

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y OTRAS REFLEXIONES JURÍDICAS:

Avances de Investigación Jurídica y Sociojurídica

———— Maryory Moreno Pardo - Coordinadora académica ————



Grupo de Investigación

Orbis Iuris
Facultad de Derecho

Sujetos de especial protección constitucional y otras reflexiones jurídicas: avances de investigación jurídica y sociojurídica

Grupo de investigación *Orbis Iuris*
Facultad de Derecho



Sujetos de especial protección constitucional y otras reflexiones jurídicas: avances de investigación jurídica y sociojurídica

Autores:

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría
Jeisson Leonardo Londoño Quiroz
Juan Guillermo Espinal Barrientos
Melissa Palacio Maldonado
Lina Marcela Estrada Jaramillo
Paulo Bernardo Arboleda Ramírez
Martha Eugenia Lezcano Miranda

Coordinadora académica:

Maryory Moreno Pardo

Grupo de investigación *Orbis Iuris*
Facultad de Derecho



Vásquez Santamaría, Jorge Eduardo,

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría, Jeisson Leonardo Londoño Quiroz, Juan Guillermo Espinal Barrientos, Melissa Palacio Maldonado, Lina Marcela Estrada Jaramillo, Paulo Bernardo Arboleda Ramírez, Martha Eugenia Lezcano Miranda / Sujetos de especial protección constitucional y otras reflexiones jurídicas: avances de investigación jurídica y sociojurídica - Medellín, Colombia: Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, 2018. Primera edición.

124 páginas.

ISBN 978-958-59069-6-9

1. Pueblos indígenas 2. Política pública 3. Maternidad subrogada 4. Participación de la mujer 5. Conflicto armado 6. Situación social de la mujer 7. Niños – migración - venezuela, 8. Derechos del niño 9. Derecho internacional, 10. Contratación estatal 11. Derecho administrativo. 13. Constitución Política Colombiana I. Tít

CDD 342

Catalogación en la fuente – Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. Biblioteca.

Sujetos de especial protección constitucional y otras reflexiones jurídicas: avances de investigación jurídica y sociojurídica

ISBN 978-958-59069-6-9

Primera edición, noviembre de 2018.

Autores:

- © Jorge Eduardo Vásquez Santamaría.
- © Jeisson Leonardo Londoño Quiroz.
- © Juan Guillermo Espinal Barrientos.
- © Melissa Palacio Maldonado.
- © Lina Marcela Estrada Jaramillo.
- © Paulo Bernardo Arboleda Ramírez.
- © Martha Eugenia Lezcano Miranda.

Comité Científico:

Ana Patricia Pabón Mantilla,
Abogada, Doctora en Derecho de la Universidad Libre, Sede Bogotá.

Aida Fernández de los Campos,
Abogada, Doctora en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Ana María Roldán Villa,
Abogada, Magíster en Derecho Internacional y Justicia Penal Internacional de East London University.

Catalina Merino Martínez,
Abogada, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín.

Juan Camilo Sierra Vásquez,
Abogado, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín.

Juan Guillermo Espinal Barrientos,
Abogado, Magíster en Historia de la Universidad de Antioquia.

Paul Breinner Cáceres Rojas,
Abogado, Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Coordinadora académica de la publicación: Maryory Moreno Pardo.

Grupo de investigación: *Orbis Iuris*, Facultad de Derecho, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas.

© **Fondo Editorial Fundación Universitaria Autónoma de las Américas**

Calle 34 A No 76 35; Teléfono: (57) (4) 411 44 44, extensión 2141
editorial@uam.edu.co; <http://www.uam.edu.co/>, Medellín – Colombia.

Diseño y diagramación: Gustavo Usma Varilla, coordinador de publicidad y diseño, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas.

Fotografías: www.shutterstock.com - Fotógrafo antoniodiaz, www.shutterstock.com - Fotógrafo Filipe Frazao, www.shutterstock.com - Fotógrafo Olena Brodetska.

Notas legales:

Las ideas expresadas por los autores, no constituyen ni comprometen la posición oficial institucional de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas.

Está prohibida toda reproducción total o parcial, difusión, comercialización o utilización sin autorización de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, salvo las excepciones legales vigentes.

Tabla de contenido

Prólogo.....	8
<i>Maryory Moreno Pardo</i>	
Voces indígenas para el territorio en Antioquia: un referencial de política pública para la defensa de un patrimonio ancestral.....	12
<i>Jorge Eduardo Vásquez Santamaría</i>	
Estado jurídico del contrato en el argumento de la maternidad subrogada en Colombia	32
<i>Jeisson Leonardo Londoño Quiroz</i>	
De sumisas y heroínas. Antecedentes históricos del papel de la mujer en el Conflicto colombiano	43
<i>Juan Guillermo Espinal Barrientos</i>	
El principio del interés superior del niño frente a la protección de los niños migrantes venezolanos en Colombia.....	61
<i>Melissa Palacio Maldonado, Lina Marcela Estrada Jaramillo</i>	
Teoría de la sustitución constitucional en Colombia	80
<i>Paulo Bernardo Arboleda Ramírez</i>	
Algunos enfoques jurídicos posibles sobre la eficacia como categoría para la investigación de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC)	98
<i>Martha Eugenia Lezcano Miranda, Jorge Eduardo Vásquez-Santamaría</i>	



Prólogo

Maryory Moreno Pardo*

En toda comunidad académica resulta imperativo asegurar el norte que guía el ejercicio de las funciones sustantivas de la educación superior, avalando la esencia y naturaleza de las figuras y componentes que cimientan y permiten la estructuración y funcionamiento de la docencia, la investigación, la extensión social, el bienestar y la internacionalización.

Si tenemos presente que el currículo es, como lo explica el Ministerio de Educación (2016):

el conjunto de criterios, planes de estudio, programas, metodologías y procesos que contribuyen a la formación integral y a la construcción de la identidad cultural nacional, regional y local, incluyendo también los recursos humanos, académicos y físicos para poner en práctica las políticas y llevar a cabo el proyecto educativo institucional,

vemos que las funciones sustantivas de la educación superior se constituyen en fuentes de su retroalimentación, fortalecimiento y especialización, y con ello, de la dinamización constante del acto pedagógico entre los distintos actores de la comunidad académica universitaria.

Si bien el cometido que se deposita en cada una de las funciones sustantivas es especializado, no quiere decir que sea aislado o desarticulado de aquel que cumplen las demás funciones, por lo que cada una de ellas representa la realización de objetivos que se totalizan con las demás, buscando un proceso integral en el que todos los actores de la comunidad académica se potencian en experiencias de cualificación.

Entre las funciones sustantivas de la educación superior, la investigación cumple un conjunto de cometidos esenciales, entre los que se debe destacar, es que es un factor autónomo desde el cual se verifican las condiciones para la acreditación en alta calidad. Todo programa que demande la acreditación en alta calidad debe reconocerse “por la efectividad en sus procesos de formación para la investigación, el espíritu crítico y la creación, y por sus aportes al conocimiento científico, a la innovación y al desarrollo cultural”

(Consejo Nacional de Acreditación, 2013, p. 40); para lo cual el programa debe cumplir con la característica de promover:

* Coordinadora de Extensión. Facultad de Derecho Fundación Universitaria Autónoma de las Américas.

la capacidad de indagación y búsqueda, y la formación de un espíritu investigativo, creativo e innovador que favorece en el estudiante una aproximación crítica y permanente al estado del arte en el área de conocimiento del programa y a potenciar un pensamiento autónomo que le permita la formulación de problemas de conocimiento y de alternativas de solución, así como la identificación de oportunidades (Consejo Nacional de Acreditación, 2013, p. 41).

De lo anterior, que en el recorrido del programa de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas el Grupo de Investigación *Orbis Iuris* encontró necesario revisar la fundamentación de la línea de investigación: “Derecho, Conflicto e Internacionalización”, como pilar central desde la cual se impulsa la dinamización del proceso científico encomendado al programa en el que se reúne la comunidad académica, se fijan los derroteros para su articulación e impacto en el programa de Derecho y, con ello, en el proceso formativo adelantado sin dejar de lado el potencial de trascendencia para otros niveles formativos promovidos por la Universidad, en su interior y para la sociedad.

Los resultados de la revisión y de la refundamentación de la línea de investigación mencionada motivaron que, para el 2018, el Grupo de Investigación y la Coordinación de Extensión de la Facultad de Derecho abrieran a la comunidad académica local y regional la convocatoria al “Encuentro de Avances de Investigación Jurídica y Sociojurídica”. La apertura tuvo como objetivo buscar el fortalecimiento y la continuidad del encuentro, como una oportunidad académica e investigativa para promover el debate, el intercambio, la reflexión y la construcción de propuestas sobre los temas que se concentran en los objetos de conocimiento de la línea de investigación.

La convocatoria giró sobre el objeto de conocimiento del Derecho y, dentro de él, de los objetos de formación de políticas públicas, sujetos de especial protección constitucional, Estado y descentralización, y las dimensiones jurídicas del ambiente y el territorio. Igualmente, lo hizo sobre el objeto de conocimiento Conflicto, en el que tienen lugar los objetos de formación, reconciliación, víctimas y la solución alternativa de conflictos; y sobre el objeto de conocimiento Internacionalización, al que se integran los objetos de formación de protección y defensa de los Derechos Humanos; además de los sistemas internacionales de protección.

De allí, que un total de doce trabajos fueran postulados al “VI Encuentro de Avances de Investigación Jurídica y Sociojurídica”, de los cuales nueve fueron presentados en el

evento y seis aprobados para su divulgación a través de este libro, que es el resultado final de investigación.

La totalidad de los trabajos postulados estuvieron sustentados en el objeto de conocimiento “Derecho”, y dentro de él, la mayoría coincide en el objeto de formación “Sujetos de especial protección constitucional”, cómo la temática más trabajada entre los investigadores participantes. En esta se incluyeron investigaciones sobre infancia, indígenas, mujer y maternidad, concentran las reflexiones sobre problemáticas sociojurídicas e incluso dejan ver la aplicación de metodologías con algunas muestras poblacionales reconocidas como sujetos de especial protección constitucional.

Adicional a la corriente seguida sobre sujetos de especial protección, se exaltan los trabajos desarrollados a través de la investigación dogmática, concentrados sobre la eficacia como enfoque metodológico y la teoría de la sustitución constitucional, lo que reafirma la fuerte tendencia de la investigación en temas preferentemente de Derecho Público.

El 2019 tiene, claramente, la tarea de abonar esfuerzos para reactivar los objetos de formación que se concentran en el Conflicto y en la Internacionalización, no solo como una medida para equilibrar las tendencias temáticas de la línea de investigación, sino como el cumplimiento de un deber representado en atender las problemáticas que, sin duda, se generan en relación con el Conflicto como fenómeno social y la internacionalización como escenario relacional.

Referencias

Consejo Nacional de Acreditación (2013). Lineamientos para la acreditación de programas de pregrado. Recuperado de https://www.cna.gov.co/1741/articles-186359_pregrado_2013.pdf

Ministerio de Educación Nacional (2016). Currículo. Recuperado de: <https://www.mineduacion.gov.co/1621/article-79413.html>



Objeto de conocimiento:
Derecho

Objeto de formación:
Sujetos de especial protección constitucional

Voces indígenas para el territorio en Antioquia: un referencial de política pública para la defensa de un patrimonio ancestral*

Jorge Eduardo Vásquez-Santamaría**

Resumen

El presente escrito relaciona, a partir de la pregunta: ¿cómo las voces de los pueblos indígenas del departamento de Antioquia constituyen un referente de política pública para la defensa del territorio?, algunos de los más altos referenciales jurídicos del ordenamiento jurídico colombiano para fundamentar una política pública de protección de territorios en Antioquia, un componente obligado a partir del cual se deriva una lectura de las realidades objeto de acción estatal para los indígenas como sujetos de especial protección. Posteriormente, se presentan resultados sobre las representaciones del territorio develadas en las voces de los pueblos indígenas, y las apreciaciones colectivas sobre los problemas que definen la categoría de problemáticas públicas, que dan lugar a un diseño de política pública desde el enfoque de ciclo.

Palabras clave: *pueblos indígenas, territorio, referencial, política pública.*

* Resultado final del proyecto de investigación “Componentes iniciales para la formulación y diseño de una política pública de planeación en procesos de contratación para la gobernación del departamento de Antioquia”, adscrito a la línea de investigación “Derecho, Conflicto e Internacionalización”, del grupo de investigación *Orbis Iuris*, Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Medellín, Colombia.

** Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Investigativa Universitaria de la Fundación Universitaria Luis Amigó y en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente investigador, líder del grupo de investigación *Orbis Iuris* de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. Correo electrónico: jorge.vasquez@uam.edu.co

Introducción

Como explica Agredo (2006), para los indígenas “no existía en su mentalidad la noción del espacio regulado, del espacio trazado; la racionalidad de territorio es una imposición de carácter occidental, concepción que fragmenta al individuo, lo limita y lo obliga a hablar de propiedad o posesión” (p. 29), una imposición que, para los pueblos indígenas del departamento de Antioquia, y en general para todos los que habitan el territorio colombiano, traspasa la exigencia occidental de las regulaciones legítimas que no les son propias pero, al mismo tiempo, los hace víctimas de imposiciones igualmente occidentales definidas desde el conflicto y los atentados contra sus derechos humanos; un conflicto y un reconocimiento formal de derechos que no les pertenece.

Más allá de los reconocimientos formales que la lengua materna y el territorio indígena reciben del ordenamiento jurídico, como patrimonios ancestrales, estos dos componentes, por regla general, se fusionan en un solo cuerpo identitario desde el cual se define la vida social de los pueblos indígenas. Muchas culturas e incluso teorías científicas ¹ han nominado el territorio como madre, tendencia anclada y fortalecida en las comunidades indígenas gracias a su cosmovisión, donde el territorio es reconocido y respetado desde el rol materno, y con ello, la carga de sentido construida con la territorialización histórica ejercida por los pueblos indígenas se ha transmitido, de generación en generación, a través de la lengua originaria y materna, definiendo el lugar como un elemento que va más allá del espacio, en el que se vincula la esencia misma del ser indígena con el ambiente del que depende y al que se integra en una expresión única de vida.

Por encima del significativo y preciado valor que tiene el territorio para los pueblos indígenas, e incluso de su reconocimiento en las disposiciones jurídicas, en Colombia la actualidad de esas colectividades es el reflejo de la protección efectiva que ha recibido su territorio. Al imperio simbólico de seguridad, ofrecido por los poderes del Estado a través de las disposiciones que integran y amalgaman el ordenamiento jurídico frente a los pueblos indígenas como sujetos de especial protección, se contraponen profundas y dramáticas problemáticas que justifican la redefinición de una política pública protectora de los territorios ancestrales de los indígenas.

¹ Por ejemplo, Rebollo, Prieto y Brero (2005) en la explicación de la evolución histórica del suelo como concepto, sostienen que desde la visión científica agrológica: “(...) suelo derivaba del establecimiento de una especie de paralelismo con el concepto de “matriz” de los mamíferos: un sustrato en el que, tras depositar la semilla, germina un fruto. Esta concepción se ha ido perpetuando en la cultura con la noción de “madre tierra” y la feminización del término (“la tierra”)” (p. 2).

Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) (2012), citado por Vásquez-Santamaría (2016a; 2016c) dieciocho pueblos indígenas de Colombia están en peligro de desaparecer, de los apenas 87 que han sobrevivido a los avatares de la colonización. La Organización Nacional Indígena de Colombia (Onic) asegura que son 102 los pueblos indígenas existentes, de los cuales 32 presentan una situación especial, pues cuentan con menos de 500 personas; y la Corte Constitucional afirmó que son al menos 35 grupos indígenas los que se encuentran en peligro de extinción a causa del conflicto armado y del desplazamiento (auto 004 de 2009 y auto 382 de 2010 citados en Vásquez-Santamaría, 2016a; 2016c). En un estudio de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung (KAF) (2009) “el 63% de la población indígena vive bajo la línea de pobreza y el 47,6% no tiene los ingresos para adquirir una canasta de alimentos que cubra los requerimientos alimenticios mínimos diarios (línea de miseria)” (p. 7). Pero, además, remitiéndose al Colectivo de Abogados José Alver Restrepo (2009), se asegura que entre 2002 y 2009:

más de mil indígenas fueron asesinados por causas violentas, siendo los pueblos más afectados nasa, wayúu, kankuamo, awá y embera chamí (...) 176 indígenas fueron víctimas de desaparición forzada, 187 fueron víctimas de violencia sexual y tortura, y 633 de detenciones arbitrarias (p. 10).

En ese escenario, el proyecto de investigación “Voces de los pueblos indígenas del departamento de Antioquia como referencial de política pública para la defensa de los territorios” propuso, como problema de investigación, la pregunta: ¿cómo las voces de los pueblos indígenas del departamento de Antioquia constituyen un referencial de política pública para la defensa del territorio? Interrogante que estuvo apoyado en los objetivos específicos encaminados a describir las realidades sociojurídicas, que excluyen y victimizan las voces de los pueblos indígenas, del mencionado departamento, en los esfuerzos por la defensa pública del territorio, en interpretar las representaciones que sobre el mismo se manifiestan, en los sentidos que expresan las voces de los pueblos indígenas, en evidenciar las formas a partir de las cuales se da la relación entre esas colectividades y el territorio en las jurisdicciones del departamento de Antioquia, y en determinar cómo la construcción de referenciales de política pública pueden ser redefinidos desde la relación con el territorio a partir del sentido que expresan las voces de los indígenas.

Toda vez que la política pública se asume como “un proceso de mediación social, en la medida que el objeto de cada política pública es tomar a su cargo los desajustes que pueden ocurrir entre un sector y otros sectores, o aun entre un sector y la sociedad global” (Muller, p.48), las voces

de los pueblos indígenas se constituyen en parte del referencial del proceso de mediación para la protección de sus territorios ancestrales, constituyendo la “variable clave” (Muller, p. 49) que define las condiciones posibles de la proyección y ejecución de la política de dichas comunidades, al constituir, el sector en el que se materializa el desajuste y sobre el cual inciden las políticas de otros sectores con los que se generan relaciones necesarias en un ámbito global en el que esta involucrado el territorio como objeto jurídico de protección.

Como referencial para el proceso de mediación del sector indígena con otros sectores, la indagación de las voces de esas comunidades en Antioquia se proyecta a partir de los tres componentes de análisis de una política propuestos por Muller: las voces indígenas constituyen parte de una tentativa para manejar el rol, posición y función del sector indígena en relación con los demás sectores frente a los desajustes que confluyen sobre el territorio; dicha relación entre esos sectores, no llega a transformarse si no se logra construir una imagen de la misma a partir de los actores involucrados, razón que justifica el rescate y comprensión de las voces indígenas como expresión inmediata que constituye el referencial de la política pública.

El referencial es asumido como “conjunto de normas o imágenes de referencia en función de las cuales se definen los criterios de intervención del Estado y los objetivos de la política pública” (Muller, p. 50), permite asegurar la construcción de una política, siempre que conlleva la elaboración de “una representación, una imagen de la realidad sobre la cual se quiere intervenir. Es en referencia a esta imagen cognitiva, que los actores van a organizar su percepción del problema, confrontar sus soluciones y definir sus propuestas de acción (Jolly, 2010, p. 236). Finalmente, las voces indígenas dan cuenta de los mediadores del sector indígena, entendidos como los actores de la operación de construcción de la política pública (Muller, p. 51).

La indagación de las voces indígenas busca materializar el potencial que permite el modelo cognitivo de las políticas públicas, en el cual se emprende el “estudio de las ideas que tienen los actores involucrados en la formulación, decisión e implementación de una o un grupo de políticas públicas” (Alarcón, 2017, p. 46). Para la integración del referencial es preciso aprehender los cuatro aspectos que lo integran y que se representan a través de las voces exteriorizadas por los actores del sector indígena:

Los *valores* son las representaciones mentales que tienen los actores sobre lo que está bien y lo que está mal, típicamente son de orden general y abstracto; las *normas* son las diferencias entre el estado del mundo percibido y el deseado, o sea, aquellos señalamientos menores en generalidad sobre los que se debe hacer en un campo particular; los *algoritmos* son los

conjuntos de pasos u acciones para materializar los valores y normas; y las *imágenes* que son aquellas representaciones mentales que tienen los actores sobre el resultado final de una política (Alarcón, 2017, p. 46).

De lo anterior que, con el objetivo general de recuperar los sentidos de las voces de los pueblos indígenas del departamento de Antioquia para constituir un referencial de política pública enfocada en la defensa del territorio, se hace una contribución a superar el pensamiento indígena “percibido meramente como exótico y perseguido, hoy tanto como antes, con profundo recelo” (Duque, 2012, p. 77) lo que cobra especial importancia cuando se trata del territorio, pues como explica Duque Cañas (2012) “se muestra como una problemática que, lejos de encontrar una salida justa y digna, genera más desconfianzas que acercamientos, debido a la particular esencia de sus concepciones y a la confusión generada por la superposición ambigua de poderes” (Langebaek, 2003, citado en Duque, 2012, p. 77).

A su vez, la indagación de las voces de los pueblos indígenas de Antioquia da lugar a trascender la idea de la política pública como una expresión exclusiva del sector de la Administración Pública, para ser asumida como “la interacción entre quienes la han diseñado y quienes, dentro del sector público, son responsables de llevarla a la práctica, además de los grupos sociales y movimientos políticos que son esenciales para su implementación” (Alarcón, 2017, p. 43).

Diseño metodológico

El diseño metodológico está basado en un modelo cualitativo y acompañado por un enfoque histórico hermenéutico. Desde ellos, se dio lugar al método hermenéutico, dinamizado por la implementación de fuentes primarias indagadas a partir de instrumentos de recolección de información de la historia oral como la entrevista, la conversación y los grupos focales, en la medida que se correspondieron con la tipología de información requerida, así como con los sujetos depositarios de la información. Adicionalmente, se hizo observación participante dentro de los resguardos indígenas visitados y se acudió a fuentes secundarias de tipo documental, que fueron empleadas para ampliar y contrastar el estado de la información recolectada en los trabajos de campo.

Territorialmente, la jurisdicción del departamento de Antioquia fue acogida desde las subregiones que la integran —Bajo Cauca, Magdalena Medio, Nordeste, Norte, Occidente, Oriente, Suroeste, Urabá y Valle de Aburrá— trabajando con aquellas en las cuales se ubica

la mayor concentración demográfica indígena, específicamente las subregiones de Urabá, Suroeste y Nordeste.

La muestra poblacional se desprende de un departamento en el que habitan aproximadamente 28.000 indígenas de tres grandes familias: los emberá, los tule y los zenú; cifra casi coincidente con la arrojada por la Gobernación de Antioquia en el censo de 2010, en la cual, sin tener presente a la población indígena asentada en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, se determinó que, en las seis subregiones, las comunidades indígenas representan el siguiente número de habitantes: Urabá (11.908), Occidente (7.106), Suroeste (4.266), Bajo Cauca (6.295), Nordeste (567) y Magdalena Medio (68).

Los resultados finales de la investigación se soportan en los trabajos de campo elaborados en las mencionadas subregiones, donde se concentra la mayor cantidad de población indígena. La primera en ser visitada fue la subregión de Urabá, donde inició la construcción del referencial de política pública articulada al enfoque de ciclo a partir de las narrativas, testimonios e historia oral obtenida de los grupos focales, las entrevistas y la observación participante en la comunidad de El Volao, en el municipio de Necoclí, y las comunidades Las Playas y La Palma, distribuidas en los municipios de Turbo y Apartadó. Posteriormente, se hizo el trabajo de campo en la subregión del Suroeste con los indígenas de Marcelino Tascón, en el municipio de Valparaíso, y Karmata Rúa, distribuida entre los municipios de Jardín y Andes. El trabajo de campo finalizó con la visita a la subregión del Nordeste, al pueblo indígena de Tagual La Pó.

Para la construcción del referencial de la política pública se privilegió la pregunta como medio de expresión de las voces nativas: ¿Qué significa el territorio? ¿Cómo se relacionan con el territorio? ¿Cuál es la relación que más desean mantener con el territorio? Un segundo momento se concentra en una sola pregunta, que tiene que ver con el lenguaje, sus diálogos y narrativas. ¿Cómo explican el territorio en su comunidad? ¿Su territorio presenta problemas ambientales, cuáles, por qué se presentan?, ¿problemas de prestación y atención en salud?, ¿en la prestación y calidad de la educación? ¿Su territorio presenta problemas por el conflicto armado? Finalmente: ¿Tienen en su territorio otro tipo de problemas?, ¿Cuáles son y en qué consisten? ¿Cuál es el problema más grave en su territorio? ¿Qué alternativas proponen para solucionar ese problema? ¿Cómo comunican la existencia de este tipo de problemas a las autoridades del Estado?

Con el panorama problematizador y metodológico definido, este escrito se propone reseñar algunos de los referenciales jurídicos para una política pública de protección de

territorios en el departamento de Antioquia, localizados en el ordenamiento jurídico colombiano como componente obligado a partir del cual se deriva una lectura de las realidades objeto de protección de los indígenas, como sujetos de especial protección y, posteriormente, se presentan los resultados sobre las representaciones del territorio develadas en las voces de los pueblos indígenas y las apreciaciones colectivas sobre los problemas que definen la categoría de problemáticas públicas que dan lugar a un diseño de política pública desde el enfoque de ciclo.

Una lectura del escenario problematizador de los territorios indígenas: algunos referentes formales para la política pública

En la amplia elaboración doctrinal que se cierne sobre las políticas públicas, la propuesta de Pierre Muller resulta la más ajustada para explicar la figura del referencial de una política pública. Muller la detalla como “un proceso de mediación social, en la medida que el objeto de cada política pública es tomar a cargo los desajustes que pueden ocurrir entre un sector y otro, o aun, entre un sector y la sociedad global” (2010 citado en Cuervo, 2007, p.78). Su enfoque radica en la construcción de representaciones sociales de la acción pública y de las relaciones entre el Estado y la sociedad, a lo que incorpora el concepto de *referencial de una política*, refiriéndose al conjunto de Normas, imágenes y expectativas que posibilitan o restringen el funcionamiento del sistema político para solucionar los problemas sociales.

Como se expresa Vásquez-Santamaría (2016b), la política pública no es sinónimo de su referencial, toda vez que este se constituye en un componente determinante de aquellas. Mientras las políticas públicas son un medio utilizado por las autoridades, principalmente administrativas, para la realización de la perspectiva funcional o material que debe ser ejercida por la administración pública, transversalizadas por la participación activa que debe reflejar la cimentación de consensos que llevan a la solución de problemas de naturaleza pública y a su adecuada previsión y evaluación; el referencial es la tarima desde la cual se avala que el ejercicio de gobernabilidad sobre un problema social se deriva de un escenario dinámico y activo de participación, en el cual se ejecutan los esfuerzos necesarios para sustentar, tanto la calidad pública del problema como las alternativas para su solución.

En ese orden, el referencial es una figura integradora de elementos que aseguran la existencia y validez de una política pública. Sin restringirse o reducirse a la normativa dispuesta por las autoridades del Estado, se amplía a las representaciones, ideales, anhelos y expectativas

de los administrados, frente a la solución de los problemas con naturaleza pública. En nuestro caso, el referencial privilegia las representaciones sociales elaboradas a partir del ejercicio oral de la expresión de la voz indígena, frente a los sentidos y problemas de su territorio; pero no es posible obviar el componente normativo que, igualmente, se integra al referencial de política pública, en la medida que se trata de una formalización legítima de tipo coercible a partir de la cual también se busca asegurar la defensa y protección de los territorios indígenas.

Referenciales jurídicos para una política pública de protección de territorios

El componente jurídico que se incorpora al referencial, para sustentar una política pública de protección a los territorios de los pueblos indígenas, se representa en un amplio conjunto de disposiciones, en el caso de Colombia. Figuras que han sido especialmente desarrolladas en las últimas dos décadas, a partir de la calidad de los sujetos de especial protección reconocida a los indígenas. Lo anterior se ejemplifica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como es el caso de la sentencia T-235 de 2011, donde el Alto Tribunal manifestó:

los pueblos indígenas, al igual que las personas con identidad étnica indígena, son sujetos de protección constitucional reforzada, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, especialmente en sus incisos 2° y 3°, que ordenan a todas las autoridades prodigar un trato especial (favorable) a grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en situación de debilidad manifiesta.

Igual tendencia se plasmó en la sentencia T-049 de 2013, donde la corporación expresó:

La jurisprudencia de esta Corte ha reconocido no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para enervar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad.

La sentencia T-485 de 2015 expone:

Las comunidades étnicas son titulares de derechos fundamentales específicos, que deben ser especialmente protegidos en razón de considerarse como sujetos de especial protección constitucional. Esta comprobación ha llevado a la Corte a definir un grupo de derechos de las comunidades diferenciadas, todos ellos relacionados con la preservación de su diversidad étnica y cultural, así como los demás derechos fundamentales que se adscriben a sus miembros.

La calidad de sujetos de especial protección, desarrollada y blindada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, tiene por base las disposiciones de la Constitución Política de 1991, y otras acogidas por el Estado de Colombia a través de algunas normas internacionales. En el caso de las primeras, el respeto a la dignidad humana, a la solidaridad y a la prevalencia del interés general que fundan el Estado Social de Derecho (Constitución Política, 1991, artículo 1) son pilares a través de los cuales la descentralización administrativa territorial reconoce a los territorios indígenas como entidades territoriales (Constitución Política, 1991, artículo 286); de lo que se desprende autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites fijados por la Constitución Política y la ley (Constitución Política, 1991, artículo 287); esto es, capacidad de autogobernarse, de autorreglamentarse, de administrar sus propios recursos y de participar en las rentas nacionales.

No obstante, los territorios indígenas están igualmente amparados y reconocidos a partir de otros principios constitucionales, como sucede con el reconocimiento y amparo de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (Constitución Política, 1991, artículo 7), la corresponsabilidad frente a la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación (Constitución Política, 1991, artículo 8), el reconocimiento de los dialectos de los grupos étnicos como idiomas oficiales dentro de sus propios territorios, y la enseñanza bilingüe en las comunidades indígenas (Constitución Política, 1991, artículo 10).

Los territorios indígenas, como expresión de la organización político administrativa descentralizada del Estado, hacen parte de una modalidad que también se ampara por la declaratoria de inalienabilidad de los territorios y la modalidad colectiva de su propiedad, al tiempo que la ley debe definir las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte, esto es, con municipios y departamentos (Constitución Política, 1991, artículo 329). La Constitución Política también dispone que “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades” (artículo 330), para lo cual reconoce el ejercicio de velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución, percibir y distribuir sus recursos, velar por la preservación de los recursos naturales, coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio, colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio, de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno

Nacional, y representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren (Constitución Política 1991, artículo 330). Las anteriores disposiciones constitucionales han sido, igualmente, reiteradas por la jurisprudencia constitucional, como se ejemplifica en la sentencia T-1105 de 2008:

En la Constitución existe un conjunto de preceptos encaminados a otorgar especial garantía al reconocimiento, en igualdad de condiciones, de todas las etnias y culturas que habitan en el territorio colombiano. El artículo 8° cuyo tenor establece que el Estado protegerá la riqueza cultural de la Nación; el artículo 9° por medio del cual se garantiza el derecho a la autodeterminación de los pueblos; el artículo 10° donde se prescribe que las lenguas y dialectos de las comunidades étnicas también serán lengua oficial en su territorio y se establece la obligación de enseñanza bilingüe en aquellas comunidades con tradiciones lingüísticas propias; el artículo 63 en el cual se determina que las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de Resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación (...) son inalienables, imprescriptibles e inembargables; el artículo 68 en el cual se dispone que quienes integran los grupos étnicos podrán ejercer su derecho a formarse con fundamento en cánones que respeten y desarrollen su diversidad cultural; el artículo 72 cuando se refiere al patrimonio cultural de la nación y determina que dicho patrimonio está bajo protección del Estado y cuando se pronuncia, igualmente, sobre el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la diversidad nacional.

