Justicia y Derecho

Volumen 12 | Enero – Diciembre de 2024

ISSN 2323-0533

E-ISSN 2711-2470

Universidad del Cauca

Popayán - Colombia

Título: Justicia y Derecho
Título abreviado: Just. & Der.
Editorial: Universidad del Cauca
Diseño: Universidad del Cauca
ISSN 2323-0533 – E-ISSN 2711-2470
Periodicidad: anual
Correo electrónico: justiciayderecho@unicauca.edu.co
Página web: https://revistas.unicauca.edu.co/index.php/justder
Hecho el depósito legal
Popayán, Colombia, 31 de diciembre de 2024
Impresión financiada por estudiantes y exalumnos de la Universidad del Cauca

 Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-SA 4.0)

Justicia y Derecho

Revista de la Facultad de Derecho,
Ciencias Políticas y Sociales

ISSN 2323-0533
Versión impresa

Universidad del Cauca
Vigilada Mineducación

E-ISSN 27112470
Versión digital

Volumen 12 | Enero – Diciembre de 2024

COMITÉ EDITORIAL

EDITOR EN JEFE

Víctor Hugo López Zemanate
"Candidato a Doctor en Derecho (Ph.D. cand., Unilibre), docente (Unicauca)."

EDITORES

Luis Felipe Díaz Villamarín | *Editor director*
"Abogado (LL.B., Unicauca)."

Juliana Gabriela Burbano Cabrera | *Editora de relaciones con el comité auxiliar*
"Estudiante de pregrado de Derecho (LL.B. cand., Unicauca)."

Diana Carolina Abril Giraldo | *Editora Senior.*
«Admin. Pública (ESAP).

Efraín Castro Delgado | *Editor Senior.*
«Docente (Unicauca).

José Arvey Camargo Rojas | *Editor Sénior.*
«Docente (Unicauca).

Angie Lorena Castillo López. | *Editora Junior.*
"Comunicadora Social (LCC. Unicomfacauca)."

Angélica Alejandra Ordoñez Osorio. | *Editora Junior.*
«Trabajadora Social (LCSW. Univalle), estudiante de pregrado de Derecho (LL.B. cand., Unicauca)."

Chrisstian Cabezas Martínez | *Editor Junior*
«Docente (Unicauca).

Comité Auxiliar

Diana Soley Prado Calambás
"Estudiante de pregrado de Licenciatura en Literatura y Lengua Castellana (Unicauca)."

Keinner Meneses Gaviria
"Comunicador Social - Estudiante de pregrado de Derecho (LL.B. cand., Unicauca)."

Lina María Rojas Vidales
"Estudiante de pregrado de Derecho (LL.B. cand., Unicauca)."

Nixon Camilo Piñarte Quintero
"Estudiante de pregrado de Derecho (LL.B. cand., Unicauca)."

Comité Científico

Emmer Antonio Hernández Ávila| Integrante
"Máster en Derecho (LL.M) (Universidad de Alicante. España)".

Ricardo Tapia Vega| Integrante
"Doctor en Derecho (Ph.D.) (Universidad Autónoma del Estado de Morelos. México)"

Gustavo Adolfo Pozas Márquez| Integrante
"Doctor en Derecho (Ph.D.) (Universidad Autónoma del Estado de Morelos. México)"

Contenido

Justicia y Derecho, Volumen 12 6
*Víctor Hugo López Zemanate**

Justicia y Derecho, reivindicación de la investigación y cuna de investigadores de prestigio 7
Luis Felipe Díaz Villamarín

Constitución poética de Colombia (Prólogo) 8
Aurelia Gervasoni

La Personería Municipal de El Tambo, Cauca. El bastión de la Constitución y los derechos humanos frente a las víctimas del conflicto armado. Analisis de 2022 a 2023. 13
Brayan Felipe Méndez Llantén
Laura Alejandra Daza Gutiérrez

El derecho a la libertad sexual frente a la formación de las instituciones educativas de los niños, niñas y adolescentes en Colombia en el año 2022. ... 29
Wilfer Edwin Metrio

Unificación de la legislación privada en Colombia: Revisión de su estado actual en materia de obligaciones y contratos. 44
Andrés Horacio Rodríguez Ortiz

La protección animal desde el derecho penal colombiano 64
Lizeth Tatiana Corredor Hernández

La ética profesional del abogado frente a la crisis de la justicia colombiana .. 78
Darío Moreno Arteaga

La función resocializadora de la pena dentro del Estado Social de Derecho Colombiano 88
Juan David Prado Morales

Justicia y Derecho, Volumen 12

*Víctor Hugo López Zemanate**

La Revista Justicia y Derecho publica el volumen 12. En esta oportunidad, se publican seis artículos: "LA PERSONERÍA MUNICIPAL DE EL TAMBO, CAUCA. EL BASTIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A LAS VICTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO. ANÁLISIS DE 2022 A 2023" de Brayan Felipe Mendez Llanten y Laura Alejandra Daza Gutiérrez; "UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PRIVADA EN COLOMBIA: REVISIÓN DE SU ESTADO ACTUAL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS" de Andrés Horacio Rodríguez Ortiz; "LA PROTECCIÓN ANIMAL DESDE EL DERECHO PENAL COLOMBIANO" de Lizeth Tatiana Corredor Hernández; "LA ETICA PROFESIONAL DEL ABOGADO FRENTE A LA CRISIS DE LA JUSTICIA COLOMBIANA" de Darío Moreno Arteaga; "EL DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL FRENTE A LA FORMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA EN EL AÑO 2022" de Wilfer Edwin Metrio; y por último, "LA FUNCIÓN RESOCIALIZADORA DE LA PENA DENTRO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO" de Juan David Prado Morales. Los artículos han superado el proceso definido por el Comité Editorial de la revista. Se felicita a los autores por su maravilloso logro y se invita a seguir postulando sus documentos para los próximos volúmenes. Un agradecimiento especial a los autores que participaron en la convocatoria del volumen 12 de la Revista Justicia y Derecho.

El presente volumen de la revista se ubica como una nueva publicación producida con la asistencia del sistema OJS. El Comité Editorial de la Revista, con el apoyo de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, la Vicerrectoría de Investigaciones – VRI de la Universidad del Cauca y el sello de la Editorial de la Universidad del Cauca ha logrado finalizar el presente volumen con el objetivo de seguir creciendo en el escenario de las publicaciones científicas seriadas. La publicación digital de Justicia y Derecho puede ser consultada en el portal de revistas virtuales de la Universidad del Cauca, lo cual permitirá seguir ampliando el número de lectores.

Como editor en jefe, invito a la comunidad académica a leer los artículos que contienen un valioso aporte al desarrollo de la investigación jurídica en Colombia.

* Editor en jefe de la revista Justicia y Derecho.

Justicia y Derecho, reivindicación de la investigación y cuna de investigadores de prestigio

Luis Felipe Díaz Villamarín[1]

Estimada comunidad universitaria y lectores fieles de la Revista Justicia y Derecho de la Universidad del Cauca.

De manera grata con la divinidad y con todos ustedes, nos complace dar la bienvenida a este nuevo volumen de nuestra revista. Un proyecto que cuenta con más de diez años, teniendo como principal eje la formación de nuevos académicos, investigadores apasionados en los temas de las Ciencias Sociales que nos hemos encargado de estructurar.

Aquella misión y visión solo serán posibles con la promoción de potenciales prometedores a los que hay que incentivar en el desarrollo de sus proyectos investigativos, teniendo nuestro origen en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad del Cauca para luego a expandirse a nivel nacional e internacional, contando con la participación de un equipo excelso de intelectuales, profesionales y escritores que se han entregado integralmente a este proyecto de reivindicación académica para nuestra alma mater.

Nuestra población universitaria a nivel nacional debe apostar a un proyecto ambicioso en el cual la investigación vuelva a tener su auge máximo, solo a través de ello podremos tener un acercamiento a las problemáticas sociales que aquejan a nuestro país y el mundo, teniendo las interrogantes pertinentes para formular las soluciones necesarias.

En el desarrollo del presente volumen verán materializado nuestra razón y compromiso con la comunidad académica, verán el apoyo que muchos autores, en especial los jóvenes, anhelan tener de sus maestros, compañeros, familias y demás; mediante la publicación de sus artículos académicos en donde se cuestionaran aspectos fundamentales en nuestra realidad jurídica y política, garantizando un análisis profundo donde se tiene como principal objeto la visión integral para presentar ideas innovadoras que estimulen el sano debate y la reflexión.

Nos quedamos sin palabras para expresar gratitud a nuestros lectores, por apoyar este proyecto que desde el Comité Editorial, Científico y Auxiliar, así como el equipo de pares evaluadores, hemos trabajado con mucho amor a nuestras profesiones para cumplir con nuestro más vital compromiso lo que nos lleva a culminar agradeciendo sobre todo a los que atienden ese llamado al deber, transmitiendo sus conocimientos mediante el hallazgo de problemas y la formulación de su tesis.

A nuestros escritores, desearles muchos éxitos y motivar a quienes lo deseen a formar parte de este proceso donde están llamados a ser investigadores de prestigio, para nuestra universidad, nuestro país y nuestra comunidad internacional.

De ustedes siempre, con aprecio y retribución en conocimiento.

Luis Felipe Díaz Villamarín

Editor director

Revista Justicia y Derecho – ISSN 2323-0533 / E-ISSN 27112470

1 Editor director de Justicia y Derecho. Abogado de la Universidad del Cauca.

Constitución poética de Colombia (Prólogo)

Poetic constitution of Colombia (Prologue)

Aurelia Gervasoni[2]

Abstract:

The Constitution is the text that brings together, unites, and contains the soul of a people. The fruit of an eventful path, it is today in Colombia a central text with a fascinating history and, above all, the hope of a future of peace and reconciliation. Through poetry, the author illustrates some of the articles of the Colombian Constitution, making them resonate with the emotions of every reader, whether legally educated or not. Starting with the preamble and moving on to rights as important as personal development and the procedure for revising the Constitution, this proposal is a poetic rewriting of an essential text.

Keywords: Constitutional law, Poetry, Legal Theory and Legal History

Resumen:

La Constitución es el texto que cohesiona, une y contiene el alma de un pueblo. Fruto de un agitado recorrido, es hoy en Colombia un texto central con una historia fascinante y, sobre todo, la esperanza de un futuro de reconciliación. A través de la poesía, el autor ilustra algunos de los artículos de la Constitución colombiana para que resuenen en las emociones de cada lector, tenga o no formación jurídica. Empezando por el preámbulo y pasando por derechos tan importantes como el desarrollo personal y el procedimiento de revisión de la Constitución, esta propuesta es una reescritura poética de un texto esencial.

Palabras clave: Derecho constitucional, Poesía, Teoría legal e Historia del derecho

2 Candidata a doble máster en Derecho en la Universidad K.U. Leuven de Bélgica y en la Universidad de Zúrich en Suiza. Apasionada por la poesía, ya ha ganado varios premios por su trabajo creativo, actualmente se especializa en Derecho Minero y Antropología Legal.

I. Preámbulo[3]

EL PUEBLO DE COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

Las alas de la tangara se hicieron
una con el cielo

La voluntad se hizo unísono

Los colores trazan su propia forma s
obre el papel,

las condiciones de su inspiración,

lo que les mueve en el fondo,

lo que sustenta su magia

y su deslumbrante constitución

Unas palabras para hablarte de paz,

unas frases para decirte que sí,
que eso fue el pasado,

unos capítulos para decirte que
vuelvas a creer,

y las palabras de toda una vida
para decirte que hay unión.

***

II. Artículo 12[4].

Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Amor, más amor, siempre amor – de mí a ti,
en cualquier lugar

No te vuelvas un desaparecido

Cuyo nombre no puedo evocar

Y aún me preguntaré por qué me quedé

Y aún me preguntaré por qué me dejaron libre

Pero aprisionado por tu recuerdo intangible,
tú intangible

No te hagas un extraño

Cuyo recuerdo afronto

Intenta el descanso eterno a mi lado

No seas voz de desconsuelo –
si te tienes que fugar

Pero lo que hace que la lluvia caiga como cristal

Sobre tu lomo fuerte – aquí o en cualquier lugar

No busco tu cuerpo en el río o en un sendero
de montaña

Pero en paz sobre la cima que elegiste
como tuya

Sostendré tus sienes en mis palmas

Paz

Devolveré tu fe en la vibración del mundo

Amor

Devolveré tu sangre a la tierra

Vida

Mis labios en los tuyos

Te devolveré el aliento que perdiste

Robado de tu alegría

Ojalá que vuelvas con nuevas alas

A habitar la tierra de tus amados –

***

3 CONST. POL. COL., *Preámbulo.*

4 CONST. POL. COL., art. 12.

III. Artículo 16[5].

Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Me uniré a tu corazón

Donde quieras dejar tu confianza

Tu corazón en mi corazón

No sé si puedes ver el océano frente a ti

No te lances, aunque el presente sea un sacrificio

Todo puede esperar menos tu propia elevación

Confía en tus alas

Siempre hay algo que aceptar

Siempre hay que elegir

Qué silencios dar

En qué palabras confiar

Y si quieres mostrarme la brecha

Por donde entra la luz

En tu pasado bajo tu piel

Justo donde mi palma pasa su onda

Te daré lo que buscas

Para que sin miedo renazcas –

***

IV. Artículo 22[6].

La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

Ojalá no veas mis heridas

Para acogerlas en tu claridad

Ojalá dejes de aceptarme con esta certeza

Para que deje de verme contigo, incandescencia

Ojalá el calor de tu cuerpo no me caliente por las mañanas

Para que pueda resistir otro invierno sin ti

Ojalá que cada pétalo deje de inspirarme a florecer contigo

Hasta la última primavera

Ojalá no busque más que las perlas en mi cuello y las lágrimas en mis mejillas

Sean recogidas por tus palmas

Si todo pudiera llevarme, si todo pudiera llevarme a ti

Para poder reunirme contigo en esta iglesia, a rezar de rodillas

Agradecer el cruce de distancias

Y tantos caen, caen ante mí

No puedo darles lo que quieren

Ojalá tus gestos cotidianos pierdan su sacralidad

Para poder volver a la banalidad de lo cotidiano

Porque sigo dándole al sol, para que lo sientas

Dondequiera que tus pasos te hayan llevado

Ojalá tu cara ya no me sonría, tu palabra no se quede en mi alma

Ojalá te vayas sin mirar atrás

Porque una palabra más y soy tuya –

***

V. Artículo 42[7].

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la

5 CONST. POL. COL., art. 16.

6 CONST. POL. COL., art. 22.

7 CONST. POL. COL., art. 42, par. 1.

voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

Un día tendrás tu casa en el campo

Alguien esperará tu regreso

El perro saltará al verte

Habrás buscado y buscado y buscado

Sacrificado y sacrificado

Para que alguien en el jardín te mire

Con las manos llenas de frutos del huerto

Gestos que significan

Ha llegado la calma –

Veo en la casa

El café en las tazas

El gato que quiere salir

Y yo que pensaba que todo ya lo había encontrado

Has venido a completar lo que esperaba ser descubierto

Inmenso inmenso inmenso

Te veo y conozco las grietas

Las toco sin pisarlas

Y si juntos pudiéramos remendar lo que te sigue doliendo

Y si juntos levantáramos lo que puedes dejar atrás

Nunca hubo un tiempo en que no fueras más de lo que dijeron que serías

Y ya ves

Habrá una casa

Tuya y luego

Cada ladrillo puesto por ti y entonces

Habrás encontrado

La verdad de todas estas razones –

***

VI. Artículo 44[8].

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

Hijita, escúchame

No estás solo, nunca solo

Te llevaré a secar tus lágrimas

Con flores, a la Feria

Montarás en mi espalda

Para ver los colores desde arriba

Hijito, iremos descalzos

Caminando entre risas y pétalos

Y cuando ya te hayas cansado

Te sentaré en tu silleta favorita

Pequeña, si tienes miedo

De que se muera tu bella flor

Te diré que lo pasajero

De la vida o de tu ojo

Solo existe para enseñar

Que debes jugar sin parar

Pequeño, si quieres volar

Te llevaré en las alas de la tangara

Me saludarás con la mano al aire

Estaré aguardando donde aterrices

Haciéndote un nido en la rama que más te guste

Niñita, iremos a ver

Las olas del Caribe

Y los orfebres de la costa

8 CONST. POL. COL., art. 44, par. 1.

Y las nubes de medianoche

Iremos a nadar

En el océano sin fin

Niñito, no temas

Puedes ir donde quieras

Seguiré tus pasos

Y el tiempo pasará, vivirás todas las mañanas

Y una noche nos unirá –

***

VII. Artículo 45[9].

El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

El mundo sabe que tu palma lo acogerá

Y mientras esperas que te toque lo inmenso

Juntaré mis palmas donde en tu piel se aferra tu pasado

Soplaré sobre las palabras que quedaron en tu garganta

Crecerán flores de tu frente ardiente

Conocerás al que vi

De cara al Amazonas, de cara al presente

Deja que mi agua limpie lo que crees que eres

Deja que mi mano revele la posibilidad infinita

Y serás tú quien añada

A la creación del mundo –

***

VIII. Artículo 374[10].

La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

Todos levantan los ojos al cielo

La tangara ha pasado

Sólo puede volar si sus alas se unen – en un solo movimiento

Así que se sentaron todos juntos:

"Ahora, nos pertenecemos unos a otros,

libres en nuestros derechos similares,

idénticos en nuestras vidas únicas"

Y siempre que la libertad es unísona,

la tangara continúa su vuelo,

siempre un poco más lejos.

***

9 CONST. POL. COL., art. 45.

10 CONST. POL. COL., art. 374.

La Personería Municipal de El Tambo, Cauca. El bastión de la Constitución y los derechos humanos frente a las víctimas del conflicto armado. Analisis de 2022 a 2023.

The Municipal Ombudsman's Office of El Tambo, Cauca: The bastion of the Constitution and human rights in the face of armed conflict victims. Analysis from 2022 to 2023.

Brayan Felipe Méndez Llantén[11]

Laura Alejandra Daza Gutiérrez[12]

Abstract:

The Municipal Ombudsman's Office of El Tambo, Cauca, has played a fundamental role in the protection and defense of human rights, as well as in the comprehensive care of victims of the armed conflict in the region during the years 2022 and 2023. To achieve this, the Ombudsman's Office has implemented various strategies and actions. Their work includes ensuring the attention and protection of victims, promoting a culture of human rights, and contributing to peacebuilding in the community.

Keywords: Municipal Ombudsman's Office, El Tambo Cauca, protection and defense of human rights, comprehensive care for victims, armed conflict, strategies and actions, victim support and protection, promotion of human rights culture, peacebuilding.

Resumen:

La Personería Municipal de El Tambo Cauca, ha desempeñado un papel fundamental en la protección y defensa de los derechos humanos, así como en la atención integral de las víctimas del conflicto armado en la región durante los años 2022 y 2023. Para lograrlo, la Personería ha implementado diversas estrategias y acciones. Su labor incluye garantizar la atención y protección de las víctimas, promover la cultura de derechos humanos y contribuir a la construcción de paz en la comunidad.

Palabras clave: Personería Municipal, El Tambo Cauca, protección y defensa de los derechos humanos, atención integral de las víctimas, conflicto armado, estrategias y acciones, atención y protección de las víctimas, promoción de la cultura de derechos humanos, construcción de paz.

11 Abogado de la Universidad del Cauca, Presidente del Consejo Municipal de Juventud de El Tambo, Cauca, líder social y comunitario de El Tambo, Subcoordinador de la Mesa Municipal Comunitaria del PDET de El Tambo – Cauca, miembro del grupo interdisciplinario AESS Unicauca.

12 Abogada de la Universidad del Cauca/ Colombia, Especialista en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad del Cauca/ Colombia, Estudiante de Master en Derechos Humanos y Sistemas Internacionales de Protección de la Universidad Internacional de la Rioja/ España.

La Personería Municipal de El Tambo, Cauca, ha sido un actor fundamental en la protección y defensa de los derechos humanos y la atención integral de las víctimas del conflicto armado en la región. Durante el año 2022 a 2023, la Personería ha implementado diversas estrategias y acciones para garantizar la atención y protección de las víctimas, así como la promoción de la cultura de derechos humanos y la construcción de paz en la comunidad.

Este artículo tiene como objetivo analizar el papel de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, en la atención y protección de las víctimas del conflicto armado durante el año 2022 a 2023. Se describirán las estrategias y acciones implementadas por la Personería, así como su papel en la defensa y protección de los derechos humanos de las víctimas. Además, se discutirán los resultados obtenidos y se presentarán recomendaciones para mejorar la atención y protección de las víctimas en el futuro.

