente, ha buscado la vía que el Derecho Internacional dispone para este tipo de litigios. Además, ante la posición ambigua de Colombia de acatar la decisión de la Corte, Nicaragua instauró una demanda por incumplimiento, y no tomó el territorio asignado en la sentencia mediante la coacción. Sin embargo, no debe olvidarse que, *de facto*, Nicaragua ha buscado ejercer soberanía en el territorio disputado, por ejemplo, dando concesiones de explotación petrolera, pero no ha sido la forma fundamental de buscar la soberanía en ese territorio. De ahí que se evidencie en Nicaragua una política exterior de corte expansionista en el mar y de enfoque legal. Vale la pena preguntarse si detrás del expansionismo nicaragüense existen intereses distintos a la mera ampliación de su soberanía en el Mar Caribe y cuáles son. Las concesiones de explotación petroleras otorgadas a mediados del siglo XX pueden ser un buen punto de partida para analizar el asunto.

Con Venezuela, la delimitación de las fronteras marítimas está fuera de la agenda de ambos Estados, y una futura negociación cargaría con el peso de las negociaciones fallidas que se realizaron en el siglo

XX. Por otra parte, el éxito de una posible negociación entre los Estados se puede ver afectado en gran medida por la posición política del gobierno de turno, tanto en Venezuela como en Colombia, pues son países cuya política exterior es maleable según la posición del gobierno de turno.

Teniendo en cuenta lo anterior, Colombia debe desplegar una labor diplomática importante con el fin de definir las fronteras en su totalidad, pues de no ser así, es posible que enfrente conflictos con Estados de la región por el ejercicio de la soberanía en territorios con dominio incierto. En ese sentido, algunos Estados podrían recurrir, ya no al derecho internacional como Nicaragua, sino a controles *de facto* que, de escalar, pueden llegar a afectar las relaciones políticas y económicas entre los mismos.

Referencias

- Alvarado, O., (2014). *Historia Caribe*. El conflicto fronterizo entre Colombia y Nicaragua: Recuento histórico de una lucha por el territorio, 9(25), 241–271. ISSN 0122–8803. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/hisca/v9n25/v9n25a09.pdf>
- Bacchetta, V. (1984). Geopolítica, conflictos fronterizos y guerras locales en América Latina. *Afers Intevnacionals*, s. vol. (4), 73–95. Recuperado de: <http://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/viewFile/27582/52667>
- BBC. (20 de noviembre de 2012). Nicaragua, Colombia y el fallo de la Corte de La Haya: ¿quién gana y quién pierde? *BBC*. Recuperado de: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/11/121119_colombia_nicaragua_fallo_haya_en
- Cajina, J. (2013). A definir límites. *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/mundo/america/a-definir-limites-article-445639/>
- Cancillería. (2012). Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia). [Imagen]. Recuperado de: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/litigio_nicaragua/PRINCIPALES%20DOCUMENTOS/traduccion_esp_sentencia_del_19_de_noviembre_de_2012.pdf
- Cancillería. (s.f.). Tratados, Acuerdos y Convenios. Recuperado de: <http://cancilleria.gov.co/politica/tratados-acuerdos-convenios>
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr003.html#101
- El Congreso de Colombia. (13 de febrero de 1985). Por medio de la cual se aprueba la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969. [Ley 32 de 1985]. DO: 36.856 de 13 de febrero de 1985. Recuperado de: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0032_1985.htm
- El Congreso de Colombia. (17 de noviembre de 1928). Que aprueba un tratado sobre cuestiones territoriales entre Colombia y Nicaragua. [Ley 93 de 1928]. DO: 20.952 de 23 de noviembre de 1928. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1632250>
- El Congreso de Colombia. (31 de diciembre de 1973). Por la cual se aprueba el “Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la situación de Quitasueño, Roncador y Serrana”. [Ley 52 de 1973]. DO: 34048 de 26 de marzo de 1974. Recuperado de: [http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1606188#:~:text=\(diciembre%2031\)-,por%20la%20cual%20se%20aprueba%20el%20%E2%80%9C- Tratado%20entre%20el%20Gobierno,Quitasue%C3%B1o%2C%20Roncador%20y%20Serrana%E2%80%9D](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1606188#:~:text=(diciembre%2031)-,por%20la%20cual%20se%20aprueba%20el%20%E2%80%9C- Tratado%20entre%20el%20Gobierno,Quitasue%C3%B1o%2C%20Roncador%20y%20Serrana%E2%80%9D)