En el componente normativo internacional del referencial es preciso exaltar que los territorios son necesarios para que los indígenas puedan desarrollar sus formas de vida, en comunicación con las tradiciones que en ellos se hacen lugares comunes para constituir la identidad. Cuando no se tiene un lugar propio es difícil sentirse autónomo y libre. El desconocimiento de ese alcance esencial de la cosmovisión indígena se ve reflejado en el artículo 13 de la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuando afirma:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos (Organización de las Naciones Unidas, 2007, p. 7).

En el artículo 25 de la misma declaración se afirma que los pueblos indígenas:

tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras (Organización de las Naciones Unidas, 2007, p. 10).

Relación trascendental que les da vigor, fuerza para la vida, medicinas para su cuerpo y posibilidades de comunicación con sus ancestros.

No tener un lugar para enterrar a los muertos es, para muchas poblaciones indígenas, estar condenados a la tristeza, pues pierden el vínculo con su memoria e historia.

Por su parte, el artículo 26 reza:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma (Organización de las Naciones Unidas, 2007, p. 10).

Dicha propiedad no ha sido reconocida con suficiencia por el Estado gobierno, que no establece las políticas y estrategias necesarias para garantizarles la autonomía que dicha propiedad otorga, sino, además, por los grupos armados que los confinan en sus propios hogares y los utilizan como “carne de cañón” en combates. Tampoco tienen los títulos sobre sus tierras, ni el derecho real a oponerse a que en ellas se den combates entre actores armados o se hagan explotaciones mineras.

El Convenio 169 de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual, de manera enfática, es reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como parte del bloque de constitucionalidad, en sentido estricto:

En la medida en que las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica (Corte Constitucional, 2008; C-461),

Frente al territorio de los pueblos indígenas contempla, en el artículo 13, que, en la aplicación de las disposiciones de la política general del Convenio, los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Desde el artículo 14 se desprenden tres alcances. El primero radica en el reconocimiento del derecho a la propiedad, o a su posesión sobre las tierras, que tradicionalmente ocupan los pueblos interesados:

Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

Un segundo alcance está en la adopción de medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente, y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión y, finalmente, la adopción de procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Por otra parte, el artículo 15 asegura la protección de los recursos naturales localizados en los territorios indígenas, lo que abarca su administración, uso y conservación, y prevé el derecho a la consulta a los pueblos indígenas antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. El artículo 16 dispone la prohibición del traslado de los indígenas a territorios que no son ocupados por ellos y, en caso excepcional, deberá operar con consentimiento previo y libre con concomiendo de causa:

Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

El artículo 16 también incluye el derecho de retorno a los territorios cuando cesen las causas que motivaron el traslado, y de no ser posible, asegurar la adjudicación de territorios con calidad y estatus jurídico, por lo menos, en la igualdad de condiciones que tenían antes.

Frente a la posibilidad de transferir el dominio de los territorios, el artículo 17 prevé el reconocimiento y respeto por las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, que hayan sido establecidas por ellos mismos; la consulta, siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir

de otra forma sus derechos sobre las mismas fuera de su comunidad, y la prohibición de que personas extrañas a los pueblos indígenas tengan oportunidad de sacar provecho de las costumbres de los pueblos o de su desconocimiento de las leyes para hacerse a la propiedad, a su posesión o al uso de las tierras.

Finalmente, del Convenio se desprende la obligación para el Estado de adoptar sanciones contra la intrusión o el uso no autorizado de los suelos en los territorios de los pueblos indígenas (artículo 19) y desde las políticas agrarias, tanto:

la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico [como] el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen (artículo 20).

Con parte del componente jurídico nacional e internacional, reunido para el referencial de la política pública de protección del territorio, cabe preguntar cuáles de los temas y problemas englobados por aquellas disposiciones normativas de alta jerarquía, que velan por la calidad de sujetos de especial protección de los pueblos indígenas, coinciden con el pensamiento indígena recolectado y sistematizado a través de los ejercicios orales, donde se manifestó la voz originaria y ancestral de los habitantes de los territorios objeto de protección.

Referenciales orales de los pueblos indígenas del departamento de Antioquia para una política pública de protección de territorios

A los interrogantes sobre ¿qué significa el territorio? ¿Cómo se relacionan con él? ¿Cuál es la relación que más desean mantener con el territorio? las voces de Tagual La Pó, en el municipio de Segovia, en el nordeste de Antioquia, ejemplifican el sentir regional indígena sobre la comprensión del territorio, desde un enfoque materno, de sobrevivencia, identidad y localización, con y para el mundo; lo que no solo exalta algunas razones que lo reafirman como objeto colectivo de protección, sino como un elemento connatural de la existencia de la agrupación.

El gobernador manifestó que el “territorio es donde ocupan los indígenas, una comunidad indígena, es territorio donde se ocupa, y es territorio indígena un territorio colectivo de la comunidad indígena” (entrevista personal con el gobernador de Tagual La Pó, Segovia, 6 de diciembre de 2015); apreciación alineada con la del exgobernador, quien expuso: “territorio

para nosotros significa, donde vivimos todos los indígenas, donde trabajamos, donde hacemos casa, donde están las quebradas, donde están los bosques, donde están todas las supervivencias de los indígenas” (entrevista personal con el exgobernador de Tagual La Pó, Segovia, 6 de diciembre de 2015). Estas narrativas fueron refrendadas por el Maestro de Tagual La Pó, para quien el “territorio hace parte de la vida cotidiana de los pueblos indígenas, porque allí vivimos, allí nacimos y todo lo que produce es para nosotros” (entrevista personal con el Maestro Tagual La Pó, Segovia, 6 de diciembre de 2015); al igual que por uno de sus líderes, para quien el territorio “es donde nosotros nos resguardamos, donde viven nuestras familias y es lo que debemos cuidar” (entrevista personal líder 1 Tagual La Pó, Segovia, 6 de diciembre de 2015).

En la misma tendencia se expresaron voceros de Karmata Rua, en el suroeste del departamento. Siguieron los pasos definidos por las voces que emergieron en Tagual La Pó. Una de las mujeres del primer grupo focal expresó que “el territorio es para cuidarse, protegerse entre la comunidad dentro del territorio y quererse” (Grupo Focal Karmata Rua 1, Andes-Jardín, septiembre de 2015). En el mismo grupo un hombre intervino para agregar:

nos facilita cómo identificarnos en medio de una sociedad en la cual convivimos, pues como es nuestro país y cuenta también la capacidad y el desarrollo que tengamos en sí en esa comunidad o en ese territorio, [...] pues sí, nuestra forma de vida, nuestro pensamiento, nuestra cultura y nuestra futura generación, dependiendo del poder y del uso que le demos (Grupo Focal Karmata Rua 1, Andes-Jardín, septiembre de 2015).

Esta forma de asimilar el territorio, con un sentido de protección más explícito, e incluso de posibilidad para el ejercicio del poder, fue igualmente descrita, de forma espiritual y ancestral, por la vicegobernadora del resguardo Karmata Rua:

para nosotros el territorio más que algo, o sea, es algo muy importante, muy de nosotros, es la vida de nosotros, porque... porque vivimos de ella, porque nos alimentamos de ella, este... mucha gente vive así por vivir, no le da importancia de lo importante que es tener un territorio y propio y vivir en comunidad, independiente de los problemas que tengamos como territorios indígenas como pueblos, nosotros le brindamos adoración en la cosmovisión de nosotros la ley de origen, partiendo desde ahí es mucha la importancia para nosotros, el territorio indígena, porque también en ese territorio tenemos muchos espíritus, espiritualmente creemos en La Madre Tierra como lo llamamos toda la vida, desde hace quinientos años lo hemos llamado Madre Tierra y eso es lo que es para nosotros, es nuestra Madre (entrevista personal con la vicegobernadora Karmata Rua, Andes-Jardín, septiembre de 2015).

Las apreciaciones del territorio se reiteraron también en la comunidad de Las Palmas, en cercanías al municipio de Apartadó, en la subregión de Urabá. El relato fue acaparado por Abelardo, quien daba lugar a algunas intervenciones de otros integrantes que conformaron los amplios grupos focales, nominalmente divididos por sexo, y que funcionaron de manera fusionada durante todo el espacio de diálogo:

Abelardo: la tierra es para nosotros, es la madre tierra, es como usted criar un niño, hay que alimentar, ¿cierto? Si usted no siembra yuca, no siembra plátano, no siembra nada, si no tiene las plantas medicinales, no tiene nada; no somos indios, ¿sí? ¿Qué estamos hablando con eso? La madre tierra, nosotros, ahora desde hace veinte años, nosotros hemos trabajado en la zona bananera, ¿por qué nos cansamos? Nos aprovecharon, tuvimos que organizarnos para llegar a ganar nuestros derechos (Grupo Focal Hombres Las Palmas, Apartadó, 2015, 28 de septiembre de 2014).

Amanda: yo sí quiero decir algo, yo sí quiero aportar. Lo que dice el señor es verdad, la relación con la tierra que tenemos nosotros es, es que nosotros pues, denominamos a la tierra “La Madre Tierra”, lo que acabo de explicarle el señor, ¿por qué? Porque a través de ella adquirimos la alimentación, porque si nosotros no tuviéramos territorio, tampoco tuviéramos el alimento, porque ella es la que nos da los alimento todos los días, que si sembramos la yuca, que si sembramos el maíz, que si sembramos el plátano, que si sembramos también el arroz, ella produce todo. Esa es la relación pues, que nosotros tenemos con la madre tierra, la denominamos la madre tierra ¿por qué? Porque ella nos da todo. Otro es, también la vida es también, usted sabe pues que, uno sin el agua, no tiene vida, el agua es la riqueza más grande que hay en el mundo porque si nosotros, no hubiera agua, pues, ¿qué seríamos nosotros? entonces, también es importante lo que dijo el señor, ya nosotros no tenemos pues, las cuencas porque ya la parte de arriba, ya campesinos o los ganaderos, han venido haciendo destrucción, o sea, no manejan lo que es el medio ambiente, lo que hacen es la destrucción del medio ambiente, entonces en la parte de arriba ya, y nosotros acá en el bajo, consumimos pero es muy poco el agua potable que tenemos, no tenemos agua potable (Grupo Focal Mujeres Las Palmas, Apartadó, 28 de septiembre de 2015).

El territorio, por regla general en las comunidades indígenas del departamento de Antioquia, define un sendero de uniformidad axiológica y simbólica; y se resignifica como elemento de vida y de cultura, y desde estos dos derechos comunitarios, de seguridad, sobrevivencia, autonomía e identidad. El territorio se mantiene aún lejano de las concepciones jurídicas y políticas de la modernidad, al no ser definido desde su alcance de dominio, propiedad, posesión, provecho personal, usufructo o comercialización; pero sí define un ejercicio de

poder que no se individualiza, sino que se proyecta, como la realización de una obligación por el devenir de la colectividad, donde desde el respeto, el reconocimiento y la veneración se constituye la forma de vida indígena.

A partir del bloque de preguntas encaminadas a indagar por los problemas que afectan el territorio y la vida del pueblo indígena, a la identificación y ponderación de problemas ambientales, de prestación y atención en salud y educación, pervivencia de problemas por el conflicto armado interno o la identificación de otro tipo de problema de relevancia en el territorio, los resultados arrojaron nuevas dimensiones de la realidad de los pueblos indígenas en sus jurisdicciones.

Por regla general, las fuentes doctrinales registraban la presencia del conflicto armado interno como uno de los problemas más relevantes en los territorios indígenas. Así se demuestra en el relato de uno de los líderes de la Asociación de Trabajadores Campesinos del Carare (ATCC), a inicios de la década del 2010, en un ejercicio de memoria histórica:

En esa reunión la guerrilla nos recibió planeando: “Aquí los que mandamos somos nosotros y los que obedecen son ustedes”. Pero Josué se levantó y planteó: “No. Nosotros no venimos a que nos pongan condiciones. Venimos a poner las nuestras. Hasta aquí llegaron ustedes. Nosotros no aceptamos condiciones de nadie. Preferimos morir antes que aceptar condiciones de nadie. Si lo que ustedes quieren es matarnos, mátennos aquí de una vez” (Campesino, GMH, p. 334 citado en Grupo de Memoria Histórica, 2013, p. 380).

El presupuesto hipotético sobre el principal problema público vivenciado por los pueblos indígenas de Antioquia se centraba en la presencia del conflicto armado interno, y de ello, la violación a sus derechos por parte de los actores armados; además de la desprotección por parte del Estado. En estudios como el de Agredo (2006) se registra que:

Los actores armados influyen en los pueblos indígenas, ejerciendo presiones de orden violento o bajo premisas de lecciones de conducta o adoctrinamiento sobre territorialidad, apoyados en los propios conceptos filosóficos de los nativos, manifestando que la madre tierra debe conservarse, por lo tanto, la riqueza del subsuelo no debe extraerse, puesto que el petróleo es la sangre de la tierra, razón que los obliga a impugnar la expropiación y reclamar el derecho a la heredad (p. 30).

No obstante, un hallazgo importante del trabajo de campo realizado en las tres subregiones del departamento de Antioquia radica en la pérdida de relevancia del conflicto armado en la mayoría de las subregiones, y con ello, la aparente salida o culminación de la confrontación

entre los actores armados, lo que conduce a reposicionar el principal problema público que debe guiar el diseño, la formulación, adopción y ejecución de una política pública.

Salvo en Tagual La Pó, todos los otros pueblos indígenas de Antioquia valoraron al conflicto en sus narrativas como un problema que empieza a constituir un episodio del pasado. Sin embargo, en la mayoría aun sobrevive el temor, en especial por la posibilidad de un resurgimiento, especialmente en Tagual La Po, debido a la tensión que genera la actividad minera, una causal que en esa zona de Antioquia ha mantenido rezagos frecuentes del conflicto armado y que, por tanto, se constituye para esa comunidad indígena en el principal problema público del territorio en el nordeste del departamento. Así se evidencia en los comentarios de algunos indígenas de Tagual La Pó, en el municipio de Segovia, y de Marcelino Tascón, en el municipio de Valparaíso:

En Tagual La Pó: si eso se ha presentado continuo, continuo porque siempre los grupos armados se han trajinado en nuestro territorio y también lo han violado, nuestros derechos, o sea, la regla de las leyes indígenas la han violado y eso se ha frenteado aquí (entrevista personal con el gobernador de Tagual La Pó, Segovia, 6 de citado por Vásquez, 2016, p. 150).

El conflicto armado en el 2003 era fuerte, siempre se ha presentado, en este momento está casi muy controlado porque los líderes hemos tenido capacidad de decir a ellos que en el resguardo no pueden quedarse más de cinco minutos, pasen no que no pueden pasar, que pasen, pero que no se demoren, en este momento está muy controlado pero el conflicto armado siempre nos han reventado mucho (entrevista personal con el Maestro Tagual La Pó, Segovia, 6 de diciembre de 2015, citado por Vásquez, 2016, p. 150).

En Marcelino Tascón. No. Digamos que en el momento no, pero va a llegar, ¿por qué? Yo creo que... no siendo a un mediano plazo, yo digo que menos que un mediano plazo, ¿Por qué? incluso aquí lo que está es, a solo menos de... a solo quinientos menos de quinientos metros es donde está la explotación minera, entonces aquí hay una disputa, una disputa entre los dueños que tienen la licencia ambiental y la exploración y explotación minera con unos mineros que son artesanales que no tienen nada que ver, son en socavón, o sea, estos mineros artesanales se metieron en propiedad ajena hace mucho rato, estoy hablando más o menos de diez, quince años, entonces hay una disputa y ya llegaron los dueños

(...)

Pues eso finalmente se tiene que estallar en algún momento, ¿cierto? Obviamente lo que conocemos en varias zonas del departamento de Antioquia, ¿qué han hecho las multinacionales? delimitarlos o decir: o yo pongo el ejército aquí para que me cuide mi terreno o traigo los muchachos que ellos también ponen orden a eso y los pongo aquí; ¿eso qué significa? Que nosotros no estamos ajenos a eso (...) (entrevista personal con el líder Marcelino Tascón, Valparaíso, 18 de julio de 2015).

Las voces de los pueblos indígenas del departamento de Antioquia reposicionaron la presencia e incidencia del conflicto armado interno como problema de primer orden en sus territorios. Ante el cambio suscitado desde los ejercicios de historia oral, las voces indígenas develan un nuevo problema público que concentra su atención y preocupación. No se trata de la prestación de servicios públicos, de aseguramiento de la educación o de la salud; el problema público emergente de mayor relevancia, que se constituyó como el motivo de intranquilidad de las comunidades indígenas del departamento, es la escasez de tierras asociada a las dificultades para defender su dominio y acceder a nuevos predios que permitan ampliar sus resguardos.

La paulatina estabilización de las condiciones sociales, con la disminución y atenuación de la confrontación armada, ha permitido el retorno de muchas de las poblaciones indígenas a sus territorios ancestrales, o la reubicación y reasentamiento de otras que, por la crueldad del conflicto y la vulnerabilidad de las condiciones de vida, han decidido asentarse en nuevos territorios. No obstante, es un derrotero común en las voces de los indígenas las dificultades para adquirir nuevos inmuebles que permitan ampliar sus resguardos y proveer de recursos a la población, para satisfacer sus necesidades. Sus vecinos no indígenas no tienen disponibilidad de negociación, y expresan que, por parte de las administraciones municipal y departamental, es poca la ayuda y acompañamiento para mediar en posibles procesos de adquisición de tierras. A ello suman la presencia de hacendados y multinacionales que, con frecuencia, desplazan los linderos físicos de los inmuebles colindantes, oprimiendo el área de los resguardos y, en ocasiones, reduciéndolos a territorios poco productivos.

De lo anterior, que el referencial erigido a partir de la oralidad de los indígenas postula las dificultades para defender el dominio y facilitar el acceso a nuevos predios para ampliar sus resguardos como el nuevo problema público para una política pública orientada desde el enfoque de ciclo. Coincide este problema público, develado por la experiencia colectiva de los pueblos del departamento de Antioquia, con una de las materias reguladas por la norma internacional para la protección de los territorios indígenas. El artículo 20 del Convenio 169 de la OIT (1989) dispone:

la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal, o para hacer frente a su posible crecimiento numérico [al tiempo que prevé] el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

Queda en manos de la administración departamental la posibilidad de emprender una reformulación de la política pública de protección de territorios indígenas; tanto las narrativas de las colectividades como las normas jurídicas de más alta jerarquía nacional dan suficiente sustento para promover el cambio.

Referencias

Alarcón Urrutia, L. F. (2017) Análisis del referencial de las políticas públicas sobre prevención de la obesidad infantil en Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: <http://bdigital.unal.edu.co/57509/7/LuisFe.AlarcónUrrutia.2017.pdf>

Agredo, G. A. (2006). El territorio y su significado para los pueblos indígenas. *Revista Luna Azul*, 2, 28-32. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321727225006>.

Colectivo de Abogados José Alver Restrepo (CCJAR) (2009). Elementos sobre la situación de derechos civiles y políticos de los pueblos indígenas en Colombia. Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>.

Constitución Política de Colombia (1991). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>.

Corte Constitucional (2008a). Sentencia C-461. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-461-08.htm>.

Corte Constitucional (2008b). Sentencia T-1105. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-1105-08.htm>.

Corte Constitucional (2011). Sentencia T-235. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-235-11.htm>.

Corte Constitucional (2013). Sentencia T-049. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-049-13.htm>.

Corte Constitucional (2015). Sentencia T-485. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-485-15.htm>.

Cuervo, J. I. (2007). Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública en Colombia). Bogotá: Fondo Editorial Universidad Externado de Colombia.

Duque Cañas, J. P. (2012) Territorio indígenas y Estado. A propósito de la Siera Nevada de Santa Marta. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Grupo de Memoria Histórica –GMH. (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Jolly, J.-F. (2010) ¿Existe un enfoque francés de política pública? En: A.-N. Roth. (Ed.), *Enfoques para el Análisis de Políticas Públicas*, pp. 231-252. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Muller, P. (2000) *Las políticas públicas*. Bogotá: Fondo Editorial Universidad Externado de Colombia.

Muller, P. (2002). *Las políticas públicas*. Bogotá: Fondo Editorial Universidad Externado de Colombia.

Organización de las Naciones Unidas (2007). Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de:

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

Organización Internacional del Trabajo (1989). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. Recuperado de:

http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_convenio_107.pdf.

Rebollo, M., Prieto, T., y Brero, V. (2005) Aproximación a la historia y epistemología del concepto suelo: Implicaciones didácticas. En: *Enseñanza de las Ciencias*. Málaga: Universidad de Málaga. Recuperado de:

https://ddd.uab.cat/pub/edlc/edlc_a2005nEXTRA/edlc_a2005nEXTRAp75aprhis.pdf

Vásquez-Santamaría, J. E. (2016a). Referencial de política pública de protección de territorios con indígenas de Urabá. *Revista Justicia Juris*, 12(1), 13-26. Recuperado de: http://ojs.uac.edu.co/index.php/justicia-juris/article/view/884/pdf_7.

Vásquez-Santamaría, J. E. (2016b). Revisión teórica de las políticas públicas para determinar componentes iniciales de un modelo de planeación de la contratación del departamento de Antioquia. *Revista Estudios de Derecho*, 73(162), 77-105. Recuperado de:

<https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/328832/20785503>.

Vásquez-Santamaría, J. E. (2016c). Voces indígenas de Tagual La Pó como referencial de una política pública de protección de territorios. *Revista Científica Guillermo de Ockham*, 14(2), 143-151. Recuperado de: <http://revistas.usb.edu.co/index.php/GuillermoOckham/article/view/2675/2380>.

Estado jurídico del contrato en el argumento de la maternidad subrogada en Colombia*

Jeisson Leonardo Londoño Quiroz**

Resumen

La maternidad subrogada es una práctica de reproducción humana asistida que, en los últimos años, ha empezado carrera legislativa en varios países para su regulación. Colombia no es la excepción; actualmente está en trámite a debate en el Senado el proyecto de ley 026 de 2016, que de ser aprobado entrará a regular la maternidad subrogada dentro del territorio colombiano. Este texto indaga sobre el contrato con el cual se practica la maternidad subrogada en Colombia, un contrato que no cuenta con una tipificación dentro del ordenamiento jurídico colombiano; estudia, además, el contrato de maternidad subrogada que trae consigo el proyecto de ley 026 del 2016, proyecto de ley al que únicamente le faltan debates en el Senado colombiano para convertirse en ley de la República. Con base en el análisis de la ley colombiana se establece la invalidez del contrato de maternidad subrogada.

Palabras clave: *Contrato, maternidad subrogada, objeto, ley.*

* Producto de la investigación culminada en 2017: “Relación jurídica entre la filiación y el contrato en la maternidad subrogada, dentro del ordenamiento jurídico colombiano”, realizada por el docente José Antonio García Pereañez, y los estudiantes Lady Johana Pescador Montoya, Lina María Ríos Martínez, Sara Luna Henao y Jeisson Leonardo Londoño Quiroz. Investigación desarrollada dentro del semillero de investigación “Bioderecho” adscrito al grupo de investigación “Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho”, de la Corporación Universitaria Americana.

** Abogado investigador de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, del programa “Derecho” de la Corporación Universitaria Americana. Vinculado al semillero de investigación “Bioderecho” y al grupo de investigación “Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho”. Correo electrónico: jei.londo@gmail.com

Introducción

El propósito de este artículo es enmarcar algunas de las diversas posturas que sobre la maternidad subrogada se tienen en Colombia, enfocado en un análisis del contrato mediante el cual se practica, actualmente, la maternidad subrogada en el territorio colombiano. También se pretende determinar cómo será practicada la maternidad subrogada en Colombia de acuerdo con el proyecto de ley 026 del 2016, en lo estipulado en materia contractual en el ordenamiento jurídico colombiano, concretamente en el Código Civil y su incidencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Es de aclarar que, actualmente en Colombia, esta práctica no es prohibida pero tampoco es permitida, por lo que deja un vacío jurídico que clínicas y personas particulares aprovechan para realizar el trámite de maternidad subrogada a su manera y, en algunos casos, trámites no conformes a la ley.

El presente texto nace del proyecto de investigación “Relación jurídica entre la filiación y el contrato en la maternidad subrogada, dentro del ordenamiento jurídico colombiano”, y busca dar respuesta a la incógnita ¿Es legal el contrato de maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico colombiano?, toda vez que aunque no hay una regulación expresa de esta práctica, la misma se viene presentando en diversas clínicas a nivel nacional mediante contrato, en el que se establece un acuerdo de gestar y entregar el neonato producto de esta gestación, lo que vulnera no solamente la vida del *nasciturus*, sino la integridad física de la mujer gestante. En la actualidad, en las clínicas, personas que realizan este procedimiento de maternidad subrogada, buscan las madres sustitutas gestacionales en los barrios más marginales, puesto que ellas por una escasez económica llegan a ver esta práctica como un negocio rentable, y por su misma situación económica, muchas mujeres ofertan directamente sus servicios como madres sustitutas gestacionales en las redes sociales y páginas web², lo que se convierte en un problema social, puesto que se está transformando el imaginario colectivo, y ya no se ve la maternidad subrogada como ese procedimiento por el cual personas que no pueden tener hijos, por razones de fertilidad, alcancen ese deseo primitivo de la naturaleza humana de ser padres y la misma pasa a convertirse en un negocio, cosificando de este modo al ser humano.

Aunque la maternidad subrogada sea un tema que se toca en los actuales debates éticos, morales, legales y científicos, no lleva poca existencia en la historia de la humanidad.

² Véase reportaje: “Alquiler de vientres realizado por el programa 4 caminos del canal RCN: <https://noticias.canalrcn.com/videos/alquiler-vientres>

La maternidad subrogada se podría dividir en grandes rasgos como: tradicional o artificial, siendo la primera donde se da una unión de genitales, donde se produce un coito, método natural de concepción, y la segunda la artificial, que nace luego de 1970³ con el desarrollo de la técnica de la inseminación artificial. En concordancia con lo anterior, de la maternidad subrogada tradicional hay registros literarios, como en la Biblia, donde en diversos parajes se menciona cómo las mujeres estériles ponían a disposición de sus maridos a sus esclavas con el fin de que tuvieran descendencia, con la salvedad de que estos niños serían considerados hijos de las esposas y no de las esclavas. Un ejemplo contundente está en el Génesis, donde Sarai, mujer estéril, ofrece su esclava a su esposo Abraham, para que este tuviera hijos pero que serían criados como hijos de Sarai.

En cuanto a la maternidad subrogada artificial, el primer caso documentado tuvo lugar en la ciudad de Ann Arbor (Míchigan, Estados Unidos), cuando en abril de 1986 se fecundó a una mujer de 22 años, quien ayudó a su amiga de 37 años a cumplir su deseo de ser madre, dejándose implantar un embrión fecundado con el óvulo de su amiga y el semen del esposo.

En los países donde la maternidad subrogada está legislada, con carácter permisivo, se tiene como regulador un contrato donde las partes intervinientes, es decir, los padres contratantes y la mujer gestante sustituta, plasman su voluntad de realizar la figura jurídica de la maternidad subrogada. En el mismo contrato se plantea el pago de los honorarios para la madre gestante sustituta, cuando es una maternidad subrogada de carácter económica y no altruista, y el modo de transmitir la filiación del hijo, de acuerdo con la estipulación normativa del país donde se realice.

Centrando el estudio en Colombia se puede afirmar que el tema ha sido tratado con desidia por la legislación, como si un temor por el desarrollo científico marcara las decisiones de los honorables congresistas colombianos. El único precedente que se posee es la sentencia T-968 del 2009, de la honorable Corte Constitucional, donde se estudió a fondo el caso del señor Salomón⁴, quien con su esposa Raquel⁵ contrató los servicios de Sarai⁶ para que les alquilara el vientre y así tener el bebé que tanto habían deseado. La Corte, en esta sentencia, reconoció que la legislación tenía un vacío jurídico frente al tema, por lo cual debía ser reconocida como una práctica legal. Pero la corte falla al interpretar

³ En este año se realizó la primera inseminación artificial conocida, cuando el escocés John Hunter inyecta el semen de un comerciante, mediante una jeringa caliente, en la cavidad vaginal de la mujer del comerciante.

⁴ Este nombre no es el nombre real puesto que la Corte decidió cambiarlo para proteger la integridad y la intimidad del sujeto procesal.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

el caso como una maternidad subrogada, pues en un inicio lo era, pero al transcurrir los hechos la figura jurídica se desvirtúa.

Esta incertidumbre y falta legislativa tuvo un cambio significativo durante el periodo del 2016, cuando pasaron a consideración diversas posturas en el Congreso de la República: bajo la posición prohibitiva de la maternidad subrogada el proyecto de ley 202 del 2016⁷, el proyecto de ley 56 del 2016 denominado “Ley Lucía”⁸ y el proyecto de ley 026 del 2016⁹; este último presentado en el despacho de la Secretaría General de la Cámara de Representantes por los honorables congresistas: senadora María del Rosario Guerra y representante Santiago Valencia, militantes del partido político Centro Democrático¹⁰. Se hablará de este proyecto de ley de manera especial, ya que solamente le faltan dos debates en el Senado para ser ley de la República, pues el día 26 de abril del 2017 la Cámara de Representantes decidió favorablemente sobre esta propuesta, enviándola al Senado para proceder con el procedimiento legislativo, siendo un avance para la regulación de la maternidad subrogada; posteriormente, esta ley será un precedente legislativo que llevará a Colombia a avanzar en leyes que regulen el adelanto científico sin limitarlo o prohibirlo. Este proyecto de ley 026 del 2016 busca permitir la maternidad subrogada en el territorio colombiano, pero solamente de manera altruista, solamente para colombianos y con la condición de que la pareja presente problemas de fertilidad; además, busca agregar un tipo penal en el cual se prohíba y sea castigable la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos.

El presente artículo, producto de una investigación cualitativa, aborda el tema del contrato dentro de la maternidad subrogada desde dos aspectos, el contrato de la maternidad subrogada antes de que sea aprobada en el proyecto de ley 026 del 2016 y el contrato de maternidad subrogada que trae consigo el proyecto de ley 026. Para esto se realizará un recorrido por la legislación colombiana en manera contractual y en dos partes: 1) un análisis de las clases de contratos existentes en Colombia y su adecuación al contrato de maternidad subrogada, y 2) un estudio de los requisitos que plantea el Código Civil colombiano en cuanto a la validez de los contratos y su incidencia dentro del contrato de maternidad subrogada.