Este análisis es de gran importancia ya que permite visibilizar la labor de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, como un bastión de la constitución y los derechos humanos en la región. Además, es una oportunidad para resaltar la importancia del trabajo social y la defensa de los derechos humanos en la construcción de una sociedad justa y en paz.

I. Marco teórico.

El marco teórico de este estudio se enfoca en la importancia del papel de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca en el acompañamiento a las víctimas del conflicto armado durante el período 2022 a 2023[13]. Para ello, se hace uso de diversas fuentes bibliográficas que permiten comprender el contexto en el que se desenvuelve dicha entidad y la relevancia de su labor en el marco de los derechos humanos y la justicia transicional.

Lo anterior, coincide en que las Personerías Municipales juegan un papel importante en la implementación de la ley 1448 de 2011, la protección de los espacios de participación para la construcción de paz y el desenvolvimiento ciudadano en relación a sus derechos fundamentales, políticos y económicos.

En primer lugar, se hace referencia al Acuerdo de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC-EP (2016)[14], el cual buscó poner fin a más de 50 años de conflicto armado interno en el país. Dicho acuerdo estableció mecanismos para la reparación integral de las víctimas y la garantía de sus derechos, lo cual se materializó formalmente a través de la Ley 1448 de 2011. Esta ley reconoce a las víctimas del conflicto armado interno como sujetos de derechos y establece medidas de atención, asistencia y reparación integral para ellas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)[15], adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. En este sentido, la Personería Municipal de El Tambo tiene el deber de velar por el respeto y la protección de los derechos humanos de todas las personas, en especial de aquellas que han sido víctimas del conflicto armado interno.

En el ámbito internacional, varias normativas refuerzan la protección de los derechos humanos y el bienestar de las víctimas. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) [16] establece derechos

13 Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, (2023).

14 Gobierno de Colombia y las FARC-EP. Acuerdo de paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP. (Agosto 7, 2023).https://www.mesadeconversaciones.com.co/documentos/acuerdo-general-de-paz

15 Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

16 ONU. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. https://www.plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/convencion-derechos-del-nino/?gclid=Cj0KCQjww5u2BhDeARIsALBuLnNiGAzk4FMiG1-oI63Gdlv2RjVPuWjICbkn1TRM8AK7Mcu_LLiuUHEaAmkEEALw_wcB

específicos para niños y niñas, incluyendo protección contra el abuso, la explotación y la violencia. Como Estado parte, Colombia está obligada a implementar medidas para garantizar estos derechos.

De manera similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José, 1969 (1969)[17] es un tratado regional que fortalece la protección de los derechos humanos en América Latina, abarcando derechos civiles y políticos y garantías judiciales para las víctimas de violaciones de derechos humanos

Además, el Protocolo de San Salvador (1988)[18], complementario a la Convención Americana, se enfoca en los derechos económicos, sociales y culturales, fundamentales para garantizar el acceso de las víctimas del conflicto armado a la educación, la salud y el trabajo.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979)[19] obliga a los Estados parte a eliminar la discriminación contra las mujeres y a garantizar la igualdad de género.

Finalmente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)[20] establece la Corte Penal Internacional para juzgar crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, permitiendo su intervención en casos graves de violaciones de derechos humanos.

En Colombia, la Defensoría del Pueblo (2017) y la Comisión Colombiana de Juristas (2017) han señalado la importancia del papel de las entidades estatales en la implementación de los acuerdos de paz y la protección de los derechos humanos en el contexto del postconflicto[21][22]. Asimismo, la Honorable Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia T-025 (1997), estableció la obligación de las autoridades de garantizar los derechos de las víctimas del conflicto armado interno.

La Personería Municipal de El Tambo debe cumplir con su función de garante de los derechos humanos y velar por la protección de las víctimas del conflicto armado. Para ello, se requiere de una adecuada gestión institucional, tal como lo señala el informe de auditoría de gestión territorial a la Personería Municipal de El Tambo realizado por la Contraloría General de la República (2018).

Finalmente, se hace uso de la Guía metodológica para la elaboración de planes integrales de atención y reparación a las víctimas del Ministerio del Interior (2019) y del Informe sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2015-2016 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2016) para comprender la importancia de los planes integrales de atención y reparación en la construcción de la paz y la reconciliación en el país.

Se basa en la importancia del papel de la Personería Municipal de El Tambo en la protección de los derechos humanos y el acompañamiento a las víctimas del conflicto armado interno en el período 2022 a 2023 de igual manera, La Ley 1448 de 2011, también conocida como Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, es otro marco legal relevante que establece medidas para la atención, asistencia y reparación integral de las víctimas del

17 *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Organización de los Estados Americanos.* https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

18 Organización de los Estados Americanos (OEA). (n.d.). *Mecanismo de monitoreo de la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto del Protocolo de San Salvador.* http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/Mecanismo_Monitoreo.pdf

19 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH). (n.d.). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women

20 Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. (n.d.). *Corte Penal Internacional.* https://www.cancilleria.gov.co/international/multilateral/united-nations/icc

21 Comisión Colombiana de Juristas. Justicia para la Paz. Informe Anual 2016. (2017)

22 Colombia, Defensoría del Pueblo. Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República (2017)

conflicto armado interno en Colombia (Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2011).

En cuanto a la gestión de la Personería Municipal de El Tambo, es importante mencionar el informe de auditoría de gestión territorial realizado por la Contraloría General de la República en 2018, el cual analizó el desempeño de la entidad en la gestión de los recursos y en la prestación de servicios a la comunidad.

Por último, es relevante mencionar la Sentencia C-781/12 de la Corte Constitucional de Colombia, en la que se establecen medidas para garantizar la protección de los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado interno y se reconoce el papel de las entidades estatales en la defensa de estos derechos[23].

El marco teórico de este estudio se fundamenta en la importancia de garantizar los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado interno en Colombia, así como en el papel de la Personería Municipal de El Tambo en el acompañamiento y protección de estas víctimas. Se analizará el desempeño de la entidad durante el periodo de 2022 a 2023, en el marco del acuerdo de paz y las leyes y normas nacionales e internacionales que rigen la protección de los derechos humanos en Colombia.

II. Metodología.

La metodología propuesta para esta investigación sobre la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, se basa en un enfoque mixto que combina elementos cuantitativos y cualitativos para lograr un análisis integral y riguroso. A continuación, se describe cada una de las etapas de la metodología:

Revisión documental: Se realizará una revisión exhaustiva de documentos, como el informe de gestión de la Personería Municipal de El Tambo del periodo 2022-2023, la Ley 1448 de 2011, el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros documentos relevantes.

Análisis de datos cuantitativos: Se recolectarán datos cuantitativos sobre la gestión de la Personería Municipal de El Tambo, tales como el número de quejas y denuncias recibidas, el tiempo promedio de respuesta, el número de investigaciones realizadas, entre otros indicadores. Estos datos serán analizados mediante estadística descriptiva y se compararán con los datos del año anterior.

Análisis de datos cualitativos: Se analizarán los datos cualitativos obtenidos mediante las entrevistas, así como los resultados de la revisión documental, para identificar los patrones y temas emergentes en la información. Se utilizará el software Atlas. Ti para realizar el análisis de datos cualitativos.

Validación de resultados: Los resultados obtenidos serán presentados y discutidos con los actores clave, con el fin de validar los hallazgos y obtener su retroalimentación.

Elaboración del informe final: Los resultados de la investigación serán presentados en un informe final que incluirá una descripción detallada de la metodología utilizada, los resultados obtenidos y las recomendaciones para mejorar la gestión de la Personería Municipal de El Tambo.

III. Capitulo I.

1. Análisis de Resultados de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca en la atención y protección de las víctimas del conflicto armado durante el año 2022 a 2023.

En este capítulo se presentan los resultados y análisis de la gestión de la Personería Municipal

23 C.C., 10 de octubre de 2012. Sentencia C-781/12 M.P.Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

de EL Tambo, Cauca, en cabeza del Dr. Luis Fernando Vergara Potosí en relación a la atención y protección de las víctimas del conflicto armado durante el periodo del 1 de marzo de 2022 al 27 de febrero de 2023. De lo anterior, se hace una revisión exhaustiva del informe de gestión presentada en relación con la ley 1448 de 2011.

2. Marco legal de la atención protección a las víctimas del conflicto armado en Colombia.

La violencia y el conflicto armado interno en Colombia han afectado a la población civil durante décadas, causando daños físicos, psicológicos y sociales y cobrando miles de víctimas. En este contexto, han surgido normas, políticas y mecanismos de protección y reparación para las víctimas del conflicto armado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 establece que "toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"[24] (artículo 3), "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o tratos o penas degradantes"[25] (artículo 5). Estos derechos fundamentales han sido violados reiteradamente en Colombia como consecuencia del conflicto armado interno.

En 2011, el gobierno colombiano promulgó la Ley No. 1448, Ley de Víctimas, que tiene como objetivo establecer medidas de atención, asistencia y reparación integral para las víctimas del conflicto armado interno, y garantizar su derecho a conocer la verdad y buscar justicia e indemnización[26]. La Ley N° 1448 establece un conjunto de medidas y programas para la atención y reparación de las víctimas, tales como la creación de un registro único de víctimas, un programa integral de atención y reparación a las víctimas, un programa de reparación colectiva, etc[27].

Además, el acuerdo de paz de 2016 entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP incluyó una serie de compromisos y medidas para atender y reparar a las víctimas del conflicto armado; estos compromisos incluyen la creación de una Unidad Especial para la Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, la implementación de programas de reparación colectiva y la garantía de la no repetición de los hechos violentos.[28]

En Colombia, la Defensoría del Pueblo es la entidad encargada de la promoción y protección de los derechos humanos y de la vigilancia de la garantía de los derechos humanos por parte del Estado y los particulares. En su informe anual de 2016, la Defensoría del Pueblo destacó la importancia de la atención a las víctimas del conflicto armado y señaló que la implementación de la Ley No. 1448 y otros mecanismos para la protección y reparación de las víctimas seguían siendo grandes desafíos.[29]

En cuanto a la Defensoría del Pueblo Municipal de El Tambo, Cauca, entidad encargada de velar por la protección de los derechos humanos dentro de su jurisdicción, el informe de gestión 2022-2023 muestra que ha estado comprometida con la atención y protección de las víctimas del conflicto interno. conflicto armado.

En el marco de la atención y protección de las víctimas del conflicto armado en Colombia, un documento fundamental es la Ley No. 1448 de 2011, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

24 Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

25 Ibídem

26 Ley 1448 de 2011, art 1

27 Ibídem

28 Gobierno de Colombia y las FARC-EP. Acuerdo de paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP. (Agosto 7, 2023).https://www.mesadeconversaciones.com.co/documentos/acuerdo-general-de-paz

29 Defensoría del Pueblo. Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República (agosto 8, 2023) https://www.defensoria.gov.co/documents/20123/1394305/XXVI-Informe-del-Defensor-del-Pueblo-al-Congreso.pdf/259c0106-f0b4-7bc8-ef9f-6b892c149d20?t=1650925685226

La ley prevé medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, así como la devolución de las tierras despojadas y abandonadas.

Otro aspecto relevante es la Sentencia C-781 de la Corte Constitucional de Colombia de 2017, que reconoció el derecho de las víctimas del conflicto armado a una reparación integral en correlación a un análisis constitucional que lo ratificaría[30]. Esta sentencia establece la obligación del Estado de garantizar la protección de los derechos fundamentales de las víctimas y prevenir futuras violaciones.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 es también un documento fundamental en el marco de la protección de las víctimas del conflicto armado en Colombia. Este documento establece que todas las personas tienen derecho a la vida, la libertad y la seguridad, y el derecho a no ser torturados ni sometidos a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[31].

El Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia de 2014 y el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia de 2016 elaborados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también son materiales de referencia importantes para comprender la situación de las víctimas del conflicto armado en Colombia y proteger derechos humanos.

En cuanto a la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, el informe de gestión 2022-2023, la normatividad vigente y mencionada generaran un panorama de correlación de un análisis integral e informativo para la elaboración de planes integrales de atención para esta población.

Finalmente, la Guía metodológica para la elaboración de planes integrales de atención y reparación a las víctimas del Ministerio del Interior es un documento fundamental para el diseño e implementación de políticas y programas dirigidos a la atención y protección de las víctimas del conflicto armado en Colombia.

Presentación de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca.

La Personería Municipal de El Tambo, Cauca, se encuentra ubicada en las instalaciones de la alcaldía municipal y cuenta dentro de su talento humano con una secretaria y el Personero Municipal, lo que hace referencia a una entidad reducida. A pesar de ello mantienen un proceso en defensa del interés público, social, cultural y ambiental, prestando un servicio oportuno y de calidad a los usuarios, con un enfoque diferencial, protector de la vida y de los derechos humanos.

La Personería Municipal mantiene su autonomía presupuestal y administrativa bajo lo establecido en la ley 136 de 1994, ley 617 del 2000, del cual mantienen dentro de su plan de acción un manejo del presupuesto asignado para la Personería en cada vigencia. De lo anterior, extrayendo información del Informe de gestión 2022-2023 de la Personería Municipal se extrae la siguiente tabla:

30 C.C., 10 de octubre de 2012. Sentencia C-781/12 M.P.Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

31 Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Tabla 1

PRESUPUESTO	*MARCO LEGAL*	*OBJETIVO GENERAL*	*OBJETIVOS ESPECIFICOS*	*METAS*
Manejo de los recursos públicos y cumplimiento de las normas de contratación pública	Ley 136 de 1994 ley 617 de 2000 ley 80 de 1993 decreto 1510 de 2013	Cumplir con eficiencia velando por la aplicación y respeto de los principios de la contratación estatal	Garantizar el cumplimiento de los fines estatales a través de la contratación. *ejecutar el presupuesto de la Personería bajo los criterios de Eficacia y eficiencia. *cumplir con el plan anual de Adquisiciones, gastos y Apropiaciones aprobado para el 2022. *gestionar recursos que permitan una mejor atención al público y en us posibilidades el proceso de modernización.	*Pagar cumplidamente las acreencias que estén a cargo de la personería. *Publicar los procesos en el SECOP y velar para que se adjudiquen Buscando la modalidad que pueda generar ahorro a la entidad. *Cumplir con los informes a los entes de control. *Optimizar el uso de recursos para viáticos y gastos de transporte

Nota. Tabla extraída de Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 3 (2023)[32].

La Personería Municipal de El Tambo, Cauca, se enfoca en uno de sus deberes misionales relacionado a ser defensor, el cual se toma desde lo preventivo a la actuación y se hace necesario realizar diferentes acciones que permitan el cumplimiento de los Derechos Humanos que el Estado le ha concedido a la ciudadanía.

Desde la perspectiva mencionada la Personería Municipal de El Tambo, desarrolla la siguiente tabla:

32 Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 3 (2023)

Tabla 2.

DEBER MISIONAL DE LA PERSONERIA MUNICIPAL – DEFENSOR				
PRESUPUESTO	***MARCO LEGAL***	***OBJETIVO GENERAL***	***OBJETIVOS ESPECIFICOS***	***METAS***
La Personería Municipal principal defensor de los DDHH	Ley 1448 de 2011. Declaración de los DDHH	Teniendo en cuenta los mecanismos de protección con que contamos se pretende lograr que nuestra sociedad reconozca a la Personería Municipal como la INSTITUCIÓN que defiende sus derechos	Realizar seguimiento a las denuncias existentes sobre presuntas violaciones de los derechos humanos de las personas que acudan al despacho y recibir y tramitar las mismas. *ACCIONES CONSTITUCIONALES: Acciones de Tutela, Acciones de Cumplimiento y Acciones Populares según sea el caso. (Realizar el seguimiento). *ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA. Atender las solicitudes de inclusión en el RUV y solicitudes de AH	Vigilar y atender las quejas y denuncias presentadas por presuntas violaciones de DDHH e interponer las acciones constitucionales que cada caso requiera. *Orientar a las Víctimas del conflicto armado sobre sus derechos conforme lo dispone la Ley 1448 de 2011 y los decretos que la reglamentan. *Solicitar la AH para las personas que lo requieran. *Realizar las novedades para las personas víctimas del conflicto armado.

Nota. Tabla extraída de Tabla extraída de Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 4 (2023)[33].

Como se denota de la tabla extraída del informe de gestión 2022-2023 de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, esta personería tiene un especial enfoque bajo la ley 1448 de 2011 y la Declaración de los Derechos Humanos bajo un enfoque de bloque de constitucionalidad en correlación con los Derechos Fundamentales que se encuentran en la Carta Política de Colombia.

El compromiso de la protección y vigilancia para buscar un trámite de solución a la protección a las posibles vulneraciones a los Derechos Humanos e interponer las acciones constitucionales que cada caso requiere. Por consiguiente, se denota el objetivo de orientar a las víctimas del conflicto armado en la ley 1448 de 2011.

Bajo el mismo análisis se presenta dentro del deber misional de la Personería la línea de atención a víctimas, que busca velar por el goce del derecho de las víctimas del conflicto armado interno. Lo anterior, generando acciones constitucionales y legales para que se realice el goce efectivo de los derechos, por consiguiente, se desarrolla la siguiente tabla desde la Personería Municipal de El Tambo, Cauca.

33 Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 4 (2023).

Tabla 3. Deber misional de la Personería Municipal – Atención a víctimas.

DEBER MISIONAL DE LA PERSONERIA MUNICIPAL – ATENCIÓN A VICTIMAS				
PRESUPUESTO	***MARCO LEGAL***	***OBJETIVO GENERAL***	***OBJETIVOS ESPECIFICOS***	***METAS***
La Personería Municipal defensor de los Derechos de las victimas dentro del marco del conflicto armado.	Ley 1448 de 2011.	Teniendo en cuenta los mecanismos de protección con que contamos se pretende lograr que nuestra sociedad reconozca a la Personería Municipal como la INSTITUCIÓN que defiende sus derechos	Recepcionar y remitir ante la Unidad Para La Atención Y Reparación Integral A Las Victimas (UARIV) las declaraciones de la población víctima del conflicto armado interno que se presenten ante la entidad. *Orientar a la población víctima de desplazamiento para el trámite ante la Alcaldía Municipal de la solicitud de Atención Humanitaria inmediata según aplique para quienes declaren ante la Personería Municipal. *Apoyar a la Unidad Para La Atención Y Reparación Integral A Las Victimas (UARIV) en el trámite de publicación y comunicación de las órdenes de pago de Atenciones Humanitarias. *Apoyar y asesorar a las personas víctimas del conflicto armado interno en la presentación y sustentación de los recursos de vía gubernativa y acciones de tutela. *Apoyar el trabajo de la Mesa de Participación a través de la Secretaría Técnica.	Recepcionar en debida forma y remitir a la Unidad Para La Atención Y Reparación Integral A Las Victimas (UARIV) cuando fuere necesario todas las declaraciones de hechos victimizantes que cumplan con los requisitos y tiempos de la ley 1448 de 2011. * Velar por que a todas la victimas que declaren y que cumplan con los requisitos de la ley 1448 de 2011 se les entregue la AHÍ. * Lograr que el 100% de las órdenes de pago que se envían por la Unidad y que correspondan a personas víctimas que residan en EL TAMBO CAUCA, sean publicadas y tratar en lo posible que sean todas cobradas. * Realizar al menos cuatro (04) sesiones de la mesa de víctimas y apoyar en la ejecución del Plan de Trabajo de la Mesa

Nota. Tabla extraída de Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 5 (2023)[34].

34 Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 5 (2023).

La Personería Municipal de El Tambo, Cauca, dentro de los deberes de trabajo planteado analizan la importancia de recepcionar y remitir ante la Unidad Para La Atención Y Reparación Integral A Las Victimas (UARIV) en adelante UARIV las declaraciones de la población víctima del conflicto armado interno que se presenten ante la entidad, todo con el propósito de garantizar el acceso a la justicia y al proceso que la ley 1448 orientar a la población víctima de desplazamiento para el trámite ante la Alcaldía Municipal de la solicitud de Atención Humanitaria inmediata según aplique para quienes declare para generar activación interinstitucional de una ruta importante para el municipio y en especial para quienes son desplazados del territorio o quienes son receptados por el mismo, genera un apoyo a la UARIV en el trámite de publicación y comunicación de las órdenes de pago de Atenciones Humanitarias de manos de la secretaria de la Personería quien atiende diligentemente de manera idónea la mayoría de trámites requeridos en correlación con el Personero Municipal.