El Congreso de Colombia. (4 de agosto de 1978). “Por medio de la cual se aprueba el Tratado sobre Delimitación de Áreas Marinas y Submarinas y Cooperación Marítima entre la República de Colombia y la República de Costa Rica”, firmado en la ciudad de San José, República de Costa Rica, el 17 de marzo de 1977. [Ley 8 de 1978]. DO: 35077 de 18 de agosto de 1978. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1563838#:~:text=LEY%208%20DE%201978&text=%E2%80%9Cpor%20medio%20de%20la%20cual,17%20de%20marzo%20de%201977%E2%80%9D>.

El País (Periódico). (21 de noviembre de 2012). Conozca los litigios fronterizos que Colombia tiene aún pendientes. *El País*. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/colombia/conozca-los-litigios-fronterizos-que-tiene-aun-pendientes.html>

El Tiempo. (28 de septiembre 2017). Colombia contestó demanda de Nicaragua por plataforma extendida. *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/colombia-contesta-demanda-de-nicaragua-por-plataforma-extendida-en-la-haya-135574>

García, R. (s.f.). Colombia y Venezuela. Integración: la nueva dimensión de las relaciones bilaterales. Recuperado de: (<https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/colombiaint24.1993.00>)

Londoño, J. (2017). *Episodios sobre la fijación de las fronteras nacionales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

López, I. (3 de febrero de 2018). Nicaragua pierde ante Costa Rica aguas en Océano Pacífico y Mar Caribe [Imagen]. Recuperado de: <https://www.laprensa.com.ni/2018/02/03/politica/2371251-nicaragua-pierde-ante-costa-rica-aguas-en-oceano-pacifico-y-mar-caribe>

Ministerio de Relaciones Exteriores de Panamá. (Julio de 2016). Ficha País República Bolivariana de Venezuela. Recuperado de: <https://www.mire.gob.pa/images/embajadas/america/venezuela/ficha-venezuela.pdf>

Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. (junio de 2020). Ficha País Nicaragua. Recuperado de: http://www.exteriores.gob.es/documents/fichaspais/nicaragua_ficha%20pais.pdf

Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. (noviembre de 2018). Ficha País Costa Rica. Recuperado de: http://www.exteriores.gob.es/documents/fichaspais/costarica_ficha%20pais.pdf

Roth, P & Buleon, P. (s.f.). Recorte del mar Caribe. [Imagen]. Recuperado de: <http://atlas-caraibe.certic.unicaen.fr/es/page-121.html>

Semana. (17 de marzo de 2016). CIJ admite demanda de Nicaragua contra Colombia por plataforma continental. *Semana*. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/corte-de-la-haya-admite-demanda-de-nicaragua-contra-colombia-por-plataforma-continental/465692>

Semana [Revista]. (22 de junio de 2015). Las claves para entender el lío entre Colombia y Venezuela. *Semana*. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/limites-maritimos-entre-colombia-venezuela-entran-de-nuevo-en-disputa/432249-3>

Underhill, Kevin. (2014). The Guano Islands Act. *Washington Post*. Recuperado de <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/07/08/by-kevin-underhill-the-guano-islands-act/>



PLURIVERSO

Edición: enero de 2022

Fuentes tipográficas: ZapfEllipt BT 10,5 puntos para texto corrido, y Swis721 Cn BT en 20 puntos para títulos.