⁷ Propuesta de tipo legal que va a ser presentada ante el Congreso de la República, aspirando a convertirse en una ley oficial dentro de lo enmarcado en la Constitución. La aprobación debe ser sometida a distintas revisiones y análisis de lo que podría lograr siendo aprobada.

⁸ Por medio de la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos. Proyecto de ley archivado.

⁹ Por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones. Este proyecto de ley trae consigo una figura jurídica que denomina “uso solidario de vientre”, que no es más que una maternidad subrogada de carácter altruista.

¹⁰ Partido político colombiano fundado en 2013 por el expresidente de la república Álvaro Uribe Vélez.

Enfoque del contrato de maternidad subrogada en Colombia

Como se dijo anteriormente, la maternidad subrogada en Colombia no está regulada; dicha falta de regulación genera un vacío jurídico que las entidades clínicas y personas particulares aprovechan para ofrecer este servicio sin ocultarse en el vasto espectro del internet, así como en medios de comunicación masiva como periódicos o vallas publicitarias. Esta práctica de reproducción humana asistida es realizada por medio de un contrato, que será definido dentro de los tipos de contratos que trae el Código Civil colombiano. Sea lo primero decir que es un contrato innominado; esto significa que no se hace mención del mismo en ningún texto normativo colombiano, y conexo a esto es un contrato atípico, porque no está regulado, no se plantea cómo ponerlo en práctica ni cómo controlarlo.

Estaríamos frente a un contrato bilateral, de acuerdo con el artículo 1496 del Código Civil colombiano; bilateral ya que cada una de las partes se obliga con la otra. El proceso funciona así: se encuentran dos partes, la mujer gestante sustituta y los padres contratantes, la mujer gestante sustituta se realiza el procedimiento de fecundación *in vitro*, a tener el *nasciturus*¹¹ durante el proceso de gestación y a entregar al neonato¹² al momento de su nacimiento, entregando consigo la filiación del mismo, aclarando que en Colombia el derecho de la filiación solo se puede extinguir con la adopción plena; por el contrario, la parte que contrata se obliga a pagar todos los costos de la fecundación *in vitro*, los gastos de cuidado de la mujer gestante sustituta, los gastos del parto y el posparto, y los honorarios por el “alquiler del vientre”.

El contrato de maternidad subrogada tiene un enfoque comercial, actualmente, en el territorio colombiano, lo que lo convierte en un contrato oneroso, en concordancia con el artículo 1497 del Código Civil, ya que ambas partes reciben una utilidad, grabándose con beneficios recíprocos: los padres contratantes logran conseguir ese hijo que tanto han deseado y la madre gestante sustituta recibe una retribución económica por el servicio que presta; es decir, recibe una contraprestación económica por “alquilar su vientre”. Contrario a esto, el proyecto de ley 026 del 2016 pretende que la maternidad subrogada en Colombia sea impregnada de un tinte altruista, donde la mujer gestante sustituta no recibirá la contraprestación económica que anteriormente se había dicho por el servicio de haber alquilado su vientre, convirtiendo la maternidad subrogada en un contrato gratuito como lo estipula el artículo 1497 del Código Civil.

¹¹ Término jurídico que determina al ser humano desde su concepción y mientras permanezca en el claustro materno.

¹² Término jurídico utilizado para referenciar al ser humano cuando es recién nacido; es decir, cuando pasa a ser persona.

Sobre esta gratuidad que trae para la maternidad subrogada el proyecto de ley 026 hay que hacer dos observaciones, la primera, que ya no se podría referir a un alquiler de vientre en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que semánticamente esta expresión pierde fuerza y contexto, pues en un alquiler se recibe una contraprestación económica, misma que en la maternidad subrogada del proyecto de ley 026 no podría aplicar; y la segunda, es que es tal el deseo de los honorables representantes de que la maternidad subrogada tenga este carácter altruista que el mismo proyecto de ley 026 trae un tipo penal¹³ para quienes incurran en una maternidad subrogada con ánimos de lucro, es decir, se convertirá en delito realizar una maternidad subrogada con un fin económico o un fin de lucro.

En el Código Civil, concretamente en el artículo 1498, se habla sobre los contratos conmutativos y los contratos aleatorios. Para los autores de este texto, el contrato de maternidad subrogada es netamente aleatorio, ya que hay “una contingencia incierta de ganancia o pérdida” (Código Civil colombiano, 1873, artículo 1498) todo esto producto de la incertidumbre del nacimiento del nasciturus, ya que aunque la ciencia ha avanzado a pasos agigantados no es totalmente correcto afirmar que el nacimiento del nasciturus suceda de la manera esperada, puesto que por situaciones médicas puede morir antes del parto o en el mismo parto.

Hay un tipo de contrato en el ordenamiento jurídico colombiano, el contrato solemne. Actualmente, con la legislación colombiana, no podemos hablar de una solemnidad del contrato de maternidad subrogada ya que el mismo no es típico, por lo que no hay una normatividad que especifique ciertos ritos jurídicos para la realización de un contrato de maternidad subrogada; pero cuando llegue a entrar en vigor el proyecto de ley 026 podríamos decir que serán necesarias ciertas diligencias, como declaraciones extrajuicio dadas ante notarios para poder realizar un contrato de maternidad subrogada.

¹³ El proyecto de ley 026 del 2016 plantea incluir al código penal el artículo 188E: De la maternidad subrogada con fines de lucro. El que promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La validez del contrato de maternidad subrogada en Colombia

Hecha la tipificación de este contrato de maternidad subrogada es determinante hablar sobre la validez del contrato o la convención por la cual se regularía. Para esto se tomarán los requisitos propios del artículo 1502 ¹⁴ del Código Civil. Encontramos cuatro requisitos que son determinantes para la validez de un contrato o convención: capacidad, consentimiento, causa y objeto lícito:

1) Capacidad: en el ordenamiento jurídico colombiano se aclara que, por regla general, todos son capaces legalmente, a excepción de aquellas que la propia ley declare incapaces (Código Civil colombiano, 1873, artículo 1503), y al analizar las excepciones podemos decir que es legalmente capaz toda persona mayor de 18 años que no haya sido declarada judicialmente como interdicto.¹⁵ Por lo que, basándonos en el silogismo jurídico, en el contrato de maternidad subrogada se requiere que ambas partes, como mínimo, sean mayores de edad; es decir, mayores de 18 años y que no hayan sido declarados interdictos con anterioridad.

2) Consentimiento: no es otra cosa que la exteriorización de la voluntad de las partes dentro del contrato, misma que debe estar libre de vicios; es decir, libre de error, fuerza o dolo (Código Civil colombiano, 1873, artículo 1508). El error es aquella “discordancia entre la noción ideal que se tiene sobre una cosa o hecho y la realidad, sobre la base de un conocimiento existente, aunque equivocado, o como ignorancia o ausencia de conocimiento sobre una realidad determinada” (Cuervo, 2014, p. 161). Por su parte, la fuerza “es la coacción ejercida ilegítimamente contra alguien, a fin de inducirlo a celebrar un negocio” (Valencia, 2007, p. 465) y, por último, el dolo “es considerado como la maniobra empleada por una persona con el propósito de engañar a otra y determinarla a otorgar un acto jurídico, es un error provocado” (Rojas, 2014, p. 205). En otras palabras, dentro del contrato de maternidad subrogada se debe determinar, perfectamente, la cosa (que posteriormente hablaremos de esta), se debe actuar bajo convicción propia y sin ánimo de engañar a la otra parte de la convención.

¹⁴ “Artículo 1502. Requisitos para obligarse: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1) que sea legalmente capaz.
- 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.

¹⁵ La interdicción es la declaración judicial que recae sobre las personas dementes, por lo que sus actos no contemplan la capacidad requerida para su validez.

3) Causa lícita: “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público” (Código Civil colombiano, 1873, artículo 1524). Es así que la causa es aquel motivo que lleva a realizar el contrato, y debe ser una causa aceptada, moral y legalmente. Dentro del contrato de maternidad subrogada la causa es la de ser padre o madre; es decir, el motivo del contrato es ese deseo inherente al ser humano de procrear, ese deber natural y social de reproducción.

4) Objeto lícito: es el ítem más álgido de estos requisitos en cuanto al contrato de maternidad subrogada, pues en el artículo 1518 del Código Civil colombiano se especifica que

no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género (...) es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público (Código Civil colombiano, 1873).

De acuerdo con el artículo 1518, el objeto del contrato de maternidad subrogada no sería otro que ese *nasciturus*, que sería un objeto determinado y a futuro, que al nacer y tomar la terminología de neonato sería ya el objeto esperado, pero este objeto violaría en sí este artículo, en su apartado de “sean comerciales”, ya que no podemos referirnos al ser humano como un objeto comercial, pues estaríamos directamente retornando y violentando esa ardua lucha en nuestro país que inicia con la Constitución de Cartagena de 1812¹⁶ y que termina el primero de enero de 1852¹⁷; podríamos, indirectamente, hablar de una cosificación del ser humano.

Es así que este contrato de maternidad subrogada, en modo general, cumpliría los requisitos para la validez del contrato dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a excepción del objeto lícito, apartado que daría su nulidad absoluta. Además, hay quienes afirman que estaríamos frente a una trata de personas; pero de acuerdo con el artículo 188-A del Código Penal colombiano esta afirmación no tiene asidero, ya que el artículo 188-A establece que para la existencia del delito se requiere que se obtenga una explotación comercial; es decir, un aprovechamiento económico, como el obtenido mediante la explotación sexual, los trabajos forzados, la esclavitud o la servidumbre, la extracción de órganos o el turismo sexual. Por lo que en el uso solidario de vientre no se obtendría ya que la mujer contratante solo se hace cargo de los gastos de la inseminación, la gestación, el parto y el posparto. Pero se deben analizar también

¹⁶ La Constitución del Estado de Cartagena prohíbe el comercio y trata de negros.

¹⁷ 21 de mayo de 1851. El presidente José Hilario López firmó la abolición legal de la esclavitud, entrando en vigencia el 1 de enero de 1852.

aquellos contratos de maternidad subrogado, donde la madre sustituta gestacional recibe una contraprestación económica; en ese caso, aunque hubiera un lucro no se podría tipificar tampoco un delito de trata de personas, ya que no se da una explotación económica en sí misma, sino que la mujer estaría recibiendo un pago por los servicios recibidos, sin tener que poner en juego su libertad, integridad y dignidad personal u otros derechos.

En esta etapa de análisis del objeto surge la incógnita: ¿Es el objeto de la maternidad subrogada, uso solidario de vientre, alquiler de vientre o el nombre que la doctrina le imponga, la compra de un bebé o un niño? Ya que en párrafos anteriores se desarrolló el objeto bajo la licitud establecida por el ordenamiento jurídico colombiano, hay que aclarar que, aunque suene fuerte es una vida humana la que está en medio de esta convención, pero en ningún momento se desea usar esta vida humana como fuente de ingreso, ni de explotación económica para elevar dicha práctica a una variación de trata de personas, como lo considera el proyecto de ley 202 del 2016 (archivado). Miles de personas, tanto estudiosas del tema como personas empíricas, hablan de este asunto en conversaciones rutinarias por ser un tema de actualidad. Simplemente, el objeto de esta subrogación materna es alcanzar a concebir un bebé, un niño, para darle ese deseo y ese llamado natural que los seres humanos adquieren en cierta etapa de la vida: ser padres.

Conclusiones

Actualmente, Colombia presenta un estancamiento en cuanto a la legislación que regula el avance biotecnológico; entre este avance la maternidad subrogada, un tema que está tomando gran relevancia y generando focos de discusiones. Se requiere una amplia y estricta normatividad para salir de ese abismo jurídico en que el país colombiano se encuentra, en un vacío que permite que esta figura de la maternidad subrogada se practique de forma clandestina sin una regulación que permita inferir temas tan importantes como, quién será la madre del menor fruto de una maternidad subrogada, la mujer contratante o la mujer gestante, lo que permitiría que las clínicas y particulares, que hoy utilizan este vacío jurídico, no cometan actos delictivos, como suplantación y uso de documentos falsos.

La reciente precipitación en el Congreso, de presentar proyectos de ley en pro y contra de esta práctica de la maternidad subrogada, permite determinar que la comunidad colombiana pide a gritos una legislación concisa y detallada de temas de bioderecho, permitiendo así a los padres, que por problemas de fertilidad o de otras índoles, alcanzar ese deseo natural; pero se presenta que

no es una práctica para cualquier pareja, pues se exige un estrato social o una solvencia económicas elevada para poder cancelar todos los conceptos que se devienen de una maternidad subrogada, porque aunque sea de carácter altruista, como lo busca regular el proyecto 026 del 2016, la pareja contratante, los que desean ser padres, deberán correr con los gastos de la inseminación, los cuidados de la madre gestante, los pagos concernientes al parto, parto y posparto.

Es necesario, además, que los honorables congresistas de Colombia vean la importancia de regular la maternidad subrogada, no solo en el ámbito altruista, con una fuerte legislación que no permita que mujeres del común, no solo familiares de la pareja contratante hasta cuarto grado de consanguinidad, como lo plantea el proyecto de ley 026 del 2016, puedan ayudar a estas parejas que están deseosas de ser padres.

Con todo, se tiene que el contrato mediante el cual se practica la maternidad subrogada en Colombia, en la actualidad, carece de validez, al faltarle el componente de “objeto lícito”, lo cual deja sin efecto todos los negocios jurídicos que se practiquen bajo esta figura. Para que el contrato de maternidad subrogada sea efectivo hay que esperar a que sea aprobado el proyecto de ley 026 de 2016, mismo que a la fecha sigue su curso legislativo en el Senado.

Referencias

Arámbula, A. (2008). Maternidad subrogada. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>.

Ayara, H. (2012). ¿Qué es maternidad subrogada? Recuperado de: <http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/ss/Que-Es-LaMaternidad-Subrogada.htm#step3>.

Cámara de Representantes República de Colombia (2016). Proyecto de ley 026 de 2016: por medio de la cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=026&p_consec=45417.

Centro de subrogación CARE (2015). Las leyes de subrogación en México: Bahía de Banderas. Recuperado de <http://www.subrogacionmexico.com/las-leyes>.

Código Civil colombiano (1873). Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>.

Coleman, P. (1982). Maternidad subrogada: análisis del problema y sugerencias de solución. *Tennessee Law Review*, 71-118.

Congreso del Estado de Tabasco (1997). Código civil del Estado Tabasco. Recuperado de: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/427/Tabasco.-%20Codigo%20Civil.pdf>.

Corte Constitucional (1999). Sentencia T-488. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-488-99.htm>

Corte Constitucional (2009). Sentencia T-968. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Corte Constitucional (2015). Sentencia C-258. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-258-15.htm>

Corte Constitucional (2016). Sentencia T-061. Recuperado de:
https://www.dimar.mil.co/sites/default/files/attach/sentencia_t-601-16.pdf

Cuervo, G. (2014). El error como vicio del consentimiento. En G. Cuervo, C. Acevedo, D. Rojas, J. Peláez, P. Garcés, A. Arbeláez, H. Betancur, J. Rendón, y D. Londoño, *El consentimiento: su formación y sus vicios* (p. 161). Medellín: Institución Universitaria de Envigado.

Gómez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.

Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientre*. Barcelona: Universitat de Barcelona.

República de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Legis.

República de Colombia (2000). Código Penal. Recuperado de:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

República de Colombia (2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. Recuperado de:
https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm

Rojas, D. (2014). El dolo. En: G. Cuervo, C. Acevedo, D. Rojas, J. Peláez, P. Garcés, A. Arbeláez, H. Betancur, J. Rendón, y D. Londoño, *El consentimiento: su formación y sus vicios* (p. 205), Medellín: Institución Universitaria de Envigado.

Senado de la República de Colombia (2016). Proyecto de ley 056 de 2016: Por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/pl-2016-2017/707-proyecto-de-ley-056-de-2016>

Valencia, H. (2007). *Derecho Privado Romano*. Medellín: Señal Editora.

De sumisas y heroínas: antecedentes históricos del papel de la mujer en el conflicto colombiano*

Juan Guillermo Espinal Barrientos**

Resumen

Históricamente se ha creído que, salvo contadas excepciones, las mujeres no tuvieron un papel preponderante en los movimientos políticos, militares y sociales que llevaron a la denominada independencia de Colombia; creencia arraigada en las versiones masculinizadas que narran la historia nacional, sin embargo, es necesario resaltar que fueron muchas las mujeres que participaron activamente en los acontecimientos que se dan alrededor del 20 de julio de 1810, y en los años subsiguientes, en los cuales se libró la guerra de independencia contra los ejércitos españoles. Muchas mujeres participaron aportando sus ideas, sus bienes e, incluso, de manera activa en los acontecimientos que dieron nacimiento a la República de Colombia, siendo necesario darle una nueva mirada a la historia nacional a fin de reivindicar la participación de este grupo considerado marginal por los historiadores oficiales, que han cantado las batallas y gestas legendarias de los ejércitos libertarios desde una óptica masculinizada que ha conducido a un olvido general de la contribución de la mujer en los procesos libertarios a nivel nacional.

Palabras clave: *independencia, participación de la mujer, conflicto armado, situación social de la mujer.*

* Resultado final del trabajo de investigación “Violencia de Género en la Independencia de Colombia” ejecutado con el semillero de investigación en Investigación Sociojurídica “Colombia: 200 años de Patria Boba”, adscrito al grupo de investigación *Orbis Iuris* de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Medellín, Colombia.

** Abogado, Universidad de Medellín. Especialista en Teorías, Métodos y Técnicas en Investigación Social, y Magíster en Historia, Universidad de Antioquia. Docente investigador del grupo de investigación *Orbis Iuris* de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Medellín, Colombia. Correo electrónico: jgeb2009@hotmail.com

Introducción

El presente artículo es el resultado de las primeras indagaciones acerca de cuál ha sido el papel que ha cumplido la mujer en la historia colombiana y cuál el rol que debe asumir frente a los retos planteados por los cambios significativos a los cuales aspira la Colombia actual. Frente a esta pregunta fundamental, se hace necesario indagar en primer lugar acerca de cuál ha sido el papel de la mujer en el conflicto colombiano —no el conflicto de los últimos cincuenta años, sino el ya genérico iniciado en el año 1810, con el mal denominado grito de la independencia y que ha llevado al país a un enfrentamiento sistemático de las distintas fuerzas durante doscientos años de patria boba— se requiere hacer un recuento no solo de la historia nacional, en particular, sino, así sea de manera tangencial, de algunos aspectos de la cultura tradicional de los pueblos asentados en lo que hoy se conoce como Latinoamérica antes de la llegada de los españoles, a fin de comprender la construcción del concepto social, político, económico y cultural de mujer que surge como consecuencia de la colonización europea y del posterior desarrollo específico de la sociedad colombiana.

En esta primera entrega acerca del papel que han cumplido las mujeres en los conflictos que han azotado a la sociedad colombiana durante más de dos siglos, casi que ininterrumpidos de enfrentamientos entre diversos grupos internos, y que han tratado insistentemente en imponer sus propios criterios en procura de acceder al poder político, económico y social, se indaga sobre algunas características que permiten discernir cuál era la situación real de las mujeres indígenas en el territorio hoy denominado como América Latina, de manera general, y en el territorio colombiano, de manera particular, antes de la llegada de los europeos; al tiempo de darle una somera mirada a la situación en la cual se encontraban las mujeres africanas en el momento de iniciar la catástrofe humana que constituyó la esclavitud de las razas negras, trasladadas de sus lugares de origen a territorio americano, elemento este que debe unirse a las concepciones sociales y religiosas que fueron importadas por los españoles y que van a conformar las bases sobre las cuales se ha esquematizado el papel de la mujer, en el momento en el cual se inician las acciones sociales, políticas y militares tendientes a establecer una ruptura definitiva entre la Corona española y sus colonias en territorio americano.

Esta primera indagación se constituye en el basamento sobre el cual se desarrollará el análisis del rol desempeñado por la mujer a través de la historia nacional y del papel que le corresponde asumir a fin de contribuir a la implementación de los cambios que requiere una sociedad que, como la colombiana, urge de la contribución decidida de todos los grupos que

la conforman, desde unos criterios de participación igualitaria que permitan la construcción de una sociedad en condiciones de libertad y de justicia en equidad.

Dado que se trata de una investigación de orden histórico social se acudió a la metodología de la investigación dogmática, de tipo descriptivo, para lo cual se realizó un estudio sistemático de documentos históricos sobre los temas básicos involucrados en la investigación.

Con los resultados que se presentan en esta primera entrega de la investigación se pretende haber contribuido de una manera asertiva en el conocimiento y la profundización de los problemas sociales, económicos y políticos que han sido eje de la participación de la mujer en los procesos históricos del país.

El papel de la mujer en las comunidades indígenas

Este análisis se referirá, exclusivamente, a algunas de las comunidades indígenas que habitaban los territorios que fueron conquistados por los españoles, dejando de lado los territorios de la actual América del Norte, dado que las influencias que recibieron y la cultura ancestral de la cual eran dueños, no corresponde a los parámetros requeridos para la conceptualización de la mujer en el conflicto colombiano.

Por las anteriores consideraciones, se circunscribe el estudio a algunos de los grupos humanos asentados en los territorios que van desde los dominios aztecas hasta las regiones del Cuzco, en los cuales se pueden encontrar referentes de las principales comunidades indígenas de la era precolombina.

En primer lugar, es pertinente observar el papel que cumplía la mujer en la sociedad azteca, ubicada en Mesoamérica, en la cual había una clara diferenciación del hombre y la mujer, dado que a esta se le exhortaba a ser una mujer dedicada al hogar, a la preparación de alimentos, elaboración de tejidos y cerámicas, sin que ello fuese un ideal verdadero de emancipación ya que se le aconsejaba ser sumisa y nunca levantarle la voz a su marido:

No obstante que los ámbitos de las actividades de cada uno de los dos sexos estaban completamente separados, estando las guerras, la caza y el gobierno reservados a los hombres, había también zonas profesionales —además de la enseñanza escolar de las niñas y jóvenes— reservadas a las mujeres. Así, existían mujeres médicas, en particular para atender a otras mujeres, por ejemplo, con ocasión del embarazo y el parto que estaban rodeadas de toda clase de ritos: el baño en el *temascal* (baño de vapor), etcétera.

Las mujeres realizaban también actividades económicas, ya que vendían en el mercado (*tiánguiz*) sus propios productos, hierbas, alimentos cocinados, tejidos, cerámicas, etcétera. También parece que en el *pochteca tlatocauotl* —institución judicial para los comerciantes— había algunas funcionarias, tal vez para ocuparse de los problemas de las mujeres comerciantes (Rostkowski, 2006, p. 63).

Es curioso observar otra actividad propia de algunas mujeres llamadas las *ahuianine*, las cuales trabajaban para el Estado en calidad de prostitutas; viajaban con los soldados en las campañas de guerra pues su función era:

...acompañar a los guerreros en el frente de batallas a efecto de evitar que violaran a las mujeres de los pueblos conquistados, y aunque no se casaban mantenían una relación de respeto con el hombre, de tal manera que, si eran víctimas de una ofensa, esta se castigaba. Solo las mujeres que se dedicaban a esta actividad usaban sandalias, todas las demás andaban descalzas. Por ello, los zapatos o *caclis* eran una señal de las mujeres que ejercían la prostitución (Bárcena, 2015).

Entre los pueblos mexicas las mujeres tenían una alta relevancia en el mundo religioso; muchas de ellas eran sacerdotisas (se creía en la existencia de diosas) con múltiples funciones pues “eran consideradas constructoras, protectoras, educadoras y bastión de la sociedad con lo cual no puede omitirse el papel que desempeñaban en la comunidad” (Bárcena, 2015). Este rol estaba ligado a la poca diferencia que existía entre el mundo religioso y el político, lo que permitía que las mujeres nobles no solo desempeñaran algunos cargos públicos, sino que pudieran participar en los rituales y sacrificios que realizaban los hombres, lo que magnificaba su posición en la sociedad.

Finalmente, debe tenerse presente que en las culturas de Mesoamérica los roles masculino y femenino tienen un carácter de complementariedad y equivalencia, puesto que, por solo citar un caso de la vida diaria el hombre realiza las labores de la agricultura y la mujer cocina los alimentos, dándose en esta actividad complementaria las bases sobre las cuales descansa la cosmogonía de estos pueblos que consideran que el ser humano es un ser dual mitad hombre mitad mujer, como si se tratase de un ser andrógono (Velásquez, 2011, s. p.).

Otras tribus ubicadas en el territorio que abarca la actual Centroamérica, le dieron una posición de cierta jerarquía a la mujer, a la cual no se le consideraba como un ser dedicado exclusivamente al cuidado de la casa y de los hijos, sino con capacidad como actora económica

de la sociedad; se hace evidente que, en esas sociedades, la mujer tenía un papel preponderante y no la situación pasiva que se ha querido mostrar desde la cultura occidental; por el contrario, su papel era fundamental en la estructura económica y social de la comunidad. “En Nicaragua eran los hombres los que se ocupaban de la agricultura, de la pesca y del hogar; las mujeres se consagraban al comercio” (s. d.). Y pese a la organización patriarcal de la cultura maya, donde la mujer estaba prohibida para ejercer cargos religiosos, militares o administrativos, las mujeres, en Yucatán,

vendían el producto de su trabajo en los mercados y se ocupaban lo mismo de los hijos que de la economía doméstica, puesto que sobre ellas recaía la responsabilidad del pago de impuestos; que organizaban bailes para ellas solas, prohibidos a los hombres; que se embriagaban en los banquetes entre ellas y que llegaban a pegar al marido infiel (Séjourné, 1976, p. 131).

En relación con los pueblos que dominaban los territorios de lo que hoy se conoce como América del Sur debe tenerse en cuenta la gran influencia étnica y territorial de los incas, entre los cuales se establecía una clara diferencia entre las mujeres del común y las pertenecientes a las clases nobles. Era normal la existencia de la poliandría: sistema patriarcal en el cual la esposa legítima y la hermana del varón tenían privilegios sobre las concubinas, siendo así que

...cuando la esposa principal viajaba, esta era llevada en andas o hamacas conforme al estatus de su esposo, mientras que las concubinas iban a pie, llevando la comida y la bebida para sus señores y toda la comitiva a su servicio. Durante las horas de comida, las concubinas servían al Inca y a su “koya” (esposa principal), a quien le hablaban de rodillas, sin mirarle el rostro, y al retirarse de ella, como de su esposo, caminaban hacia atrás. Era tanta la discriminación contra las concubinas y tan respetado el “origen divino” del Inca y de su esposa principal que, “entre sus obligaciones rituales, estas concubinas recogían los cabellos que perdiese su señor o que le habían recortado, y asimismo las uñas cortadas, y luego se lo tragaban. Cuando el monarca quería salivar, lo hacía sobre las palmas abiertas de las manos de una de sus concubinas, quien luego lo tragaba. Incluso era deber de las concubinas recoger sobre sus ropas los cabellos de su esposo y tragarlos. El conquistador Juan Ruiz de Arce recuerda que cuando le preguntaron a Atawallpa sobre estas costumbres, respondió que su costumbre de escupir sobre las manos la tenía como signo de grandeza, y que hacía comer sus cabellos por temor a los encantamientos que le pudiesen hacer con ellos (Ellefsen, 1989, p. 133).

Sin embargo, esta situación, que podría llevar a pensar que las mujeres, a excepción de las más cercanas al varón noble, eran consideradas seres en condición inferior, no puede tomarse

como un prototipo, dado que en algunas etnias incas se practicaba la poliandria bajo el criterio del dominio de la mujer en sectores tan importantes como el poder político.

Estas “kapullanas” (cacicas), dueñas de señoríos, que incluían tanto tierras como “yanaconas” (servidores), no sólo tenían el privilegio de contar con varios concubinos procedentes de rangos superiores al suyo, sino que, al mismo tiempo, de gobernar sobre hombres y mujeres. Ellas eran quienes labraban los campos y beneficiaban las tierras y mieses, entretanto sus maridos permanecían en casa, tejiendo, hilando, enderezando sus armas y ropas, curando sus rostros y haciendo otras labores femeninas (Montoya, 2008).

Para dar por terminado este breve análisis del papel de la mujer entre las comunidades precolombinas es pertinente señalar que no solo se dedicaron a las actividades del laboreo de las tierras, de la producción de artesanías y tejidos y de unas muy definidas funciones en lo religioso y político, sino que, además, en muchas comunidades se encontraron mujeres guerreras que, al lado de los hombres, intervenían en los combates, tanto contra las tribus enemigas como contra los conquistadores españoles que llegaron de Europa con la pretensión de apoderarse de estas nuevas tierras.

Los cronistas de la época, deslumbrados por el caso, aseveraban haberse enfrentado a mujeres que peleaban con bravura. El conquistador Francisco de Orellana, quien fue el primero en explorar el río de la América meridional en 1540, encontró en las márgenes del río a mujeres que recordaban a las amazonas de Capadocia, a esa casta de guerreras que suponían los antiguos haber existido en los campos heroicos de Asia Menor. Las amazonas, según refieren los mitos y leyendas, constituían un pueblo de mujeres que formaban un Estado gobernado por una reina; llevaban un escudo en forma de media luna, y que, luego de abandonar a sus hijos, se cortaban el seno derecho para poder tensar el arco y disparar. No en vano cantan elogios a la bella Anacaona, reina de la región más grande de La Española, quien fue quemada viva después de haber logrado imponer, por largo tiempo, en un equilibrio de fuerzas a los ocupantes; una resistencia que las huestes de Pedro de Valdivia encontraron también entre las araucanas, donde guerreó la heroica Yanequeo, esposa de Güepotán, a la vanguardia de un núcleo de puelches para vengar la muerte de su marido, y que por no renunciar a la independencia de su pueblo vivió oculta en los montes (Montoya, 2008).

Ello sin olvidar que al interior de la Amazonía se encontraban algunas tribus guerreras en las cuales las mujeres solo admitían a los hombres para la reproducción, y que procedían a enviar los hijos a sus padres en caso de que fuesen varones, quedándose con las niñas para adelantar con ellas su educación en las artes de la guerra.

Como puede observarse, en todo el territorio de la América precolombina el papel de la mujer cobraba gran importancia en el desarrollo y consolidación de la comunidad, sin limitarse al papel tradicional establecido por el prototipo occidental de una mujer sumisa dedicada integralmente al cuidado del hogar.

El papel de la mujer en las comunidades indígenas colombianas

El territorio conocido hoy como Colombia estaba habitado por múltiples pueblos, entre los cuales destacan los grupos caribes, arawaks y muisca; casi todos ellos de origen chibcha, los cuales llegaron a conformar pequeños reinos dominados por un cacique que era el jefe administrativo y político. Eran pueblos dedicados, fundamentalmente, a la agricultura, pero, además, trabajaron la cerámica (con una técnica avanzada), los tejidos y la orfebrería.