Uno de los puntos relevantes es el apoyo al trabajo de la Mesa de Participación Efectiva de las Victimas a través de la Secretaría Técnica en la cual, la Personería juega un papel fundamental de garante. La Mesa de participación de Victimas conformada por un número plural de organizaciones y grupos étnicos generan el afianzamiento de la Personería ante los territorios y de la misma manera, la entidad a través del arduo trabajo garantiza la efectividad de una ruta que ellos denominan plan de trabajo.

El Plan de Trabajo de la mesa de victimas atiende a las necesidades de los territorios y es efectivamente avalada por la población victima que aplaude el desarrollo social y la reconstrucción del tejido histórico y de la memoria colectiva en donde la Personería mantienen en constante dialogo con los líderes de esta mesa y de los territorios más afectados dentro del municipio.

Desde las temáticas y líneas de trabajo analizada es menester de este artículo revisar los resultados de la gestión de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca durante el 1 de marzo de 2022 al 27 de febrero de 2023.

3. Resultados y análisis de la gestión de la Personería Municipal de El Tambo en la atención y protección de las víctimas del conflicto armado durante el año 2022 a 2023

Bajo el primer análisis desde la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, se debe analizar las estadísticas de declaraciones desde el 1 de marzo de 2022 hasta el 31 de diciembre de 2022 en donde la entidad ofrece una tabla de declaraciones por hecho victimizante y el número de declaraciones.

Tabla 4. Estadísticas de declaraciones 2022.

DECLARACIONES 2022 POR HECHO VICTIMIZANTE	*# DE DECLARACIONES*
HOMICIDIOS	22
AMENAZA	18
DESPLAZAMIENTO FORZADO	49
LESIONES PERSONALES	6
TENTATIVA DE HOMICIDIO	1
VINCULACIÓN DE NNA A ACTIVADES RELACIONADAS CON GRUPOS ARMADOS	1
ACTO TERRORISTA/ ATENTADOS/ COMBATES/ ENFRENTAMIENTOS/ HOSTIGAMIENTOS	16

DESAPARICIÓN FORZADA	4
TOTAL:	117

Nota. Tabla extraída de Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 19 (2023)[35].

La Personería Municipal, desarrolla un informe discriminado de las declaraciones tomadas durante el 2022 a 2023 para un total de ciento diecisiete declaraciones de los nueve meses analizados para el 2022, en donde se denota un número significativo de personas declarantes por hechos victimizantes en relación al conflicto armado interno.

De la tabla se denota que, dentro de los nueve meses presentados y analizados por la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, por cada mes se recibieron 13 declaraciones y con ellas la implementación de las respectivas rutas. El accionar frente a este fenómeno del conflicto interno en el municipio de El Tambo, Cauca, es de resaltar en cuanto que del ciento diecisiete (117) declaraciones cuarenta y nueve (49) se rindieron por desplazamiento forzado.

Para denotar el accionar teórico de la Personería con relación a los datos ofrecidos es una mirada preocupante frente al fenómeno del conflicto armado interno, pero en relación con el accionar pertinente de la ruta analizada se presenta una intervención oportuna de las instituciones para con la comunidad.

La Personería presenta una estadística actualizada donde se denota una atención eficiente y un accionar desde las rutas en correlación a la ley 1447 de 2011 pertinente; indiscutiblemente los datos ofrecidos en esta grafica demuestra una preocupación de la entidad analizada debido a que se analiza una tendencia encabezada por el desplazamiento forzado con cuarenta y nueve declaraciones (49), homicidios con veintidós (22) declaraciones, amenazas con dieciocho (18) declaraciones, acto terrorista, atentados, combates, enfrentamientos, hostigamientos con dieciséis (16) declaraciones, lesiones personales con seis (6) declaraciones, cuatro (4) declaraciones por desapariciones forzadas, una (1) declaración por tentativa de homicida y una declaración por vinculación de un niño, niña u adolecentes a actividades relacionadas con grupos armados[36].

La entidad discrimina los datos del 2022 al 2023, generando una tabla de estadísticas de declaraciones de enero y febrero de 2023 que ofrece un análisis de cuatro (4) hechos victimizantes encabezando nuevamente el desplazamiento forzado con once (11) declaraciones, cinco (5) declaraciones por amenazas, dos (2) declaraciones por homicidios y una declaración por secuestro, esta información se vislumbra mejor en la tabla que ofrece la Personería Municipal de El Tambo, Cauca.

Tabla 5. Estadísticas de declaraciones enero y febrero 2023.

DECLARACIONES 2022 POR HECHO VICTIMIZANTE	*# DE DECLARACIONES*
HOMICIDIOS	***2***
AMENAZA	***5***
DESPLAZAMIENTO FORZADO	***11***
SECUESTRO	***1***
TOTAL:	***19***

Nota. Tabla extraída de Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 19 (2023)[37].

En el 2023 la Personería hizo la toma de diecinueve (19) declaraciones en total con un promedio por mes de 9,5 declaraciones por mes. En donde la entidad vislumbra que el

35 Tabla extraída de Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 19 (2023).

36 26. Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 19 (2023)

37 Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 19 (2023).

desplazamiento forzado sigue siendo uno de los hechos victimizantes más declarados. Por consiguiente, se activa una de las rutas interinstitucionales más solicitadas en el municipio debido a su nivel de recurrencia. Es de aclarar que el municipio de El Tambo, Cauca no es solo emisor de desplazados por el conflicto armado sino también es un receptor.

Frente a la protección y reivindicación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, genera una tabla denominada estadística en derechos humanos, derecho internacional humanitario que retoma un consolidado del accionar de la entidad.

Tabla 6. Estadística en derechos humanos, derecho internacional humanitario.

Novedades en el Registro Único de la población desplazada	239
Número de derechos de petición realizados para que las personas los presenten directamente y a nombre propio ante las diferentes entidades y autoridades	38
Tutelas (Salud)	18
Tutelas Derecho de Petición	5
Tutelas Derecho a la Educación	4
Incidentes de Desacato	9
Recursos de Reposición AURIV	17
Recursos de Reposición CEO	9
Recursos de Reposición y Apelación Cuota de Alimentos	3
Recurso de Queja	1
Revocatorias Directas (UARIV)	6
Diligencias como Ministerio Público en todos los procesos penales en los despachos judiciales de la localidad (Audiencias Preparatorias y de Juzgamiento).	5
Defensoría Pública	7
Monitoreo mensual a detenidos Estación de Policía para observar sus garantías	8
Talleres de capacitación realizados con víctimas y comunidad en general	4
Visitas con acompañamiento de la Defensoría del Pueblo Veredas Baraya, Los Anayes	2
Acompañamientos y asesorías a víctimas del conflicto armado	3360
Requerimientos para la protección de los adultos mayores en estado de vulnerabilidad o abandono.	9

Nota. Tabla extraída de Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 19 -20 (2023)[38].

La Personería Municipal de El Tambo, Cauca, frente a la atención y protección de las víctimas del conflicto armado realizo doscientos treinta y nueve (239) novedades en el Registro Único de Desplazados en donde se desarrolló por parte del ente un proceso de acercamiento, diligenciamiento y optimización de las actualizaciones de las victima en el registro existente a través de la UARIV

En correlación con los datos de novedades se evidencia un acompañamiento y asesoría a las víctimas del conflicto armado en el territorio de El Tambo, Cauca, por parte de la entidad con un total de tres mil trescientos sesenta (3360) actuaciones de asesoramiento y acompañamiento. Se reafirma una importante actuación de la Personería como garante de la defensa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario frente a los datos presentados que infieren que, durante los meses de presentación del informe, esta entidad con solo dos funcionarios atendió doscientos ochenta (280) personas para asesoramiento y acompañamiento por mes.

38 Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 19 -20 (2023).

Frente a las actuaciones relacionadas a favor de las víctimas del conflicto armado se denotan los recursos de reposición de la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VICTIMAS (UARIV) con diecisiete (17) actuaciones y seis (6) revocatorias directas de la UARIV en donde la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, atiende a la población víctimas y le asesora y realiza las actuaciones mencionadas.

Para la realización de un acercamiento con la población victima con el territorio, la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, realiza visitas en acompañamiento de la Defensoría del Pueblo en las Veredas de Baraya y los Anayes para un total de dos (2) vistas. Se resalta el acompañamiento UARIV en la entrega de recursos tecnológicos a las i.e. de las veredas las Piedras, Sevilla y El Higuerón. En el corregimiento de San Joaquín verificación en la construcción del 2x1 salón comunal casa de la cultura con un total de cinco visitas, la estadística se encuentra en la tabla denominada estadísticas como Ministerio Publico.

Tabla 7. Estadísticas como Ministerio Publico.

Monitoreo a detenidos en Sala de Reflexión Transitoria Estación de la Policía para observar sus garantías	8
Revisión de archivos en procesos penales de las Fiscalías Local y Seccional.	200
Reuniones MMV (En el informe de la MMV están relacionadas)	15
Conciliaciones	26
Jornada de Conciliación en el Salón Sacúdete 5 de noviembre de 2022	1
Servicio de Valoraciones de Apoyo en cumplimiento de la Ley 1996 de 2019	3
Intervenciones por problemas en la prestación del servicio de salud (Solicitud de autorización de exámenes, medicamentos e intervenciones quirúrgicas) con resultados favorables, Se realizaron por correo electrónico, whatsApp, llamadas.	26
Agencias Especiales	3
Preventivas Procuraduría	12
Cumplimiento Memorandos, Directivas y Circulares Procuraduría General de la Nación	12
Despachos Comisorios Unidad de Control Interno Disciplinario Gobernación del Cauca	2
solicitudes a diferentes autoridades y particulares 2022	460
Solicitudes a diferentes autoridades y particulares enero y febrero 2023	58
Mediación ante conflicto Bomberos y Alcaldía Municipal	1
Mediación ante conflicto por invasión antiguo relleno sanitario	2
Reunión con Fiscalía, Juzgado y Comisaría de Familia con el fin de fijar criterios jurídicos respecto al tratamiento por el delito de Inasistencia Alimentaria. (27 de octubre de 2022.	1
Mediación para la creación de la Básica Secundaria en el Centro Educativo El Zarzal	4
Acompañamiento a comunidad en el sector El Asomadero	1
Mediación ante conflicto comunidad e Institución Educativa Chisquío	3
Acompañamiento UARIV en la entrega de Recursos Tecnológicos a las I.E. de las veredas Las Piedras, Sevilla y El Higuerón. En el corregimiento de San Joaquín Verificación en la construcción del 2X1 salón comunal casa de la cultura	5

Nota. Tabla extraída de Personería Municipal de El Tambo Cauca. Informe de gestión 2022-2023, 20 -21 (2023).

La Personería Municipal de El Tambo, Cauca, como secretaria técnica de la Mesa Municipal de Victimas presta acompañamiento y asesoría para que los miembros cumplan correctamente con sus funciones. La entidad busca garantizar el derecho a la participación de las víctimas para incidir en las diferentes políticas que puedan generar un resarcimiento en el tejido social y en la correcta intervención y solicitud de sus derechos.

La entidad destino unas acciones que se denominaron “SEGUIMIENTO AL PLAN INTEGRAL DE PREVENCIÓN Y GARANTÍAS PARA LA EFECTIVA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL

CONFLICTO ARMADO" en donde el accionar de acompañamiento se dirige a la realización de los Plenarios con la Mesa Municipal de Victimas en donde se realiza el goce efectivo de la participación además de un proceso de asesoramiento integral, de igual manera se garantiza y cancelan los incentivos para la participación de los Plenarios a los miembros de la mesa[39].

De lo anterior, también se hace acompañamiento a las capacitaciones, jornadas de articulación con la UARIV que tienen como fin presentar la oferta institucional para la población víctima. Para cumplir de manera integral el desarrollo del accionar la entidad mantiene constante comunicación con los integrantes de la Mesa Municipal de Victimas quienes como líderes y lideresas son importantes para mantener vigilancia, apoyo y guía para las víctimas.

IV. Capitulo II.

1. El papel de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca en la defensa y protección de los derechos humanos de las víctimas.

En el contexto del acuerdo de paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el análisis metodológico para la implementación de la Ley 1448 de 2011, se reconoce la necesidad de proteger y garantizar los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado interno en Colombia40. En este capítulo, se analizará el papel de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, en la defensa y protección de los derechos humanos de las víctimas.

La Ley 1448 de 2011 establece medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno en Colombia. En este marco, la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, tiene la responsabilidad de garantizar la protección y defensa de los derechos humanos de las víctimas en el ámbito local. Asimismo, la Sentencia T-025 (1997) de la Corte Constitucional de Colombia establece la obligación del Estado de proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad, incluyendo a las víctimas del conflicto armado interno.

La Personería Municipal de El Tambo, Cauca, como se reflejó en el capítulo I es un pilar fundamental en la defensa de los derechos de las víctimas del conflicto armado y de la comunidad en general por consiguiente se denotan las siguientes funciones fundamentales de la Personería Municipal:

- Promover y proteger los derechos humanos de las personas y comunidades del municipio.
- Orientar a las personas sobre sus derechos y deberes ante las autoridades.
- Vigilar el cumplimiento de las normas y leyes que garanticen los derechos humanos.
- Atender y tramitar las quejas y denuncias sobre posibles violaciones de derechos humanos.
- Realizar las tomas de declaraciones de las víctimas del conflicto armado. De igual manera realizar las novedades pertinentes ante la UARIV.
- Acompañar y ser secretaria técnica de la Mesa Municipal de Victimas del municipio de El Tambo, Cauca.

39 Personería Municipal de El Tambo Cauca Informe de gestión 2022-2023, 61 (2023)

40 Ministerio del Interior. Guía metodológica para la elaboración de planes integrales de atención y reparación a las víctimas (agosto 8 de 2023) https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/guia-metodologica-para-la-elaboracion-de-planes-integrales-de-atencion-y-reparacion-a-las-victimas.pdf

- Coordinar con las autoridades locales y nacionales para garantizar la protección de los derechos humanos de las personas y comunidades.

En este contexto, la Personería Municipal de El Tambo ha desempeñado un papel importante en la protección y defensa de los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado interno a pesar que para la fecha del 2023 este análisis comparativo vislumbra que El Tambo, Cauca es un emisor de víctimas a pesar de las acciones de la Personería, pues el fenómeno de la guerra se fortalece en el territorio.

Sin embargo, el informe de gestión 2022-2023 de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca solo ofrece cifras referentes al accionar de la entidad que denota esfuerzos incansables de los dos miembros de esta entidad por consiguiente ha desempeñado un papel fundamental en la protección y defensa de los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado interno en la región. De acuerdo con el informe de gestión de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, durante el periodo 2022-2023, se ha trabajado en la atención y orientación a las víctimas del conflicto armado en el municipio, realización de acciones frente a la UARIV, acompañamiento en la Mesa Municipal de Victimas, en la promoción y divulgación de los derechos humanos y en la denuncia de las violaciones a los mismos.

Además, la Personería Municipal de El Tambo ha trabajado en la implementación de la Ley 1448 de 2011, la cual establece medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno en Colombia. Para ello, se ha realizado un trabajo articulado con otras entidades del Estado, organizaciones de la sociedad civil y la comunidad en general en donde se resaltan las visitas al territorio con la Defensoría del Pueblo, el acompañamiento de la Mesa de Victimas y el trabajo interinstitucional entre la administración local y las victimas siendo un intermediario y defensor pertinente, eficiente y eficaz para la prevalencia de los derechos.

No obstante, es importante señalar que la Personería Municipal de El Tambo también ha enfrentado retos y limitaciones en su labor en defensa de los derechos humanos relacionados a la disponibilidad presupuestal y a los recursos humanos en correlación que la entidad solo cuenta con dos (2) sujetos, el Personero Municipal y la secretaria, durante el año 2022 a 2023 han tenido el acompañamiento de dos judicantes para el desarrollo de sus funciones pero la limitante del tiempo de disposición de los judicantes es de aproximadamente nueve (9) meses por consiguientes es limitada su intervención. La personería municipal en Colombia enfrenta una crisis institucional que se traduce en la falta de recursos humanos y financieros para realizar su trabajo de manera efectiva y eficiente.

A pesar de esto, la Personería Municipal de El Tambo ha logrado avanzar en su trabajo de defensa y protección de los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado interno en la región, contribuyendo así a la construcción de una sociedad más justa y equitativa. La entidad reafirma el compromiso con los habitantes del municipio de El Tambo, Cauca y reafirma esas palabras de su logo "Al Servicio del Pueblo"[41].

V. Capitulo III.

1. Discusión y conclusiones.

Este artículo concluye que la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, desempeñó sus funciones de manera eficiente y oportuna durante el período 2022-2023 al trabajar en estrecha colaboración con la población civil, la alcaldía municipal y otras entidades para garantizar una protección efectiva de los derechos de las víctimas del conflicto armado. Aunque la Personería es un ente desfinanciado y tiene un capital humano reducido para realizar su trabajo, las cifras obtenidas demuestran que esta entidad cumple

41 Personería Municipal de El Tambo Cauca Informe de gestión 2022-2023, 1 (2023).

con la mayoría de sus funciones y colabora con otros entes en aquellas que no puede cumplir por sí sola.

La amplia gama de funciones y acciones que lleva a cabo la Personería demuestra que es una entidad crucial para la defensa de los derechos humanos de la población en general y, en particular, de las víctimas del conflicto armado. Es la oficina principal a la que acude toda la población para recibir asesoramiento y apoyo.

Es importante destacar la importancia de las Personerías en todo el departamento del Cauca, y especialmente la Personería de El Tambo, Cauca, que cumple una importante misión en defensa de los derechos humanos de la población en general y de las víctimas del conflicto armado en particular. Aunque la Personería de El Tambo es un ente reducido en comparación con el tamaño del municipio y el alcance de su labor, su reducido presupuesto y capital humano no son suficientes para el desarrollo de un plan más eficaz en correlación con la presencia institucional en los territorios, especialmente en las veredas más remotas, donde se encuentran las poblaciones más vulnerables.

Un segundo punto a considerar es la desarticulación de las universidades con respecto al desarrollo de judicaturas y trabajo en entes ubicados en las zonas más alejadas de la capital caucana, donde se concentran la mayoría de las universidades en el Cauca. En este sentido, sería pertinente que la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, genere vacantes ad honorem para el acompañamiento de estudiantes de derecho, psicología, fonoaudiología y ciencias políticas, para tener un grupo interdisciplinario que le permita cumplir con sus metas de manera más eficaz.

En cuanto a las víctimas, es de vital importancia el desarrollo de proyectos a nivel nacional que permitan financiar los pocos recursos de la Personería para que las víctimas puedan acceder a proyectos transversales, lo que generaría una Personería más activa sin estar sujeta a su escaso presupuesto. En este sentido, la importancia del convenio con las universidades para actividades ad honorem en el ámbito de la creación y análisis de proyectos políticos es clave.

Por último, se destaca la importancia de contar con un psicólogo o un pasante de psicología que acompañe al personero municipal en la escucha y análisis de las declaraciones de las víctimas del conflicto armado, lo que permitiría una caracterización más humana de las mismas.

En resumen, se destaca el compromiso de los miembros de la Personería Municipal de El Tambo, Cauca, que hacen lo posible de manera eficiente y eficaz para ofrecer a la comunidad víctima.

El derecho a la libertad sexual frente a la formación de las instituciones educativas de los niños, niñas y adolescentes en Colombia en el año 2022.

The right to sexual freedom in the face of the formation of educational institutions for children and teenagers in Colombia in the year 2022.

Wilfer Edwin Metrio [42]

Abstract:

The rights to sexual freedom are appreciated as the means of achieving emotional and physical stability in the human being, so it is essential to care for, protect and guarantee them through different legal entities, both national and international. This is how through this article we intend to analyze the training provided by educational institutions with respect to sexual rights in children and adolescents in Colombia, taking into account that this achieves the harmonious and integral growth of the human being.

Keywords: Sexual rights, sexual freedom, sexual education, equality and gender equity.

Resumen:

Los derechos a la libertad sexual se aprecian como el medio de conseguir una estabilidad emocional y física en el ser humano, por lo que es indispensable cuidar, proteger y garantizar de estos a través de ellos diferentes estamentos jurídicos tanto nacionales como internacionales. Es así, como por medio, de este artículo se pretende analizar la formación que brindan las instituciones educativas con respecto a los derechos sexuales en los niños, niñas y adolescentes en Colombia, teniendo en cuenta que con ello se logra el crecimiento armonioso e integral del ser humano.

Palabras clave: Derechos sexuales, Libertad de formación sexual, Educación sexual, Igualdad y equidad de género.