En cuanto a la posición de la mujer en la sociedad estuvo signada por las labores del hogar, al tiempo que se le asignaba un papel mágico como creadora y portadora de la vida. Según las tradiciones del pueblo muisca de la laguna de Iguaque emergió una mujer muy bella llamada Bachué o Furachogua (mujer buena), la cual traía de la mano a un niño de tres años. Esta mujer era muy fecunda, en cada parto daba a luz entre cuatro y seis hijos, para llenar de pobladores toda la tierra. Al final de su vida, la cual vivió al lado de su esposo, penetró con este en la laguna y ambos se convirtieron en serpientes; de allí nace la leyenda de la diosa serpiente, la cual simboliza el comienzo y el fin de la vida. Este mito crea una concepción matriarcal en la sociedad muisca que es llevada a tal nivel que llaman a su esposo Qhuzha (hombre pequeño), ya que sostienen que el hombre nace inmaduro, contrario a la mujer que nace siendo poseedora de la sabiduría.

Estas mujeres eran tejedoras hábiles, utilizaban bien el telar de cintura, el horizontal o el vertical, que les permitía trenzar los hilos para elaborar los vestidos y mantas, decoradas generalmente con figuras geométricas, que servían de regalo para festejar los acontecimientos de la vida, siendo esta una de las pocas labores económicas que desarrollaban, ya que se trataba de sociedades que fueron, en un comienzo, matriarcales y que terminaron por ser dominadas por estructuras patriarcales que relegaron a la mujer al plano familiar, sobre todo teniendo en cuenta que fueron culturas con una economía casi que exclusivamente agrícola, a pesar de que realizaban la explotación de algunos minerales como el oro, las esmeraldas y, de manera principal, la sal, cuyos yacimientos constituían el principal renglón fiscal de sus gobernantes.

Puede concluirse que entre las comunidades muisca la mujer, aparte de su papel de fuente de la vida y de su actividad como tejedora, no tenía una función importante en la

estructura política y social. Los hombres podían tener varias mujeres, conservando, eso sí, una jerarquía: la primera esposa era la mujer principal con poder, incluso, para reprender al marido; mientras las otras esposas tenían la categoría de concubinas. El hombre, si quería, entregaba a sus mujeres como obsequio o las explotaba en las labores del campo y los tejidos. Las mujeres eran enterradas con sus maridos una vez estos fallecían. Si eran sorprendidas en actos de infidelidad las condenaban a muerte.

En el pueblo tairona el papel de la mujer es fundamental, especialmente en el tejido y en la elaboración de mochilas; pues el tejido en telar, la cestería y la elaboración de sombreros son actividades masculinas. En la organización social no hay una gran diferencia entre hombres y mujeres puesto que todos contribuyen con las actividades de carácter económico, sobre todo en lo relacionado con la agricultura, que es la base sobre la cual se desarrollan estas comunidades.

Esta situación lleva al reconocimiento de una cierta independencia de la mujer, máxime si se observa que entre los taironas era aceptado el divorcio e, incluso, la homosexualidad; conceptos que solo son posibles en sociedades en las cuales la mujer tiene una relativa independencia.

En el mismo orden de ideas, al observar la cultura calima se puede percibir que las mujeres gozaban de participación política, tal como queda evidenciado en las piezas de orfebrería en donde se encuentran sentadas en los consejos, en la misma jerarquía de los caciques.

En esta comunidad las mujeres realizaban labores que eran importantes para la misma supervivencia, tales como la recolección y el procesamiento de la sal, sin dejar de lado las labores de crianza de los hijos. La relación familiar estaba basada en el matrimonio poligónico, en el cual el cacique podía tener varias esposas, una asumía el mando y tenía el privilegio de que uno de sus hijos heredara el cacicazgo.

Como puede observarse, en las comunidades indígenas precolombinas, que habitaban el territorio que hoy se conoce como Colombia, no existía un papel preponderante de la mujer, pero tampoco se encontraba en unas condiciones de sumisión, sino que, por el contrario, era considerada como elemento fundamental de la organización social y económica de las comunidades, dado que hacía parte activa de las actividades propias de la estructura general de la sociedad.

Las mujeres africanas, esclavas en territorio americano

Para entender la condición de la mujer africana, que es trasladada al territorio americano por los europeos a partir del siglo XVI, como una forma de activar la economía de la región que decrecía a causa del exterminio de los nativos americanos, es conveniente entender que ya

los africanos tenían interiorizado el concepto de la esclavitud, por haberla sufrido en carne propia, aunque con unas características muy particulares.

En África, como en otros continentes, la esclavitud no era desconocida antes de la llegada de los europeos. A diferencia de Grecia antigua, por ejemplo, donde el esclavo era asimilado a la categoría de “cosa”, en este continente el esclavo poseía derechos cívicos y derechos de propiedad, existiendo, además, múltiples procedimientos de emancipación. Se distinguía generalmente entre esclavos de casa y esclavos de guerra, aunque estos últimos terminaban por formar parte de la primera categoría después de cierto tiempo. En general, en África, el esclavo se integraba rápidamente en la familia que lo poseía (Sierra, 2010).

En la relación cotidiana entre los géneros, independientemente de la situación de esclavitud a la cual podían ser sometidos tanto hombres como mujeres, es pertinente observar que las mujeres cumplían un papel importante en las relaciones económicas, políticas, militares y religiosas (Soumonni, 2008). Lo cual no obsta para que, de manera casi que generalizada, el concepto de la posición desventajosa de la mujer no estuviese interiorizado en la mayoría de las comunidades africanas anteriores a la llegada de los europeos en busca de esclavos para trabajar en el territorio americano.

A pesar de esta situación se presentaron casos particulares, como en la región de Senegambia, reino en el cual:

en la corte hubo también un papel para las mujeres. La más importante era la *linguère*, que podía ser la madre del rey o una mujer mayor de su familia. De alguna manera, ella sirvió como jefa de las mujeres y se ocupaba de los conflictos relacionados con sus pares. La primera esposa del rey también era importante. (Soumonni, 2008, p. 21).

Ambos géneros cultivaban la tierra. El cultivo del ñame, considerado el principal alimento, era labor exclusiva de los hombres en tanto las mujeres cultivaban los otros productos, situación que llevó, incluso, a una jerarquización de las herramientas, ya que los hombres usaban las azadas grandes y las mujeres herramientas cortas, ello a pesar de que colaboraban conjuntamente en la limpieza de los campos.

Como puede observarse, el papel de la mujer en la participación de la estructura social y política no estaba totalmente restringido, y se estructuró desde una posición de dominio del hombre sobre la mujer, aunque con un resquicio de participación que posibilitó que muchas mujeres tuvieran conciencia de su rol en la sociedad.

Colonización española, una nueva cosmovisión de la sumisión de la mujer

La sociedad española del siglo xv era patriarcal y monoteísta. Imbuída por años de tradición y bajo el influjo cristiano consideraba a la mujer en su condición de virgen, de madre o de pecadora, impidiéndole asumir, de manera genérica, roles encaminados al uso de su propia libertad. Esta concepción fue trasladada al territorio americano a través de los conquistadores y los sacerdotes evangelizadores, que llegaron en los barcos de los conquistadores.

El papel que representaban las mujeres en la colonia estaba definido por el grupo social al cual pertenecían, sin dejar de tener unos roles generales como sus funciones de ama de casa y señora del hogar. Por ello, no puede generalizarse el papel desempeñado por la mujer en la sociedad colonial, pues estas funciones dependían, en gran parte, de su estratificación social; sin dejar de reconocer que la gran mayoría de las mujeres de élite.

El matrimonio era un destino obligatorio, fuera de él, solamente el convento. Las doncellas se casaban muy jóvenes cumpliendo así con sus deberes sociales, y con el patrón de moralidad obligatorio. Las mujeres de la élite estaban obligadas ajustarse más a los ideales de mujer que los escritores didácticos de la Colonia dictaban como metas de conducta femenina, como por ejemplo los propuestos en *La perfecta casada* de Fray Luis de León y en la *Instrucción de la mujer cristiana* de Juan Luis Vives. La reclusión de la mujer de la élite en el hogar o en el convento era garantía de su virginidad y del honor familiar (Carosto, 2010).

No era lo mismo la situación de muchas mujeres blancas —principalmente criollas— que hacían parte de los grupos de poder, y si no participaban directamente en los grupos que tenían a su cargo el mando político y administrativo sí influían en las decisiones a través de la influencia que tenían sobre sus maridos y familiares. Las mujeres mestizas hacían parte activa en las labores productivas y de servicios; no quiere decir que estuviesen completamente liberadas de las presiones que sobre ellas ejercía la sociedad. Se desempeñaban en distintos oficios relacionados con la hilandería y la fabricación de velas, por solo citar algunos. Muchas de ellas estaban dedicadas a labores de comercio, sobre todo en las pulperías.

Las mujeres criollas y mestizas a menudo estaban ocupadas en la administración de pequeñas tiendas como propietarias o atendiendo los establecimientos de sus cónyuges. La administración de estancias y haciendas pequeñas era menos común, pero desde el siglo xvi en adelante esta era llevada a cabo por mujeres de todos los grupos étnicos que carecían de parientes varones. Prestar dinero en pequeñas cantidades, tejer, hacer cerámicas, coser, preparar bebidas, tales como pulque y chicha, preparar comidas para la venta en las calles o mercados y la venta de

diversos productos en los mercados legales, fueron actividades desempeñadas por mujeres, principalmente de las clases bajas. En algunos centros urbanos, las mujeres administraban panaderías y trabajaban en las fábricas de cera y tabaco. El trabajo por cuenta propia gozaba de una posición más elevada que la del servicio doméstico o el trabajo en una fábrica u obraje. Las costureras y las maestras se consideraban superiores a las vendedoras del mercado (Bethell, 1990, p. 116).

Por su parte, las mujeres indígenas continuaron con las tradiciones y la posición social y familiar que eran ancestrales en sus propias comunidades. En cuanto a las mujeres esclavas estaban al servicio de las mujeres blancas casadas, siendo parte del patrimonio familiar, y se dedicaban, fundamentalmente, a las labores de casa y a la crianza de sus hijos y los hijos de sus amas.

No obstante, esta descripción de la situación de las mujeres tenía sus altibajos, sobre todo para aquellas que pertenecían a los círculos medios y altos de la sociedad, puesto que se veían limitadas; pero en realidad asumían algunos comportamientos liberatorios que les permitían tener cierta comodidad en su rol frente a la sociedad y al dominio del hombre en particular, dado que, como ya se dijo en un comienzo, estaban bajo el poder del padre y luego del marido.

Esta situación no significaba, sin embargo, un sometimiento total al hombre. La esposa como madre, después de la muerte de su marido, ejercía la patria potestad sobre los hijos, aunque algunas veces tenía que compartir esta autoridad con otra persona. Después del matrimonio, la mujer necesitaba el consentimiento legal de su marido para realizar cualquier actividad (compras, ventas, participación en sociedades, etc.). Una vez que le era concedido el permiso, la mujer tenía completa libertad para actuar. En la América española colonial, las mujeres renunciaron deliberadamente en la práctica legal a alguna de las protecciones legales protectoras, que procedían de los códigos medioevales, para así facilitar ciertas transacciones y tener más libertad para actuar como persona jurídica (Bethell, 1990, p. 114).

Con lo cual puede afirmarse que, algunos grupos de mujeres, sobre todo las criollas y las mestizas, tenían una posición que, a pesar de las condiciones reales de sumisión, a las cuales eran sometidas en las esferas del matrimonio y del círculo cerrado de la religión, les permitía razonar y actuar de una manera relativamente autónoma frente a los conflictos sociales, políticos y económicos que se desarrollarían durante los años en los cuales se iniciaron los movimientos libertarios; pudieron intervenir, entonces, en los conflictos que se presentaron a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX.

El papel de la mujer en la independencia

Antes de entrar a señalar el papel que cumplieron las mujeres en la independencia es necesario hacer alusión a un evento sucedido entre los años 1539 y 1541, cuando el capitán Pedro de Añasco, fundador de la población de Guacayo, provincia de Popayán, ordena quemar vivo al cacique Buiponga, en presencia de su madre Guaitipán, quien será conocida en la historia como La Gaitana, la cual une a varias tribus de la zona y libra batalla contra los españoles, con la idea de vengar la muerte de su hijo. Estos enfrentamientos terminan con la derrota de los indígenas, tras muchas escaramuzas:

Los españoles, al mando de Juan de Cabrera, tras una victoria a traición en Timaná, pierden varias batallas consecutivas entre 1540 y 1541, e incluso piensan en abandonar la nueva ciudad. Posteriormente, Juan de Ampudia y Caballero y Góngora (?-1541), gobernador de Popayán, consigue algunos triunfos que atraen de nuevo la esperanza de una pacificación. De Gaitana nada se vuelve a saber... A pesar de las victorias indias, el resultado es una pérdida demográfica drástica y dramática para las etnias implicadas. Las estadísticas de la población quimbaya indican una cantidad de 15.000 tributarios en el año 1539, de los cuales solamente quedan 69 en 1628; para los panches, en la Provincia de Tocaima, de los 15.000 indios tributarios registrados en 1542 sólo quedan 1.300 en 1582 (Friede, 1982, p. 267).

Debido a ser la primera mujer que se enfrenta, abiertamente, a las tropas españolas, es considerada una figura precursora de las actitudes emancipadoras de la mujer en la historia colombiana.

Igualmente, es pertinente tomar en cuenta los sucesos acaecidos en la población de El Socorro, provincia de Popayán, los cuales fueron causas cercanas a la decisión de la población neogranadina de intentar sacudirse el yugo de la Corona española. A finales del año 1700 fallece Carlos II, rey de España, el cual no deja un heredero que pueda sucederle en el trono. Se inicia así la denominada Guerra de Sucesión de España, cuyos actores principales fueron, por una parte, los integrantes de la denominada “Gran Alianza”, Austria, Inglaterra, Holanda y Dinamarca y, por la otra, Francia y España. Dicha guerra culminó con la victoria final de los franceses, con lo cual entraron a gobernar, en los territorios españoles, los reyes borbones. Contrario a las posiciones medioevales que sostenía la casa de Habsburgo, dominante hasta ese momento en España, trajeron a las colonias hispanoamericanas la Ilustración y una nueva concepción que se basaba, fundamentalmente, en grandes transformaciones económicas, religiosas y culturales a las cuales estaban sometidas las colonias americanas.

En el ámbito económico las reformas Borbónicas se trataron en dejar de cobrar los tributos por funcionarios privados, sino que lo hacían a través de funcionarios directos de la corona. En materia más específica, se aumentan los impuestos, se permite el libre comercio entre las colonias, se prohíbe la creación de industrias y de actividades agrícolas que compitan con la metrópolis. Obviamente que la suba de impuestos es un factor que molesta a la población, más cuando tienen tantas prohibiciones de navegación, comercio, entre otras (Fernández, 2016).

Esta posición, en cuanto a un endurecimiento fiscal, fue paralela al ataque sistemático que se hizo de las comunidades religiosas, sobre todo de los jesuitas, que fueron expulsados de América en el año de 1767 debido, sobre todo, a su oposición al gobierno civil y a su deseo de hacer prevalecer el poder civil sobre las decisiones políticas de los borbones; lo que generó malestar en la población que, bajo el impulso positivo de la Ilustración, en las ideas de los habitantes de las colonias, empezó a pensar en términos de independencia.

Si bien el estado español logró consolidar su economía y posicionarse ante el mundo gracias a sus colonias, particularmente de América, de todas formas no logro que sus “ciudadanos” —entiéndase la población nativa de América— se sintieran como pertenecientes al reino sino que muy por el contrario con sus actitudes y reformas comenzó a despertar en estos un sentimiento independentista y nacional, se comienzan a sentir usufructuados por la corona, es decir que tienen más obligaciones que derechos, sobre todo porque los criollos son imposibilitados de obtener cargos políticos, además de que se comienza a formar una clase intelectual que, de la mano de la Revolución Francesa, la Revolución de Haití y la Ilustración comienza a emanciparse del pensamiento colonial (Fernández, 2016).

Estas reformas, y las reacciones adversas que se dieron por su implementación, originan enfrentamientos entre los habitantes de las colonias y las autoridades. Las revueltas se presentan, prácticamente, en todas las colonias, siendo las más nombradas la mexicana del año 1877 y la de Túpac Amaru, en Perú, en el año 1781. En el caso de del virreinato de la Nueva Granada las revueltas comuneras se darán en el año 1781, tanto en la provincia de Antioquia, con la rebelión en los minerales de Guarne y con los enfrentamientos entre las autoridades y los cultivadores de tabaco en la región de Sopetrán y, de manera muy particular, en los pueblos de El Socorro, San Gil, Mogotes y Charalá, pertenecientes a la provincia de Tunja; movimiento que puso en jaque a las autoridades de Bogotá y que tuvo una gran repercusión en los sucesos posteriores que conducirían a la independencia.

Es de resaltar que en los sucesos acontecidos en la provincia de Tunja tuvo un papel protagónico una de las primeras mujeres que escribió con gloria su nombre en la historia

nacional: Manuela Beltrán, cuyo sitio de nacimiento no está certificado de manera clara, pero que se especula nació en El Socorro, lugar en el cual, el 16 de marzo de 1781, a los 57 años de edad, rompió el edicto en el cual el ayuntamiento de El Socorro fijaba el impuesto de Armada de Barlovento, establecido por las autoridades españolas con la finalidad de ayudar al sostenimiento de las guerras que, en ese momento, libraba España en contra de las potencias europeas enemigas y para combatir a los grupos de piratas que asolaban el mar Caribe.

Este acto no fue un hecho aislado, la población de El Socorro y los pueblos circunvecinos ya tenían un gran malestar debido a los impuestos al tabaco, que ya no podía negociarse de manera libre, sino a través de los estancos establecidos por la Corona; también se hizo lo mismo con el aguardiente, pero, como en esta región el principal producto agrícola era el tabaco el monopolio de su venta tuvo unas repercusiones significativas.

Fue entonces el comienzo de una revuelta popular encabezada por una junta revolucionaria compuesta por gente del común, término del cual deriva la expresión revolución comunera, la cual, al grito de “viva el rey y muera el mal gobierno” puso en aprietos a las autoridades de la capital, que se vieron en la necesidad de pactar unas capitulaciones:

redactadas por don Agustín Justo de Medina y don Juan Bautista de Vargas, delegados de la ciudad de Tunja; texto al cual Berbeo y don Jorge Lozano de Peralta hicieron algunas modificaciones. Precisa recordar que, de sus 35 puntos, 25 se concretan a la supresión y reducción de tributos; ocho se refieren a cuestiones administrativas y los dos restantes, aunque discriminatorios, son de aspecto político: que los criollos ricos tengan acceso a los cargos públicos y que se les permita mantener milicias comuneras (Pérez, 2009).

Estas capitulaciones no fueron cumplidas, sino que, por el contrario, con la anuencia del obispo Antonio Caballero y Góngora, y de los demás miembros de la Real Audiencia, en la noche del 7 de junio emiten el “Acta secreta del Real Acuerdo contra las capitulaciones”, que deja sin valor todo lo acordado (Pérez, 1981).

En relación con los años inmediatos, que presidieron los acontecimientos del 20 de julio de 1810, es necesario hacer referencia a las mujeres que descollaron en la Tertulia del buen gusto, fundada por Manuela Sanz de Santamaría, mujer nacida en Santafé de Bogotá en el hogar de Francisco Sanz de Santamaría y Petronila Prieto y Ricaurte, quien fuera conocida como la mujer sabia de la colonia. A esta tertulia acudieron hombres tan importantes como Camilo Torres, Francisco José de Caldas y Miguel José Montalvo, entre otros, y cuya biblioteca era visitada tanto por intelectuales locales como internacionales, tal como Alejandro Humboldt, quien alabó la calidad de su contenido.

Su educación se debió, sobre todo, a su madre quien quería que sus hijas no fuesen solo un adorno del hogar. Era una mujer políglota que dominaba el latín, el italiano y el francés. Contrajo matrimonio con el doctor Francisco González Manrique, abogado de la Real Audiencia de Santafé quien apoyó decididamente el mundo intelectual de su esposa.

A dicha tertulia asistieron varias de las mujeres que tuvieron una participación directa en los sucesos del 20 de julio, entre ellas Francisca Prieto y Ricaurte, esposa de Camilo Torres, quien fuera un de las protectoras de la virreina Francisca Villanova y Marco, esposa del virrey Amar y Borbón; Josefa Ballén de Guzmán, quien participa de manera activa, junto con otras mujeres, en las manifestaciones vividas el 20 de julio en las calles de Santafé contra las autoridades españolas. Estaba casada con Frutos Joaquín Gutiérrez y era ferviente partidaria de la independencia.

Finalmente, para concluir esta breve reseña de algunas de las mujeres que hicieron parte activa de los acontecimientos que dieron inicio a la independencia, debe destacarse a Josefa Antonia Baraya, quien no solo fue una activista ferviente en las manifestaciones suscitadas por los acontecimientos del 20 de julio, sino que, al enterarse del incidente del florero de Llorente, pidió a su hermano, el capitán Antonio Baraya, que pusiese las tropas al servicio de la revolución (Buitrago, 2012).

La mujer en los ejércitos libertarios

El papel de la mujer no se circunscribió a su participación en los acontecimientos ocurridos el 20 de julio de 1810; muchas estuvieron presentes, de forma activa, apoyando a los ejércitos libertarios, siendo el más conocido el caso de Policarpa Salavarrieta, La Pola, mujer cuyos datos personales ofrecen confusión histórica pero que al parecer nació en Guaduas (Cundinamarca) entre 1791 y 1796, hija de Joaquín Salavarrieta y Mariana Ríos, quienes conformaban una familia con una fortuna regular. Su participación en los movimientos revolucionarios fue activa, dado que realizó muchas actividades encaminadas a conseguir información de los movimientos de los realistas y al reclutamiento de jóvenes para las fuerzas rebeldes.

Al parecer, antes de 1810 Policarpa no estuvo envuelta en actividades políticas. No obstante, en 1817, cuando se trasladó a Santafé, ya participaba en ellas. Desde Guaduas inicia sus labores patriotas. Cuando La Pola y su hermano Bibiano entraron a la capital, portaban salvoconductos falsos y llevaban una carta escrita por Ambrosio Almeyda y José Rodríguez, dos líderes de las guerrillas patriotas. Por recomendación de estos, Policarpa y su hermano se

alojaron en la casa de Andrea Ricaurte y Lozano, porque ya en Guaduas eran perseguidos. En la capital, Policarpa no era conocida, lo que le permitía salir con libertad y reunirse con los patriotas. Una de sus tareas era cosérle a las señoras de los realistas con el fin de escuchar noticias y averiguar el número, los movimientos, el armamento y las órdenes de las tropas enemigas, para que así los guerrilleros triunfaran en las emboscadas. Otras actividades eran recibir y mandar mensajes de la guerrilla de los Llanos, comprar material de guerra y convencer y ayudar a los jóvenes a unirse a los grupos de patriotas (Castro, 1996).

Su muerte se dio tras la captura de Alejo Sabaraín, patriota al cual le fue encontrada una nota de puño y letra de La Pola, la cual contenía una lista de nombres realistas y patriotas que había sido recopilada por la valiente mujer. Fue fusilada el 14 de noviembre de 1817, en la ciudad de Santafé de Bogotá. Es considerada la principal heroína de la gesta de independencia de Colombia, aunque, es necesario resaltarlo, no fue la única mujer condenada a muerte por conspirar contra los ejércitos españoles. Igual destino, sufrieron Rosa Zárate de Peña, patriota fusilada en Tumaco; Mercedes Abrego de Reyes, fusilada en la ciudad de Cúcuta; Carlota Armero (Mariquita), Antonia Santos (El Socorro) y cerca de ciento cincuenta mujeres que fueron perseguidas y condenadas por el pacificador Pablo Murillo las cuales, gracias a sus actividades de apoyo, contribuyeron a la independencia nacional.

A este nutrido grupo de mujeres patriotas que murieron bajo las balas asesinas de los ejércitos españoles, se le pueden agregar una pléyade de heroínas que sacrificaron sus bienes, sus familias y sus vidas apoyando a los hombres en la causa libertaria, incluso contraviniendo las órdenes impartidas en el sentido de no aceptar mujeres en las filas de los ejércitos, dado que ocultaban su condición de mujer bajo los uniformes de soldado y empleaban toda clase de argucias a fin de poder contribuir con la causa libertaria.

En la propia batalla de Boyacá hubo mujeres que tomaron el fusil. Evangelista Tamayo fue una de ellas. Nacida en Tunja, luchó en Boyacá bajo el mando de Bolívar, alcanzó el rango de capitán y murió en Coro en 1821. Un reconocimiento especial por parte del Libertador lo recibieron las mujeres de Socorro por su vigorosa lucha. Declaración que dejó asentada Bolívar en los propios libros del Cabildo de aquella ciudad. Pero la mayor contribución de las mujeres a la causa libertadora la dieron asistiendo a los heridos de las batallas, ofreciendo información sobre los movimientos de las tropas enemigas, ocultando en sus casas patriotas perseguidos, confeccionando uniformes y banderas para los ejércitos, y brindando comida a los batallones. Muchas también dieron muestra de su apoyo a los patriotas entregando sus ahorros, sus joyas, ganado y esclavos. Aunque algunas, casi con devoción, entregaron sus hijos para que se sumaran a los ejércitos (Rodríguez Jiménez, 2010).

Puede observarse cómo, estas mujeres, fruto histórico de una afortunada conjunción de indígenas, negras y blancas, tomaron la decisión de ser constructoras de una nueva nación

que apenas comenzaba a emerger, ejemplo que será continuado, en los años siguientes y hasta el presente por grandes sectores de mujeres colombianas que se saben constructoras de la justicia, la equidad y la paz.

Conclusiones

Como puede observarse, para comprender el concepto de mujer colombiana como partícipe, no solo social sino como activista directa en los procesos bélicos que han sido recurrentes en el contexto colombiano, debe darse, a su participación directa e indirecta, una mirada retrospectiva través de la historia, puesto que ella ha participado activamente en la construcción de los imaginarios que conforman la sociedad colombiana.

Para una comprensión inicial del papel de la mujer en los sucesos históricos que han construido el ser colombiano, es pertinente, por lo tanto, no desconocer los constructos que han contribuido a la formación de una mujer activista, participante directa en los ámbitos del mundo social, político y económico del país; por ello es necesario entender que el concepto de mujer colombiana, está integrado por una afortunada mezcla de mujer indígena, negra y blanca, conformando así el caleidoscopio racial que emerge de la América Latina y que, en la formación de la psiques y de la idiosincrasia del espíritu femenino, le ha dado a la mujer un papel preponderante en la participación en las luchas sociales, papel, que apenas ahora comienza a ser visibilizado gracias, sobre todo, a las reivindicaciones de género que se han maximizado en los últimos años como una consecuencia de la lucha denodada de las mujeres por un reconocimiento de su verdadera participación en los procesos históricos y en el devenir nacional.

Una vez establecidos estos antecedentes, y que dan cuenta del tratamiento recibido por las mujeres en las diversas culturas que terminan confluyendo en el ser latinoamericano, queda despejado el camino para la construcción de los siguientes avances de la investigación, que pretende dilucidar el papel de estas en los procesos históricos colombianos, haciendo énfasis en su intervención directa o indirecta en los diferentes conflictos afrontados en Colombia en la búsqueda incesante de alcanzar una identidad nacional, todo ello, con la finalidad no solo de hacer un reconocimiento a la labor desplegada hasta el momento por las mujeres en su participación en los conflictos, sino para entender a cabalidad el papel que les espera como constructoras de una auténtica sociedad nacional, en un país que pide con urgencia una auténtica construcción política y social que involucre a todos los colombianos en la cimentación de una Colombia digna, equitativa e inmersa en procesos de paz y prosperidad.

Referencias

Bárcena, L. (2015). La Mujer gobernante en la América Prehispánica. *Boletín Científico*, 3(5). Recuperado de <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/prepa4/n5/e1.html>

Bethell, L. (1990). *Historia de América Latina. América Latina colonial. Poblamiento, sociedad y cultura*. Barcelona: Universidad de Cambridge.

Buitrago, L. D. (2012). Las mujeres de la tertulia del buen gusto y sus amores. *Credencial Historia*, (273). Recuperado de <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-273/las-mujeres-de-la-tertulia-del-buen-gusto-y-sus-amores>

Castro, B. (1996). Policarpa Salavarrieta. Heroína por excelencia de la república. *Credencial Historia*, (73). Recuperado de <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-73/policarpa-salavarrieta-heroína-por-excelencia-de-la-republica>

Ellefsen, B. (1989). *Matrimonio y sexo en el incario*. Cochabamba: Los amigos del libro.

Fernández, M. (2016). Las reformas borbónicas y su influencia en la América española. *Revista de Historia*. Recuperado de <https://revistadehistoria.es/las-reformas-borbonicas-influencia-la-america-espanola/>

Friede, J. (1982). *Los Andakí, 1538-1947. Historia de la aculturación de una tribu selvática*. México: Fondo de Cultura Económica.

Montoya, V. (2008a). América Latina en movimiento. Recuperado de: <https://www.alainet.org/es/active/26017>

Pérez, V. (1981). Revolución de los comuneros. *Credencial Historia*, (240). Recuperado de <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-240/revolucion-de-los-comuneros>

Rostkowski, J. (2006). *Destinos cruzados: cinco siglos de encuentros con los amerindios*. México: Siglo XXI.

Séjourné, L. (1976). *América Latina*. España: Siglo XXI.

Soumonni, E. (2008). *Africa en tiempos de la esclavitud*. Panamá: Unesco.

Velásquez, P. F. (2011). *Códice Chimalpópoca. Anales de Cuauhtitlan y Leyenda de los soles*. México: Centro de Estudios de Antropología de la Mujer.

El principio del interés superior del niño frente a la protección de los niños migrantes venezolanos en Colombia*

Melissa Palacio Maldonado**

Lina Marcela Estrada Jaramillo***

Resumen

La presente investigación tuvo como objetivo analizar el cumplimiento del principio constitucional del interés superior al niño frente a la protección del niño inmigrante dentro del territorio colombiano, teniendo en cuenta la situación actual en la frontera colombo-venezolana y los pronunciamientos de organismos internacionales que buscan guiar al país frente a una eventual crisis migratoria. Sin embargo, las medidas que toman las entidades especializadas en migración y el gobierno colombiano no parecen ser suficientes para salvaguardar sus derechos, por lo cual, muchos niños resultan afectados por su vulnerabilidad.

Palabras clave: *niño, migración, principio del interés superior del niño, derecho internacional.*

* Resultado final de la participación en los modelos oficiales de la Organización de los Estados Americanos (MOAS), donde se trataron temas migratorios y del Semillero de Derechos de los Niños que pertenece al grupo de investigación en Derecho (GRID), línea de investigación “Derecho, Sociedad y Contexto” de la Universidad Pontificia Bolivariana, Sede Medellín, durante el año 2017.

** Estudiante de Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Integrante del Semillero de Derechos de los Niños. Correo electrónico: melissa.palacio@upb.edu.co.

*** Directora del Semillero de los Derechos de Niños. Abogada, Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Docente investigadora de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: lina.estrada@upb.edu.co

Introducción

Este artículo pretende abordar el principio del interés superior del niño a través de un análisis normativo sobre la situación fronteriza entre Colombia y Venezuela, bajo la necesidad de la aplicación efectiva de este principio de especial constitucional por las autoridades colombianas.

Desde los inicios de la humanidad se ha tenido conocimiento acerca de los flujos migratorios como resultado de búsquedas de nuevas y mejores condiciones de vida. La migración ha traído retos para los países receptores, pues no todas las personas ingresan a sus territorios cumpliendo los requisitos legales. Resulta más preocupante cuando, en medio de estas migraciones, hay niños involucrados, porque sus derechos priman sobre los demás y cualquier medida que se adopte debe favorecerlos.

Como consecuencia de los retos que trae la migración masiva para el país, fue pertinente resolver la siguiente pregunta de investigación: ¿Qué medidas de protección podría aplicar Colombia frente a una eventual crisis migratoria de niños, niñas y adolescentes que garantice el cumplimiento del principio del interés superior del niño?

Ante la crisis migratoria que tiene Colombia frente a niños, niñas y adolescentes sujetos titulares de especial protección, nuestro país enfrenta un gran reto, debido al poco desarrollo jurisprudencial y normativo al no ser un lugar receptor de migrantes; por lo tanto, se tomarían medidas rápidas e improvisadas que podrían vulnerar los derechos fundamentales de los niños, empezando por la posibilidad de tener una identificación y unas condiciones de vida dignas. Además, por el alto riesgo de vulnerabilidad al que se pueden enfrentar y que podría desencadenarse en delitos de lesa humanidad, como la explotación laboral, el reclutamiento forzoso, la trata de personas¹⁸ (Organización Internacional para la Migración, 2014), tal como lo menciona el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003).

¹⁸ La Organización Internacional para la Migración (OIM) en Colombia tiene, entre sus programas, la “asistencia técnica tanto a las instituciones del Estado como a las ONG nacionales, con el ánimo de fortalecer sus capacidades, y de esta forma, hacer frente a los desafíos que planea la trata de personas en el país”. Adicionalmente, “apoya al gobierno nacional para prevenir la violación de los derechos de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en condición de vulnerabilidad para disminuir los riesgos de migración forzada por vinculación a los grupos armados organizados al margen de la ley u otras formas de violencia”, entre otros Organización Internacional para la Migración, 2014).

Para dar respuesta a la pregunta, y plantear propuestas de solución, es importante analizar, en la legislación interna y en los pronunciamientos de las comisiones especializadas de los organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), quienes han realizado estudios referentes a la migración, y también los protocolos y convenciones suscritos por los diferentes países miembros de estas organizaciones.

La Convención Internacional de los Derechos de los Niños, en el artículo tercero, establece que el principio del interés superior del niño le otorga el derecho a que “se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada” (Comité de los Derechos de los Niños, 2013). Por otra parte, la Constitución Política de Colombia señala, de manera indirecta, en el artículo 13, dicho principio, estableciendo que se protegerá a las personas que se encuentren en condición de debilidad, especialmente a los niños, a quienes en el artículo 44 se les reconoce por la primacía de sus derechos frente a los demás.

Teniendo claro qué es el principio del interés superior del niño, es procedente analizar qué es la migración, qué tipos de migrantes existen, cómo puede ser la migración y sus efectos. Finalmente, se evaluará la atención y respuesta de Colombia frente a las necesidades de los niños y el ordenamiento jurídico.

Para realizar esta investigación se utilizó el método cualitativo. A través de la investigación documental, mediante el análisis de repositorios, bases de datos, reportes oficiales de diferentes entidades gubernamentales y noticias publicadas durante el año 2017 en los diferentes y principales medios de comunicación del país como *El Colombiano*, *El Tiempo*, *El Espectador*, y la *Revista Semana*. Así mismo, se realizó una visita a la OIM en Colombia, Sede Medellín, y se presentaron dos derechos de petición dirigidos a Migración Colombia y al ICBF.

Los resultados de la investigación se concretan en una propuesta para garantizar la aplicación del principio del interés superior del niño, en el evento de presentarse una crisis migratoria que implique la afectación de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el país.

Por lo tanto, llevar a cabo investigaciones que visibilicen las consecuencias y las afectaciones que tiene para un país la no aplicación del principio del interés superior del niño, es darle voz a quien por tantos han sido ignorados, y que han tenido que enfrentarse, especialmente a la violencia institucional, al exigir la garantía de sus derechos reconocidos en

diversos instrumentos nacionales e internacionales y encontrar la falta de reconocimiento para su aplicación efectiva.

Contextualización sobre la migración

La migración ha sido un tema de importancia a raíz de los diferentes hechos históricos, como las guerras mundiales, el conflicto en Siria, el conflicto armado colombiano y, actualmente, la situación política de Venezuela. Estas circunstancias ponen en entredicho las condiciones de vida estable y digna del ser humano, por lo que las personas deciden migrar hacia un nuevo lugar en busca de horizontes que les garanticen mejores condiciones de vida para una sola persona o para familias completas.

Esto ha generado el nacimiento de entidades como la OIM, organismo adscrito a las Naciones Unidas, la cual tiene como principal objetivo:

Cerciorarse de una gestión ordenada y humana de la migración; promover la cooperación internacional sobre cuestiones migratorias; ayudar a encontrar soluciones prácticas a los problemas migratorios; y ofrecer asistencia humanitaria a los migrantes que lo necesitan, ya se trate de refugiados, de personas desplazadas o desarraigadas. La Constitución de la OIM reconoce explícitamente el vínculo entre la migración y el desarrollo económico, social y cultural, así como el respeto del derecho a la libertad de movimiento de las personas (Organización Internacional para las Migraciones, 2018).

Adicionalmente, la OEA, a través de uno de sus órganos principales, la CIDH, realiza seguimiento a cada Estado miembro de la OEA en temas relacionados con los derechos humanos, y ha puesto la atención en “la protección de los derechos de las personas que se encuentran dentro del contexto de la migración” (CIDH, 2015). De igual forma, la Asamblea General de la OEA ha instado constantemente a la CIDH a intensificar sus esfuerzos, con la finalidad de mejorar la situación de los trabajadores y sus familias en el hemisferio. Para lograr su objetivo, la CIDH adopta y publica informes sobre el tema, haciendo un llamado a los estados miembros para que tomen medidas al respecto.

Los esfuerzos de dichos organismos internacionales, que incluyen reportes y opiniones consultivas, han permitido prever que la migración seguirá aumentando en el continente americano como consecuencia de diferentes factores, entre ellos: las condiciones socioeconómicas derivadas de la desigualdad y pobreza, el aumento de la violencia,

el detrimento de la situación política al interior de los países, los conflictos armados y la corrupción. Preocupados por el aumento del flujo migratorio estos organismos conminan a los estados miembros para que tengan presente la realidad migratoria en el hemisferio, de tal manera que logren garantizar los derechos fundamentales de quienes llegan en calidad de migrantes, bien sea de manera permanente o transitoria¹⁹.

El impacto de una crisis migratoria puede ser tan drástico para un Estado que los organismos internacionales han promovido proyectos relacionados a la migración en diferentes ámbitos. En el año 2017 la CIDH, en compañía de la Agencia de la ONU para los Refugiados, diseñaron un concurso que buscó distinguir una sentencia proferida por un órgano impartidor de justicia en el continente americano, que hubiera garantizado el acceso a la justicia de personas migrantes o sujetas a protección internacional (Agencia de la ONU para los Refugiados, 2017). Esto reafirma la intención de las organizaciones internacionales de promover los derechos de las personas migrantes y sus familias dentro del territorio americano, en procura de justicia; especialmente, para que en toda decisión se aplique la perspectiva de género y se consideren los factores de vulnerabilidad de las personas que se ven obligadas a abandonar sus países.

Ámbito internacional de la migración

La migración es una situación que se percibe a nivel mundial, poniendo a prueba las capacidades humanas y estatales para controlarla sin vulnerar derechos. Como consecuencia de esto, la OIM creó un Glosario sobre Migración con la finalidad de “servir de guía en la miríada de términos y conceptos que existen en el ámbito de la migración, en un empeño por ofrecer un instrumento útil que sirva para fomentar la cooperación internacional antedicha” (OIM, 2006).

Dentro de ese glosario se establece quién es un migrante y qué tipos de migración existen. Para esta investigación se tuvieron en cuenta, por su pertinencia y comprensión, las siguientes definiciones:

Migrante: a nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término “migrante.” Este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por “razones de conveniencia personal” y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. Así, este término se aplica a las

¹⁹ Este término se entiende, comúnmente, como la estancia temporal de los migrantes en uno o varios países, con objeto de llegar a otro destino definitivo.

personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas y las de sus familias.

Migración forzosa: término genérico que se utiliza para describir un movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas.

Migración interna: movimiento de personas de una región a otra en un mismo país con el propósito de establecer una nueva residencia. Esta migración puede ser temporal o permanente. Los migrantes internos se desplazan en el país, pero permanecen en él.

Migración internacional: movimiento de personas que dejan su país de origen o en el que tienen residencia habitual, para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo. Estas personas para ello han debido atravesar una frontera.

Migrante irregular: persona que habiendo ingresado ilegalmente o tras vencimiento de su visado, deja de tener estatus legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país o cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor (también llamado clandestino/ilegal/migrante indocumentado o migrante en situación irregular) (Organización Internacional para las Migraciones, 2006).

Frente a la migración irregular se realiza la siguiente precisión: la CIDH ha aclarado que la migración irregular no constituye un delito penal, sino una falta administrativa. Adicionalmente, afirma que la calidad de migrante que tenga una persona y su familia no es motivo de exclusión de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos.

En el contexto de la migración se encuentran personas que emprenden la travesía de manera individual, o acompañados de un pariente, y en muchos casos se encuentran familias con niños, niñas y adolescentes. Este último grupo ha llamado mucho la atención de los organismos encargados de presentar informes, como la CIDH, donde han advertido:

Los abusos y malos tratos a los que son sometidos los migrantes en general tienen efectos mucho más perversos cuando se trata de niños migrantes, quienes debido a su edad y madurez física y psicológica no tienen forma de oponer resistencia alguna. Por tanto, la inmadurez y vulnerabilidad de los niños requieren de una especial protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Por lo tanto, al referirse a la migración no solo se debe identificar qué tipo de migrante es o cómo lograr entrar al país de tránsito o receptor, sino también la persona. A partir de esto, cuando se van a tomar medidas de protección por parte de un Estado, es trascendental conocer

si hay niños porque, de acuerdo con la CIDH se debe dar prevalencia a sus derechos. La CIDH, en ese sentido, afirma:

La tendencia general a lo largo de las diferentes etapas de la migración de niños, niñas y adolescentes se caracteriza porque las autoridades que entran en contacto con éstos no suelen realizar un procedimiento para la determinación del interés superior del niño, por lo cual las decisiones que las autoridades toman con relación a niños migrantes no tienen en cuenta su interés superior ni tampoco se adoptan medidas especiales para la protección y el bienestar del niño. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015a).

Colombia, a pesar de ser un Estado miembro de la OEA y de la ONU ha tenido poco desarrollo legislativo y doctrinal frente al tema migratorio, aun cuando cuenta con una sede de la OIM. Por lo tanto, afrontar de manera adecuada una crisis migratoria resulta complejo y desafiante para el Estado, pues pueden presentarse vulneraciones a los derechos fundamentales de los niños.

Análisis de la crisis migratoria colombo-venezolana

Una de las principales causas de la migración son las condiciones socioeconómicas y políticas de un país. Venezuela, a lo largo de su historia, ha vivido momentos de recesión económica y sometimiento por parte del gobierno, causando que muchos de sus ciudadanos migren hacia zonas fronterizas. Sin embargo, surge un problema a raíz y es la manera como se realizan, pues algunos logran hacerlo con el cumplimiento de los requisitos legales para ingresar y quedarse en Colombia y otros lo hacen de manera “clandestina”, convirtiéndose en migrantes irregulares.

Durante el 2017, los titulares de prensa en Colombia²⁰ aumentaron sus noticias, crónicas, reportajes, artículos de opinión, entre otros, sobre el número de venezolanos que han cruzado la frontera para escapar de la crisis que viven en su país y que están a la espera de obtener ayuda por parte del gobierno colombiano. Sin embargo, estas noticias solo fueron de carácter informativo, pues poco logró hacer el gobierno al no contar con un plan de

²⁰ Algunos titulares fueron: “Venezuela, bienvenida a Colombia”, *El Espectador*, 2017. “El triste éxodo de los venezolanos a Colombia”, *Semana*, 2017 y “350.000 venezolanos se han radicado en el país en los últimos seis años”, *El Tiempo*, 2017.

contingencia para aminorar la crisis que cada día va en auge. Adicionalmente, el aumento de migrantes venezolanos creó una división interna entre quienes los apoyan y consideran necesario protegerlos y los que no están de acuerdo en la migración a nuestro país. Como consecuencia, el gobierno colombiano comenzó a reaccionar de manera tardía e improvisada, tomando medidas que no fueron de mucha utilidad para mitigar la crisis.

Un ejemplo se encuentra en la entidad de control migratorio —Migración Colombia—, organismo encargado de informar y llevar una base de datos sobre quién entra al país, de dónde proviene y cómo llega. En dicha base registra los ingresos al país vía aérea, marítima o terrestre, dando cumplimiento a los requisitos legales para su ingreso.

No obstante, debido a la crisis que vive Venezuela, Colombia se ha convertido en un país de tránsito e incluso receptor. A raíz de dicha problemática, Migración Colombia ha encontrado numerosos retos para afrontar la crisis, pues cada día son más los venezolanos que entran al territorio colombiano, pero que su ingreso no deja registro. Un ejemplo es el boletín presentado por Migración Colombia en junio de 2017 donde indica: 1) ingreso de extranjeros según su nacionalidad, 2) países de destino de viajeros colombianos y 3) ingreso de extranjeros según su categoría migratoria. En cuanto a la tercera categoría, se reportaron 2.102 ingresos sin especificar la categoría migratoria, mucho más de las personas que ingresaron al territorio colombiano por cuestiones de negocios.

Conociendo la labor de Migración Colombia se optó por formular un derecho de petición para obtener más información acerca de los niños que han ingresado recientemente al territorio colombiano. Sin embargo, luego de meses de espera, la respuesta por parte de dicha entidad fue compartir su página web donde se encuentran los boletines migratorios para el año 2017, que contienen información estadística general sin clasificar los grupos poblacionales (Migración Colombia, 2017).

No obstante, se encontró que Migración Colombia ha desarrollado un plan a través de la llamada “tarjeta migratoria”, que comenzó a operar el 13 de agosto de 2016, momento en el que Venezuela reabrió su frontera. Con esta se pretendía tener una migración más ordenada en zonas fronterizas; sin embargo, su funcionamiento tuvo varios errores. El primero, al establecer que el formato de la tarjeta migratoria se podría obtener de manera virtual o directamente en los puestos de control migratorio. Luego, en la información solicitada por Migración Colombia no se indican las personas con las que viaja o si tienen personas a cargo, lo que hace que, si hay niños, niñas y adolescentes, no quede registro de su entrada y su relación filial. Por último, otra grave omisión fue limitarlo solo a las zonas de tránsito, pues el paso también se puede hacer por la zona fronteriza, con limitación de realizar actividades relacionadas con visitas familiares y compra de alimentos y medicamentos (Migración Colombia, 2017).

Pese a los esfuerzos, la tarjeta migratoria no ha sido una solución acertada, por lo cual le correspondió al Ministerio de Relaciones Exteriores intervenir en esta crisis: la canciller para el año 2017, María Ángela Holguín, sostuvo reuniones y visitó los lugares más afectadas por la llegada de migrantes venezolanos, con el fin de revisar los esfuerzos interinstitucionales para mejorar la atención brindada a quienes han cruzado la frontera (“Canciller María Ángela Holguín visitó Cúcuta este martes 1 de agosto”, 2017). Algunas de las medidas que se han tomado con posterioridad a esta crisis se han enfocado en los niños que tengan un padre de origen colombiano, para permitir el trámite de su registro civil y el recibimiento en colegios públicos y privados. No obstante, las medidas preventivas y de protección son temporales y a corto plazo, lo que implica una vulneración e inobservancia de los derechos de los niños.

El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes

Teniendo en cuenta que, principalmente, los que emigran son niños que hacen parte de un grupo familiar o que por circunstancias sobrevinientes se han tenido que desprender de este y continuar su rumbo de manera individual, es importante identificar el principio del interés superior de los niños, con el fin de reconocer los derechos que se les deben garantizar en su “nuevo hogar”.

Se entiende, entonces, que el principio del interés superior del niño, atendiendo a un juicio de proporcionalidad frente a los demás derechos y principios, predomina en el ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que frente a una ponderación que realiza el operador jurídico, cuando son vulnerados los derechos fundamentales, se debe elegir la protección de los niños al adolecer de suficientes capacidades de racionamiento. Por lo tanto, es obligación del Estado garantizarles sus derechos y de la familia y la sociedad respetarlos.

La Corte Constitucional colombiana, en numerosas sentencias, ha reiterado la importancia y trascendencia del principio del interés superior del niño:

Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección, tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma (Corte Constitucional, 2012).

El cumplimiento y aplicación del principio del interés superior del niño se extiende a todo el territorio colombiano, tanto para los nacionales como para los extranjeros; lo que quiere decir que todos están amparados por este principio. La omisión en su oportuna aplicación llevaría a graves consecuencias para estos sujetos de especial protección, pues serían ellos quienes se afectarían principalmente al verse vulnerados sus derechos fundamentales, afrontando una mayor desprotección.

En Colombia, el ICBF tiene como uno de sus objetivos institucionales promover los derechos de los niños y prevenir los riesgos y amenazas de vulneración, garantizando la protección integral de estos en coordinación con el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Adicionalmente, se encuentra Unicef Colombia, que ha realizado una labor en el país para lograr una efectiva protección de los derechos de los niños, teniendo en cuenta los lineamientos de la Convención de los Derechos de los niños que establece la necesidad de otorgarles una prevalencia en sus derechos para su efectivo y adecuado desarrollo integral. Unicef Colombia establece, en sus pilares de desarrollo infantil, lo siguiente:

Todos los niños y niñas deberían tener la oportunidad de crecer dentro de una familia. Si la familia fuera incapaz de hacerse cargo del niño o niña, las autoridades deberían adoptar medidas para abordar los motivos y hacer todo lo posible por mantener a la familia unida (Naciones Unidas Derechos Humanos, 2006).

Resulta oportuno tener en cuenta los pronunciamientos de los organismos internacionales sobre este principio, para conocer sus aspectos positivos y negativos. Cabe resaltar que, a nivel internacional, cada vez son más los pronunciamientos que aluden a los niños, pues por su condición pueden ser víctimas de actuaciones malintencionadas por parte de personas que quieren obtener algún beneficio monetario.

La CIDH, en su Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, respecto a los derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración o en necesidad de protección internacional, establece que:

Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el

principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

De estos pronunciamientos internacionales se resalta la importancia del principio del interés superior del niño. Todos tienen un hilo conector, el cual es la protección especial a estos sujetos por su condición de vulnerabilidad. Además, aluden a la importancia de la familia y al derecho de no ser separada de esta.

La ausencia de normatividad migratoria frente a los niños, niñas y adolescentes

Desde el inicio de este artículo se ha especulado sobre la poca normatividad por parte del gobierno colombiano frente a la migración; específicamente, en los asuntos concernientes a los niños. En los tiempos de crisis, en especial durante el transcurso del 2017, no se encontró ningún pronunciamiento, solo directrices generales. Sin embargo, es pertinente referirse a un concepto relacionado con el principio del interés superior, conocido como los niños no acompañados o niños separados.

¿Por qué hablar de niño no acompañado? Existen múltiples razones por las cuales abordar este tema. Primero, por ser consecuencia directa de la migración; segundo, por su relación al interés superior del niño y su tratamiento preferente y eficaz. Finalmente, por la ausencia de normatividad.

Los movimientos migratorios dan lugar a que personas o grupos familiares tomen un rumbo nuevo sin saber qué les espera. En ese transcurso, puede suceder que alguno de sus integrantes desista y retorne a su punto de partida o, como consecuencia de circunstancias adversas, no lleguen todos juntos al destino final previsto. Este supuesto nos lleva a pensar sobre la posibilidad de encontrar a un niño no acompañado dentro del territorio colombiano.

Al no tener en nuestro país ningún parámetro específico que regule esta situación, podría aplicarse el principio del interés superior, porque se usan las normas propias del Estado colombiano al niño no acompañado. Lo anterior con fundamento en el artículo cuatro del Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual establece que su aplicación abarcará a todos los que se encuentren en territorio colombiano. Por lo tanto, se entiende que en Colombia la calidad de migrantes no sería un criterio válido para no darle aplicación a esta normatividad frente al niño no acompañado. El artículo cuatro del Código se complementa con el artículo

dos y cuatro de la Convención de los Derechos de los Niños, el cual reitera que sus normas son aplicables sin distinción de raza, color, sexo, origen nacional, entre otros, con miras a garantizar la protección del niño frente a cualquier situación de vulnerabilidad. Adicionalmente, los Estados partes deben adoptar medidas administrativas y legislativas para el reconocimiento de los derechos proclamados en la Convención.

El gobierno colombiano parece omitir todo lo descrito anteriormente, al momento de crear sus políticas migratorias. Esto se debe a la carencia de bases de datos sólidas por parte de Migración Colombia, que puedan ser analizadas y depuradas de manera responsable, lo que permite establecer un marco legislativo para los niños. La Observación General N.º 6 (2005), del Comité de los Derechos del Niño, resalta la importancia de la creación de dichos datos con información que va más allá de los números. “La realización de un sistema detallado e integrado de acopio de datos sobre los menores no acompañados y separados es presupuesto de articulación de políticas eficaces para el ejercicio de los derechos de estos menores” (Comité de los Derechos del Niño, 2005). La misma observación propone la información que debería contener para su eficiencia: datos biográficos de cada menor como la edad, sexo, país de origen y nacionalidad.

Analizando el informe presentado recientemente por Migración Colombia, llamado “Radiografía de venezolanos en Colombia” (Ministerio de Relaciones Exteriores. Migración Colombia, 2017), se encuentra que la mayor parte es comentada por el director de la institución, Christian Kruger Sarmiento, donde hace un recuento histórico de la situación colombo-venezolana. Es poca la información sustentada con cifras, pues hace énfasis en el programa de Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF), la cual pretende identificar a los venezolanos que viven en zona frontera y que frecuentemente transitan entre los dos países, optando por la construcción de una migración ordenada, regulada y segura. Sin embargo, en ningún momento alude a los niños, solo se limita a hablar de hombres y mujeres que han cruzado la frontera. “A la fecha, Migración Colombia tiene registrados 632.673 ciudadanos venezolanos, usuarios de la Tarjeta de Movilidad Fronteriza, de ellos, el 51 % son mujeres y el 49 % restante hombres” (Ministerio de Relaciones Exteriores. Migración Colombia, 2017).

Aunque Migración Colombia trabaja de manera conjunta con la Organización Internacional para la Migración Colombia, otro organismo encargado de recoger información sobre la migración en el territorio colombiano, no es posible armonizar los datos que ambas acopian, dificultando así la articulación de políticas o pronunciamientos destinados a grupos específicos como los niños, niñas y adolescentes. Esto se debe a que la OIM tiene presencia en

Colombia de acuerdo con unos criterios establecidos y renovados por un periodo de tiempo, y a la situación política, social y económica del país. En nuestro caso, el eje central de la OIM ha sido la ayuda a la población afectada por el conflicto armado y sus consecuencias directas, el desplazamiento, el reclutamiento de menores en grupos ilícitos, la explotación sexual y la atención de emergencias. Por lo tanto, un trabajo armónico entre ambas organizaciones hasta ahora no se ha dado en el país.

Por otra parte, el ICBF, ente encargado de la niñez en Colombia, tampoco ha tratado el tema. Esta institución ha creado, recientemente, unos lineamientos para sus funcionarios, los cuales son una simple orientación sobre el procedimiento que se debe llevar a cabo frente a los niños venezolanos migrantes que han ingresado a territorio colombiano. El memorando de la entidad expresa:

Cualquier duda jurídica que pueda surgir frente al proceso de restablecimiento de derechos de niñas, niños y adolescentes procedentes de territorio venezolano, se deben resolver aplicando los mismos principios aplicables a los niños, niñas y adolescentes colombianos. Por ende, no existe excusa alguna para que no sean atendidos bajo la oferta institucional (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017).

Se pregunta entonces ¿cuál es la oferta institucional a la que alude este lineamiento? ¿Se podría inferir que la oferta institucional es la misma establecida para los niños nacionales, es decir, la establecida por el Código de Infancia y Adolescencia?

Propuesta frente a la aplicación del principio del interés superior del niño migrante en Colombia

Las migraciones masivas traen diversos retos, especialmente cuando el Estado que las debe afrontar no ha sido reconocido a nivel mundial como país receptor de migrantes. Por fortuna, Colombia es miembro de diferentes organizaciones que tienen un papel importante frente al tema en discusión, como la ONU, la OEA y la OIM.

Adicionalmente, ha suscrito múltiples tratados, los cuales han sido ratificados en el ordenamiento jurídico y han servido como lineamientos básicos para tener nociones generales sobre asuntos migratorios. Sin embargo, Colombia tiene un gran problema en cuanto al manejo de bases de datos, pues el órgano encargado de asuntos migratorios (Migración Colombia) no cuenta con una información actualizada, detallada e individualizada, porque solo se limita a describir el número de entradas y salidas al país, el propósito del viaje y el sexo.

En primer lugar, y teniendo la recomendación realizada por el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes:

La ausencia de datos también es invisibilizar. Una mayor actualización de datos y cifras sobre la niñez sin cuidados parentales en los Estados permitiría abordar de mejor manera la problemática al momento de pensar soluciones, diseñar programas, políticas públicas o proyectos (Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, 2017).

Colombia debe conformar una base de datos sólida donde se incluyan a los niños, niñas y adolescentes dentro de la población analizada, con la finalidad de crear normas acordes a la actual situación y la del futuro. Para lograr obtener esta información, el gobierno de Colombia debe trabajar de manera articulada con el ICBF, la OIM y Migración Colombia. Este sistema debe contener información como la mencionada anteriormente, especificando, además, otros aspectos, como los migrantes irregulares que han iniciado su proceso de estatus migratorio. Una vez creada será posible analizar si los flujos migratorios, bien sean regulares o irregulares en el país, han aumentado o disminuido.

Otro aspecto que se debe analizar son los centros de atención para la población migrante. Como es sabido, al ser movimientos espontáneos y masivos muchas veces no se dispone de lugares adecuados para la recepción de estas personas. Por lo tanto, se debe identificar cuáles y cómo se encuentran los centros de atención actuales. La finalidad es garantizar una protección adecuada y unos mínimos vitales que todos los seres humanos tenemos.

En caso de ser necesario, le correspondería al gobierno colombiano hacer una intervención en estos centros de atención, disponiendo de personal calificado para atender las necesidades de las personas migrantes en diferentes ámbitos: reubicación, salud, alimentación y estado migratorio; adecuando las instalaciones para recibir un número determinado de personas e informando, de manera constante, las novedades reportadas en los centros de atención para responder a las necesidades de manera oportuna y así evitar un problema de sanidad y de salud pública.

Por lo tanto, se hace necesario involucrar en la garantía de los derechos de los niños, a todos los actores políticos, sociales y económicos a fin de mejorar la atención inmediata, y que se facilite la información necesaria cuando se está en el país, al igual que se coordinen acciones entre los organismos involucrados en la política migratoria.

Por ejemplo, países que históricamente han sido receptores de migrantes como Estados Unidos, han creado iniciativas para ayudar y apoyar especialmente a los niños con el fin de generar una *cultura migratoria*. Un ejemplo de esto, es el Centro de Migración y Bienestar del

Niño, donde se desarrollan programas y prácticas que pueden realizadas por trabajadores sociales y por la misma comunidad para apoyar el proceso de atención inmediata y de largo plazo para los niños en situación de migración (International Social Service, 2018).

Este Centro, parte de la necesidad de orientar y aplicar el principio del interés superior del niño y el derecho a tener una familia mediante las siguientes acciones: 1) ayudar a identificar las familias que se encuentran en riesgo de separación; 2) en caso de que un niño haya sido separado de su familia, ayudarlo a contactar a otros miembros de la familia; 3) asegurarse que los centros de paso sean seguros y apropiados para brindar la atención adecuada y 4) apoyar la reintegración familiar.

Por lo anterior y ante las desigualdades, desequilibrios y vulnerabilidades sociales que se generan ante el fenómeno migratorio es necesario promover acciones afirmativas que eviten la xenofobia y la discriminación, reconociendo y aplicando el principio del interés superior del niño y el listado de derechos humanos que ha reconocido el Estado para que se tengan condiciones equitativas y humanas para todos los niños que se encuentren en el territorio nacional.

Para que estas medidas de protección sean efectivas, los mecanismos y los procesos que se indican a continuación deben ser parte integrante del proceso de restablecimiento de derechos de los niños en situación de migración:

Marco legal y política: El Estado colombiano cuenta con amplia gama de leyes, políticas, jurisprudencia constitucional y convencional que indica de manera clara la prevalencia de derechos de los niños sin discriminación a su origen, nacionalidad, raza, sexo, etcétera, por lo cual se debe dar atención a todos los niños en la protección de sus derechos.

Coordinación y supervisión: se exige que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), como organismo supervisor del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, sea el responsable de supervisar y coordinación a todas las partes implicadas en la protección de los niños migrantes.

Recursos: deben facilitarse recursos económicos y humanos para facilitar la implementación de planes, programas y proyectos en busca de la protección y aplicación del interés superior del niño. Para lo anterior es necesario contar con grupos interdisciplinarios capacitados no sólo desde el conocimiento sino también desde las actitudes y habilidades para la prestación de servicios adecuados.

Servicios: es necesario facilitar servicios que sirvan de respuesta en atención a las necesidades que tienen los niños en situación de migración.

Un ejemplo, lo encontramos con la aplicación para teléfonos móviles “Miniila” que confiere a los niños migrantes en Europa “las capacidades necesarias para tomar decisiones

informadas y estar mejor protegidos, en lugar de que deban confiar en personas que se pudieran aprovechar de su vulnerabilidad” (Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia, 2018), cualquiera sea el lugar en que se encuentren.

En esta aplicación encuentran información como servicios de refugio y alojamiento, como acceder a servicios de salud y educación, donde encontrar alimentación, qué hacer y a quién contactar en caso de emergencia.

Como se indicó en la investigación, Colombia es un país que no ha dimensionado los retos derivados de las migraciones masivas, aun cuando cada día llegan más migrantes a su territorio. Esto quiere decir que es considerado como un país de tránsito o como destino migratorio; por lo tanto, le corresponde al gobierno analizar cómo se pueden garantizar sus derechos, y una manera de hacerlo sería evaluando referencias normativas y procedimentales de otros países que han consolidado una política migratoria, como Canadá. Tomar marcos de referencia podría ayudar al gobierno colombiano a proceder de manera más organizada, evitando vulnerar los derechos humanos de los grupos sociales más vulnerables como los niños.

Conclusiones

Durante los últimos años, Colombia ha tenido un aumento de migrantes venezolanos dentro de su territorio. Sin embargo, la información documentada es precaria y al solicitarla, ante las autoridades pertinentes²¹, no hay respuesta, y si la proporcionan lo hacen de manera limitada. Adicionalmente, no existe distinción frente a la protección o medidas a favor de los niños migrantes, lo que demuestra que no se cumple con el principio del interés superior, porque se les otorga igual tratamiento que a las demás personas.