42 Estudiante de 9° semestre de Derecho en la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia

I. Problema

Los derechos fundamentales del ser humano han sido reconocidos como inalienables e inherentes a este, sin determinar que unos u otros sean más importantes; como tal se pretende desarrollar una investigación sobre el derecho a la libertad de la formación sexual y de género que se debe realizar a través de las instituciones educativas en los niños, niñas y adolescentes en Colombia. Por lo tanto, en la actualidad la diversidad sexual en las instituciones educativas está siendo atacada desde el llamado matoneo o bullying, lo que demuestra la necesidad de establecer catedra que genere el espacio adecuado para aprender a respetar dicha diversidad.

Dentro de la Constitución Política de Colombia de 1991, es posible identificar dos derechos fundamentales que reconocen la libertad sexual y la oportunidad de formación frente a este tema, estos son el artículo 16 que prescribe el libre desarrollo de la personalidad y el artículo 27 que expresa la libertad de formación y cátedra. Como tal, las instituciones educativas están en la obligación de generar espacios de educación sexual, que ayuden a mitigar el matoneo o bullying, el cual se genera principalmente por la diversidad sexual y de género que se ha venido marcando en la actualidad.

De acuerdo con ello, en desarrollo de éste trabajo investigativo se plantea una problemática desde el verdadero reconocimiento de la libertad a la formación sexual por parte de la sociedad, que en ocasiones se torna conservadora frente al tema, así como, la desatención que tienen los niños, niñas y adolescentes desde la formación sexual en las instituciones educativas, al igual que los espacios que se presentan para el desarrollo de la libre personalidad frente a la sexualidad son muy mínimos, por lo que no se establece un desarrollo integral del infante. Hay que tener en cuenta que el Estado se encuentra en la obligación de formar a la persona desde todas las aristas de la vida.

I. Pregunta Problema

¿Cómo se desarrolla el derecho a la libertad de la formación sexual en las instituciones educativas de los niños, niñas y adolescentes en Colombia en el año 2022?

II. Metodología

Esta investigación se presenta bajo el enfoque cualitativo, teniendo en cuenta que versa sobre una realidad de la sociedad con relación a los derechos sexuales, los cuales, aunque están plasmados en lo instrumentos jurídicos internacionales y son obligantes para los Estados, siguen siendo vulnerados, lo que indica el direccionamiento de conceptualizaciones de las acciones humanas, de la vida en sociedad y la implementación de la normativa[43].

III. Diseño de Investigación: Documental

Este estudio se desarrolla mediante la investigación documental, por la razón que, es necesario recolectar información que desarrolle el tema de la libertad de la formación sexual, tanto en las normas internacionales como nacionales, al igual que en las entidades gubernamentales.

> La investigación documental, es una serie de métodos y técnicas de búsqueda, procesamiento y almacenamiento de la información contenida en los documentos, en primera instancia, y la presentación sistemática, coherente y suficientemente argumentada de nueva información en un documento científico, en segunda instancia. De este modo, no debe entenderse ni agotarse la investigación

43 Cayetano Fernández Sola Et Al., Comprender para cuidar Avances en Investigación cualitativa en Ciencias de la Salud: España (2019)

> documental como la simple búsqueda de documentos relativos a un tema[44]

De acuerdo con ello, se busca desarrollar el tema desde la doctrina, la ley y la jurisprudencia, relacionando la libertad sexual con la libertad de género, presentándolo desde las instituciones educativas como un medio de prevención hacia la discriminación.

IV. Enfoque de investigación: cualitativa

Esta investigación es de tipo cualitativa, lo que quiere decir que está encaminada a conocer la práctica de una situación fenomenológica, que en este caso es la libertad de la formación sexual, elección o sentimiento hacia el género y presentando la educación como la principal forma de detener la discriminación, violencia física y verbal sexual. Del mismo modo, se puede indagar hechos, doctrina, leyes y jurisprudencia, que se encuentran dentro de las ciencias sociales y que tienen una vigencia[45].

Para realizar esta investigación se plantea el desarrollo desde la siguiente apreciación:

Inicialmente se realiza el planteamiento de la idea, luego se desarrolla una pregunta problema y una revisión de la literatura e investigaciones que se han desarrollado en el tema, más adelante se presenta la definición de la muestra, recolección de datos, análisis de los datos e interpretación de estos, y por último se presenta el reporte de resultados[46]

> Enfoque de Investigación: Investigación teórica- Hermenéutica

> La investigación teórica es la que se desarrolla sobre objetos abstractos, que no perciben sensorialmente, y cuya materia prima son datos indirectos, no tangibles; especulativos; a esos efectos se emplean métodos del pensamiento lógico, tiene un fin cognitivo y su propósito es la reconstrucción del núcleo teórico de la ciencia[47]

Así mismo, la investigación hermenéutica permite el desglose de un texto, que permite llegar a una debida interpretación, dando lugar a la evolución del derecho dentro de la realidad social.

> La hermenéutica ofrece una alternativa para investigaciones centradas en la interpretación de textos. La misma implica un proceso dialéctico en el cual el investigador navega entre las partes y el todo del texto para lograr una comprensión adecuada del mismo (círculo hermenéutico)[48]

Con lo anteriormente expuesto, se describen los diferentes derechos sexuales que presentan la Organización de las Naciones Unidas, y la interpretación que se da con de los medios periodísticos y la Organización Mundial de la Salud.

V. Instrumentos de recolección de información: Rastreo bibliográfico.

La pretensión del instrumento es en encontrar los antecedentes teóricos, e indagar por otras investigaciones. Además acude a fuentes y archivos documentales consultados, potenciando en medio de las Nuevas Tecnologías de la Información comunicación –TIC`s- el acceso a bases de datos de libros y de revistas indexadas, más doctrinantes, leyes, normas y

44 Constantino Tancara, La investigación documental. 17, 91-106, (1993).

45 Juan Báez & Pérez De Tudela, Investigación cualitativa. (2a ed., Ed., 2009)

46 Roberto Hernández Siampieri Et Al. Metodología de la Investigación. (6° Ed., 2014)

47 Carlos Manuel Villabella Armengol, Los métodos de la Investigación Jurídica, Algunas Precisiones: México (2015).

48 Julián Hermida & Laura Quintana, La hermenéutica como método de interpretación de textos en la investigación psicoanalítico, Perspectivas en Psicología. 16, 73-80 (2019).

jurisprudencia de fuentes avaladas. De todo lo anterior, se identifica el aporte teórico, normativo y metodológico al objeto de investigación.

VI. Estado del Arte

Para la elaboración de este trabajo investigativo, se realiza un rastreo bibliográfico con el cual, se para revisar conceptos con relación a los dos temas que se plantean que son: la libertad sexual y la formación sexual que se presenta en Colombia para los niños, niñas y adolescentes en las instituciones educativas.

Frente al derecho de la libertad sexual, es indispensable revisar normativa internacional y nacional, así como trabajos de grado, monografías, artículos publicables, entre otros. De igual forma, revisar jurisprudencia que conceptualiza el derecho a la libertad sexual y su aplicación en Colombia.

De la misma manera, se halló inicialmente a nivel internacional Declaración Universal de los Derechos Sexuales o Declaración de Valencia (XIII Congreso Mundial de Sexología), la cual se generó en el año 1997. En ésta se hace ver la necesidad de regular los derechos de libertad en la sexualidad, como generador de respeto en los individuos de la sociedad. La Asamblea General de la Asociación Mundial para la salud sexual de 1997, estima la sexualidad como una "parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor"[49]

Desde la normativa nacional, acudiendo a la jerarquía de las normas, se debe empezar con la Constitución Política de Colombia de 1991, que expresa a través del artículo 16, que toda persona tiene derecho al desarrollo libre de su personalidad, lo cual implica también el derecho a una libre sexualidad.

En conformidad con el Código Penal (Ley 599 de 2000), se tienen estipulados algunos delitos frente a libertad sexual, dando lugar a la concepción de que la sexualidad es autónoma, por cuanto, el individuo escoge su orientación sexual amorosa y decide con quien comparte en su intimidad. Es decir ésta no puede ser obligada, sin embargo, es de anotar que los niños, niñas y adolescentes no cuentan con una libertad sexual, sino con una libertad de formación sexual.

Ahora bien, la jurisprudencia colombiana ha tenido que intervenir en algunos asuntos frente a la libertad sexual, con relación a ello; se presenta la Sentencia T- 156 de 2019, Magistrado Ponente Cristina Pardo Schlesinger, en esta sentencia se reconocen los derechos sexuales y reproductivos de los individuos, sin importar las Econdiciones en que se encuentren. Expresándose:

> La Corte estableció que (i) los derechos reproductivos, son aquellos que reconocen y protegen la autodeterminación reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva y; (ii) los derechos sexuales, por su lado, reconocen, respetan y protegen la libertad sexual y el acceso a los servicios de salud sexual[50]

A su vez, se encuentra la sentencia T- 732 de 2009, la cual, genera una conceptualización de la libertad sexual de la siguiente forma:

En virtud del derecho a la libertad sexual las personas tienen derecho a decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién (artículo 16 de la Constitución). En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada[51]

49 Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, Declaración de los derechos sexuales, 26 de agosto de 1999. https://lambdavalencia.org/wp-content/uploads/2018/01/1997-Declaraci%C3%B3n-universal-de-los-derechos-sexuales.pdf

50 C.C., 05 de abril de 2019, Sentencia T-156/2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger

51 C.C., 15 de octubre de 2009, Sentencia t-732/2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porro

Con respecto a los trabajos investigativos, en el año 2017 se había pronunciado por Cornejo y Pichardo el que tiene por título La "ideología de género" frente a los derechos sexuales y reproductivos. El escenario español. En este trabajo se analizan las posturas conservadoras que se han hecho en la población española, frente a la libertad sexual y por ende la libertad de género.

De igual forma se encuentra el artículo que lleva por título Derechos Humanos / Sexuales, Genero y Biopolítica. Reflexiones sobre la configuración subjetiva del derecho a la libre elección de identidad de género, en este trabajo investigativo se presentan conceptos que permiten desarrollar el término de diversidad de género, en el cual, los individuos tienen derechos a elegir su orientación sexual, así mismo la oportunidad de identificarse o no con el género masculino o femenino, lo que da lugar a vivir la sexualidad de forma libre y autónoma[52]

Con relación a la formación sexual de niños, niñas y adolescentes en las Instituciones educativas, es indispensable estudiar las normas constitucionales que regulan la educación frente a este tema, así como trabajos de grado, artículos publicables y documentos en general que cede a entrelazar los temas, generando así una investigación interdisciplinar.

Como tal, se trae a colación nuevamente la Constitución Política de Colombia (1991), que expresa la existencia de una libertad de enseñanza o cátedra, con lo cual, es posible que las instituciones educativas establezcan la formación sexual dentro de su currículo.

Del trabajo investigativo se localizó el libro que tiene por título Construcciones de género en la escuela secundaria, que expone un estudio de caso de un colegio, en cual se espera dar observancia al desarrollo de los adolescentes frente a la aceptación de la diversidad sexual, así como, visualizar el tratamiento de este tema por la institución educativa[53].

De igual forma, se estudia el trabajo llamado *Apropiación de derechos sexuales y reproductivos en la adolescencia: dimensiones de la ciudadanía, e*n el cual se realiza un estudio frente a la percepción y apropiación que tienen los adolescentes con respecto a los derechos sexuales y su formación en las instituciones educativas.

VII. Desarrollo

1. Normas internacionales y nacionales que se presentan sobre la libertan sexual y de género.

A través de la historia, la Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado diferentes documentos normativos con referencia a los derechos humanos, en esta oportunidad se realiza una revisión de la Declaración Universal de los Derechos Sexuales o Declaración de Valencia (XIII Congreso Mundial de Sexología) del año 1997, en la cual, se expresa a nivel internacional, la importancia que tiene para el ser humano el poder construir una sexualidad libre y aceptada a nivel social.

Es así como en el preámbulo de dicha declaración, se precisa la integralidad de la sexualidad en la personalidad de cada individuo como una necesidad de sostener una relación tanto física como emocional con otras personas, las cuales, activan diferentes deseos en el ser humano como son: caricias, placer, emociones de amor, ternura, entre otros, dando lugar a una categorización de la sexualidad como una parte esencial del ser humano, que permite su

52 Mónica Cornejo & Ignacio Pichardo, La "ideología de género" frente a los derechos sexuales y reproductivos. El escenario español. (Cadernos pagu, 175009).

53 Guadalupe Molina, Construcciones de Género en la escuela secundaria. (Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Filosofía y Humanidades, 2012).

desarrollo integral dentro de un plano social, siempre que se permita expresar de forma libre[54]

Para hablar de los derechos sexuales, es indispensable concatenar los diferentes derechos fundamentales que se conectan, como son: la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la salud, todos estos encaminados a generar una plenitud en la vida del ser humano, por ello su promoción y cuidado se señalan como fundamentales para todos los Estados. De acuerdo con ello, se expresan los siguientes derechos sexuales: El Derecho a la Libertad Sexual, El Derecho a la Autonomía Sexual, Integridad Sexual y Seguridad del Cuerpo Sexual, El Derecho a la Privacidad Sexual, El Derecho a la Equidad Sexual, El Derecho al Placer Sexual, El Derecho a la Expresión Sexual Emocional, El Derecho a la Libre Asociación Sexual, El Derecho a Hacer Opciones Reproductivas, Libres y Responsables, El Derecho a Información Basada en el Conocimiento Científico, El Derecho a la Educación Sexual Comprensiva, El Derecho al Cuidado de la Salud Sexual. Cada uno desarrollado por la ONU como derecho fundamental.

2. El Derecho a la Libertad Sexual

Según la ONU (1997), este derecho se encuentra en la esfera del ser humano, como la posibilidad que tiene cada uno de expresar sus gustos hacia otra persona, explorar su sexualidad y buscar la compañía en quien quiera, sin discriminación alguna. La única limitante se encuentra con relación a la explotación sexual, la coerción o el abuso.

Por su parte la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2006), elevo la protección de la libertad sexual como una prioridad dentro de los derechos humanos, pero esto no debe sobrepasar los derechos del otro. Así mismo, en el año 2014 realiza una relación de los derechos sexuales, en la cual, manifiesta que:

> Toda persona tiene derecho a la educación y a una educación integral de la sexualidad. La educación integral de la sexualidad debe ser apropiada a la edad, científicamente correcta, culturalmente competente y basada en los derechos humanos, la igualdad de género y con un enfoque positivo de la sexualidad y el placer[55]

Al tener cuenta que esta educación sexual permite estabilizar la mente del ser humano, con respecto a los sentimientos que se estén experimentando en la etapa más temprana de su vida.

Por lo anteriormente mencionado, se busca que cada individuo respete las decisiones del otro, siempre que no intervenga en su vida y sus derechos, lo que permite expresar libremente por ende este derecho tiene conexión especial con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

VIII. El Derecho a la Autonomía Sexual, Integridad Sexual y Seguridad del Cuerpo Sexual.

Según la ONU (1997) este derecho tiene que ver con la toma de decisiones con relación a la vida sexual, la cual involucra a la sociedad en cuanto a la ética personal. De igual forma se presenta como las aptitudes que tiene el ser humano para tomar decisiones frente a su cuerpo, en las cuales no se permite la mutilación, la violencia o la tortura.

Frente a ello es indispensable apartarse de las creencias religiosas o culturales, teniendo en cuenta que, esto en ocasiones atenta contra el ser humano desde la esfera sexual, más específicamente cuando por razones culturales se exige la mutilación de los órganos sexuales en niñas o niños, práctica que se aleja de toda libertad sexual.

54 Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Sexuales o Declaración de Valencia (XIII Congreso Mundial de Sexología), Jun. 29, 1997,O.N.U.

55 Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, Declaración de los derechos sexuales, 26 de agosto de 1999. https://lambdavalencia.org/wp-content/uploads/2018/01/1997-Declaraci%C3%B3n-universal-de-los-derechos-sexuales.pdf

Según el periódico El Espectador, la mutilación en mujeres y niñas por razones culturales es muy alta.

> Se estima que cerca de 140 millones de mujeres y niñas sufren las consecuencias de la mutilación genital femenina. En Colombia, la ablación del clítoris en las lactantes es una realidad en la comunidad Embera Chamí, extendida por 16 departamentos, con mayor presencia en Antioquia, Caldas, Risaralda, Quindío y Valle del Cauca. A causa del desplazamiento forzado, los cerca de 230.000 integrantes de esta comunidad se han dispersado ya por cinco departamentos más, ubicándose en un total de 21[56]

En la misma línea argumentativa, se encuentra la elección de la orientación sexual, la cual se ha considerado como un tabú alrededor del mundo, sobre todo en los países Latinoamericanos, en donde la homofobia resalta o enmarca por su descontrolada discriminación, generando abusos y crimines personales, por el simple hecho de no encajar en las esferas de lo supuestamente normal para la sociedad.

IX. El Derecho a la Privacidad Sexual

De acuerdo con lo expuesto por la ONU (1997), éste hace referencia a las individualidades frente a la sexualidad de una persona, las cuales se expresan en el comportamiento íntimo, que no puede involucrar los derechos sexuales de los demás.

Por su parte la OMS (2014), expresa que toda persona puede elegir sobre su propio cuerpo, las relaciones íntimas y consensuadas, sin que haya una intervención de ello por parte de la sociedad y las entidades estatales. De igual forma el Estado no puede divulgar información relacionada con la sexualidad a menos que se tenga una aceptación clara y expresa del individuo.

Se estima que la principal vulneración a este derecho se precisa con una de las personas más cercanas, que puede ser un amigo íntimo, novio o hasta esposo, teniendo en cuenta que en la actualidad las redes sociales van en crecimiento. A ello se le llama el fenómeno del sexting, el cual, se refiere al envío y la recepción de fotos o videos íntimos, que involucra situaciones sexuales a través de las redes sociales[57]

Lo anterior es uno de los fenómenos que sucede en la actualidad como forma de violentar la privacidad sexual del individuo, pero alrededor de la historia existen muchas más, como es el espionaje, el señalamiento discriminatorio, entre otros.

1. El Derecho a la Equidad Sexual

"Este derecho se refiere a la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o invalidez física o emocional"[58]

La discriminación social se ha generado alrededor de diferentes circunstancias que supuestamente no encajan en el conducto general o común de la sociedad; por ello, la orientación sexual siempre ha estado en la mira de las exclusiones sociales, lo que determina el no respeto a la individualidad.

De acuerdo con la OMS (2014), se refiere al derecho igualitario con relación al ejercicio de la sexualidad, independientemente de la condición del ser humano, sin tener en cuenta la cultura a la que

56 Estefanía Zárate Angarita & Ricardo Ávila Palacios, El derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexual, (Junio 29, 2014), https://www.elespectador.com/salud/el-derecho-a-la-autonomia-integridad-y-seguridad-sexual-article-501398/

57 María Dolores Gil Llario Et Al., El fenómeno del sexting entre los adolescentes españoles: prevalencia, actitudes, motivaciones y variables explicativas. Anales de Psicología / Annals of Psychology, No 36, 210–219 (2020).

58 Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, Declaración de los derechos sexuales, 26 de agosto de 1999. https://lambdavalencia.org/wp-content/uploads/2018/01/1997-Declaraci%C3%B3n-universal-de-los-derechos-sexuales.pdf

se pertenece, las capacidades físicas o cognitivas y mucho menos las emocionales.

Este derecho condena absolutamente cualquier agresión física o verbal por la condición sexual o de género, para lo cual, es un hecho que la población LGTBIQ+ es la más golpeada. En un artículo para el periódico El Espectador se expresa que "Según datos de la Secretaría de Integración Social, solo en Bogotá el 50,6% de lesbianas, gays y bisexuales, y el 100% de Transgeneristas, han sufrido algún tipo de agresión física o verbal"[59]

2. El Derecho al Placer Sexual

El placer sexual es la satisfacción y disfrute físico y / o psicológico derivado de experiencias eróticas compartidas o solitarias, incluyendo pensamientos, fantasías, sueños, emociones y sentimientos. La autodeterminación, el consentimiento, la seguridad, la privacidad, la confianza y la capacidad de comunicarse y negociar relaciones sexuales son factores clave para que el placer contribuya a la salud y el bienestar sexual. El placer sexual debe ejercerse dentro del contexto de los derechos sexuales, particularmente los derechos a la igualdad y la no discriminación, la autonomía y la integridad corporal, el derecho al más alto nivel posible de salud y libertad de expresión. Las experiencias de placer sexual humano son diversas y los derechos sexuales garantizan que el placer sea una experiencia positiva para todos los interesados y que no se obtenga al violar los derechos humanos y el bienestar de otras personas[60]

Con relación al derecho al placer sexual, se estima una línea muy delgada en cuanto a la ética y la moral, ya que, es importante resguardar a la sociedad de diferentes actos que puedan atentar contra la integridad de ser humano, por lo que dicho placer no puede sobrepasar los límites de los derechos de los otros, por cuanto, debe ser acogido dentro de la privacidad de cada quien.