El país todavía tiene un largo camino que recorrer en el ámbito migratorio. Sin embargo, no existen políticas sólidas sobre el tema en cuestión para atender la situación actual y que en el futuro puedan servir como referente.

Resultaría pertinente que se iniciara un proyecto migratorio, construir una base de datos completa que incluya información clasificada y diferenciada, teniendo en cuenta los niños que han ingresado al país con sus familias o por medios propios, con el fin de lograr restablecer sus derechos de manera efectiva. Por lo tanto, es apropiado que la información sea de conocimiento público, pues sería de utilidad para las organizaciones públicas y privadas, para la elaboración de planes, proyectos y políticas de prevención y atención para migrantes.

²¹ Migración Colombia, Derecho de Petición radicado 20172410249732, presentado en noviembre 15 de 2017. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Derecho de Petición radicado 1761020890, presentado en octubre 26 de 2017. Visita a la Organización Internacional para las Migraciones para Colombia, sede Medellín, el 12 de octubre de 2017.

Finalmente, como lo señala la CIDH, las actuaciones de las personas migrantes no deben tipificarse como infracciones penales; los Estados deben adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad, teniendo presente la aplicación del interés superior del niño frente a cualquier sanción que genere una desintegración familiar (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Referencias

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2003). Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf

Agencia de la ONU para los Refugiados (2017). Premio sentencias 2017. Recuperado de: <http://www.acnur.org/el-acnur/eventos/2017/premio-sentencias-2017/#>.

Canciller María Ángela Holguín visitó Cúcuta este martes 1 de agosto (2017). Recuperado de <http://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/canciller-maria-angela-holguin-visito-cucuta-martes-1-agosto>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015a). *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015b). *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños acompañados*. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Refugiados-Migrantes-EEUU.pdf>

Comité de los Derechos de los Niños (2013). Observación General N.º 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Recuperado de: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/bdl/2001/1451>.

Comité de los Derechos del Niño (2005). Observación General N.º 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886>.

Constitución Política de Colombia (1991). Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

Convención sobre los Derechos de los Niños. (1989). Recuperado de: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2017). Orientaciones sobre la atención a niños, niñas y adolescentes venezolanos. Recuperado de <https://es.slideshare.net/encuentrored/icbf-orientaciones-sobre-la-atencin-a-nios-nias-y-adolescentes-nna-venezolanos-en-colombia>.

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (2017). Facebook Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Recuperado de: <https://www.facebook.com/iin.oea.org/photos/a.137262529701656.29923.118204568274119/1466212550139974/?type=3&theater>.

Migración Colombia (2017a). Ciudadano venezolano tenga en cuenta. Recuperado de <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/>.

Migración Colombia (2017b). Derecho de Peticion 20172410249732. Recuperado de <https://apps.migracioncolombia.gov.co/centrovirtual/interna/formularioPQRSPEP.php>.

Ministerio de Relaciones Exteriores. Migración Colombia (2017). Radiografía de venezolanos en Colombia. Recuperado de: <http://migracioncolombia.gov.co/index.php/es/prensa/multimedia/5199-radiografia-de-venezolanos-en-colombia>.

Naciones Unidas Derechos Humanos (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

Naciones Unidas Derechos Humanos (2006). Convención Sobre los Derechos del Niño. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>.

Nuestra labor (2018). Recuperado de <https://www.iom.int/es/nuestra-labor>.

Organización de Naciones Unidas (s. f.). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

Organización Internacional para la Migración (2014). *Los colores de la migración*. Bogotá: Procesos Digitales.

Organización Internacional para las Migraciones (2006). *Glosario Sobre Migración*. Ginebra.

Valencia, H. (2008). *Derecho Internacional Público*. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Escritos y documentos relacionados con el procedimiento de la Opinión Consultiva OC-21/2014. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/observaciones>.



Objeto de conocimiento: Derecho

Teoría de la sustitución constitucional en Colombia*

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez **

Resumen

En el presente capítulo se estudia el fenómeno jurídico de la sustitución de la constitución, el cual se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. De esta manera, la sustitución de la constitución es una figura creada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-551 de 2003 y desarrollada en las sentencias: C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, la C-242 de 2005, la C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C-141 de 2010, C-574 de 2011, C-249 de 2012, C-579 de 2013, C-577 de 2014, C-053 de 2016, C-261 de 2016, C-699 de 2016, C-230 de 2016, C-379 de 2016, C-094 de 2017, C-160 de 2017 y C-332 del 2017. Ahora bien, el objetivo se orienta en identificar las perspectivas que ha tenido la jurisprudencia sobre los casos de la teoría de la sustitución de la constitución. Para esta labor, se utilizó el método documental o bibliográfico, además de la técnica de elaboración de líneas jurisprudenciales.

Palabras clave: *Constitución Política de 1991, principios, sustitución constitucional.*

*Este artículo de investigación es producto final del proyecto denominado “Estudio jurisprudencial de los elementos definitorios de la teoría de la sustitución constitucional en Colombia”, desarrollado por el autor en calidad de investigador principal. El proyecto está adscrito a la línea de investigación en “Derecho, Conflicto e Internacionalización” del grupo de investigación *Orbis Iuris* de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas.

**Abogado, Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho, Universidad de Medellín. Docente investigador del grupo de investigación *Orbis Iuris* del programa de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Sede Pereira. Correo electrónico: paulo.arboleda@uam.edu.co

Introducción

La promulgación de la Constitución Política de 1991 implicó cambios estructurales y sustanciales, tanto al sistema político como al ordenamiento jurídico de Colombia. Antes de la expedición de esta Carta de Derechos estaba vigente la Constitución de 1886, que se caracterizaba por el marcado centralismo en el modelo de Estado, ya que consideraba a la ley como la norma jurídica de mayor importancia (teoría de la exégesis) y centraba su atención en la estructura del poder; omitiendo una protección especial al ser humano. Esta constitución se enmarcaba en el constitucionalismo clásico creado por los revolucionarios burgueses norteamericanos desde 1776.

En este sentido, con la entrada en vigor de la Constitución de 1991 se implementaron importantes cambios, tales como la adopción del Estado Social de Derecho, la creación de la Corte Constitucional, la protección especial del ser humano mediante un catálogo de derechos fundamentales y la acción de tutela, entre otros. Esta constitución representó el inicio de un nuevo ordenamiento jurídico de contenido antropocéntrico, en donde la constitución dejó de ser considerada como un simple acuerdo político para consolidarse como la norma jurídica de mayor jerarquía, siendo su contenido el criterio de validez material de todo el ordenamiento jurídico.

En este contexto, se implementa en Colombia el nuevo derecho o neoconstitucionalismo, teoría jurídica que ha sido desarrollada a partir del trabajo jurisprudencial de la Corte Constitucional desde 1992²². En consecuencia, con esta teoría jurídica se generan cambios estructurales en el sistema de fuentes y en el quehacer judicial, en el que se hace evidente un marcado activismo, especialmente por parte de la jurisdicción constitucional mediante los sucesos de la constitucionalización y convencionalización del derecho, en los que todas las áreas del derecho tienen que fundamentarse en los preceptos constitucionales y en la normativa jurídica internacional sobre derechos humanos.

Así pues, el neoconstitucionalismo ha permitido superar la identificación del derecho con la ley (formalismo jurídico), planteando la importancia del proceso hermenéutico en la elaboración de la jurisprudencia. Esta jurisprudencia o hermenéutica de primer orden imprime una dinámica constante a la norma jurídica (esta dinámica se obtiene mediante el pensamiento dialéctico que se basa en la contradicción); todo esto, con la finalidad de que la norma jurídica se adapte a las nuevas necesidades sociales, políticas y económicas del Estado.

Para efectos de contextualizar, el formalismo jurídico implica una máxima reverencia

²² Una de las primeras sentencias constitucionales que desarrolló el contenido antropocéntrico es la T-406 de 1992.

a la ley, reduciendo el derecho a la aplicación mecánica de la norma jurídica al caso concreto mediante la aplicación del silogismo jurídico. Es en este punto donde tiene lugar la escuela de la exégesis, la cual sostiene que el juez aplica realmente la ley cuando no se aparta de su tenor literal. Por consiguiente, esta escuela llega al denominado fetichismo de la ley escrita, cerrando las puertas a una función creadora del juez mediante la discrecionalidad; así las cosas, la exégesis hace uso de la lógica formal, desterrando la contradicción y el ingreso de la moral-principios al ordenamiento jurídico.

De esta manera, el capítulo responde a un avance del proyecto de investigación, en el que se formuló el siguiente problema: ¿Cuáles son los elementos diferenciadores de la teoría de la sustitución constitucional contenidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia? Así pues, para cumplir con los objetivos, tanto general como específicos, se tomaron como base el método documental y se utilizaron como técnicas la revisión bibliográfica, soportada en los correspondientes resúmenes analíticos de investigación. En dicha revisión se analizaron las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales que existen en torno a la sustitución constitucional. De este modo, se realizó una interpretación jurisprudencial para determinar las subreglas contenidas en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia.

Descripción metodológica

Frente a los aspectos metodológicos para la elaboración de este capítulo, se utilizó el método bibliográfico o documental; este método “consiste en la captación por parte del investigador de datos aparentemente desconectados, con el fin de que a través del análisis crítico se construyan procesos coherentes de aprehensión del fenómeno y de abstracción discursiva del mismo para así valorar o apreciar nuevas circunstancias” (Botero, 2003, p. 109).

Desde esta óptica, los documentos y la bibliografía cobran gran importancia en la investigación documental, ya que no son simples listados de textos a ser consultados en una unidad documental (biblioteca, archivo, hemeroteca, etc.), sino que es necesario aplicar toda una técnica investigativa que consiste en organizar, seleccionar y relacionar, a través de un riguroso trabajo, la información que se encuentra en ellos. Por consiguiente, en la aplicación del método documental o bibliográfico, el investigador debe cuidarse de reunir, entre otros, los libros, documentos y archivos pertinentes al objeto del proyecto de investigación que se plantea; proceso anterior que se realiza a la selección de fuentes bibliográficas. Además, este capítulo,

resultado de investigación, tiene un enfoque cualitativo y es de tipo jurídico, comprende el área del Derecho Constitucional y, por tanto, simultáneamente a la metodología bibliográfica y análisis de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia.

Asimismo, se estudió el tema propuesto desde un enfoque hermenéutico, pues los textos fueron interpretados para fijar sus verdaderos sentidos. En otras palabras, este enfoque busca la comprensión, el sentido y la significación de la teoría de la sustitución de la Constitución en el contexto de los límites de reforma que tiene el poder constituyente derivado en Colombia y, por ende, la tensión que se genera entre la democracia y la Constitución.

Supremacía constitucional

La Corte Constitucional, desde 1996, inició un trabajo jurisprudencial en torno a la reforma de la Constitución Política (Sierra, 1998 y García-Atance, 2002) desde la comprensión del principio de supremacía constitucional²³.

En tal sentido, la Corte Constitucional señala que el sistema normativo está jerarquizado para permitir unidad, coherencia y armonía entre las normas jurídicas, de manera que exista un orden axiológico y normativo. Al respecto, se encuentra:

La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, 2000).

En este orden de ideas, la Corte Constitucional desarrolló la teoría de la sustitución de la constitución, la cual consiste en la existencia de principios inmodificables; esto con la finalidad de no permitir el cambio en la esencia de la constitución por parte del poder constituyente derivado —Congreso de la República—. Sobre este asunto, la Alta Corporación, en sentencia C-551 de 2003, manifestó que solo procede la sustitución de la constitución por Asamblea Nacional Constituyente:

²³ Véase sentencias C-037 de 1996, C-037 de 2000, C-1290 de 2001, C-207 de 2003, T-688 de 2003 y C-398 de 2006.

El pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta. Solo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente.

Así pues, esta teoría examina la competencia, determinando que lo creado por el constituyente originario no puede ser suprimido, o limitado en exceso, sustituido, por el derivado. De ahí la importancia del principio de supremacía constitucional y la teoría de los principios esenciales de la constitución. Esta posición fue desarrollada en la sentencia C-544 de 1992, providencia en la que la Corte sostuvo:

El poder constituyente es el pueblo, el cual posee *per se* un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad.

El acto de elaboración y de promulgación de la nueva Carta Política de 1991, es el resultado de la combinación armónica de distintos elementos y de varios procesos de orden político y jurídico que, aun cuando conforman un episodio *sui generis* en la historia constitucional colombiana y sin alterar la normalidad social ni económica de la Nación, permitieron la expresión originaria del poder Constituyente, dentro de cauces institucionales diseñados específicamente, con el fin de superar la crisis que presentaba el modelo de organización del Estado ante los embates del crimen organizado y ante la creciente deslegitimación de las reglas y de los eventos de la democracia representativa vigente.

Poder constituyente primario

La Constitución Política de Colombia de 1991 se deificó de tal manera que la concepción de Cartas de Batalla (Valencia, 2010) se dejó atrás hasta convertirse en un manual deontológico. La relatividad de la aplicación de sus cláusulas y la interpretación del Tribunal Constitucional matiza la reevaluación de las fuentes del derecho, al igual que las competencias que son asignadas desde el poder originario.

La Constitución Política de Colombia es una constitución rígida, en razón a quienes pueden instaurar el proceso de la reforma: en primer lugar, el pueblo en representación del

poder constituyente primario y el Congreso como poder constituyente derivado. En segundo lugar, el especialísimo trámite de la designación de una Asamblea Nacional Constituyente (Ibáñez, 2002).

En este orden de argumentos, el atributo de la soberanía reside en el pueblo (Hamilton, 2002) siendo ejercida directamente por este o a través de la designación de sus representantes. El Congreso de la República, por iniciativa del gobierno, o del 5 % del censo electoral de los ciudadanos, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de ambas cámaras, puede convocar al pueblo para votar por un referendo de un proyecto de reforma constitucional. Se requiere para la aprobación o derogación la concurrencia del voto de más de la mitad de los sufragantes y que exceda la cuarta parte del total del censo electoral. Las materias constitucionales que se someten a referendo de reforma son las contenidas en el artículo 377 superior así: los derechos reconocidos en el capítulo 1 del título II, las garantías de los derechos, los procedimientos de participación popular y el Congreso de la República.

Desde esta perspectiva, el Constituyente Primario²⁴ promueve la creación de una nueva constitución a la luz de ciertos eventos sociopolíticos que se observan al presentarse rupturas institucionales, o en la necesidad de adaptar la constitución a nuevos componentes sociales y políticos que obligan a fundar o modificar un ordenamiento jurídico, como el que se dio en el proceso de la constituyente que culminó con la Constitución de 1991; donde las circunstancias de orden público, la carencia de legitimidad del Estado instituido y la casi irreformable Constitución de 1886 desencadenaron una fractura insostenible de las instituciones políticas de la época, dejando como consecuencia una constitución incluyente, que incorporó principios y valores democráticos.

Por su parte, el poder constituyente derivado consiste en la facultad otorgada por la constitución, en su artículo 374, donde se establece que la constitución podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo, pero con delineamientos dados por la Corte Constitucional, en la sentencia C-551 de 2003.

Esta sentencia estudió la constitucionalidad de la ley 796 de 2003 —“Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional” —. Esta convocatoria a referendo fue realizada por el entonces presidente de

²⁴ Para profundizar sobre el poder constituyente originario y derivado véase Lasalle (2012).

la República de Colombia Álvaro Uribe Vélez. En esta sentencia se interpretó que la expresión “podrá ser reformada” implica la imposibilidad de que la Carta pueda ser sustituida o cambiada por otra, y estableció las diferencias entre reformar y sustituir la Carta, indicando que el Congreso, en su poder de reforma, y el pueblo, en su facultad de decidir democráticamente la suerte de un referendo, carecen de la competencia para sustituir la constitución, pues su poder como órganos constituidos se limita a la potestad de reformarla. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

Esa interpretación contradice el tenor literal de la Constitución. Así, el artículo 374 de la Carta señala que “la Constitución podrá ser reformada...”. Es obvio que esa disposición, y en general el Título XIII de la Carta, no se refieren a cualquier Constitución sino exclusivamente a la Constitución colombiana de 1991, aprobada por la Asamblea Constituyente de ese año, que actuó como comisionada del poder soberano del pueblo colombiano. De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que esta puede ser sustituida por otra Constitución.

Al limitar la competencia del poder reformativo a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir,

que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el título XIII habla de la “reforma” de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario (Corte Constitucional, 2003b).

Aquí se aprecia cómo el pueblo adquiere la competencia para reformar la constitución mediante referendo, según lo establece la norma constitucional, dentro de los límites que dispone la norma fundamental. En otras palabras, el pueblo, al pronunciarse a través de un referendo, obra dentro de un marco institucional, pero ello no lleva a un quebrantamiento de la estructura jurídica del Estado, como es menester para que entre a operar toda la fuerza del poder constituyente primario, quedando el pueblo para estos efectos relegado a una posición de Ente constituido.

Con respecto a la posición del legislador, el poder de reforma y convocatoria que tiene el Congreso de la República resulta ser un poder constituyente que se encarga de materializar los programas o las pretensiones del gobernante, quien es en realidad el constituyente derivado

ejerciendo ese poder de manera delegada a través del Congreso; es decir, que a partir de la interpretación constitucional, en su conjunto, se entienden que elementos conceptuales en caso de ser reformados o derogados subvertirían la identidad de la constitución. En síntesis, esta acción implicaría que la constitución no ha sido reformada, sino reemplazada en aspectos definitorios.

Conforme a los párrafos precedentes, al Congreso de la República de Colombia le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente (Quinche, 2009). Además, tampoco puede este poder derivado sustituir la esencia de la constitución mediante un cambio parcial que impida reconocer los elementos esenciales que definen a la constitución misma. No obstante, el Congreso de la República puede reformar la constitución dentro los límites (Ramírez, 2003, 2005 y Hernández, 2005), para actualizar los contenidos constitucionales a las nuevas dinámicas y necesidades de la sociedad. De igual forma, la Corte Constitucional, en sentencia C-1040 de 2005, ha definido la sustitución de la constitución en los siguientes términos:

El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria.

De esta manera, se ha establecido que la sustitución de la constitución es una figura creada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-551 de 2003 y desarrollada en las sentencias C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, la C-242 de 2005, la C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C-141 de 2010, C-574 de 2011, C-249 de 2012, C-579 de 2013, C-577 de 2014, C-053 de 2016, C-261 de 2016, C-699 de 2016, C-230 de 2016, C-379 de 2016, C-094 de 2017, C-160 de 2017 y C-332 del 2017.

Desarrollo de la teoría de la sustitución constitucional en Colombia

En la Constitución Política de 1991 se encuentran contenidos de carácter orgánico, como normativos axiológicos que desarrollan diferentes tipos de derechos. Así las cosas, sin que al efecto se encuentren perfectamente determinadas por títulos o por capítulos, dentro del cuerpo normativo de la Carta Política se distinguen una parte orgánica y una parte dogmática; así mismo, también se distingue una constitución en sentido jurídico-positivo y una constitución en sentido lógico-jurídico.

La parte orgánica de la constitución se refiere a las estructuras del Estado, al paso que la dogmática está referida a la filosofía política de este. La constitución, en sentido jurídico-positivo, la constituye el articulado de la Carta, mientras que la constitución en sentido lógico-jurídico es la filosofía política contenida en dicho articulado, o si se quiere, el fenómeno constituyente del ordenamiento jurídico, la norma presupuesta o metajurídica.

Por consiguiente, la parte dogmática permitió el desarrollo de la filosofía política contenida en la Carta de Derechos; así las cosas, la constitución no es ni se agota en un conjunto de normas, pues, como lo ha dicho la Corte Constitucional:

está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma (Corte Constitucional, 1992a).

Ahora bien, de lo anterior se sigue que siendo la constitución *norma de normas* (artículo 4° C. N.) su parte dogmática no solo no permite que ninguna norma del restante ordenamiento jurídico se le pueda contraponer, sino que, además, tampoco permite que las figuras, instituciones y procedimientos previstos por ella sean interpretados por fuera de los postulados superiores contenidos en los principios y en los derechos fundamentales, de donde se concluye, entonces, que estos (principios fundamentales y derechos fundamentales) son la garantía de que ninguna disposición constitucional sea interpretada o aplicada contraviniendo el espíritu de la Carta Política, y menos, si de reforma a la misma se trata (García, 2009).

Sobre este poder de reforma se encuentra la Corte Constitucional de Colombia; entidad judicial encargada de velar por la integridad y la supremacía de la constitución en los términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política. En consecuencia, la Corte Constitucional, según el artículo 241, numeral 2, tiene entre sus funciones estudiar la constitucionalidad de las normas jurídicas solo por vicios de forma con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre

la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la constitución.

Se entiende por este tipo de vicios aquellos que están constituidos por todas las anomalías en que se incurre durante el trámite o proceso legislativo, ya sea por la omisión o quebrantamiento de cualquiera de los requisitos impuestos por el orden jurídico al proceso de formación y aprobación de las leyes, los que afectan su eficacia y validez. De acuerdo con esto, se puede decir que a la honorable Corte Constitucional le queda prohibido pronunciarse sobre el contenido material de la reforma.

Sin embargo, a partir del año 2003, mediante la sentencia C-551, la Corte Constitucional empieza a ejercer un control oficioso sobre los vicios de fondo (Zuluaga, 2006), lo que se conoce con el nombre de “la teoría de la sustitución de la Constitución”, la que nace con el objetivo de crear un límite a los actos reformativos de la Carta Magna. Pero ¿cuál es la diferencia entre reforma y sustitución de la Constitución Política? Se tiene entonces que, de acuerdo con los contenidos jurisprudenciales, reformar es la posibilidad de modificar aspectos de la Constitución Política sin que por esto pierda su estructura y esencia; mientras que sustituir implica cambiar una Constitución Política por otra, donde se modifican aspectos esenciales o definitorios de ella.

En la sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional sentó los siguientes criterios en relación con la sustitución de la constitución:

- a. El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.
- b. En virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.
- c. Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.
- d. La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.
- e. El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.
- f. Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución.

Si bien es cierto que la “Teoría de la Sustitución Constitucional” había sido desarrollada desde el 2003 por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-551, solo hasta el 8 de septiembre de 2009 requirió de su aplicación a partir de la iniciativa de Fabio Echeverri Correa, asesor

presidencial de la época de Uribe, quien lideró la campaña reeleccionista en la que debía reformarse la constitución.

Es así como se promovió, vía referendo, la reelección a través de la ley 1354 de 2009, que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-141 de 2010, debido a la presencia tanto de vicios de forma como de fondo.

Entre los primeros se identifica el incumplimiento con lo señalado por el artículo 27 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación (LEMP), sobre los requisitos exigidos para la realización de los mecanismos de participación ciudadana; así como el cumplimiento de los topes globales e individuales de financiación. Por otra parte, comenzó el debate sobre la Ley del Referendo sin adjuntar la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil. De igual manera, sobre los vicios de forma se omitió la convocatoria a sesiones extraordinarias al Congreso de la República y a la plenaria de la Cámara de Representantes; estamento que se reunió previamente a su publicación en el *Diario Oficial*, como lo establece el decreto 4742 de 2008.

De este modo, entre los vicios de fondo se encuentra la vulneración a los principios democráticos de igualdad de participación, separación de poderes, alteración sistemática del sistema de pesos y contrapesos y la regla de alternación de periodos preestablecidos. Al respecto, se encuentra en la sentencia C-141 de 2010 que la Corte Constitucional argumenta que estos vicios no son irregularidades menores, constituyéndose un desconocimiento del Estado de Derecho, así como la violación sustancial a los principios mencionados en el párrafo precedente.

Como se mencionó, la sentencia C-551 de 2003 fue el primer pronunciamiento en el cual la Corte Constitucional distinguió entre la potestad de reformar la constitución y la de sustituirla, circunscribiéndola a la competencia; factor que se entiende como presupuesto de forma y fondo de los actos jurídicos, concepto identificado como la “Teoría de la Sustitución Constitucional”. Por consiguiente, se entiende por vicio de competencia cuando este se proyecta tanto sobre el contenido material como sobre el trámite, pues es un pilar básico de ambos; ya que se requiere, para la validez de un acto jurídico expedido por una autoridad pública, que se realice el trámite señalado por el ordenamiento jurídico y que, además, la autoridad se encuentre facultada para dictar ciertos contenidos normativos.

En otras palabras, la Corte Constitucional adquirió la competencia, dada por el artículo 374 de la Constitución Política de 1991, para decidir sobre la exequibilidad de los

actos modificatorios de la Carta teniendo en cuenta los vicios de competencia²⁵; ya que anteriormente solo juzgaba con base en los vicios de procedimiento en estricto sentido.

Retornando a la sentencia C-141 de 2010, se observan en esta lineamientos técnico-jurídicos sobre la teoría de la sustitución. En tal sentido, la Corte Constitucional insta los juicios de sustitución de la siguiente manera:

(a) Se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. Según los intervinientes la sustitución de la Constitución exige que se cumpla con tres pasos indispensables y sucesivos: que se identifique claramente cuál es el aspecto medular o definitorio de la identidad de la Constitución; que se determine el alcance jurídico del acto que reforma la Constitución; y que se demuestre que en el caso concreto la modificación constitucional afecta dicho elemento esencial.

Continuando con las consideraciones de la Corte Constitucional, en sentencia C-141 de 2010, se tiene que:

si la propia Constitución le entregó a la Corte Constitucional la competencia para conocer sobre la constitucionalidad de los actos legislativos, cualquiera sea su origen, por vicios de procedimiento en su formación, tratándose de un referendo, entonces, las diversas etapas que concurren a la formación final del acto legislativo no pueden ser consideradas de manera individual y aislada del procedimiento constitucional, sino que se trata de unos actos jurídicos que integralmente forman parte de un procedimiento complejo de reforma constitucional. Así las cosas, los actos de trámite que culminan con un acto legislativo, no pueden ser controlados de manera separada por la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, desde el 2012 la Corte Constitucional mediante el control constitucional sobre actos legislativos, específicamente sobre el acto legislativo 01 de 2012 (marco jurídico para la paz) y los actos legislativos 01 de 2016 y 2017 (instrumentos jurídicos para la implementación del acuerdo final y la construcción de una paz estable y duradera), ha continuado con el desarrollo y la aplicación de la teoría de la sustitución de la constitución.

En el caso colombiano, se ha cuestionado que los acuerdos de paz podrían haber sustituido la constitución, ya que, por ejemplo, incorporan un sistema de justicia especial,

²⁵ Para precisar estos aspectos es menester ahondar sobre el concepto “vicio de competencia”. Frente al vicio de competencia este hace relación a aquel fenómeno por el cual un órgano facultado para reformar la constitución excede sus competencias, suprimiendo elementos esenciales de esta, lo cual está proscrito en el ordenamiento jurídico.

o transicional, que generaría impunidad frente a crímenes de lesa humanidad, o llevaría a encubrir otros como el narcotráfico bajo la idea de conexidad con los delitos políticos que motivaron el conflicto. Al tener que regularse muchos de los acuerdos con reformas constitucionales, la sustitución ha sido un argumento que merece respuesta. La sustitución se convierte en una teoría que hace que el control de constitucionalidad bajo una revisión formal determine si el constituyente derivado ha usurpado las competencias del constituyente originario, desconociendo los principios esenciales de la constitución, en este caso, el principio democrático y la reparación integral de las víctimas como derecho fundamental.

Al respecto, el acto legislativo 01 de 2012 fue revisado por la Corte Constitucional en (2013, Sentencia C-579), promovida por una acción pública de inconstitucionalidad en la que los demandantes solicitaban la inconstitucionalidad del mismo argumentando, que el marco jurídico para la paz sustituye el deber del Estado colombiano de garantizar los derechos humanos y de investigar y juzgar todas las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario; siendo este un pilar fundamental de la Constitución Política de 1991.

La Corte Constitucional aplicó el juicio de sustitución con la finalidad de identificar si este Acto Legislativo se enmarcaba en una extralimitación de competencias del Congreso de la República al momento de modificar la Constitución de 1991. Al respecto, en las consideraciones de la Corte se evidencia que el fundamento para la conclusión negativa en el juicio de sustitución, radica en la consideración o énfasis en el deber de garantía de los derechos y no en la persecución penal de los responsables de graves violaciones a los mismos y al derecho internacional humanitario:

Los suscritos magistrados consideramos –como lo hace el fallo- que el aparte controlado del Acto Legislativo no sustituye el eje definitorio de la identidad de la Constitución invocado por los ciudadanos. Estamos de acuerdo con que en este caso estaba de por medio un elemento definitorio de la identidad de la Constitución. También compartimos que tal elemento debía ser concebido en términos de derechos fundamentales. Nuestra diferencia estriba, no obstante, en que a nuestro juicio el énfasis en este caso debía hacerse en el deber de garantía de esos derechos y no en la persecución penal de los responsables de graves violaciones a los mismos y al derecho internacional humanitario. El ejercicio del poder punitivo no es como tal idéntico al deber de garantía de los derechos de las víctimas, sino que es uno de los medios posibles con los que cuenta el Estado para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de quienes han sido víctimas del conflicto armado interno. Luego el rasgo que define la identidad de la Constitución no es ese medio –el poder penal- sino el fin al cual sirve. Ese elemento, entendido como la finalidad de garantía de

los derechos de las víctimas, no fue remplazado por otro opuesto, sino que se empleó un medio específico –la justicia transicional- para asegurar su plena vigencia en sociedades que transitan desde el conflicto armado hacia la paz (2013 , Sentencia C-579).

En consecuencia, la Alta Corte declaró la exequibilidad del inciso cuarto del artículo 1° del Acto legislativo 01 de 2012, manifestando que para alcanzar una paz estable y duradera es legítimo adoptar medidas de justicia transicional, como los mecanismos de selección y priorización (2013, Sentencia C-579).

Conclusión

La sustitución constitucional hace relación a la supresión total o parcial de elementos que definen la identidad constitucional, por parte de un órgano de reforma. Esta definición es tomada y desarrollada por la Corte Constitucional en las citadas sentencias para crear la teoría de la sustitución y, de esta forma, no permitir estos cambios en la esencia de la Constitución Política de 1991.

Así, el poder derivado no puede exceder su competencia, la cual se circunscribe única y exclusivamente a la potestad de enmendar la Carta, pero no sustituirla. En otras palabras, este fenómeno se presenta cuando el legislador modifica, crea o suprime principios esenciales de la constitución, con el pretexto de reformarla. Esta sustitución puede ser total, parcial, temporal o permanente y se refiere a principios estructurales o axiales que hacen parte de la arquitectura constitucional de la Constitución de 1991.

En síntesis, el poder de reforma tiene límites y está sujeto a controles. Los artículos 374 y siguientes de la Constitución Política de 1991 establecen este poder de reforma mediante tres mecanismos: acto legislativo, referendo y asamblea constituyente. Bajo este panorama, la Corte Constitucional señala que cuando se observan los eventos de reforma a la constitución se está ante el ejercicio del poder derivado, limitado por la misma constitución.

Para finalizar, se menciona que el juicio de “sustitución de la Constitución” está en desarrollo o en construcción, ya que la Corte Constitucional -a la fecha- solo ha fijado unas premisas sobre los límites competenciales al poder de reforma constitucional y, ha sostenido el deber de acatar el principio de la autocontención cuando se estudian reformas constitucionales relacionadas a los instrumentos transicionales. En este punto, la Corporación Constitucional

señala que sus intervenciones de control sobre la normativa tendiente a generar cambios sociales, políticos, económicos y culturales en el país, deberá ser de carácter excepcional. En tal sentido, la Corte argumenta:

El ejercicio del control de constitucionalidad por vicios de competencia exige que los jueces apliquen el principio de autocontención (self restraint), con miras a: (i) permitir que la Constitución pueda ajustarse a los cambios sociales, políticos, económicos y culturales; (ii) evitar que las mayorías prefieran acudir a vías extraconstitucionales para reformar, o incluso destruir, la Carta Política; y (iii) impedir que el juicio de sustitución sea percibido por los ciudadanos como el ejercicio de un control material, o incluso político, sobre las reformas a la Constitución (2017, Sentencia C-332).

Referencias

Botero Bernal, A. (2003) La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. *Opinión jurídica*: (4), julio-diciembre; pp. 109- 116.

CJ. Sentencia Marbury William vs. Madison James, 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803). Recuperado de: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>.

Corte Constitucional (1992a). Sentencia T-406. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

Corte Constitucional (1992b). Sentencia C-544. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-544-92.htm>

Corte Constitucional (1996). Sentencia C-037. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

Corte Constitucional (2000). Sentencia C-037. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-037-00.htm>

Corte Constitucional (2001). Sentencia C-1290. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1290-01.htm>

Corte Constitucional (2003a). Sentencia C-207. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-207-03.htm>.

Corte Constitucional (2003b). Sentencia C-551. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>.

Corte Constitucional (2003c). Sentencia T-688. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-688-03.htm>.

Corte Constitucional (2003d). Sentencia C-970. Recuperado de:
[http://legal.legis.com.co/
document?obra=jurcol&document=jurcol_75992041e88af034e0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_75992041e88af034e0430a010151f034).

Corte Constitucional (2003e). Sentencia C-1200. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1200-03.htm>

Corte Constitucional (2004). Sentencia C-971. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-971-04.htm>.

Corte Constitucional (2005a). Sentencia C-242. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-242-05.htm>.

Corte Constitucional (2005b). Sentencia C-1040. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>.

Corte Constitucional (2006). Sentencia C-398. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-398-06.htm>.

Corte Constitucional (2009). Sentencia C-588. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-588-09.htm>.

Corte Constitucional (2010). Sentencia C-141. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>.

Corte Constitucional (2011). Sentencia C-574. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>.

Corte Constitucional (2012). Sentencia C-249. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-249-12.htm>

Corte Constitucional (2013). Sentencia C-579. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

Corte Constitucional (2014). Sentencia C-577. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-577-14.htm>

Corte Constitucional (2016). Sentencia C-053. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-053-16.htm>

Corte Constitucional (2016). Sentencia C-261. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-261-16.htm>

Corte Constitucional (2016). Sentencia C-699. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-699-16.htm>

Corte Constitucional (2016). Sentencia C-230. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-230-16.htm>

Corte Constitucional (2016). Sentencia C-379. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>

Corte Constitucional (2017). Sentencia C-094. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-094-17.htm>

Corte Constitucional (2017). Sentencia C-160. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-160-17.htm>

Corte Constitucional (2017). Sentencia C-332. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-332-17.htm>

García-Atance, M. (2002). *Reforma y permanencia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

García-Villegas, M. (2009). Caracterización del régimen político colombiano (1956-2008). En J. E. Revelo y M. García-Villegas, *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 16-84). Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia.

Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2001). *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.

Hernández, J. (2005). *Reformas constitucionales inconstitucionales*. Cali: Universidad Santiago de Cali.

Ibáñez, J. (2002). Las reformas a la Constitución Política. *Universitas*, 104, 111-117.

Lasalle, F. (2012). *¿Qué es una constitución?* Madrid: Ariel.

Quinche-Ramírez, M. (2009). *La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Ramírez, G. (2003). *Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ramírez, G. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sierra, H. (1998). *La reforma de la Constitución*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Valencia, H. (2010). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana.

Zuluaga, R. (2006). *El control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución*. Bogotá: Legis.

Algunos enfoques jurídicos posibles sobre la eficacia como categoría para la investigación de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC)*

Martha Eugenia Lezcano Miranda**

Jorge Eduardo Vásquez-Santamaría***

Resumen

A partir de la pregunta ¿qué aplicabilidad tienen los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en los contratos estatales de obra, consultoría y concesión en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, a partir de la ley 80 de 1993? se identificó la ausencia de una construcción metodológica previa sobre la eficacia como categoría de análisis de las disposiciones jurídicas y los objetos sociojurídicos.

De lo anterior, deriva un interrogante accesorio del que depende la aprehensión del citado problema y sobre el que se concentra este escrito: ¿Qué enfoques jurídicos posibilita la eficacia como categoría que mediatiza la investigación de un objeto de estudio jurídico? Este trabajo se concentra, por medio de una construcción teórica de base para el desarrollo metodológico de la investigación, en develar algunos alcances posibles sobre la eficacia como categoría para la investigación en Derecho. Para ello, acude a contribuciones de la Teoría.

General del Derecho y a contenidos de la eficacia como principio general para el ejercicio de la función administrativa y de la contratación estatal. Desde las dos dimensiones propuestas en las conclusiones se traza la eficacia como una categoría que permite un enfoque investigativo concreto, del que se desprenden un parámetro de indagación y la valoración de objetos jurídicos y sociojurídicos, como es el caso de la resolución de conflictos en un escenario de la vida social como la contratación estatal.

Palabras clave: *eficacia, principio, contratación estatal, función administrativa.*

* Reflexión que se sustenta en los resultados finales del proyecto de investigación “Eficacia de los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos en contratos de obra, consultoría y concesión en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá a partir de la ley 80 de 1993”, adscrito al grupo de investigación *Orbis Iuris*, en la línea de investigación “Derecho, Conflicto e Internacionalización” de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Medellín, Colombia.

** Abogada y especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín, Especialista en Farmacodependencia de la Universidad Católica Luis Amigó, Decana del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. Docente investigadora del grupo de investigación *Orbis Iuris* adscrito a la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. Correo electrónico: martha.lezcano@uam.edu.co

*** Abogado y Magister en Derecho de la Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Investigativa Universitaria de la Universidad Católica Luis Amigó y en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente investigador, líder del grupo de investigación *Orbis Iuris* de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. Correo electrónico: jorge.vasquez@uam.edu.co

Introducción

De la Constitución Política de 1991 se desprende que, tradicional y preferentemente, la función de administrar justicia está adscrita al poder público judicial, confiado a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los Jueces, la Justicia Penal Militar y, excepcionalmente, el Congreso de la República (Constitución Política, 1991, artículos 174 y 175). Por lo anterior, la administración de justicia es una función pública de naturaleza esencial, porque aparte de ser una actividad estatal, continua e ininterrumpida, configura uno de los pilares fundamentales del Estado democrático social de derecho, al garantizar que una persona investida de autoridad, y con el poder del Estado para hacer cumplir sus decisiones, resuelva, de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma, ágil, eficiente y eficaz, los conflictos que surjan entre las personas (Corte Constitucional, 1997).

Del artículo 116 constitucional se desprende que, excepcionalmente, las autoridades administrativas pueden ser investidas, de forma legal, de la función de administrar justicia en las materias específicamente previstas en la ley, siempre y cuando esta habilitación no implique la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos. De igual manera, le da autorización y vida constitucional a los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), toda vez que el inciso 4 señala:

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

En forma excepcional, el Constituyente de 1991 decidió ampliar el ámbito orgánico y funcional de administración de justicia del Estado hacia otros órdenes, autorizando a los particulares solucionar las controversias a través de personas que, revestidas transitoriamente de la función de administrar justicia, actúen en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para que profieran fallos en derecho o en equidad, en los términos que la misma ley señale (Corte Constitucional, 1997).

Como lo ha reconocido la jurisprudencia, la facultad de administrar justicia por parte de particulares es esencialmente ocasional o transitoria y es, además, de carácter voluntario o espontáneo, por cuanto al tenor de la norma superior son las partes quienes habilitan al particular para resolver su controversia. La transitoriedad y alternatividad de estos instrumentos deriva del hecho de que constituyen una forma de colaboración de los particulares para el

buen suceso de la administración de justicia; colaboración prevista en términos de deber constitucional ciudadano (Constitución Política, 1991, artículo 95-7). De ahí que, por razones de orden público, no sea concebible el traslado permanente de la función jurisdiccional a los particulares.

Con el respaldo constitucional, los MASC, en la administración de justicia, revisten especial importancia en materia de contratación estatal, campo bastante álgido al estar caracterizado por incumplimientos, prórrogas contractuales o suspensión de contratos por situaciones que van desde prácticas de corrupción, la violación, vulneración y desconocimiento de los principios y normas que sustentan la actividad contractual, hasta fenómenos naturales y calamidades que conllevan el incumplimiento de las obligaciones que deben conducir a la satisfacción de los fines del Estado. Algunos ejemplos de las prácticas que caracterizan la contratación estatal en Colombia las explica Fredy Céspedes (2012):

Indebida denominación del contrato, llamar arriendo a una concesión; pliegos de condiciones como traje a la medida; modificar los términos del pliego horas antes del cierre de la licitación; visitas de campo en licitaciones una hora antes de lo previsto; adjudicación por precio más bajo y ajuste atendiendo reclamaciones; varias empresas conforman carteles que manipulan las fórmulas económicas para ganarse las licitaciones; suplantación de contratistas: se adjudica un contrato a un proveedor por la calidad del producto y este se cede a un tercero que no tiene esas calidades; supuesto exclusivo: contratación directa existiendo otros proveedores; utilización de contratos fachada interadministrativo, ciencia y tecnología o de aporte a una fundación, para luego realizar contratación directa; utilizar contratos para demandar al Estado; adiciones sin límite a través de la figura de los precios unitarios; incumplimiento de especificaciones de calidad o cantidad (s. p.).

En una perspectiva más concreta, varios de los problemas de la contratación estatal en Colombia fueron identificados y descritos en la investigación “*Componentes iniciales para la formulación y diseño de una política pública de planeación en procesos de contratación para la gobernación del departamento de Antioquia*”²⁶ (Vásquez-Santamaría, 2018).

²⁶ La investigación denominada “Componentes iniciales para la formulación y diseño de una política pública de planeación en procesos de contratación para la gobernación del departamento de Antioquia”, estuvo adscrita a la línea de investigación “Derecho, Conflicto e Internacionalización” del Grupo de Investigación *Orbis Iuris*, Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Medellín, Colombia, 2015-2017.

El problema de mayor recurrencia está en el contenido, alcance y poder vinculante de la planeación, principio sobre el cual recaen profundos debates que van desde su aparente carencia de fuerza vinculante, a raíz de su falta de reconocimiento positivado, postura altamente cuestionable en el orden constitucional, acogido desde 1991, en el cual los principios se reconocen como mandatos de optimización con fuerza normativa que no requieren de positivización; sus alcances y contenidos axiológicos, su delimitación y articulación con otros principios de la contratación y la función administrativa, hasta debates como si su inobservancia o incumplimiento genera la nulidad del contrato estatal.

Adicionalmente, la investigación arrojó otros problemas potencialmente públicos (Vásquez-Santamaría, 2018) como el trabajado por Yuri Gorbaneff (2003), que identifica la desatención de la ley 80 de 1993 a la teoría económica de los proponentes, a lo cual vincula la incompletud del contrato estatal y su obligada renegociación; Mónica Safar (2016), quien propone la restricción de la subasta como mecanismo únicamente aplicable para la contratación de bienes y servicios de características uniformes y de común utilización en la contratación abreviada; y Fabián Marín Cortés (2015), que desarrolla la exclusión normativa de muchas entidades estatales de la ley 80 de 1993, y su sometimiento a disposiciones normativas excepcionales al Estatuto de Contratación.

A estos problemas deben sobreponerse las finalidades de la contratación estatal, previstas en el artículo 3 de la ley 80 de 1993:

Los servidores públicos tendrán en consideración que, al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Si bien estos propósitos se ven reforzados por los derechos y deberes que la ley reconoce a las entidades estatales para adelantar contrataciones (ley 80, 1993, artículo 4), los conflictos que se originan en la mencionada actividad tocan los más sensibles intereses y recursos públicos de la Nación.

De lo anterior, que la contratación estatal sea una actividad que no es ajena a la aparición de controversias, y para la obtención de la justicia, en conflictos suscitados en la celebración de dichos contratos, la ley 640 de 2001 consagró la conciliación como requisito de procedibilidad, refiriéndose a ella en el artículo 35, así:

En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso-administrativa, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas²⁷.

Posteriormente, la norma fue modificada por el artículo 13 de la ley 1295 de 2009, que aprobó como nueva disposición de la ley 270 de 1996 la conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa:

Cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

El artículo 42A, nueva disposición de la ley 270 de 1996, se refería a la conciliación prejudicial en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción de reparación directa y las acciones contractuales. Actualmente, la ley 1437 de 2011, en el artículo 161, establece como uno de los requisitos para demandar, en sede contencioso administrativa, que:

Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

De manera puntual, la ley 80 de 1993, en su artículo 73, estableció: “Podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato”, planteando un esquema diferente al que había sido dispuesto por la ley 23 de 1991 referente al lugar donde se realiza el acuerdo conciliatorio, pues en esta última la conciliación se cumplía ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En la ley 80 de 1993, la conciliación se realizaba ante los centros de conciliación legalmente reconocidos; y a sus efectos, pues en la ley 23 la conciliación requiere de la homologación judicial, en tanto que bajo la ley 80 no se exigían dichos parámetros; por lo tanto, la ley 23 supone un trámite que la ley 80 no contempló.

²⁷ La Corte Constitucional, a través de la sentencia C-893 de 2001, declaró inexecutable la expresión Laboral, quedando solo vigente dicha exigencia previa a la iniciación del proceso judicial en todos aquellos asuntos susceptibles de conciliación, en las áreas de civil, familia y contencioso-administrativo.

El decreto 1818 de 1998 recogió la normativa existente referida a los MASC y, como consecuencia, todo lo relativo a la conciliación en materia contencioso administrativa. No obstante, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-893 de 2001, declaró inexecutable los artículos 12, 30 y 39 de la ley 640 de 2001, específicamente para el caso de los centros de conciliación, por violarse el principio de la reserva legal; en otras palabras, si bien la ley 640 de 2001, en su artículo 23, estableció la posibilidad de conciliar en materia administrativa ante los Agentes del Ministerio Público delegados ante el Tribunal Contencioso, y ante los centros de conciliación, la sentencia C-893 de 2001 dejó sin vigencia la posibilidad de acudir a los centros de conciliación; razón por la cual, en Derecho Administrativo, solo se puede acudir a realizar audiencia de conciliación prejudicial ante los Agentes del Ministerio Público, delegados ante el Tribunal Contencioso Administrativo, regla sostenida y ratificada por la Corte Constitucional (2002):

(...) y la escogencia de los agentes del Ministerio Público para tal efecto se justifica precisamente para proteger la legalidad y los intereses patrimoniales de la administración, como lo explicó la sentencia C-1195 de 2001, fundamento 7. 4. que dijo al respecto lo siguiente: “La conciliación administrativa solo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contencioso administrativa”.

Al panorama clarificado que ofrece la jurisprudencia constitucional, en materia de conciliación, pueden sumarse las fortalezas del arbitramento como otro de los MASC posibles para dirimir controversias originadas en la contratación estatal. Ha explicado el Consejo de Estado (2006, expediente 32514):

(...) este mecanismo de administración de justicia, en el cual los árbitros actúan por autorización de la ley y habilitación de las partes en conflicto, se haya enmarcado por ciertos límites de índole material y temporal: en cuanto a los primeros, porque solo pueden someterse a la solución de los árbitros, aquellos litigios que versen sobre asuntos que sean materia transigible, es decir, que recaigan sobre derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición; contrario sensu, están excluidos temas no transigibles, tales como el relativo al estado civil de las personas o el orden público; en cuanto a los límites de índole temporal, se observa que el tribunal de arbitramento solo existirá durante el tiempo acordado por las partes o estipulado en la ley y terminará sus funciones una vez expida el respectivo laudo arbitral.

Por ello, las partes contratantes en la esfera pública pueden acordar que se obligan a someter las diferencias surgidas con ocasión de un conflicto susceptible de transacción a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando por este acuerdo a acudir a la justicia ordinaria. El pacto arbitral tiene el alcance de que una vez se haya estipulado entre las partes, el conflicto que se llegare a presentar deberá ser debatido por los árbitros, sin que la justicia ordinaria pueda intervenir, lo que no significa que ante la justicia ordinaria no se pueda hacer efectivo el laudo arbitral. Desde el decreto 2279 de 1989 se encuentra consagrado, en la legislación colombiana, el arbitraje en derecho, en conciencia y técnico, siendo el técnico el que más acogida ha tenido en la contratación administrativa. No obstante, la ley 1563 de 2012, en el artículo 1°, estableció lo siguiente:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

Lo anterior deja por fuera el arbitraje técnico para los asuntos derivados de contratos en los cuales esté incluido el Estado, toda vez que, por regla general, el proceso arbitral debe ser en derecho.

De igual forma, es viable la amigable composición, que tiene su fundamento en la ley, a través del cual las partes defieren en un tercero, denominado amigable componedor, la solución de un conflicto relacionado con el estado del cumplimiento de una obligación susceptible de transacción, y la forma de cumplimiento. Mediante la amigable composición, las partes confían la solución de su diferencia a uno o varios amigables componedores, por lo que puede ser singular o plural, pero deberá ser siempre impar, designado por ellos o por un tercero nombrado para que haga la designación. Al respecto, la Corte Constitucional manifestó, en sentencia T-017 de 2005:

Dada la esencialidad de algunos de los servicios que presta el Estado, y ante la imposibilidad de suspender su cumplimiento y ejecución; las diferencias entre las partes susceptibles de transacción se pueden someter a fórmulas de autocomposición, lo que no sólo propende por la prestación continua, regular y eficiente de los servicios públicos, sino también por la efectividad de los derechos y obligaciones de las partes. Obsérvese cómo para hacer efectivo el ejercicio de este mecanismo, el artículo 69 de la ley 80 de 1993, señala la prohibición de

impedir la utilización de los mecanismos de solución directa para resolver las controversias contractuales y, adicionalmente, el parágrafo del artículo 68, les concede a las entidades estatales la posibilidad de revocar sus actos administrativos contractuales en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada. De esta manera, se facilitarán las negociaciones y acuerdos que permiten dirimir los conflictos que surjan entre las partes de un contrato estatal, sin necesidad de acudir a un proceso judicial que, dadas las demoras que comporta, no sólo afecta la buena prestación de los servicios públicos, sino que también, eventualmente, agrava el detrimento al patrimonio del Estado.

El reconocimiento del principio del arreglo directo en contratación estatal, donde la jurisprudencia (Corte Constitucional, 2005) lo relaciona con los principios de economía y de garantía del patrimonio económico de los contratistas, de la mano de la adopción de los MASC, permite velar por una recta y prudente administración de los recursos públicos, y evitar el riesgo que envuelve una solución procesal, especialmente por las demoras y desgastes que ella comporta; y es que las posibilidades constitucionales y legales para la solución de controversias originadas en la actividad de la contratación estatal, a través de algunos MASC, posibilitan evitar acudir directamente al poder judicial, además proyectan el debido cumplimiento de la función pública, la debida administración de los recursos públicos y el cumplimiento de los fines del Estado.

Pero la positivización de los MASC en el ordenamiento nacional si bien es una garantía de seguridad jurídica, a partir de la validez de las disposiciones que los consagran, la realización de su cometido final, o del aspecto teleológico, no necesariamente se refleja en una eficacia real por su aplicación en las controversias y problemas de la contratación estatal, indicio que en Colombia se deriva de la proliferación de controversias contractuales, del defraudamiento del patrimonio público y de las fallas en la prestación de los servicios públicos, por problemas propios del ejercicio contractual.

De lo anterior, que se tenga un panorama donde el cumplimiento de los fines del Estado, a través de la capacidad contractual de las entidades públicas, transita por un sendero degenerativo acosado por una multiplicidad de problemáticas en las que, presuntamente, la eficacia de las salidas judiciales, pero, sobre todo, las soluciones a través de los MASC, no evidencia la superación de los problemas. Por ello, surgió la pregunta de investigación: ¿Qué aplicabilidad tienen los MASC en contratos estatales de obra, consultoría y concesión en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá a partir de la ley 80 de 1993?

No obstante, ante las profundas repercusiones que el citado problema sociojurídico presenta en Colombia, en los años recientes, se identifica la necesidad de asumir un máximo nivel de responsabilidad sobre la indagación de los umbrales de la eficacia de los MASC en un escenario tan delicado como el configurado por las controversias que se originan en los contratos estatales de obra, consultoría y concesión en una jurisdicción determinada.

En virtud al escenario académico e investigativo en el que recae la mencionada responsabilidad, se estima que es el diseño metodológico el componente a través del cual se hace preciso establecer con rigurosidad y objetividad algunas dimensiones posibles de la eficacia como la categoría que sirve de parámetro de aprehensión de la solución de controversias contractuales, de tal manera, que la claridad suficiente oriente los actos de interacción entre el sujeto cognoscente y el objeto de estudio, al tiempo que consolide los derroteros metodológicos a través de los cuales se desprenden valoraciones sobre la veraz realización o no de un MASC sobre un conflicto concreto.

De lo anterior, que en la investigación aparece la pregunta ¿Qué enfoques jurídicos posibilita la eficacia como categoría que mediatiza la investigación de un fenómeno jurídico? un interrogante accesorio del que depende la aprehensión del citado problema y sobre el que se concentra este escrito, a través del cual nos remontamos a la eficacia como categoría determinante para la comprensión del potencial de los MASC en la resolución de controversias de la contratación estatal.

La indagación dogmática preliminar de la eficacia, como categoría a través de la cual es posible la aprehensión de un objeto de estudio jurídico o sociojurídico, resulta necesaria, siempre que “la eficacia y la aplicabilidad pueden ser contempladas como aspectos del derecho en vigor. Sin embargo, los juristas casi nunca ofrecen una explicación de estas asunciones básicas” (Navarro y Moreso, 1996, p. 120) y como explica García (2005, p. 2) “tiene sin duda máxima trascendencia en el estudio del Derecho, en parte por su proyección solar sobre todos los temas imaginables del universo jurídico”.

Con la eficacia como objeto de estudio, integrado a la resolución de controversias a través de los MASC en el sector de la contratación estatal en Colombia, el escrito se traza realizar una amplificación de su contenido a partir de la definición de sus alcances. Lo anterior no pretende hacer de la eficacia una categoría que, por su amplia dimensión, pueda ser considerada como un concepto jurídico indeterminado; por el contrario, se aprovecha su riqueza para delimitar sus potencialidades, haciendo de sus distintos alcances y dimensiones senderos funcionales para ejercicios investigativos de tipo sociojurídico.

De lo anterior que, inicialmente, se aborde la eficacia como figura propia de la Teoría General del Derecho, que contribuye al desarrollo de la ciencia jurídica y, con ello,

a la comprensión de su impacto en la elaboración y aplicación de dispositivos jurídicos en realidades problemáticas específicas. Seguidamente, se aborda, como principio general, para el ejercicio de la función administrativa y de la contratación estatal; haciendo de la misma una herramienta para garantizar la debida prestación de servicios públicos para, finalmente, desde las dos dimensiones propuestas, proyectarla como un enfoque de investigación en Derecho desde el cual se desprenden parámetros de indagación y valoración de objetos sociojurídicos, como es el caso de la resolución de conflictos en un escenario de la vida social como la contratación estatal.

La investigación tiene como objetivo general determinar la aplicabilidad de los MASC en contratos estatales de obra, consultoría y concesión en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, a partir de la ley 80 de 1993; razón para que el diseño metodológico se estructure desde un conjunto de categorías de investigación predefinidas, a partir del cual se delimite y concrete el objeto de estudio. Entre las categorías la eficacia es seleccionada como el eje teórico y jurídico que configura el fenómeno sociojurídico a indagar; esto es, desde ella se determina el nivel de resolución de controversias contractuales a través de los MASC, toda vez que por ella, preliminarmente, se comprende el nivel de acatamiento, cumplimiento y realización de disposiciones jurídicas por parte de los destinatarios, en este caso los MASC, y su posibilidad de alcanzar los umbrales de justicia demandados por las partes inmersas en el conflicto.

Esta parte de la investigación está sustentada en un avance descriptivo, el cual se implementa cuando se tiene la intención de describir fenómenos, contextos, situaciones y eventos. Es decir, detallar cómo es y cómo se manifiesta la eficacia de los MASC en las controversias suscitadas en los procesos de contratación estatal. El avance descriptivo permite especificar las propiedades, características y perfiles de las personas, grupos, procesos, objetos u otros fenómenos a indagar.

Para nuestro caso, se centra en la eficacia y las aristas que de ella se desprenden: recepción de la norma, las formas de su aprehensión, asimilación, comprensión y, por supuesto, acatamiento y realización en una relación jurídica, en el conflicto que de la misma se puede derivar o al cual puede poner fin; buscando describir la situación prevaleciente al momento de realizar la indagación de la entrada del contenido y finalidad del mandato normativo en una controversia entre partes contratantes. Con ello, no se intenta demostrar la influencia de una variable sobre otra; lo que se hace en beneficio del lector del resultado de la investigación es pintar una imagen sobre la eficacia como fenómeno (Salkind, 1997).

En la tarea de develar algunos enfoques jurídicos posibles, sobre la eficacia como categoría para la investigación de MASC, se acude, inicialmente, a algunas de las contribuciones de la Teoría General del Derecho; luego se aborda como principio general para el ejercicio de

la función administrativa y de la contratación estatal, y desde las dos dimensiones propuestas se traza como parámetro de indagación y valoración de objetos sociojurídicos, como es el caso de la resolución de conflictos en un escenario de la vida social como la contratación estatal.

La eficacia a partir de algunas elaboraciones de la Teoría General del Derecho

Partiendo de su acepción más esencial, la Real Academia Española permite extraer el significado de eficacia a partir de la palabra eficaz, la cual se entiende de una cosa como “que produce el efecto propio o esperado” y de una persona como “competente, que cumple perfectamente su contenido” (Real Academia Española, 2017). En este sentido, en el alcance cotidiano o vulgar del lenguaje, la eficacia representa la realización, cumplimiento o desempeño de una finalidad, cometido, función o rol que un objeto o una conducta tiene respecto a algo o alguien. Para ello, tanto el objeto o la conducta humana deben tener una finalidad o propósito previamente definido y reconocido, de manera que la ejecución permita valorar la conducta desde el cumplimiento, desempeño y alcance de la finalidad.

La eficacia es, por lo tanto, algo que se puede predicar de la realización o exteriorización de una conducta humana. Llevado a un escenario de construcción de conocimiento científico, sobre ella puede pretenderse medir, valorar o determinar el nivel en que el comportamiento humano se corresponde con un fin que se le establece o impone; esto es, la eficacia permite correlacionar la exteriorización del comportamiento intersubjetivo con la finalidad o propósito final que se espera del comportamiento, tomando como base un parámetro objetivo que consagra el fin.

El fin o fines que puede tener un determinado comportamiento están definidos a partir de normas que regulan la conducta, a través de las cuales se busca la realización de un deber ser. En ello cumplen un papel decisivo las normas morales, convencionales y jurídicas, todas con el denominador común de definir la finalidad o propósito del comportamiento esperado a partir de un valor socialmente relevante, desde el que se precisa el deber ser de la exteriorización de la acción humana.

Una de las tareas que asume la norma —moral, convencional y jurídica— es la de inducir al sujeto a la ejecución de un comportamiento estimado, como deber ser para la realización o protección de un valor socialmente relevante. Para el estudio de la eficacia se desprenden tres componentes esenciales que permiten su determinación: la conducta, acción o comportamiento humano, la norma que regula dicho comportamiento y la finalidad, cometido o propósito; elementos desde los cuales debe operar la eficacia como realización, cumplimiento o desempeño de una finalidad, cometido, función o rol que un objeto o una

conducta tiene respecto a algo o alguien, elementos que pueden aproximarse a la definición de Derecho de Reale (1987), la cual se integra por el hecho social en su efectividad histórica, para nuestro caso representado en la conducta humana en relación, la norma como mandato orientador del comportamiento y el valor como la finalidad de realización a través del acatamiento normativo:

donde quiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (hecho económico, geográfico, de carácter técnico, etc.); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor (Reale, 1987, p. 158).

Lo anterior encuentra en la doctrina jurídica un significativo respaldo. Cuando Jorge Parra (2002) se refiere al Derecho lo hace como “un orden regulador de la conducta humana en tanto esta tiene sentido social, orden que procura realizar ciertos valores y que se traducen en normas” (p. 6); de donde se extrae que las normas jurídicas adoptan determinadas estructuras para generar un comportamiento que se corresponda con la realización de valores con sentido social, en donde la eficacia tiene razón de ser para determinar, estimar o valorar el nivel en que la conducta, de cara a la norma que la regula, alcanza la realización del cometido final previsto a través del deber ser formalmente obligatorio.

Así, la eficacia encuentra asidero en posturas tan tradicionales como la de Giorgio Del Vecchio, que define el Derecho como “la coordinación objetiva de las varias acciones posibles entre varios sujetos según un principio ético que las determina, excluyendo todo impedimento” (Del Vecchio citado en Parra, 2002, p. 7), y la de Rudolf Stammler, que plantea que el Derecho es “el poder entrelazante autárquico e inviolable” (Stammler citado en Parra, 2002, p. 7).

La comprensión actual de la eficacia esta lejos de la explicación kelseniana a partir de la cual, entre validez y eficacia normativa se tejía una relación de dependencia: “Una norma jurídica solo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le acomoda en los hechos, por lo menos hasta cierto grado” (Kelsen, 2009, p. 24) de lo que se desprendía que, para la validez normativa era necesario un grado mínimo de efectividad. Pero en el Derecho ha sido claro que las normas jurídicas pueden ser válidas sin que cumplan, necesariamente, algún grado de eficacia; ni siquiera el mas mínimo, demarcando el campo del formalismo propio del positivismo al que se adscribió Kelsen, del sociológico o fenomenológico en el que tiene lugar la eficacia.

De allí que en la Teoría Pura de Hans Kelsen (2009) se lea tal separación, en la medida que “una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz, es decir, antes de ser obedecida y aplicada” (p. 25); razón por la cual Kelsen (2009) sometía la eficacia a la validez al proponer que “la eficacia es una condición de la validez en aquella medida que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica, para que no pierda su validez” (p. 25).

Contrario a lo anterior, se considera que la eficacia encuentra su nicho de indagación en la puesta en marcha del comportamiento humano exteriorizado en sociedad, de cara al deber ser coercible o imperativo que traza una norma jurídica dotada de los elementos de la bilateralidad, la heteronomía y la coercibilidad para la salvaguarda, realización y manutención del valor, a partir del cual se definen e identifican los objetos prevalentes que ameritan la regulación de las normas jurídicas.