En este punto la educación sexual se hace indispensable para el desarrollo integral del ser humano, con respecto a la oportunidad que tiene cada individuo de sentir placer a través de actos sexuales controlados y positivos.

3. El Derecho a la Expresión Sexual Emocional

Por parte de la ONU (1997), se indica que no solo la parte erótica es la que interviene en el placer sexual, sino también aquel placer emocional que se da a través de las caricias, los abrazos, el contacto verbal y físico.

De acuerdo con ello, se estima necesario permitir que una persona exprese emocionalmente su sexualidad, sin tener discriminación ante ello. Sin embargo, ha sido complicado que esto se cumpla por parte de la población LGTBIQ+ como se dijo anteriormente, todo ello de acuerdo a la discriminación social.

Otro punto a considerar es que este derecho trae a colación el sentimiento que tienen las personas con capacidades especiales, quienes han tenido restringido este derecho, como si no pudieran sentir el deseo de amar y ser amados por otra persona.

4. El Derecho a la Libre Asociación Sexual

"Significa la posibilidad de casarse o no, de divorciarse y de establecer otros tipos de asociaciones sexuales"[61]

59 Estefanía Zárate Angarita & Ricardo Ávila Palacios, El derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexual, (Junio 29, 2014), https://www.elespectador.com/salud/el-derecho-a-la-autonomia-integridad-y-seguridad-sexual-article-501398/

60 Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, Declaración de los derechos sexuales, 26 de agosto de 1999. https://lambdavalencia.org/wp-content/uploads/2018/01/1997-Declaraci%C3%B3n-universal-de-los-derechos-sexuales.pdf

61 Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, Declaración de los derechos sexuales, 26 de agosto de 1999. https://lambdavalencia.org/wp-content/uploads/2018/01/1997-Declaraci%C3%B3n-universal-de-los-derechos-sexuales.pdf

Este derecho ha estado permeado principalmente por las diferentes religiones y estándares sociales, los cuales inicialmente prescriben la relación sentimental entre hombre y mujer; No obstante, con el paso del tiempo y los reconocimientos de derechos en la diversidad humana, se ha establecido en diferentes países la legalidad de los matrimonios homoparentales, cumpliendo con el derecho sexual de libre asociación.

5. El Derecho a Hacer Opciones Reproductivas, Libres y Responsables

Este derecho se encuentra conectado con el de la libre asociación, ya que se estima como la oportunidad de decidir sobre tener descendencia o no, y en qué cantidad. Se precisa desde la responsabilidad como el medio que se tiene para cumplir con las obligaciones que esto acarrea.

6. El Derecho a Información Basada en el Conocimiento Científico

Este derecho enmarca la necesidad de educación sexual adecuada, teniendo en cuenta la información científica del tema y realizando un manejo ético de la misma.

En la actualidad los medios de comunicación en ocasiones distorsionan la información científica que se presenta sobre el tema, lo que hace que los individuos tomen decisiones equivocadas con respecto a su cuerpo o vida sexual.

7. El Derecho a la Educación Sexual Comprensiva

Este derecho involucra todas las esferas de la vida, y se encuentra en comunión con las instituciones estatales, ya que, estas deben llevar el mensaje adecuado frente a las libertades sexuales.

Es importante que se concentre en la educación sexual de niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta la época en que se está viviendo y la realidad social de la virtualidad.

8. El Derecho al Cuidado de la Salud Sexual

"El cuidado de la salud sexual debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas, preocupaciones y desórdenes sexuales"[62]

9. Jurisprudencia de Colombia sobre el concepto de la libertad sexual y de género.

Alrededor de la historia se ha presentado una clasificación de las personas en los Estados, estipulando categorías que determinan la posición jurídica del ser humano, todo ello, con el fin de establecer políticas públicas o normas que ayuden a cumplir con el interés general. Por tanto, una de las categorías que se ha establecido generalmente para determinar la posición del individuo en la sociedad es el sexo o género. Es decir, femenino o masculino que se da de acuerdo a la composición biológica de este.

Dicha categoría en la actualidad se encuentra en entre dicho, en consideración que socialmente se están reconociendo otros tipos de clasificación con relación al género, que corresponde a los tipos binarios y no binarios, con lo cual, es el individuo quien determina a qué género pertenece.

De acuerdo con ello, en Colombia se han presentado diferentes dificultades con la aceptación absoluta de la diversidad de género, por lo que la población que se identifica con género diverso ha tenido que recurrir a la Corte Constitucional para tutelar sus derechos, principalmente el libre desarrollo de su personalidad, la educación y su intimidad, esto, en el entendido que ha sido dentro

62 Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, Declaración de los derechos sexuales, 26 de agosto de 1999. https://lambdavalencia.org/wp-content/uploads/2018/01/1997-Declaraci%C3%B3n-universal-de-los-derechos-sexuales.pdf

de las instituciones educativas donde más se han presentado eventos que vulneran dichos derechos.

Al apelar el planteamiento inicial de este trabajo, se va a presentar una línea jurisprudencial donde se precisa la falta de formación en la libertad sexual en las instituciones educativas y el señalamiento de la Corte Constitucional frente a la necesidad de abrir espacios para instruir a la población infantil en el respeto de la diversidad de género, teniendo en cuenta que es en los establecimientos educativos donde se visualiza un rechazo o matoneo con relación al libre desarrollo de la personalidad.

Se inicia con la Sentencia T -569 de 1994, desarrollada por el Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, con esta sentencia se resuelve la controversia entre el plantel educativo Instituto Técnico Industrial Piloto y un estudiante que abiertamente se muestra como homosexual.

El estudiante se presenta con el uniforme masculino del colegio, pero utiliza cabello largo y zapatos de tacón, llamados unisex, de acuerdo con ello, la institución le llama la atención constantemente, por lo que el adolescente no quiere ingresar a clase, lo que ha hecho que éste se quede por fuera de la institución. La madre acudió varias veces al colegio a solicitar que se le deje desarrollar su personalidad libremente, pero hubo negativa, por lo que se presenta una acción de tutela, la cual, es resuelta en favor del colegio, indicando que, el manual de convivencia es claro en cómo se debe llevar el uniforme y asistir al colegio, por tanto, el libre desarrollo de la personalidad del adolescente es perjudicial para la comunidad en general, la cual debe preferirse por encima de lo individual. Como tal, se lleva el caso a apelación y en segunda instancia se confirma la sentencia, lo cual, vulnera absolutamente el derecho de la libre formación sexual.

> La Corte Constitucional ha sido enfática al proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad de todos los individuos, y ha removido los obstáculos que se han presentado para su realización en los casos que han llegado a su conocimiento. Pero también ha señalado que el ejercicio de este derecho tiene limitaciones, dentro de las cuales se encuentran los derechos de los demás. Si las conductas homosexuales invaden la órbita de los derechos de las personas que rodean al individuo, e inclusive sus actos no se ajustan a las normas de comportamiento social y escolar, aquéllas no pueden admitirse ni tolerarse (...).[63]

Con este apartado, se demuestra una clara disminución de los derechos del individuo con diversidad de género, apoyados en un discurso conservador, en el cual, se prescribe la obligación de esconder la personalidad cuando no es el común denominador de la sociedad.

Mas adelante, se presenta la Sentencia T-124 de 1998, del Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, con la cual se resuelve la controversia entre Ana Mercedes Díaz Blanco y el Colegio Externado Nacional Camilo Torres, en la cual, se acude a la protección del libre desarrollo de la personalidad con relación a la forma en que su hijo lleva su cabello. En esta oportunidad, el Magistrado expresa a pesar de existir un límite del derecho de la libre personalidad, el cual, es representado en los derechos de los demás, la sociedad debe tener tolerancia hacia los gustos y deseos de las otras personas, que son intrínsecas al individuo y no afecta en, lo absoluto a la sociedad, como es el caso de tener el cabello de una u otra forma[64]

Esta sentencia genera un punto de partida al reconocimiento pleno del derecho a la libre personalidad, señalando que las decisiones que toma el individuo con relación a su forma de verse y mostrarse a la sociedad, no traspasan ningún límite con relación a los derechos de los demás, por tanto, es indispensable su respeto y tolerancia por parte de la sociedad.

63 C.C., 07 de diciembre de 1994, Sentencia t-569/1994, M.P. Hernando Herrera Vergara

64 C.C. 31 de marzo de 1998, Sentencia t-124 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Como tal, se presenta la Sentencia T- 435 de 2002 desarrollada por el Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. En esta sentencia se presenta controversia entre la señora Aracely Romero Ravelo en nombre de su hija y la directora del Colegio Nuestra Señora de Nazareth, esta última acosando a la adolescente, señalándola de drogadicta y homosexual, lo que termino en la cancelación de la matrícula de la estudiante.

En esta oportunidad se precisa claramente que el individuo tiene la opción de escoger libremente la orientación sexual, por tanto, ninguna institución educativa podrá señalar y atormentar a un infante con el "pretexto de pretender inculcar valores homogéneos a todos los estudiantes, no respetando sus diversas tendencias" [65]

Como tal, se encuentra que las instituciones educativas apenas para esta época empiezan a entender que los individuos pueden ser diferentes en su orientación sexual, lo que no puede ser determinado por una institución como anormal o discriminante, sino al contrario se debe realizar acciones que permitan llevar a la tolerancia y aceptación de la diversidad sexual.

De igual forma la Sentencia T- 562 de 2013, expuesta por el Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, se decide sobre la tutela interpuesta por Luz Elena Vásquez Yépez como agente oficiosa de Kim, en contra de Institución Educativa INEM José Félix de Restrepo.

Kim se identifica sexualmente como Transgénero, por tanto, viste el uniforme femenino de la institución educativa accionada, lo cual, conllevó unas sanciones por parte de la institución, ya que, lo reconoce como su género biológico lo indica, que es sexo masculino, sin permitirle desarrollar con libertad su personalidad y gustos diversos.

En esta oportunidad se realiza inicialmente un acercamiento a las diferencias entre orientación sexual e identidad sexual, lo cual se determina de la siguiente forma:

> La orientación sexual y la identidad sexual son dos conceptos diferentes. Lo primero se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas, se pueden resumir en heterosexual, homosexuales y bisexuales. Lo segundo - identidad sexual - es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales; pueden ser personas trans o intersexuales.[66]

Con ello, se reconoce que existen personas que tienen una u otro sentimiento o condición frente a su sexualidad o género, el cual, desde tiempo atrás ha sido discriminado por la sociedad, simplemente por advertir una población mayoritaria en la heterosexualidad. De acuerdo con ello, en esta sentencia se estima la oportunidad de elección que tiene el individuo, que no solo se limita por sus gustos o caprichos, sino por sus sentimientos y personalidad, lo cual, mientras no invada la intimidad del otro, ni perjudique los derechos fundamentales del otro debe ser aceptado.

En esta oportunidad, la Corte exige la aceptación de la diversidad en las instituciones educativas, por cuanto, exhorta a la institución para que dentro de la catedra constitucional se cree un espacio para educar en la libertad sexual, la tolerancia, pluralismo y diversidad.

65 C.C. 30 de mayo de 2002, Sentencia T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil

66 C.C. 23 de agosto de 2013, Sentencia T- 562de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo

Para el año 2014 se presenta otra sentencia de tutela, en la cual, nuevamente se señala la obligación de aceptar a las personas con diversidad en su identidad de género en las instituciones educativas, esta es la sentencia T-804 de 20014 desarrollada por el Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio[67]. En esta ocasión no se tutela los derechos de la accionante quien pertenece a la comunidad LGTBIQ+ como transgénero, por cuanto no pudo probar los hechos, pero sí se exhorta a las instituciones educativas para que acepten sin reparos a los individuos sin estimar su orientación sexual o identidad sexual.

Ma adelante, en el año 2020, se encuentra la Sentencia T - 443 de 2020, en esta oportunidad se tutelan los derechos de José Manuel Echeverri Rodríguez, ya que, supone ser vulnerados por la Institución Educativa José Félix de Restrepo de Sabaneta, por cuanto, al ser una persona que pertenece a la población con identidad de género diverso fue atacado y discriminado en la institución educativa por el personal directivo y profesores.

En este caso, la Corte no encuentra fundamento en su demanda, pero expresa la necesidad de aceptación absoluta de la diversidad de género, para lo cual, indica:

> Se ha desarrollado el núcleo esencial del derecho a la identidad como una prerrogativa que avala a la persona como ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna válida. Tal autonomía, implica a la persona como dueña de su propio ser. La persona por su misma plenitud, es dueña de sí, es el sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y el fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser.[68]

Como tal, la identidad de género es intrínseca al ser humano, lo que quiere decir que se encuentra en la libertad y autonomía de elegir su forma de verse o sentirse, lo que no puede ser estigmatizado o atacado por la sociedad.

La Corte nuevamente ordena a las instituciones educativa realizar un acompañamiento a los estudiantes, en el cual, la libertad sexual debe ser inculcada, tanto como en la reafirmación de género, como en la aceptación y tolerancia a la pluralidad y diversidad.

Con esta línea jurisprudencial queda claro que la Corte ha entendido que existe una diversidad de género que a lo largo de la historia ha sido fracturada por la discriminación. No obstante, que es necesario cambiar esa posición violatoria de derechos, encaminando a las entidades estatales, que en este caso son Instituciones Educativas a una aceptación real y efectiva del individuo, sin tener en cuenta las características de su orientación sexual o identidad de género.

X. La libertad de formación y catedra frente al derecho de libertad sexual y de género.

Colombia cuenta con una Carta Política que determina unos derechos fundamentales, los cuales, deben ser protegidos y garantizados para todos los individuos que habitan el territorio, esto sin importar su condición sexual, religioso, cultural, entre otros. Dentro de los derechos que se precisan en la Constitución Política, está el derecho a la educación, la cual, se precisa como un derecho con función social, es decir, se busca impartir el conocimiento y formar al individuo en el respeto de los derechos del ser humano[69]

Por su parte el derecho a libertad de formación o libertad de catedra, se encuentra establecido desde 1977 por la UNESCO, quien ha expresado que el personal docente puede escoger de forma

67 C.C. 04 de noviembre de 2014, Sentencia T-804/2014, M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

68 C.C. 14 de octubre de 2020, Sentencia T – 443/2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

69 Const. Pol. Col., Art.67.

libre la manera de enseñar y dirigir su catedra, pero esto se encuentra dirigido a la enseñanza superior, mientras que, en la enseñanza de educación básica, es indispensable acogerse a los lineamientos de la institución educativa, así como el respeto hacia los niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, en la Sentencia T-588 de 1998, se precisa que en Colombia la libertad de cátedra se estima como un derecho del que es titular el docente, sin importar el nivel de estudios, para lo cual, lo único que debe cuidar es la no vulneración de otros derechos fundamentales, por cuanto, existe un límite en las libertades del otro[70]

Con ello, hablando de la libertad sexual y de género, los docentes pueden dictar su clase como consideren necesario para el entendimiento de los estudiantes, lo que no quiere decir que puedan inmiscuirse en la intimidad del alumno o propender desvirtuar su identidad de género a través de insinuaciones discriminantes.

Como se desarrolla en el apartado anterior, en la línea jurisprudencial se observa desde el año 1998 una misma postura con relación a la libertad sexual, en la cual, se precisa la obligación de propender espacios educativos frente a la libertad sexual e identidad diversa de género, con el fin de acabar con la discriminación y fomentar una tolerancia social, identificando que existe pluralidad en la sociedad y en la identidad de género.

Pero, en la realidad social, se encuentra que la aceptación de la identidad de género diversa en las instituciones educativas se ha dado de forma paulatina, acudiendo a casos puntuales que han reclamado sus derechos, sin embargo, no se visualiza una generalidad con relación al fomento de la aceptación de la diversidad sexual a través de la catedra, aunque se haya exhortando dicha situación por la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que, la educación en Colombia va un paso atrás con la evolución social.

Es cierto que en Colombia se exige a través de la Ley 1732 de 2014 implementar la Catedra de Paz, la cual, pretende detener el matoneo o bullying que se precisa entre estudiantes de instituciones educativas, pero allí, no se especifica los temas que deben ser tratados, lo cual, es posible que a través de esta catedra debidamente institucionalizada se podría generar espacios para la educación de la libertad sexual, no obstante, la implementación de esta orden legislativa no se ha dado por completo, lo que quiere decir, que no todas las instituciones educativas han integrado la catedra de paz en su currículo, lo que precisa que no hay oportunidad de incluir la educación en aceptación de identidad de género diverso.

Con ello, se estima que no existe un conceso educativo que permita tratar el tema con total libertad, sino que se acude a la libertad de catedra de los docentes, para que estos en momentos claves de sus asignaturas hagan referencia a la libertad sexual y fomenten la aceptación del otro sin ningún tipo de reparo.

XI. Hallazgo

A través del desarrollo de este artículo, se ha logrado encontrar diferentes situaciones con respecto a la identidad de género diverso, apoyado en el derecho fundamental de la libre personalidad, que se encuentra en conexión directa con los derechos sexuales.

Es por ello, que se realiza una discriminación conceptual de los derechos sexuales, dentro de los cuales, se encuentra la escogencia de la identidad de género atendiendo al sentir y vivir del individuo, por cuanto, es posible que se nazca biológicamente con un género determinado por la sociedad como femenino o masculino, pero a la vez sentirse perteneciente al género contrario.

Teniendo en cuenta lo anterior, Por medio de la línea jurisprudencial realizada se identificó que el principal derecho afectado a las personas de género diverso es la libre personalidad, esto por parte de las instituciones educativas, las cuales, en un principio no

70 C.C. 20 de octubre de 1998. Sentencia T-588 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

aceptan que los estudiantes que tienen en su sentir una identidad de género diferente al biológico lo expresen libremente en sus establecimientos. Es por ello, que la Corte Constitucional ha sembrado su postura en la no discriminación de género y la aceptación de la libre personalidad, por cuanto, esto no afecta los derechos de los demás, al contrario, exige fomentar la aceptación de la pluralidad y la diversidad.

Al llegar al apartado de la libertad de cátedra o formación con relación a la libertad sexual o de género, se encuentra que no existe en Colombia una postura determinante con relación a la necesidad de dictar una asignatura que fomente la aceptación completa del individuo. Sin embargo, la educación sexual o de identidad de género diverso se genera en las instituciones educativas cuando un docente en su derecho a la libertad de formación decide buscar el espacio para educar en tal sentido, por tanto, se visualiza una evolución muy lenta con relación a la educación sexual.

XII. Posición del Autor

Alrededor de la evolución social, el tema que se encuentra en auge es la aceptación de la diversidad de género, en la cual, se precisa una dualidad con respecto a si se debe aceptar o se debe refutar, y es que, para muchos es inaudito que por el simple hecho de que una persona se sienta del género contrario, esta se deba aceptar y reconocer con los derechos y deberes del género que asume, por cuanto, no es posible dejar a un lado la naturaleza biológica; mientras para otros, nadie puede intervenir en el sentimiento de cada persona, por tanto, es indispensable aceptarlos como ellos se sienten.

Con relación a esto, se plantea la necesidad de una educación sexual y de género a temprana edad, lo que significa que las instituciones educativas cuenten con una cátedra que ayude a orientar los sentimientos del ser humano, no para cambiarlos, sino para dirigirlos hacia un correcto entendimiento y conducta, es decir que la aceptación a sí mismo no genere perjuicios propios, ni sociales.

De acuerdo con ello, se encuentra que en Colombia el peor escenario para las personas de género diverso son las instituciones educativas. Por la razón que no sólo son señalados por los compañeros de estudio, sino también por las directivas y profesores, lo que ha dado las instancias judiciales, obteniendo como resultado el restablecimiento de derechos de aquellos que se han sentido vulnerados por el rechazo.

En cuanto a ello, es posible indicar que ha existido una evolución, entendiendo que los jueces constitucionales se han acercado al concepto de aceptación, en el cual, la discriminación se rechaza absolutamente, y las instituciones educativas han tenido que aceptar la diversidad de género desde todo punto de vista. Aunado a esto, la Corte Constitucional ha exhortado a la secretaria de educación, para que fomente y cree una cátedra de sexualidad y libertad de género que ayude en el crecimiento armónico del individuo, dejando a un lado todo tipo de prejuicios.

Pero, aun así, en la actualidad se siguen visualizando vulneración de derechos para las personas con diversidad de género, no sólo las instituciones educativas, sino en muchos ámbitos de la vida, como es el laboral y el social.

XIII. Conclusión

El desarrollo de este artículo se precisa frente a la formación que se está dando en Colombia a los niños, niñas y adolescentes con relación a la libertad sexual, teniendo en cuenta que existe en la actualidad una diversificación en la identidad de género, que determina la necesidad de una aceptación absoluta por la sociedad, en el entendido de dejar a un lado la discriminación.

Como tal, a nivel internacional se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Sexuales o Declaración de Valencia (XIII Congreso Mundial de Sexología) de 1997, la cual, determina que existen diferentes derechos que permiten el desarrollo integral de la persona con respecto a su sexualidad, dentro de los cuales, se encuentra

el derecho al reconocimiento como individuo con género diverso.

Es así como se plantea una línea jurisprudencial iniciando en el año 1994, con una postura cerrada, anticuada o si se quiere conservadora, la cual precisaba que el individuo no podía expresar con libertad su condición diversa con respecto al género. Pero a partir del año 1998, la Corte Constitucional crea una línea liberal, en la cual, acepta que la libre personalidad del individuo puede ser manifestada con el límite de no transgredir los derechos de los demás, para lo cual, expresa que la demostración de su sentir con relación a la identidad de género diversa no tiene ninguna contraposición con las libertades de los otros, al contrario, señala la necesidad de educar y formar en la tolerancia social y la aceptación de la pluralidad y diversidad, por lo que, le atribuye a las instituciones educativas tal cometido.

Pero, al revisar la realidad social, se encuentra que las instituciones educativas no cuentan con una cátedra que integre la educación sexual, no solo reproductiva, sino también de identidad de género, fomentando el respeto y la tolerancia a la pluralidad.

Dentro de las normas que se precisan para el desarrollo de la educación, se encuentra la Ley 1732 de 2014, que obliga a incluir una cátedra de paz en las instituciones educativas, pero acudiendo a la realidad, esta no es incluida, por tanto, se acude a la libertad de cátedra para que el docente forme a los estudiantes en la aceptación de la diversidad sexual.

Como tal se llega a la conclusión que, en Colombia, es necesario implementar un plan educativo más acorde a la realidad, incluyendo las nuevas tendencias sociales, dentro de las cuales se encuentra la diversidad del género, con el fin de abolir definitivamente la discriminación y violación de derechos.

Unificación de la legislación privada en Colombia: Revisión de su estado actual en materia de obligaciones y contratos.

Unification of private legislation in Colombia: Review of its current state with respect to legal obligations and contracts.

Andrés Horacio Rodríguez Ortiz[71]

Abstract:

The emergence of Commercial Law as a bifurcated branch of Civil Law led to private legal relationships being disciplined by two autonomous statutes. Since the 19th century, unifying trends in Private Law have been proposed that the national legal system has not accepted. However, with the issuance of Laws 222 of 1995, 527 of 1999, and 1676 of 2013 that harmonized matters related to obligations and contracts, added to the role of analogy as an integrating tool of the private legal system, vestiges of unification are visible, which will be reviewed in this article.

Keywords: Private law, Civil law, Commercial law, unification, secularization, legal obligations and contracts

Resumen:

El surgimiento del Derecho Comercial como rama bifurcada del Derecho Civil conllevó a que las relaciones jurídicas privadas se disciplinen por dos estatutos autónomos. Desde el siglo XIX se han planteado tendencias unificadoras del Derecho Privado que el ordenamiento jurídico patrio no ha acogido. Empero, con la expedición de las Leyes 222 de 1995, 527 de 1999, y 1676 de 2013 que armonizaron materias atinentes a las obligaciones y contratos, sumado al papel de la analogía como herramienta integradora del ordenamiento jurídico privado, se avizoran vestigios de unificación, los cuales serán objeto de revisión en el presente artículo.

Palabras clave: Derecho Privado, Derecho Civil, Derecho Comercial, unificación, secularización, obligaciones y contratos.

71 Estudiante de pregrado de Derecho en la Universidad del Cauca, miembro activo del Semillero de Investigación “Mare Liberum” de la misma institución. Correo Electrónico: ahrodriguez@unicauca.edu.co

I. Introducción

Sea lo primero anotar que, el Derecho Privado no siempre estuvo bifurcado en un ramo civil y otro comercial como en el estado actual de cosas se encuentra; fue el devenir histórico del comercio, de los modelos de desarrollo económico -sobre todo el capitalista- y del hombre mismo, las causas que hoy permiten explicar el surgimiento del Derecho Comercial como una disciplina jurídica autónoma frente al Derecho Común y la consecuente expedición de estatutos comerciales nacionales por parte de los Estados. Así las cosas, se hace necesario aperturar el presente artículo con una breve mirada histórica que permita contar con mayores elementos de juicio tendientes a comprender la actual fragmentación del Derecho Privado, misma que a día de hoy se debate entre la vida y la muerte, mantenerla o no mantenerla, esa es la cuestión.

Desde los albores del siglo XIX, frente a un escenario de evolución capitalista más entronizado, donde el hombre civil y el comercial en múltiples ocasiones parecieran no distinguirse, se germinan en el escenario internacional tendencias unificadoras que propenden por conferir unicidad al ramo privado. Pese a que tales orientaciones no han sido acogidas en su totalidad por el sistema jurídico colombiano, en época reciente se han expedido leyes, coadyuvadas por la doctrina, que unifican ciertos elementos del Derecho Privado acompasándose parcialmente con las precitadas tendencias.

Precisamente, el objetivo principal del presente escrito de carácter descriptivo, no es otro que realizar un recuento sucinto de la evolución del proceso de unificación del Derecho Privado en Colombia, que se itera, está apenas dando sus primeros pasos, más resulta de cardinal importancia poner de presente sus resultados, haciendo especial mención al papel que ha desempeñado en esta materia la analogía como fuente integradora del Derecho.

Lo anterior, porque es necesario retomar el debate en el escenario patrio, y avizorar la posibilidad de que la unificación del basto universo de regulaciones jurídicas privadas se haga desde su principal punto de convergencia -como se ha venido desarrollando por la jurisprudencia nacional-: la Teoría General de las Obligaciones y Contratos, reconociendo las bondades que acarrearía la expedición de un Código Único de Derecho Privado, toda vez que la unificación es un proceso quizá postergable pero no inevitable.

II. Fragmentación del derecho privado: evolución histórica.

Los postulados de la lógica impiden hablar de unificación de la legislación privada, si esta no ha sido disgregada, lo que ocurrió al instituirse el Derecho Comercial como rama autónoma, separada del Derecho Civil, que antes de su estelar aparición, disciplinaba todo el universo de las relaciones jurídicas entre particulares. Las razones que soportan tal acontecimiento solo pueden comprenderse de la mano del trasegar histórico del comercio, instituido en la Edad Media como impulsor del modelo económico capitalista, a día de hoy, más vigente que nunca. De tal suerte que, el statu quo actual en cuanto al ordenamiento jurídico privado respecta, ha de comprenderse, primeramente, a través de un recuento histórico en tormo a la evolución de las relaciones comerciales en el tiempo.

1. Relaciones comerciales previas al surgimiento del Derecho Comercial.

1.1 El comercio en la Antigüedad.

Bien lo acotaba Montesquieu: "La historia del comercio es la historia de la civilización", de tal suerte que, desde el surgimiento de la humanidad, mucho antes de la aparición del cristianismo, el comercio era ejercido principalmente por caldeos, judíos, semitas, fenicios y griegos. "En efecto, el Código más antiguo que se conoce en la historia de la humanidad fue promulgado por Hammurabi quien reinó en Babilonia hacia el año

2100 antes de Jesucristo"[72], y en él se consagraban disposiciones atinentes a rudimentarias instituciones mercantiles.

Las primeras operaciones sobre mercaderías se desarrollan una vez el hombre abandona su estilo de vida nómada y resuelve asentarse de manera permanente en un lugar, emergiendo nuevas necesidades que la caza y la pesca ya no podían satisfacer, viéndose conminado a entablar con sus pares relaciones de intercambio de bienes, que una parte poseía en abundancia, y la otra requería con premura. Inicialmente, para llevar a cabo el trueque, nada importaba el valor intrínseco de cada bien. Más adelante, se buscó entablar un parámetro que permitiera realizar intercambios más equitativos; es así como se pasa del incipiente trueque a la mejor elaborada permuta por valor de cambio.

Este estado de cosas aun primitivo se vio trastocado con la aparición de la moneda como instrumento genérico para medir el valor de todas las cosas; en consecuencia, la circulación de bienes y servicios hubo de hacerse a través del contrato de compraventa:

> Fue entonces (...) cuando la actividad comercial hizo su aparición (...) Así, las personas que se preocupaban de invertir el dinero en la adquisición de mercaderías con el fin de venderla a quienes las necesiten, en procura del lucro o ganancia que calculaban obtener de la diferencia entre lo que a ellos les había costado y lo que obtienen al enajenarlas.[73]

Como la circulación de la riqueza demandada la prestación de servicios bancarios, de transporte y depósito de mercancías, desembolso de créditos, medios de comunicación expeditos y el aseguramiento de riesgos inherentes al desarrollo de las operaciones que interesaban a ese propósito, los actos comerciales de intermediación que, en principio eran simples, paulatinamente fueron tornándose en complejos.

1.2 Mención especial: relaciones comerciales en el Imperio Romano.

El pueblo romano, caracterizado por la creación de trascendentales instituciones jurídicas de Derecho Privado, que, a día de hoy, mutatis mutandi, permanecen vigentes, no tuvo un cuerpo especial de disposiciones mercantiles, lo cual se explica por las siguientes anotaciones:

(i) El comercio era considerado una actividad de esclavos y plebeyos, siendo despreciada por la clase patricia, detentadora del poder.

(ii) La economía romana se fincaba en un régimen esclavista y en la explotación de la agricultura.

(iii) La relación amo-esclavo no era de carácter jurídico, sino, de hecho.

(iv) Los extranjeros o peregrinos -quienes no tenían la condición de esclavos ni libertos, pero tampoco de ciudadanos- que desarrollaban actividades mercantiles en territorio romano, eran disciplinados en sus relaciones por el ius Gentium, mucho más flexible y menos formalista que el ius civile, con un plus adicional: el pretor, en ejercicio de sus amplias facultades "adaptaba con amplio criterio de equidad las instituciones jurídicas (...) a la evolución y necesidades de la vida social."74

No obstante el exponencial desarrollo que tuvo el comercio desde sus inicios, "es preciso estar prevenido contra la tendencia a confundir la historia del comercio con la evolución de esta rama jurídica autónoma"75, cuando quiera que, si bien en la antigüedad se extendieron famélicas regulaciones disciplinantes de aspectos ínfimos del comercio, no fue hasta la aparición de las corporaciones de mercaderes, que el Derecho Comercial adquiere la autonomía, especialidad y rigurosidad científica que justificó su separación de la legislación civil.

72 José Ignacio Narváez García, Introducción al derecho mercantil 2 (7.ª ed., 1976).

73 Francisco Garo, Derecho Comercial: parte general 5 (1955).

74 *Op. Cit. García (1976), 4.*

75 Id. en 1.

1.3 El comercio en la primera parte de la Edad Media.

En el año 395 de la era cristiana, la grandeza y poderío del Imperio Romano feneció junto con el emperador Teodosio, quien desacertadamente lo dividió entre sus dos hijos, lo que, sumado a las invasiones de los pueblos barbaros dio al traste con la unidad política imperante hasta ese momento. La caída del Imperio Romano tuvo graves secuelas para el comercio, generando la parálisis casi absoluta de la circulación de mercancías, dada la inseguridad, el abandono de las vías de comunicación, el distanciamiento de cada comunidad de vida -en donde, se procuraba el autoabastecimiento- y la aparición del modelo económico feudal, esencialmente rural y pastoril.

Como la tierra, principal fuente de riqueza en aquella época era propiedad exclusiva de la nobleza y el clero, los siervos sin tierra se vieron conminados a agruparse en asentamientos ubicados alrededor de los grandes castillos o monasterios denominados burgos, mismos donde renacería el intercambio comercial más fuerte que nunca.

Los burgueses, la nueva clase comerciante, enfrentarían numerosas dificultades: a más de la reinante inseguridad, el vigente Derecho Canónico consagraba disposiciones que dificultaban el desarrollo de operaciones mercantiles, tales como la prohibición de cobrar intereses sobre un capital, procedimientos rudimentarios y absurdos, que no consultaban el espíritu de celeridad que se requería en la resolución de los conflictos originados en relaciones comerciales, dada la rapidez con que se ejecutaban las transacciones. Así las cosas:

> Era menester adoptar un régimen contractual elástico, apoyado en la amplitud de formas, en la buena fe y en el predominio de la costumbre. Se formularon entonces legislaciones locales, diferentes para cada ciudad, basadas en las costumbres aquilatadas por el intercambio comercial y en el otorgamiento por parte de los señores feudales a los gremios organizados de cierto poder jurisdiccional.[76]

2. Surgimiento del Derecho Comercial como disciplina jurídica autónoma.

En los siglos XII y XIII, en Italia, Francia y España, surgen las corporaciones de mercaderes, entidades con personería jurídica propia, integradas por personas que desarrollaban el mismo oficio o actividad económica, para la defensa de los intereses que les eran comunes, con una reglamentación particular y nula intervención del Estado. Cada gremio estaba conformado por dos cuerpos colegiados -una asamblea general de asociados y un consejo elegido periódicamente- y por uno o más cónsules, los cuales una vez asumían el cargo prestaban juramento, indicando, en ocasiones, las pautas que orientarían el ejercicio del mismo. "Esas reglas, las decisiones de la asamblea y las del consejo, formaron los estatutos"77. En ellos, se compilaron, los usos mercantiles tradicionales y los que fueron forjándose en el ahora dinámico tráfico comercial.

Ahora bien, ante la falta de trámites judiciales ágiles y lo suficientemente flexibles para solucionar de manera adecuada las controversias originadas en vínculos negociales mercantiles, las corporaciones de mercaderes delegaron en sus cónsules tal cometido, creando prácticamente una jurisdicción especial, dotando de autonomía al naciente derecho comercial, caracterizada por "procedimientos ágiles e informales, así como por hacer énfasis en la libertad contractual y en la decisión de casos ex aequo et bono, es decir, con base en la equidad y en las consideraciones sobre lo justo."[78]

---

76 Id. en 7.

77 Id. en 10.

78 Alfredo Fuentes Hernández, Anotaciones sobre la unificación y armonización del derecho privado en Colombia, Revista Derecho privado N.º 27, 99, 100 (2002). Disponible en: https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/3048ffc3-d249-4d1f-8721-5e15a33e6658/content.

Inicialmente, los cónsules tenían a su cargo la resolución de conflictos entre mercaderes registrados en una misma corporación; luego, se amplía su ámbito de aplicación a mercaderes no registrados. Más adelante, el desarrollo del comercio, evidenció la necesidad de ampliar el perímetro jurisdiccional a personas que no ostentaran la calidad de comerciantes, pero que, por accidente habían celebrado negocios con ellos.

Como las operaciones mercantiles no distinguen fronteras, la jurisdicción consular tampoco lo hizo. Las decisiones de los cónsules se hacían extensivas a casos análogos sucesivos, dotándolas de carácter obligatorio a nivel internacional. Al respecto anota García:

> Las compilaciones de los usos comerciales y de las decisiones o sentencias de la jurisdicción consular o tribunales de comercio constituyeron el principio de la elaboración consuetudinaria del derecho mercantil. En efecto, dichos usos adquirieron contornos concretos, y, sobre todo, certeza. La compilación de esos precedentes y costumbres fue una contribución decisiva de las corporaciones en la evolución de las instituciones jurídico-mercantiles.[79]

El surgimiento del Estado moderno trajo consigo consecuencias relevantes para el Derecho Comercial, como lo fue, la abrogación de la jurisdicción consular privada, para que fuere al aparato institucional, en cuya cabeza se condensó el poder político, el encargado de regular las operaciones mercantiles a través de ordenamientos de carácter general con un ámbito de aplicación circunscrito al dominio de cada Estado. El anterior proceso se denominó nacionalización del derecho mercantil, fenómeno este que patentizó la fragmentación de la legislación privada en el ramo civil y el comercial, toda vez que, a partir del siglo XIX, la gran mayoría de países recogieron en un solo cuerpo las dispersas ordenanzas comerciales, promulgando su propio Código de Comercio nacional, paralelo al Civil.

El primer estatuto comercial expedido fue el francés de 1807, el cual sirvió de modelo a todos los que ulteriormente se promulgaron:

> Su importancia reside en que consagró la teoría de los actos de comercio y dispuso que la jurisdicción mercantil es competente no sólo en los pleitos entre comerciantes sino también en los relativos a los actos de comercio entre cualquier persona. Así el derecho mercantil dejo (sic) de ser de una clase, la de los comerciantes, para convertirse en el derecho de ciertas actividades que se ejercen unas veces en forma habitual y otras accidentalmente.[80]

3. Evolución histórica del Derecho Comercial en Colombia.

El Estado Colombiano, en consideración a que forma parte de la comunidad política internacional, no fue ajeno a tales procesos históricos, acogiendo la tendencia internacional de fragmentación del Derecho Privado; es así como desde el siglo XIX, han regido de manera concomitante el añejo Código Civil de Andrés Bello con tres estatutos comerciales, hasta llegar al actual Decreto-Ley 410 de 1971, sin que se haya unificado en algún punto la legislación *ius privatista.*

3.1 Primer Código de Comercio

Durante la época colonial, bajo la dependencia del España, las relaciones mercantiles en La Nueva Granada estuvieron reguladas por la legislación comercial de la metrópoli, especialmente por las Ordenanzas de Bilbao; las cuales, una vez cesado el yugo español, se mantuvieron vigentes en Colombia por cerca de 30 años, hasta 1853, calenda en la cual se promulga el primer código de comercio vernáculo.

Posteriormente, al expedirse la Constitución Política de 1858, se establece un régimen federal,

79 *Op. Cit. García (1976), 13.*

80 Id. en 21.

siendo del resorte de cada Estado Soberano la regulación atinente al Derecho Privado, salvo lo concerniente a la legislación marítima y a la del comercio exterior y costanero, ya que estaba a cargo del Gobierno Nacional.

3.2 Segundo código de comercio

La Constitución Política de 1886 abolió el régimen federal en Colombia, retornando al modelo de Estado unitario, debiendo el Congreso de la República expedir códigos en todos los ramos de la legislación. En materia comercial, el poder legislativo colombiano resolvió adoptar como estatuto orgánico al Código de Comercio terrestre del Estado Soberano de Panamá, en virtud de su contenido innovador, aclamado por la doctrina internacional del momento.

3.3 Tercer código de comercio

Finalmente, se profiere el Decreto-Ley 410 de 1971, actual Código de Comercio, en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República, cuyo artículo 822, anticipado a su época, es de corte unificador, al prescribir que:

> Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. (Subrayas fuera del texto).

III. Modelos internacionales de unificación de la legislación privada.

El recuento en punto de la evolución histórica del comercio y del ramo especializado del Derecho que disciplina los vínculos negociales de esta estirpe, se hizo con el objetivo de avizorar que, a partir del siglo XIX, la nacionalización del Derecho Comercial trajo consigo la expedición de Códigos de Comercio en cada Estado independientes del estatuto civil, circunstancia esta que originó la bifurcación del Derecho Privado en dos ramos[81].

Ahora bien, el establecimiento de la legislación comercial como disciplina jurídica privada autónoma desató un arduo debate -que como se expondrá en líneas posteriores, aún permanece latente-, a saber:

> Desde las postrimerías del siglo XIX se lanzó la iniciativa de unificar las regulaciones civiles y comerciales en un solo estatuto orgánico en lugar de fragmentar las dos grandes vertientes del derecho privado en dos códigos: el civil y el comercial.[82]

El maestro ítalo Cesare Vivante, pionero en lo que a tendencias unificadoras respecta, plantea que:

> La autonomía del derecho mercantil, que surgió espontáneamente cuando el comercio era ejercido exclusivamente por los comerciantes inscritos en las corporaciones, parece un anacronismo hoy día, en que los actos de comercio se ejecutan libremente, bien con carácter profesional, bien aisladamente, por quien quiera.[83]

Siguiendo la misma línea de pensamiento, es menester poner de relieve que, en un principio, la recolección de los estatutos mercantiles en codificaciones independientes a las civiles respondió a las exigencias sociales, económicas y políticas de la modernidad, donde la visión de economía era ligada y cerrada. No obstante, hoy día, las circunstancias económicas que en otrora fueron exclusivas de los gremios de mercaderes se han extendido, cual caja de pandora, a otros sectores de la sociedad toda vez que las operaciones tradicionalmente mercantiles se han

81 Sin perjuicio, claro está, de las demás áreas que comprenden el Derecho Privado, como el Derecho de Familia, Derecho Internacional Privado, entre otros; que, al no ser objeto de estudio del presente artículo no se harán comentarios sobre el particular.