La eficacia indaga en un orden dado por la exploración de las conductas expresadas socialmente, avanzando a través de dicha exploración en la identificación de momentos, lugares, circunstancias y calidades de los sujetos, entendiendo que al igual que el comportamiento humano el acatamiento de la norma del Derecho es un fenómeno que se da en lo social y, por ello, se somete a su naturaleza mutable y dinámica. Puede, posteriormente, definir y describir aquellas conductas para asegurar su adecuación típica a los referentes objetivos que integran, de manera tradicional, una norma jurídica que regula la conducta humana: hecho y consecuencia, a partir de la cual se pretende asegurar el bienestar y la convivencia, o por el contrario, para extraer a partir de dicha definición y descripción los motivos por los cuales la conducta, originalmente exteriorizada, se desvía del sentido objetivo trazado por la norma jurídica.

Lo anterior hace de la eficacia una categoría articuladora entre el dispositivo jurídico regulador del comportamiento del hombre, tradicionalmente de la norma en su sentido estructural o formal, material o de contenido, y finalístico o teleológico, con el comportamiento humano como sustrato a través del cual se exterioriza un sentido, y la sociedad como receptora del mismo, toda vez que el deber ser que se espera del comportamiento, expresado a partir del mensaje impositivo que deja la norma en el sujeto, se supone como comportamiento esperado.

Norberto Bobbio (1987) establece tres criterios de valoración de las reglas de conducta, a partir de los cuales estima que es posible construir una teoría de la norma jurídica. El primer criterio radica en el problema de la justicia, donde se evalúa la correspondencia de la norma y los valores o fines que inspiran un ordenamiento jurídico, problema que denomina como deontológico del Derecho (p. 21). El segundo tiene que ver con el problema de la validez de la

norma, que se concentra en el problema de la existencia del ser de la norma, independiente del juicio de valor al cual se pueda someter, y que denomina el problema ontológico del Derecho (p. 21). Finalmente, Bobbio establece el problema de la eficacia de la norma, al que llama problema fenomenológico, consistente en si la disposición es o no cumplida por las personas a quienes va dirigida, en la medida en que el hecho de que la norma sea válida o justa no asegura que sea realizada o acatada por los destinatarios (p. 22).

Siguiendo la tendencia reseñada, Parejo (1995) define la eficacia como aquella que se exige primariamente, no solo que obre o actúe, sino que al hacerlo “resuelva” los problemas sociales; es decir, que produzca, en cada caso, un determinado resultado efectivo, una “obra” pretendida y señalada como fin u objetivo al diagnosticar el problema de que se trate (p. 89). En este sentido, la eficacia se entiende como un deber jurídico que obliga y exige tanto el cumplimiento del interés general como llevar a cabo la reorganización, innovación y robustecimiento de la institucionalidad; para proveer los medios, la estructura y establecer los procesos necesarios para alcanzarla.

En la misma dirección, y en la ejecución de una investigación anterior (Vásquez-Santamaría, 2011) la eficacia jurídica se vincula, primordialmente, con la norma jurídica, como aquella modalidad “que denota un carácter de obligatoriedad, imperante, general y realizable por medios coactivos, promulgada por la autoridad soberana, legítima y competente” (p. 50). Pero si bien la norma jurídica cuenta con tan significativos atributos no hay seguridad de que sea cumplida por parte de los destinatarios: “La eficacia de la norma jurídica representa su aplicabilidad y cumplimiento” (Vásquez-Santamaría, 2011, p. 50); noción de aplicabilidad que, siguiendo a Navarro y Moreso (1996 citado en Vásquez-Santamaría, 2011) “está vinculada con la identificación de las condiciones de verdad de las proposiciones normativas jurídicas” (p. 50), las cuales hacen relación a la calificación deóntica de una acción. En este mismo sentido, Prieto (2001, citado en Vásquez-Santamaría, 2011) explica:

En el análisis multifacético del Derecho no basta con que la norma exista formalmente y pueda ser exigida, sino que con el objetivo de que cumpla las funciones para las cuales fue creado el Derecho, para que encauce, limite, garantice y eduquen es necesario que las normas puedan ser real o materialmente aplicadas, que existan las situaciones para las cuales fueron creadas; que sus mandatos, aun cuando no se cumplan voluntariamente por los aparatos especiales con que cuenta el Estado, que se sancionen los incumplimientos de las prohibiciones, o se ofrezcan las garantías para la realización de las prescripciones y de los derechos reconocidos, en síntesis que sean eficaces. En otras palabras, que la norma de Derecho tenga una realización social. Eficacia en cuanto a la utilidad real de la norma en la sociedad, a la efectividad de la

normativa, a la real concreción entre lo jurídicamente dicho y el hecho social, lo que lleva a la realización del Derecho; una eficacia de tipo funcional (p. 51).

Pero si se retoma que la eficacia constituye el problema fenomenológico del Derecho, fuertemente vinculado a la receptibilidad y realización del poder impositivo de lo jurídico en el comportamiento intersubjetivo, debe señalarse que se enfrenta a un conjunto de obstáculos de los cuales se requiere conciencia y atención. Siempre que una norma puede ser valorada como ineficaz, frente al propósito o finalidad que explícitamente se desprende de su contenido, puede ser más eficaz en relación con objetivos ocultos, disimulados o distintos a los previstos, lo cual resulta importante para no desnaturalizar los resultados de las investigaciones que de ella se desprendan.

Muchos de esos obstáculos pueden ser avizorados a partir de la eficacia simbólica del Derecho, propuesta por Mauricio García. Siguiendo a este autor, Lozano y Ramírez (2015) explican que hay una eficacia simbólica y una eficacia instrumental. Esta última “examina la adecuación de los resultados de una norma tras su implementación, frente a los objetivos propuestos. Si la norma jurídica tiene la capacidad de producir los efectos deseados, entonces puede decirse que es instrumentalmente eficaz” (p. 4). Por otro lado, la disposición no resultará instrumentalmente eficaz cuando no logra producir el resultado o, por el contrario, genera uno diferente al previsto, dando lugar a la eficacia simbólica:

la eficacia simbólica es el efecto de la norma considerada como símbolo, es decir, el mensaje detrás de una norma que puede o no ser efectiva en su aplicación y en el cumplimiento de los objetivos propuestos explícitamente, pero sí eficaz en términos de algunos otros objetivos no declarados (Lozano y Ramírez, 2015, p. 5).

Cruz (2012) explica que la pluralidad jurídica, en parte, ha promovido la ineficacia de las normas promulgadas por el Estado, en la medida en que no se realizan de las formas en que habían sido concebidas, ni alcanzan la materialización de los derechos. Igualmente, acudiendo a García, sostiene que desde la eficacia simbólica del Derecho la ineficacia de las normas jurídicas puede ser un efecto “preconcebido y deseado por sus autores, e incluso aprovechado retóricamente por los actores políticos para responder a ‘un juego inteligente en aras del fortalecimiento de ciertos intereses’, y a su vez, para neutralizar o atenuar otros” (García, 1993 citado por Cruz, 2012, p. 295).

El fenómeno de la eficacia simbólica del derecho consiste, entonces, en transmitir, por medio del discurso jurídico, una imagen o representación de lo social en la que unos valores e intereses son puestos por encima de otros, dotándolos de legitimidad en una comunidad: “la eficacia simbólica debe ser entendida como una estrategia deliberada de las instituciones creadoras o aplicadoras del derecho, que consiste en desconocer los objetivos normativos en beneficio de otros objetivos no declarados” (García, 1993 citado por Cruz, 2012, p. 296).

De la mano se lee la postura de Martha Isabel Gómez (2014) quien, partiendo de la naturaleza simbólica, que en muchos casos recae sobre tipos penales, especialmente ambientales, asegura que “lo simbólico se entiende como una estrategia general que implica la creación de normas para poner en ejecución un determinado objetivo político, lo cual puede suponer que la norma sí cumpla algunos efectos prácticos” (García, 1991 citado en Gómez, 2014, p. 42). De Gómez (2014), igualmente, se desprende que no siempre lo simbólico debe ser leído como ineficiente, más si se tiene presente que la norma termina cumpliendo un efecto en el destinatario, muchas veces distinto al previsto, pero, igualmente generador de efecto, permitiendo entrever que los estudios sobre la fenomenología jurídica deben estar atentos a las dimensiones de los alcances y finalidades realizados por las normas; incluso con aquellas con sentidos cerrados, como las reglas.

Inscrita en el Derecho Penal, Gómez (2014) propone, como argumento a favor de la función simbólica del Derecho, la prevención general, labor realizada principalmente por los ciudadanos fieles a la ley siempre que en ellos hay una “tendencia natural a respetarla con el fin de restablecer la confianza institucional que tienen en el ordenamiento jurídico, que se ve afectada por quien realiza una conducta considerada desviada” (p. 43). Pero a la prevención general se le reprocha la mera generación de la sensación de seguridad en la protección del bien jurídico, o valor socialmente relevante, lo que puede explicarse desde el sentimiento de aseguramiento en la ciudadanía leal y cuidadosa de las disposiciones legales, desconociendo las trasgresiones reales de los infractores de la norma. Gómez (2014) reconoce la función de eficacia simbólica del Derecho a partir de la configuración de valores en las normas jurídicas, así estas no cuenten con una eficacia instrumentalmente probada; pero, una vez más, deja ver que se cae en la impresión pública de un efecto que en realidad no se corresponde con la finalidad buscada por la norma.

De cara a las aristas que la eficacia del Derecho debe enfrentar, y en particular para el caso de la investigación de un tema tan álgido como la eficacia de MASC en la resolución de contratos estatales, reflexiones como la de Julieta Lemaitre (2009) se leen de una forma tan

pertinente e incisiva: “si el derecho parece impactar tan poco la violencia y la pobreza, ¿cómo se explica la fe que parecen tener en el tantos ciudadanos?” (p. 23). Y es que, desde la relación entre Derecho y violencia y Derecho y movimientos sociales, Lemaitre (2009) enfatiza en una cruenta dualidad a la cual el potencial de la investigación sobre eficacia del Derecho parece no haber hecho su tarea:

¿Cómo explicar esta paradoja de un país que al tiempo se desangra y se levanta apoyándose en la ley? ¿Cómo explicar que un país con un Estado débil, un país de violencia e impunidad crecientes sea al mismo tiempo un país de leyes, de sentencias, de cortes queridas y utilizadas por sus ciudadanos? ¿Un país de violencias que es al tiempo un país de derechos? ¿Cuál es la relación entre una y otra realidad? (p. 25).

La reflexión no puede resultar más apropiada para la ciencia jurídica y para las incontables demandas que el escenario social le emplaza. ¿Acaso la eficacia y el problema fenomenológico del Derecho se ha quedado reservado para la tradición dogmática que aún carga la investigación jurídica?, ¿hemos permitido hacer del potencial de la investigación de la eficacia jurídica una víctima de la desconfiguración de la realidad social, dejando que, de alguna manera, se ajuste solo a una de las imágenes que se desprenden de la misma? o ¿es que acaso la investigación centrada en la eficacia del Derecho ha pasado desprevenida e irresponsable frente a los efectos de la eficacia simbólica, sin constatar los verdaderos resultados de la eficacia instrumental?

A partir de los estudios de la relación Derecho y violencia, Lemaitre (2009) sostiene la subsistencia de tres teorías. La primera trabaja sobre el Derecho como un límite al ejercicio de la violencia proveniente del Estado y de particulares, teoría sustentada en la concepción del Estado liberal. La segunda, con fundamento en el marxismo, arremete contra el Derecho como instrumento de dominación, cómplice de la violencia. Finalmente, la tercera postura fusiona la idea del Derecho como instrumento del poder cómplice de la violencia y mecanismo desde el cual se limitan sus abusos; haciendo del Derecho una fuerza autónoma que puede ser utilizada para la protección de los más desprotegidos, con énfasis en su potencial utilidad. Esta tercera teoría, para Lemaitre (2009), también tiene su base en Colombia, en la eficacia simbólica del Derecho:

muchas reformas legales benefician a los grupos que tienen poder incluso cuando la letra de la ley indica otra cosa. Ello sucede, primero, porque estas reformas no tienen efectos instrumentales importantes, y segundo, porque están destinadas no a aplicarse sino a legitimar a la clase dominante o al Estado haciéndolos aparecer como incluyentes y democráticos (p. 27).

Si bien la eficacia de las disposiciones del ordenamiento jurídico está encaminada a la globalidad de los destinatarios que se someten al Estado de Derecho, parece claro que entre ellos el Estado recibe una mayor responsabilidad por reunir todas las prerrogativas para dar cuenta de su eficacia, pues es fuente de emanación del Derecho a través de los poderes públicos que lo integran, ejecutor de los contenidos normativos y juez en la resolución de controversias, cuando los mismos fueron desviados, desconocidos o alterados por quienes estaban en el deber de realizarlos, de acuerdo con la finalidad trazada por el mismo dispositivo.

De lo anterior queda claro que, en el ordenamiento jurídico nacional, y especialmente para el ejercicio de la contratación a cargo del Estado, la eficacia haya cobrado la naturaleza de principio general, a diferencia de la eficacia indagada desde cada disposición en particular, que acarrea un contenido jurídico político imperante como mandato de optimización que permea la función administrativa y la contratación estatal en Colombia.

La eficacia a partir de su naturaleza de principio de la función administrativa

La eficacia como principio se encuentra en la Constitución Política, en el artículo 209, para orientar el ejercicio de la función administrativa. En este sentido, dentro de la Administración Pública y la Administración de Justicia, donde prevalecen los intereses generales que debe proteger el Estado Social de Derecho, se reconoce la eficacia como principio necesario y requisito para la garantía y protección de los derechos constitucionales; propósito y fin que debe ser promovido por todas las ramas que conforman su estructura:

la determinación social del Estado expresa el deber que corresponde a todos los poderes públicos de promover de manera eficaz las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como la obligada remoción de los obstáculos que la impidan o dificulten su plenitud (Descalzo, 2011, p. 146).

La proclamación de Colombia como Estado Social de Derecho condiciona las actuaciones de la institucionalidad en el fortalecimiento de los valores y principios organizacionales, como formas de lograr la legitimidad estatal y democrática, a través de alcanzar la eficacia en la resolución de los conflictos y la satisfacción de las necesidades, para lo que debe garantizar que la Administración Pública sea capaz de cumplir con los preceptos constitucionales. Desde esta aproximación, se desprende el reconocimiento de la eficacia como una condición del funcionamiento de la Administración Pública; lo que permite evidenciar los resultados del

ejercicio de la función administrativa que se materializan en el correcto funcionamiento de los procesos internos, en respuesta a las demandas externas, esto es, en el cumplimiento de la función administrativa y de las políticas públicas, como lo afirma Uranga (1989):

La eficacia se produce cuando en esa caja negra, como resultado de aquellos procesos internos, el valor de las salidas, medido en términos de servicios prestados y efectivamente requeridos por los ciudadanos, es mayor que las entradas que previamente se les detrajeron a estos mediante procedimientos fiscales o de cualquier otro tipo. De forma sintética, pues, podemos definir la eficacia administrativa como la diferencia entre los resultados obtenidos y los medio puestos a disposición de la Administración (p. 99).

La constatación o evidencia del cumplimiento de los mandatos legales y reglamentarios, que recaen sobre la función administrativa en Colombia, hacen de la eficacia un principio constitucional y legal que orienta el ejercicio de esa función. La Corte Constitucional, en la sentencia C-826 de 2013, explica la eficacia como principio; así:

En este sentido, la Sala ha señalado que la eficacia constituye una cualidad de la acción administrativa en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo. Así mismo, añade que en definitiva, la eficacia es la traducción de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de socialidad del Estado [...] este principio de la administración impone deberes y obligaciones a las autoridades para garantizar la adopción de medidas de prevención y atención de los ciudadanos del país, para garantizar su dignidad y el goce efectivo de sus derechos, especialmente de aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, de la población carcelaria, de las víctimas de desastres naturales o del conflicto interno, población en estado de indigencia, de manera que en muchas ocasiones se ha ordenado a la administración pública la adopción de medidas necesarias que sean realmente eficaces para superar las crisis institucionales y humanitarias generadas por dichas situaciones, sin que para ello se presente como óbice argumentos de tipo presupuestal.

En este orden de ideas, es evidente para esta Corporación que el principio de eficacia impide que las autoridades administrativas permanezcan inertes ante situaciones que involucren a los ciudadanos de manera negativa para sus derechos e intereses. Igualmente, que la eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades debe ser un fin para las mismas; es decir, que existe la obligación de actuar por parte de la administración y hacer una real y efectiva ejecución de las medidas que se deban tomar en el caso que sea necesario, en armonía y de conformidad con el debido proceso administrativo.

Los elementos expuestos, que componen la eficacia, requieren de criterios y mecanismos de control o de corrección de la organización administrativa, a través de la aplicación de ciertos modelos o técnicas de evaluación que permitan medir los efectos y resolver el grado de eficacia o ineficacia conseguido. Sin embargo, la evaluación de la eficacia, que se constituye como verdadero principio jurídico, no puede ser solamente posterior; es decir, sobre los resultados u objetivos alcanzados y los que no “el control de la eficacia que es preciso desarrollar es un control ex ante y se refiere a la correcta ejecución de los principios de organización, dirección, planificación y control que en sentido amplio se comprenden en la Constitución” (Uranga, 1989, p. 101); aspectos que bosquejan parámetros de indagación para el ejercicio de la contratación estatal en la cual se aplica.

A este respecto, la eficacia requiere de la correspondencia de los demás principios nombrados en el artículo 209 de la Constitución Política; es decir, que la actuación institucional esté orientada por la igualdad, economía, celeridad e imparcialidad, para conseguir la “eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados” (Descalzo, 2011, p. 149). Descalzo (2011) habla de que la Administración Pública tiene un papel central exigente; de una actuación eficaz en la satisfacción del interés general. Por su parte, Parejo (1995), que hace referencia a la eficacia como principio y valor, reconoce que la Administración Pública ha de atenerse a la eficacia “con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho” (p. 22)²⁸; significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia (Parejo, 1995).

De la necesaria correspondencia de la eficacia con los demás principios que guían el ejercicio de la función administrativa, la eficacia se entrelaza especialmente con la eficiencia. Parejo (1995) afirma que la eficiencia se define como la idoneidad de una actividad que está dirigida a un fin; es decir, al fin que busca la eficacia como cualidad que lleva a “efecto”, o si se prefiere, el “éxito” como criterio de legitimidad de la Administración Pública. Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C-826 de 2013, define la eficiencia como:

la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado, para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público.

²⁸ Parejo (1995) explica que este sometimiento es tanto en la ejecución de programas que están definidos por ley, como en la aplicación de las normas concretas del ordenamiento jurídico. Este sometimiento se define en el logro de la eficacia en torno al interés general; tal como lo expone Descalzo (2011).

Como criterio, la eficiencia apela a la relación existente entre los recursos empleados y los resultados obtenidos de toda actuación administrativa; requiere la posesión de los medios, su aplicación o adaptabilidad para conseguir los objetivos a través de los procesos establecidos. En esta vía, se hace importante y necesario determinar los criterios o técnicas de evaluación de la eficacia, dada la especial complejidad que rodea su objetivo último o fin: la realización del interés general o la garantía de los intereses públicos, como lo referencia Benavente (2009). Entre los criterios para la evaluación de los resultados obtenidos (eficacia) y del proceso implementado (eficiencia), primero está la necesidad de establecer métodos propios de evaluación, entre los que se destacan el llamado método de la calidad total (Descalzo, 2011), la gestión por objetivos y la calidad como forma ordinaria de prestación de los servicios públicos (Uranga, 1989), la pluralidad de objetivos y la correspondencia entre fines y funciones (que es donde se producen mayores conflictos) (Parejo, 1995). Descalzo (2011) hace alusión a otro criterio:

El elemento fundamental de la nueva regulación es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño de los empleados públicos; a cuyo tenor dicho personal estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados (p. 150).

La Corte Constitucional, en la sentencia C-826 de 2013, sobre la creación e implementación de sistema de control de calidad en las entidades estatales, hace alusión al sistema de gestión de calidad que adoptan las directrices internacionales y se establece como modelo que busca la eficacia de los procesos administrativos públicos, pero que aún no define el alcance evaluativo del mismo, en el cumplimiento de la gestión y la calidad. Con respecto a los propósitos de este sistema, afirma:

ya que la calidad del servicio y la satisfacción de los usuarios tiene que ver directamente con las finalidades del Estado Social de Derecho y el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos, a través de herramientas de gestión de calidad creadas y diseñadas por el Legislador, y el Constituyente introdujo el control de gestión y de resultados, con el fin que la prestación de los servicios a cargo del Estado y el rendimiento fiscal no escapen al control del ordenamiento jurídico y con ello se logre la satisfacción del usuario y se garanticen los derechos constitucionales de los ciudadanos y de la comunidad en general.

De todo lo anterior, que la eficacia como principio del cumplimiento de la función administrativa sea integradora de contenidos axiológicos y jurídico-políticos, igualmente encaminados al cumplimiento de esa función del poder público. Con ello, permea no solo la función administrativa, sino la capacidad contractual de las personas adscritas al ejercicio de dicha función, englobando la ejecución de las políticas públicas y promoviendo la evaluación como medida de control y mejoramiento de la Administración Pública.

Conclusiones

En el ordenamiento jurídico una disposición puede ser analizada desde varios enfoques, que si bien pueden ir articulados entre sí no se vinculan, necesariamente, en una estricta relación de dependencia y, por el contrario, permiten su separación dentro de ejercicios y proyectos de investigación que buscan la comprensión de varias dimensiones de la disposición adoptada como objeto o parte de un objeto de estudio. La eficacia es uno de esos enfoques, y puede estar relacionada, con frecuencia, con la validez o la carga axiológica de una disposición, ya que tiene un contenido y sentido delimitado que la dota de identidad en la ciencia del Derecho, lo que permite adelantar investigaciones particulares sustentadas desde ella.

Afirmar que la eficacia tiene un contenido definido y delimitado no se traduce en asegurar que es unívoca y unidireccional, en la medida que desde ella se consolidan algunas dimensiones posibles que la enriquecen como enfoque para adelantar investigaciones en Derecho. Pero que de ella se desprendan varios alcances tampoco la convierte en un concepto jurídico indeterminado. La eficacia puede tener dos dimensiones, como categoría de análisis, más que de las normas jurídicas de dispositivos jurídicos reguladores de la vida social (norma, costumbre, principio, valor), y como principio de la función administrativa, dimensiones que se encuentran en una idea primaria que define su identidad: realización. Por lo anterior, que la eficacia haya podido ser ubicada al lado de la validez y de la justicia como criterio de estudio y análisis de las normas jurídicas, pero por su cometido esencial de comprensión de la realización descarta las posibles contradicciones que la sujetan a la validez o justicia, develando que pueden existir normas jurídicas justas y eficaces o ineficaces, o eficaces y válidas o inválidas.

La solidez de la eficacia, como categoría, se desprende de la coincidencia de sentido que se construye desde los aportes de la Teoría General del Derecho, como del Derecho Administrativo, en el ejercicio de la función administrativa y la contratación estatal. En ambos, la eficacia se traduce en la constatación o verificación de un resultado impuesto por un dispositivo, lo que da lugar a asociarla con realización, acatamiento, cumplimiento o materialización, de donde

se desprenden varios componentes que definen el enfoque investigativo de la eficacia para un trabajo centrado en un objeto de estudio sociojurídico. Inicialmente, se propone trabajar desde los sujetos, desde el dispositivo que impone el comportamiento, y desde el fin alcanzado.

Desde los sujetos, en la medida que no hay un destinatario distinto a la persona, natural o jurídica, pública o privada, en quien recaiga la capacidad de realización del fin impuesto por un dispositivo jurídico. Lo anterior implica que la eficacia, necesariamente, se define a partir de la realización o no de la conducta de quien resulta destinatario del dispositivo jurídico, por lo que no es posible abstraer su indagación por fuera de la aproximación a la dinámica social. Sobre los sujetos es necesario identificar quiénes se corresponden con la calidad del destinatario del mandato jurídico, detallando si en ellos concurre la calidad de sujeto activo o de sujeto pasivo, si es persona natural o jurídica, pública o privada, y el número de sujetos sobre el cual recae la imposición.

A partir de las calidades se perfila la naturaleza del fin trazado por la norma, en la medida que no es el mismo el que prevé una norma que regule un comportamiento de una persona jurídica de Derecho Público a un particular en una relación jurídica privada. De esa manera, la caracterización del destinatario define y delimita el deber ser coercible deseado, y con ello, se convierte en parámetro de verificación de los fines potencialmente distintos alcanzados a partir de la prescripción jurídica, fijando para una indagación sobre la eficacia la aprehensión de la relación hecho-fin, para luego, incluso, verificar la realización de la relación hecho-consecuencia.

Desde la vivencia o exteriorización comportamental del sujeto es posible indagar la frecuencia de la realización, sin que sea posible fiarse de un dato cuantitativo, pues es probable que, si bien el destinatario de la norma es general, en la vida real pueden ser pocos los que se encuentran en supuestos fácticos en los que resulten como obligados del mandato.

La frecuencia o carácter sostenido del acogimiento del mandato normativo es un indicio de alta importancia, pero no concluyente para una investigación de la eficacia, en la medida que se traduce en la materia prima ideal para perseguir la comprensión de los fines alcanzados. Pero el hecho de que haya una alta y constante frecuencia del acatamiento de la disposición no hace posible afirmar la frecuencia y seguridad de la realización de su finalidad. En este caso, el acatamiento del contenido del dispositivo jurídico puede arrojar la realización de uno o varios cometidos ocultos o desviados, que cargan el contenido material de la disposición, defraudando la eficacia instrumental y alimentando los indicadores de la eficacia simbólica. De la misma manera, la baja frecuencia o recurrencia del destinatario al

contenido del dispositivo jurídico no puede traducirse en su ineficacia, en la medida que la baja frecuencia no se traduce, necesariamente, en la no realización del fin previsto, por lo que a la alta recurrencia del acatamiento del dispositivo jurídico regulador no se corresponde la eficacia instrumental del mismo.

De lo anterior, que la eficacia no pueda confiarse solo en la frecuencia, constancia o masificación de la realización del cometido fijado por la disposición, en la medida que es necesario comprender si el comportamiento alcanza la realización del fin impuesto por la prescripción y legitima el dispositivo jurídico como un instrumento regulador del comportamiento. De allí que un enfoque investigativo, sustentado en la eficacia, se soporte en la realización, exteriorización o materialización de la conducta en relación, pero debe trascender a la verificación de la realización del fin alcanzado por dicha conducta, de donde resulta oportuna la diferencia de la eficacia instrumental de la eficacia simbólica.

El dispositivo que contiene el mandato, o prescripción jurídica, es un segundo componente, pues se constituye en el instrumento de contraste o correlación con el comportamiento humano exteriorizado que genera efectos en la vida social. Como punto de referencia, el dispositivo es, para la eficacia, el parámetro de valoración de la realización de la conducta, como del nivel de realización del fin previsto; en otras palabras, el dispositivo se traza como el punto de referencia para ponderar la realización del comportamiento con respecto al fin, ambos fijados en el dispositivo jurídico.

El ejercicio de correlación entre conducta exteriorizada, imperativo jurídico y fin, permite una triangulación a partir del cual se hace posible determinar la incidencia de tiempo, lugar o escenario, condiciones culturales, económicas y políticas que influyen en la correspondencia o no del comportamiento debido con el efectivamente ejecutado.

Finalmente, con el ánimo de proponer los elementos esenciales que pueden integrar un enfoque metodológico de la eficacia para la realización de investigaciones en Derecho, se proponen los siguientes pasos: primero, se hace esencial tomar conciencia de la eficacia como categoría de análisis de expresiones jurídicas prevalentemente positivistas, en el caso del modelo jurídico continental, y secundariamente naturalistas, comprendiendo y diferenciando sus relaciones posibles con categorías como la validez y la justicia; y con elementos propios de los dispositivos jurídicos, como su estructura, contenido y finalidad. Luego, es necesario delimitar la eficacia desde parámetros que circunscriban el fenómeno sociojurídico a indagar en un contexto temporal y espacial definido; para nuestro caso, se propone el trabajo a partir de los sujetos y las condiciones de contexto de la relación jurídica regulada. Un tercer paso

puede estar constituido por la aprehensión de las exteriorizaciones de los comportamientos regulables por el dispositivo que les impone un fin, develando las distintas expresiones comportamentales a las cuales se enfrenta el dispositivo jurídico, para asegurar la realización de un fin coercible. Un cuarto paso del enfoque investigativo puede concentrarse en las apreciaciones y concepciones que sirven o desfavorecen a la eficacia instrumental en un caso específico. Un quinto paso se dirige al análisis de los factores diferentes a las apreciaciones que inciden en el acatamiento o no del mandato objetivo, que busca la realización del fin esperado y, finalmente, se propone valorar la recurrencia en un contexto justificado.

Referencias

Benavente, H. (2009). La notificación como condición de eficacia de los actos administrativos. *Opinión Jurídica*, 8(15), 29-44.

Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.

Céspedes, F. (2012). *Control al control de la contratación pública*. Bogotá: Auditoría General de la República.

Congreso de la República de Colombia (1991). Ley 23. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6546>

Congreso de la República de Colombia (1993). Ley 80. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Congreso de la República de Colombia (1996). Ley 270. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6548>

Congreso de la República de Colombia (2001). Ley 640. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html

Congreso de la República de Colombia (2009). Ley 1295. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1295_2009.htm

Congreso de la República de Colombia (2011). Ley 1437. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>

Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1563. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

Corte Constitucional (1989). Decreto 2279. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2279_1989.htm

- Corte Constitucional (1997). Sentencia C-242. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-242-97.htm>
- Corte Constitucional (1998). Decreto 1818. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6668>
- Corte Constitucional (2001). Sentencia C-893. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-893-01.htm>
- Corte Constitucional (2002). Sentencia C-417. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-417-02.htm>
- Corte Constitucional (2005). Sentencia T-017. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-017-05.htm>
- Corte Constitucional (2009). Decreto 1716. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=36199>
- Corte Constitucional (2013). Sentencia C-826. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-826-13.htm>
- Cruz, M. (2012). Múltiples derechos, la misma desprotección: la eficacia simbólica de los derechos de las mujeres indígenas desplazadas en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 14(2), 289-326.
- Descalzo, A. (2012). Eficacia administrativa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (2), 145-151.
- García, H. O. (2005) Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. Apuntes críticos. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Gómez, M. I. (2014). La protección penal ambiental: uso ilegítimo de las funciones simbólicas del Derecho. *Ratio Juris*, 9(19), 27-52.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.
- Lemaitre, J. (2009). *El Derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Lozano, E., y Ramírez, A. F. (2015). Eficacia normativa en materia tributaria. *Revista de Derecho Público*, (35), 4-23.
- Navarro, P. & Moreso, J. J. (1996) Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía* (5), 119 – 139.
- Parejo, L. (1995). La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. *Eficacia y Administración*, 89-152.
- Parra, J. (2002). *Manual de Derecho Civil*. Bogotá: Temis.