82 Op. Cit. García (1976), 55.

83 1 Cesare Vivante, Tratado de derecho mercantil 16 (5.ª ed., 1932).

hecho patrimonio común de todos los ciudadanos, a raíz de los desarrollos científicos y tecnológicos, dinamizadores y globalizadores de la economía. Fincándose en las consideraciones anteriores, multiplicidad de teóricos no aconsejan mantener la dualidad de legislaciones en el ramo privado, por el contrario, la unificación de la legislación privada pareciera responder de manera adecuada a las exigencias de un estadio más avanzando de evolución capitalista.

Lo anterior permite ilustrar el fenómeno que la doctrina ha denominado "comercialización del derecho civil", puesto que, como bien lo señala Garrigues, el Derecho Comercial "(...) Habiendo penetrado en todas nuestras actividades económicas, llega a ser definido hoy como derecho de la actividad económica de los empresarios y de los no empresarios o como derecho del mundo de los negocios."[84] Incluso, las actividades que inicialmente escapaban al tráfico mercantil, como los servicios prestados por profesionales liberales, la agricultura y la industria extractivista, hoy día se han visto absorbidos por este. Es así como la mayoría de la vida económica está llamada a ser regulada por el Derecho Comercial.

Sobre el particular, Manuel de la Puente y Lavalle considera que:

> la unificación de los Derechos civil y comercial es la única solución sensata e idónea para lograr que las relaciones jurídicas entre los hombres se realicen dentro de un marco que comprenda a todos, puesto que las fronteras entre el ciudadano común (hombre civil) y el comerciante (hombre mercantil) se han difundo tanto que, en realidad han llegado a desaparecer.[85]

Y en tal sentido propone, coadyuvado por múltiples experiencias a nivel internacional, que el proceso unificador se materialice a través de un Código Único de Derecho Privado que contenga diversos libros: uno de ellos deberá regular lo atinente a los contratos y obligaciones civiles y mercantiles de manera uniforme; otro, lo relacionado a las instituciones genuinamente comerciales y un tercero que desarrolle lo tocante a la capacidad, atributos de la personalidad, sucesiones y Derecho de Familia.

No puede perderse de vista, como bien lo señala Guyenot:

> *Más que cualquier otra disciplina, el derecho comercial está íntimamente relacionado con el derecho civil. En primer lugar, de él toma una parte de su vocabulario (...) Igualmente, adopta una parte de su técnica y una parte de sus reglas. Por ejemplo, las condiciones de formación, de anulación y de resolución de los contratos, se realizan conforme a las mismas técnicas de derecho comercial y en derecho civil. Incluso hay que remitirse por completo, a las disposiciones del Código civil y a la teoría general de las obligaciones.*[86]

Precisamente, es desde la base del Derecho Privado, cuyas aristas son la Teoría General del Contrato y de las Obligaciones, que se propone unificar la legislación civil y comercial en un solo compilado orgánico, lo que no obsta para colegir, como lo han hecho los opositores a la propuesta de armonización, que el Derecho Comercial pierda su autonomía; por el contrario, y al margen de las discusiones que al respecto se han suscitado, pues no son el objeto de análisis de este trabajo, finiquitar la fragmentación del ordenamiento jurídico privado por intermedio de la unificación en materia de obligaciones y contratos facilitaría la aplicación de las disposiciones y la determinación de la ley aplicable en aquellas situaciones de hecho que, como consecuencia de subsistir la multicitada dualidad, producen efectos jurídicos disimiles en el ordenamiento civil y en el comercial.

Con todo, el eventual Código Único de Derecho Privado colombiano, mal haría en desconocer que existen instituciones jurídicas propiamente

84 1 Joaquín Garrigues Díaz-Cabañeta, Curso de derecho mercantil 26 (1972).

85 Manuel de la Puente y Lavalle, ¿Hacia dónde va el derecho civil?, en *Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos 76 (Universidad Externado de Colombia, 2007).*

86 1 Jean Pierre Guyenot, Curso de derecho comercial 21 (1975).

civiles y mercantiles, las cuales bajo ninguna circunstancia pueden conjugarse, de ahí, la necesidad de instituirse un libro que discipline de manera separada cada una de ellas.

Algunos Estados, han acogido la tendencia de unificación y se han dado la tarea de expedir estatutos de Derecho Privado unificados, tal es el caso de: Suiza en 1881; Túnez en 1906; Marruecos en 1912; Turquía en 1926; Líbano en 1934; Polonia en 1934; Holanda en 1934; Madagascar en 1966; Senegal en 1976; Italia en 1942; Perú en 1984; Paraguay en 1987; China en 1987; Cuba en 1988; Mongolia en 1994; Vietnam en 1995; Rusia en 1994; Brasil en 2002 y Argentina en 2014.

> En Estados Unidos no existe dicotomía regulatoria. En el siglo XVIII, lord Mansfield, en el famoso caso de Pillans V. Mierop sostuvo que las reglas de los comerciantes eran más cuestiones de ley que debían decidirse por las cortes, y no simplemente cuestiones de costumbre para ser probadas por las partes, unificando así la lex mercatoria en el common law.[87]

Valga la pena acotar que, no son pocos los Estados que se han dado la tarea de adelantar la unificación del Derecho Privado; es más, las experiencias en la implementación de tales modelos, que un sector considerable de la doctrina no ha reparado en considerarlos exitosos, permiten vislumbrar, por una parte, que la unificación marca la tendencia a nivel global, pues Estados de todo el hemisferio optaron por esta solución; y por otro, sirven de referente para discutir y analizar la viabilidad de implementar tal o cual modelo jurídico en aquellos Estados que aún mantienen la dualidad legal en cuanto al Derecho Privado atañe, como es el caso de Colombia.

IV. Estado actual del proceso de unificación de la legislacón privada en colombia.

Como se esbozó en líneas atrás, dar unicidad a la legislación privada es una discusión latente a la fecha, y se acerca cada más a la vanguardia colombiana; así, no solo países de primer mundo como Suiza, Italia, Portugal y Países Bajos, sino del nuevo continente: Perú, Paraguay, Brasil, Argentina y Canadá, han emprendido la labor que presupone el proceso de armonización, dejando atrás la inveterada bifurcación entre legislación civil y comercial. Empero, el legislador colombiano ha sido reluctante en relación con la adopción de esta nueva tendencia, lo que supone que aún, como lo acota acertadamente el maestro Hinestrosa:

> padecemos la duplicidad de ordenamientos de derecho privado: un código civil de estirpe francesa, el chileno de 1855 con multitud de retoques, remiendos y adiciones; uno de comercio de 1971, en buena medida transcripción del texto del código civil italiano de 1942, que rige paralelamente, con un buen número de normas especiales, unas pocas anteriores, las más posteriores a su vigencia.[88]

Es de destacar, como propuesta legislativa de tendencia unificadora, el Código Único de Derecho Privado preparado por el profesor Arturo Valencia Zea, en 1980. "Esta propuesta establecería un régimen homogéneo en materia de obligaciones y contratos y señalaba que nada justificaba que nuestro derecho privado se encontrara recogido en dos códigos (...) "89 En palabras del mismo Valencia Zea: a) es necesario unificar los contratos civiles y mercantiles; b) es aconsejable que subsista al lado del Código Civil un Código de Comercio- este reglamentará las materias que

87 *Op. Cit. Hernández (2002), 102.*

88 Fernando Hinestrosa, Actualización y unificación del derecho privado, Revista de Derecho Privado N° 35, 5, 14 (2018). Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5526/6732.

89 *Op. Cit. Hernández (2002), 102.*

actualmente comprende, con excepción de lo relativo a los contratos."[90]

Recientemente, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia presentó el 30 de junio de 2020 la primera versión del proyecto "Reforma del Código Civil y su unificación en obligaciones y contratos con el Código de Comercio". Quizá la data en que se dio a conocer al público no fue la más pertinente, amén de la dificultad social, política y económica que atravesaba el país a causa de la pandemia de COVID-19, lo que frenó la posibilidad de que saliera avante.

Con todo, el mencionado proyecto no estuvo exento de críticas, dentro de las cuales se destaca la realizada por el Consejo Gremial:

> Encontramos que tramitar una modificación integral del Código Civil unificando aspectos del Código de Comercio, en circunstancias como las actuales, puede perjudicar de manera ostensible la forma de hacer negocios en Colombia. Alterar instituciones que han funcionado adecuadamente por décadas por unas que terminan dificultando la estructuración de nuevos negocios y minando la confianza que debe regir las relaciones contractuales, perjudica la reactivación económica fundamental para empezar a construir condiciones que mejoren la situación de muchos colombianos.[91]

Colofón de lo anterior es que, desde el siglo pasado, multiplicidad de juristas patrios han propugnado por acoger la tendencia de armonizar el ordenamiento jurídico privado colombiano, misma que hasta la fecha no ha sido materializada. Sin embargo, como fruto de tales esfuerzos se han expedido leyes que unifican algunos aspectos de la legislación privada, así como la aplicación analógica de instituciones comerciales en el ámbito civil reforzada por la jurisprudencia patria, ofreciendo visos de unicidad que vale la pena mencionar sucintamente, en atención a que permiten describir el panorama actual del proceso de conglobación del Derecho Privado en Colombia, que apenas, se itera, está dando sus primeros pasos.

1. Ley 222 de 1995.

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, el sistema de fuentes del Derecho Comercial varió considerablemente, situándose la Carta Magna en su cúspide. Al respecto, los artículos 38 y 333 constitucionales fungen como piedra de toque de la libertad de asociación, libertad de empresa e iniciativa privada, báculos que orientan la constitución de sociedades de estirpe privada.

Para la Corte Constitucional:

> El derecho a la libre asociación, consagrado en la Constitución y reconocido en los tratados internacionales suscritos por Colombia (CP art. 38; Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, art. 20-2; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 22), en principio tiene su raíz en la libre voluntad de las personas que deciden perseguir ciertos fines lícitos a través de una organización unitaria en la que convergen, según su tipo, los esfuerzos, recursos y demás elementos provenientes de sus miembros y que sirven de medios para la realización del designio colectivo. A la libre constitución de la asociación - sin perjuicio de la necesidad de observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto -, se adicionan la libertad de ingreso a ella y la libertad de salida, para completar el cuadro básico de esta libertad constitucional que reúne así dos aspectos, uno positivo y otro negativo, sin los cuales no habría respeto a la autonomía de las personas.[92]

90 Arturo Valencia Zea. & Álvaro Ortiz Monsalve, Derecho Civil: Parte General y Personas 128 (18.ª ed., 2016).

91 Vanessa Pérez Díaz, ¿Por qué se cuestiona la propuesta de la unificación del Código Civil con el Código de Comercio?, Asuntos: legales, (octubre 25, 2020). Disponible en: https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/por-que-se-cuestiona-la-propuesta-de-la-unificacion-del-codigo-civil-con-el-codigo-de-comercio-30795457.

92 C.C., Sala Plena, 3 de febrero de 1994, Sentencia C-041 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Las sociedades comerciales materializan el postulado constitucional de la libertad de asociación, siendo menester que la regulación en torno a las mismas, en cuanto a su formación, estructura, funcionamiento, disolución y liquidación sea diáfana, por estar inmersos caros axiomas superiores; aunado al hecho de que constituyen por antonomasia la forma más común de principiar la existencia de las personas jurídicas de derecho privado.

Antes de la expedición de la Ley 222 de 1995, reinaba en el ordenamiento jurídico privado la división entre sociedades civiles y comerciales, vertida en el derogado artículo 2085 del estatuto civil. Empero, la entrada en vigencia de la precitada ley, abrogó tal bifurcación, al unificar bajo un mismo régimen de estirpe comercial, la regulación del contrato de sociedad. Así, el canon 100 del Código de Comercio, modificado por la ley en estudio, prescribe que: "cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil." (subrayas fuera del texto). En igual sentido, el artículo 242 de la Ley 222 de 1995 expulsó del ordenamiento jurídico los artículos 2079 a 2141 del Código Civil, mismos que disciplinaban de manera paralela al Decreto-ley 410 de 1971, el contrato de sociedad.

2. Ley 527 de 1999.

La capacidad que tiene el ser humano de actuar en aras de modificar el ambiente que lo rodea y acoplarlo a sus necesidades, quizá es el principal rasgo que lo distingue de los animales, denominado por Aristóteles como téchne, la cual, se convierte en el combustible que alimenta el motor del ingenio humano, facilitando su organización en sociedad, permeando en gran medida su relación entre iguales y con el entorno; y en tanto creación humana, toda nueva invención esta llamada a ser regulada por el Derecho. Es así como:

> Fruto de la revolución tecnológica y de su descomunal impacto en el mundo de las comunicaciones, los contratos electrónicos se han convertido, para los juristas del nuevo milenio, en un nuevo foco de atención en el que se escenifican las preocupaciones científicas del futuro del derecho privado.
>
> En sentido amplio, la calificación de contrato electrónico será atribuible a todos aquellos contratos en los que el intercambio de voluntades negociales se hubiera celebrado mediante el empleo de un medio electrónico o telemático.[93]

El legislador colombiano, con el objeto de acoplarse a este nuevo componente factual, reconoce la posibilidad de que la fase precontractual y contractual -esta última en cuanto a la celebración y perfeccionamiento del negocio jurídico- se pueda adelantar por medios electrónicos, mediante la expedición de la Ley 527 de 1999[94], la cual en su artículo 14 dispone que:

> En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.

Nótese como el constituyente secundario no distinguió si el contrato formado electrónicamente es de naturaleza civil o comercial, luego entonces, al intérprete tampoco le es dado hacerlo; de tal suerte que, a partir de la entregada en vigencia de la precitada ley, es viable la formación y perfeccionamiento de negocios jurídicos95, tanto civiles como mercantiles, en entornos digitales,

---

93 Juan Francisco Ortega Díaz, COMERCIO ELECTRÓNICO CONTRATACIÓN Y PROPIEDAD INTELECTUAL 13 (2007).

94 Valga la pena acotar que, con la entrada en vigencia de la comentada ley, el constituyente colombiano vertió en el ordenamiento jurídico patrio, el contenido de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, proferida en el año 1996 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

95 Sobre la validez de la manifestación del consentimiento en entornos digitales, la Ley 527 de 1999 preceptúa: "En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos." (subrayas fuera del texto)

sin perjuicio de aquellos que la ley prescribe el cumplimiento de cierta forma o solemnidad.

Valga la pena aclarar que "Los contratos electrónicos no constituyen "per se" una categoría de contratos independientes ni su formación ni su desarrollo se producen fuera de la tradicional teoría general de los contratos"[96]. En palabras del doctor Hugo Polanco: "Los conceptos (...) de la teoría general de los contratos son aplicables a la contratación electrónica, en virtud del principio de inalteración del derecho preexistente de las obligaciones y contratos privados."[97]

En igual sentido, a partir de la entrada en vigencia de la multicitada Ley 527 de 1999, se otorga el mismo mérito probatorio tanto a los mensajes de datos como a los documentos tradicionales; disposición esta que se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el canon 243 del Código General del Proceso, el cual considera a los mensajes de datos como especies de documentos. Lo anterior también se armoniza con la unificación de los procedimientos judiciales de derecho privado, cuando quiera que, la prueba de la celebración y perfeccionamiento de un negocio jurídico ius privatista, sin reparar en su estirpe civil o comercial, sea que este se haya celebrado mediante el uso de medios electrónicos o no, podrá acreditarse aportando los mensajes de datos destinados a tal fin.

3. Ley 1676 de 2013.

Las relaciones obligaciones, sin reparar en su naturaleza civil o comercial, una vez irrumpen en el tráfico jurídico en virtud de tal o cual fuente que las engendró, necesariamente están llamadas a desatar secuelas en derecho, mismas que el Título XII del Libro Cuarto del Código Civil colombiano ha denominado "Del efecto de las obligaciones", para referirse a "su comportamiento en el tráfico jurídico"[98], el cual se compone de dos escenarios lato sensu: (i) su cumplimiento cabal e íntegro o (ii) su incumplimiento total, parcial o defectuoso.

Resulta patente que, el ordenamiento legal aboga por el respeto de los derechos personales, pero sobre todo de aquellos que hayan surgido por la conjugación de voluntades en un solo querer en ejercicio del principio de libertad negocial de que son titulares las partes contratantes, de ahí que el estatuto civil preceptúa con gran acierto en su canon 1602 que: *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes (...)"*

Consecuencia necesaria de lo anterior es que, el sistema legal, a más de ofrecer al acreedor las vías procesales para exigir el respeto de su crédito, discipline instituciones encaminadas a garantizar el cumplimiento de obligaciones jurídicas de manera personal o a través de bienes. Participan de esta última naturaleza los contratos reales de hipoteca, prenda –ya civil, ya comercial- y las garantías mobiliarias. Ahora bien, es menester, centrar especial atención en los contratos de garantía real cuyo objeto sea un bien mueble, ya que, este tópico fue objeto de unificación, como más adelante se expondrá, con la promulgación de la Ley 1676 de 2013.

La Ley de Garantías Mobiliarias colombiana encuentra su antecedente directo en la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, expedida en el año 2002 por la Organización de Estados Americanos –en adelante OEA- en la Sexta Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, "con la finalidad de simplificar y modernizar la legislación a nivel doméstico"[99] en torno a las garantías que puede ofrecer un deudor sobre activos muebles de su propiedad.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que la tendencia unificadora propuesta por la OEA, encuentra su génesis en el modelo norteamericano de acceso

96 *Op. Cit. Ortega (2007), 27.*

97 Hugo Armando Polanco López, FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA 22 (2010).

98 José Armando Bonivento Jiménez, Obligaciones 265 (2020).

99 Alejandro Garro, ¿Hacia dónde va el derecho civil?, en Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos 121 (Universidad Externado de Colombia, 2007).

al crédito, el cual, resultó bastante acertado para garantizar el fin propuesto, y aunado a que, en Estados Unidos, la legislación Civil y la Comercial no fueron bifurcadas, de ahí se sigue que la Ley 1676 de 2013 haya acogido las tendencias unificadoras internacionales en cuanto a garantías sobre activos muebles respecta.

Como lo señala acertadamente Alejandro Garro:

> El objetivo de la simplificación, modernización y armonización de esta área del derecho encuentra su razón de ser en fundamentos de naturaleza económica: una mayor sencillez y estandarización de las reglas en un tema poco cultivado como éste redundará en una mayor certidumbre para el acreedor que otorga un crédito contra la garantía de un bien mueble (corporal o incorporal). Mayor certeza en la recuperación del crédito implica, como consecuencia necesaria, que el acreedor corre un riesgo menor de cobro. Esta cadena de consecuencias continúa con que cuanto mayor certeza y menor riesgo en el cobro, por lo tanto, menor la tasa de interés o, lo que es lo mismo, más barato el costo del crédito.[100]

Llegado a este punto, es imperioso aclarar que el sistema previo a la pluricitada Ley de Garantías Mobiliarias "se caracterizaba por el reconocimiento del contrato de prenda a través de diferentes modalidades y la existencia de otras instituciones que podían ser usadas con fines de garantía (...)"101 Así, el Código Civil regulaba el contrato de prenda de esta estirpe a partir del artículo 2409; lo propio hacía el Código de Comercio en el artículo 1200 y siguientes, con sustanciales diferencias originadas en el diferenciado tratamiento legal ofrecido.

Tal estado de cosas, varió sustancialmente con la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013 al insertar en el ordenamiento jurídico colombiano la novedosa institución de las garantías mobiliarias, las cuales, a voces de lo dispuesto en su artículo 3°, son:

> contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre lo/s bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.

Es de relievar que las garantías mobiliarias tienen un carácter funcional, tal como se desprende del inciso 2 del artículo 3 ejusdem, cuando quiera que, indistintamente de la forma, nomenclatura y calidad de las partes, son un mecanismo de origen legal o contractual que tiene por finalidad eliminar o reducir "la posibilidad de que el acreedor no sea totalmente pagado en forma oportuna"102. De hecho, la función unificadora en cuanto al régimen de garantías, se hace diáfana al disponerse por parte del constituyente secundario que:

> Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares, dichas figuras se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley. (subrayas fuera del texto).

100 Id. en 123.

101 Juan Pablo Cárdenas Mejía, CONTRATOS: notas de clase 909 (2021).

102 Id. en 910.

Como lo señala Cárdenas:

> La nueva ley tiene una pretensión universal, en cuanto busca regular en principio todas las garantías en las que se afectan bienes muebles al cumplimiento de una obligación, sustituyendo, por lo menos en el campo de aplicación de la ley, una serie de figuras contempladas por el derecho privado por una sola.[103]

Al respecto, y lo que permite vislumbrar aún más el carácter unificador de la Ley 1676 de 2013, anótese que la garantía mobiliaria no solo abarca a la prenda, sino en general, a cualquier operación de garantía sobre bienes muebles, se itera, sin consideración a la naturaleza civil o comercial de la obligación garantizada ni a la calidad de las partes. Luego entonces, figuras como el pacto de reserva de dominio, derecho de retención, anticresis e incluso el pacto de retroventa cuyo objeto sea un mueble son consideradas a día de hoy como garantías mobiliarias.

En síntesis, el tratamiento dual proporcionado por el ordenamiento jurídico al contrato de prenda se sustituye por la institución armonizadora de las garantías mobiliarias; luego entonces, allí donde se constituya un gravamen sobre un bien mueble para garantizar el cumplimiento de una relación obligacional sea esta civil o comercial, sin mayor discusión, se hablará de garantía mobiliaria[104]. Ello es así, porque la mayor facilidad para el acceso y abaratamiento del crédito, fines estos que interesan a la sociedad en general, sólo se materializan a través de una simplificada regulación en torno a las garantías, que dote al acreedor de un mecanismo certero para asegurar la satisfacción de su crédito, independientemente de que ostente o no la calidad de comerciante, o de que aquél sea de naturaleza civil o comercial.

4. La analogía como mecanismo integrador de la legislación privada en Colombia.

A manera de introito, puede decirse que, la analogía, en aquellos eventos en los que un supuesto de hecho determinado no ha sido regulado expresamente por el legislador, se escinde como una herramienta a la que el juez debiera acudir para llenar los vacíos legales, mediante la aplicación, a tales hipótesis, de normas jurídicas que regulen casos o materias semejantes.

Así, son 4 los requisitos que deben satisfacerse para dar aplicación a la precitada figura:

> a) En el sistema formal de fuentes no existe una norma que regule de modo específico el supuesto objeto de juzgamiento o examen o, dicho de otra forma, existe una laguna o un vacío;
>
> b) El ordenamiento se ocupa de disciplinar una hipótesis semejante a la que juzga o examina;
>
> c) La razón que explica la regla en el supuesto regulado también puede preverse respecto a aquel que no ha sido regulado; y
>
> d) La norma que pretende ser aplicada no reviste la condición de taxativa, exceptiva o sancionatoria[105]

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha estructurado la tesis de que, cuando el fallador acude al razonamiento analógico, "actúa al amparo del imperio de la ley al que se refiere el artículo 230 de la Constitución"[106] , lo que implica que, el juez no crea una nueva regla jurídica si no que, da aplicación a la ley.

> A contrario sensu, y coadyuvando el planteamiento de García Máynez, mismo que permitirá explicar con mayor claridad la remisión analógica de instituciones jurídicas

103 Id. en 909.

104 Figura esta que, propugnando por un modelo simplificado y unificado de garantías, no es de naturaleza propiamente civil o comercial, por el contrario, abarca y congloba ambos ramos del Derecho Privado.

105 Juan Jacobo Calderón & Yira López, La analogía en Asuntos de Derecho Privado 24 (2016).

106 Id. en 52.

entre ramos del Derecho Privado que se expondrá en líneas posteriores, considera:

> Entonces, más que una forma de aplicación de la ley, la analogía sería una fuente diferente de creación de Derecho con la cual se introduce una regla nueva para un supuesto jurídico distinto al regulado, pero parecido (...) Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial (...)"[107]

Por otra parte, La ley 153 de 1887, "(...) Por cual se adiciona y reforma (...) la ley (...) 57 de 1887", en su artículo 8° prescribe: "(...) Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes (...)" En igual sentido, el artículo 1° del Estatuto Comercial dispone que los casos no regulados expresamente en la ley comercial serán decididos por analogía de sus normas; lo propio hace el artículo 2 ejusdem, por cuanto señala que "(...) En las cuestiones mercantiles que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil." Canones que, a su vez, se encuentra en concordancia con lo previsto en el artículo 822 del Código de Comercio.

La anterior compilación normativa permite dar cuenta del reconocimiento expreso que hace el ordenamiento jurídico a la analogía, ya entre disposiciones pertenecientes a un mismo compilado orgánico, ya entre disposiciones de diferentes ramos. Ahora bien, esta herramienta en tanto fuente integradora de las reglas de derecho, constituye la clave de bóveda a la cual, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha echado mano para hacer extensivas instituciones consagrados legalmente en el estatuto comercial a materias civiles, y viceversa -pues ante la ausencia de disposiciones comerciales que regulen la materia se aplican normas civiles que si lo hagan-, como se expondrá más adelante.

El razonamiento per analogiam consulta el postulado constitucional de la igualdad y la seguridad jurídica, cuando quiera que, ante supuestos de hechos similares, se deducen similares consecuencias jurídicas, y materializa el acceso a la tutela judicial efectiva, toda vez que, la falta de una norma que regule el componente factual del asunto no es óbice para que el juzgador se inhiba de fallar de fondo.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-836 de 2001 expuso:

> La igualdad, además de ser un principio vinculante para todas las autoridades estatales, está consagrada en el artículo 13 de la Carta Política como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley.[108]

Valga la pena iterar, que los puntos de convergencia más sólidos entre la legislación civil y la comercial gravitan en torno a la Teoría General de las Obligaciones y de los Contratos, siendo desatinado pretender disciplinar instituciones genuinamente mercantiles con disposiciones civiles o viceversa, y dada la extensión de tales materias, el conciso análisis normativo y jurisprudencial que a continuación se expondrá no pretende realizar un estudio comparativo pormenorizado sobre ambas legislaciones. El cometido no es otro que ilustrar mediante dos ejemplos, el papel protagónico que

107 Eduardo García Máynez, Introducción al estudio del Derecho 369 (2000).

108 C.C., Sala Plena, 9 de agosto de 2001, Sentencia C-836 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

ha tenido la analogía en lo que a la integración del ordenamiento jurídico privado respecta en materia de obligaciones y contratos.

4.1 ¿Inoponibilidad registral en los negocios jurídicos civiles?

Una de las fuentes de las obligaciones, quizá no con reconocimiento legal, pero sí de entronización doctrinaria y jurisprudencial es el negocio jurídico[109], entendido este como la declaración, ya unilateral, ya bilateral, de voluntad, generadora de secuelas en derecho, esto es, de consecuencias jurídicas. Sobre el particular, ha estimado la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en Sentencia de Casación 5131 de 2020, a propósito de la distinción conceptual que se hace entre la categoría estudiada y la de acto jurídico:

> Consultada la autorizada doctrina nacional y los precedentes jurisprudenciales, la Corte tiene ocasión de puntualizar la materia. La acepción «negocio jurídico» debe entenderse, desde un punto de vista práctico –y para todos sus efectos-, como sinónima «acto jurídico»
>
> La categoría de acto o negocio jurídico, explica la razón por la cual la Sala se ha valido para calificar conductas o situaciones de la más variada índole. Y sin importar, dicho sea de paso, si son gobernadas por normas de Derecho Civil o del Derecho Comercial."[110] (subrayas fuera del texto)

Aspecto cardinal de la teoría del negocio jurídico estriba en su eficacia, referida a la producción de plenos efectos en el trafago jurídico, abriendo paso a su contracara:

> la de (…) negocio ineficaz, envista de que esta última bien puede serlo a contrario sensu, vía que conduce a afirmar que es ineficaz el (…) negocio que no es apto, idóneo, vigoroso, eficiente para la producción, en términos amplios y generales, de un efecto en derecho, de un efecto jurídico (…)[111]

Lato sensu, dentro de las sanciones a los negocios jurídicos, calificativo que se ha utilizado para referirse a su ineficacia, el estatuto civil contempla como categoría única la nulidad, erga absoluta, erga relativa. En cambio, el Código de Comercio vierte en el ordenamiento jurídica privado un completo régimen de sanciones negociales, a saber: la ineficacia de pleno derecho o liminar, la inexistencia, la nulidad absoluta, la anulabilidad y la inoponibilidad, previstas en los artículos 897, 898, 899, 900 y 901, respectivamente.

Anótese que, el Código de Comercio, establece una graduación en el régimen de sanciones, pues, muy distinto es que un negocio jurídico sea inexistente o ineficaz de pleno derecho, supuesto en el cual, no nace a la vida jurídica, es decir, jamás produjo secuelas en derecho; a que sea nulo absolutamente o anulable, ya que, bajo este supuesto, el negocio jurídico si irrumpió en el tráfico jurídico, produjo secuelas en derecho, más por adolecer un vicio, en virtud de una declaración judicial, es rescindido, o sea, se ordena volver las cosas al estado en que se encontrarían si aquél nunca se hubiese celebrado. Finalmente, la inoponibilidad parte de la existencia y validez plena del negocio jurídico, es decir, el mismo nace a la vida jurídica y no adolece de ningún vicio, más no está llamado a producir efectos negociales en relación con terceros, cuando por su naturaleza debería hacerlo.

El Decreto-Ley 410 de 1971 contempla varias clases de inoponibilidad, sin embargo, resulta útil, para los fines del presente escrito, centrar el estudio en la registral, misma que se presenta, en palabras de Echeverry:

> cuando se omite la formalidad establecida por el legislador consistente en realizar el registro de un acto o contrato, en un registro público organizado, mediante el cual se

109 El artículo 1494 del Código Civil no concibe la categoría de negocio jurídico, sino la de contrato o convención.

110 C.S.J., Sala de Casación Civil, 15 de diciembre de 2020. Expediente 5131, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

111 Edgar Ramírez Vaquero, La ineficacia en el negocio jurídico 21 (2008).

obtiene la publicidad o conocimiento general de las relaciones jurídicas incorporadas en el respectivo acto o contrato.[112]

Ahora bien, en relación con determinados negocios jurídicos de estirpe civil, el constituyente secundario consagró la exigencia en aras de pregonar de ellos plena eficacia, al menos entre las partes que lo suscriban, de elevarlos a instrumento público o documento privado; empero, por la importancia económica y social de los mismos, se impone una carga adicional, cuál es su inscripción en un registro público, con el fin de otorgarles publicidad. Es el caso de cualesquiera actos de enajenación –sea este de naturaleza civil o comercial- que recaiga sobre bienes inmuebles, puesto que, no se reputan perfeccionados si no se vierten en escritura pública, y para llevarse a efecto su tradición, a voces de lo dispuesto en el artículo 756 del Código Civil colombiano, se requiere "la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos."

Lo anterior se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1579 de 2012, la cual preceptúa que:

Están sujetos a registro:

a) Todo acto, contrato, decisión contenido en escritura pública, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes inmuebles;

Así mismo, en el artículo 2 ejusdem se contempla como objetivo del registro de propiedad de inmuebles:

b) Dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces; (subrayas fuera del texto)

Descendiendo en el asunto sub examine, si bien el constituyente secundario civil no consagró la inoponibilidad como sanción a los vínculos negociales que participan de esta naturaleza, lo que en principio supondría la imposibilidad de afectarse su plena eficacia bajo este derrotero, el ordenamiento legal, a más de crear un registro público de propiedad de inmuebles, contempla la exigencia de su inscripción en el mismo a fin de darles publicidad y llevar a efecto la tradición.

Lo anterior permite colegir razonablemente que, si no cumple tal formalidad registral, el negocio jurídico civil no está llamado a desatar secuelas plenas en Derecho. Pero, si se vierte en escritura pública cumple el presupuesto de validez previsto para la clase de contrato, luego entonces, se descarta la aplicación de la única sanción contemplada en el régimen civil. Es decir, el vínculo negocial irrumpe en el tráfago jurídico y no adolece de ningún vicio que degenere en su invalidez.

Nótese entonces que se está en presencia de un supuesto de hecho no contemplado en la norma civil, siendo menester aplicar el razonamiento per analogiam, haciendo extensiva una sanción que el ordenamiento jurídico comercial si contempló expresamente.

Para Echeverry, citando el salvamento de voto de Jaime Alberto Arrubla Paucar a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 15 de agosto de 2006:

El concepto de inoponibilidad en el derecho civil colombiano no pasa de ser el resultado de una elaboración doctrinal y jurisprudencial; en cambio en el derecho mercantil es toda una sanción al negocio jurídico consagrada y estructurada en la misma ley mercantil (...)

El régimen de la oponibilidad no se consagró de manera sistemática en el Código Civil, como es el caso de las nulidades, pero no por esto debe desestimarse como una institución

112 Jorge Hernán Gil Echeverry, EL NEGOCIO JURÍDICO MERCANTIL Inoponibilidad, inexistencia y anulabilidad 2 (2020).

> con rasgos característicos plenamente definidos."[113] (subrayas fuera del texto).

Como comentario al margen, se considera que la aplicación por analogía de la inoponibilidad registral, permite constatar la necesidad de unificar el régimen privado, en general, pero sobre todo en punto de las sanciones a los negocios jurídicos, como quiera que, la nulidad como única sanción a los vínculos civiles se ha quedado corta, a raíz de las múltiples vicisitudes que en el tráfico jurídico actual se presentan, particularmente, porque la certeza y la publicidad de los negocios jurídicos son ahora, necesidad de todos los asociados.

De otra parte, al menos desde lo teórico resulta desacertado aplicar analógicamente una sanción como la inoponibilidad, pero fenomenológica resulta mejor que un negocio jurídico sea sancionado por inoponible, que, por nulo, denotando la falta de claridad conceptual en la materia, originada por la duplicidad de la legislación privada, conminando a los operadores jurídicos a acudir a engorrosas elucubraciones en aras de remediar tamañas dificultades.

4.2 Enriquecimiento sin justa causa y abuso del derecho: fuentes de las obligaciones aplicables en materia civil.

Sea lo primero anotar que, a voces de lo preceptuado en el artículo 1494 del estatuto civil:

> Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Nada se dice acerca del abuso del derecho o del enriquecimiento sin justa causa, que se consideran incorporadas por la doctrina moderna como fuentes engendradoras de obligaciones. Sin embargo, lo mismo no ocurre con el Código de Comercio, el cual, en sus artículos 830 y 831 consagra las precitadas figuras en los siguientes términos:

> ARTÍCULO 830. <ABUSO DEL DERECHO-INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS>. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.
>
> ARTÍCULO 831. <ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA>. Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

En cuanto a la primera de ellas, con asidero constitucional[114], "para que no se incurra en responsabilidad por abuso del derecho, es menester que éste se ejerza de tal forma que sirva para el cumplimiento del fin social a que está destinado y sobre bases de estricta justicia."[115]

En igual sentido, resulta patente que el nuevo sistema de fuentes, escindido como consecuencia de la expedición de la Constitución Política de 1991, ubica en un lugar privilegiado a aquella, siendo norma de normas, permeando todo el ordenamiento jurídico, incluido el ramo civil. Luego entonces, si el hombre común en ejercicio de su prerrogativa, contraria su función legítima, aun cuando tal fuente engendradora de la obligación jurídica de reparar los daños ocasionados, no está prevista en la ley civil, esta emerge por remisión analógica a la disposición del Código de Comercio enantes enunciada, lo cual satisface la exigencia que impone el proceso de "constitucionalizaciòn del Derecho Privado", que el ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Arrubla Paucar describe en los siguientes términos:

113 Id. en 3.

114 El artículo 95 de la Constitución Nacional preceptúa que: "Son deberes de la persona y del ciudadano:
1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios."

115 1 Jorge Suescún Melo, Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo 19 (1996).

> Es evidente que, ante la presencia de una nueva constitución, la legislación de Derecho Privado que le es precedente, debe experimentar cambios que la pongan a tono con aquella. Esos cambios se deberán producir en dos grandes ámbitos, de un lado, en los nuevos desarrollos legislativos que, sobre las diferentes materias, se presenten, estaríamos en lo que puede llamarse la constitucionalización legislativa del derecho privado y por la interpretación que por los jueces se realice de textos legales contenidos en los códigos imperantes, sería lo que llamaremos la constitucionalización judicial del derecho privado."[116]

Así las cosas, la unificación de la legislación privada en cuanto a considerar el abuso del derecho como fuente obligacional, sin miramientos a su estirpe comercial o civil, adecua el contenido del Código Civil a los postulados constitucionales, pues la prohibición de abusar de los derechos propios permea todo el ordenamiento jurídico.

En lo que atañe al enriquecimiento sin justa causa, la misma precisión puede hacerse: si bien no se encuentra consagrada legalmente como fuente emanadora de relaciones obligaciones en el ámbito civil, tal supuesto de hecho no puede quedar desprovisto de consecuencias jurídicas, cayendo en el absurdo de proteger el desmedro patrimonial sufrido sin causa legal solo por un hombre comerciante. La equidad impone la aplicación analógica de esta institución en materia civil.

Los ejemplos anteriores, a más de honrar el proceso de comercialización del Derecho Civil, como quiera que se favorece la solución ofrecida por el ordenamiento jurídico comercial, permiten vislumbrar la necesidad de unificar los principios y reglas generales aplicables en materia de obligaciones y contratos en el ordenamiento jurídico patrio, en vista de que, "debido a la ingeniosidad y a la fuerza de sus instituciones, el derecho comercial se expande, ejerciendo incluso su influencia sobre el derecho civil"[117]

Por lo anterior, la línea divisoria entre hombre civil y comercial, antes trazada, cada día se difumina más, puesto que, en el estado actual de cosas, gran parte de la economía, cuyas relaciones jurídicas llegan a todos los rincones del planeta, es disciplinada por la legislación comercial; aunado al hecho de que, la visión proteccionista del crédito, la rapidez de las transacciones y la publicidad de los actos, hoy se ha vuelto una necesidad para todas las personas, sin distingo de si ostentan o no la calidad de comerciante.

Así las cosas, la unicidad en punto de la Teoría General de las Obligaciones y de los Contratos redunda en la facilidad de determinar la ley aplicable, en resoluciones más equitativas, y en nada coarta la autonomía que se pregona de los multicitados ramos del Derecho Privado.

V. Conclusiones.

4.1. El Derecho Comercial en su génesis, bajo un estadio incipiente de capitalismo, fue considerado como un derecho de clase con un carácter excepcional frente al Derecho Civil, puesto que, tenía a su cargo la regulación de las relaciones jurídicas que se tejen entre una especie de particulares: los comerciantes. Empero, la legislación no puede tornarse pétrea, esta ha de acompasarse con los desarrollos sociales, políticos, culturales y económicos.

La codificación comercial no hubo de ser ajena a tales circunstancias, amén de que, a medida que el modelo capitalista evoluciona a una etapa más compleja, sumada al proceso de nacionalización del derecho comercial y a la consideración, fruto de la revolución francesa de que todas las personas son iguales ante la ley, los actos que en otrora eran exclusivos de un estamento social,

116 Jaime Alberto Arrubla Paucar, La Constitucionalización del Derecho Privado, 5 Revista Nuevo Derecho N.° 7, 47, 48. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5549014.

117 *Op. Cit. García (2007), 61.*

hoy son patrimonio común de los ciudadanos globales.

Así las cosas, el Derecho de las relaciones comerciales, coadyuvado por los desarrollos tecnológicos y la globalización, penetra en casi todas las dimensiones humanas, pudiendo colegirse plausiblemente que: "La rama jurídica mercantil adquiere cada día más la categoría de derecho general de los negocios (...) Las actividades mercantiles son ejercidas no solamente por empresarios sino también por personas de otros estamentos sociales (...)"[118]

En el estado de cosas actuales, pareciera que las materias genuinamente civiles como la adopción, el matrimonio, la sucesión por causa de muerte, entre otras, quedan relegadas a un segundo plano, debido a que la disposición de intereses patrimoniales, empieza a ser disciplinada en su mayoría por el Derecho Comercial, aun cuando no se tenga tal calidad, pues, no puede perderse de vista que, los actos de comercio previstos en el artículo 20 del estatuto comercial colombiano, que abarcan la mayoría de las dinámicas económicas contemporáneas, son absolutos, esto es, participan de tal estirpe sin consideración a la calidad de las partes.

Del fenómeno anterior da cuenta:

(i) La consagración de una misma clase de procedimientos judiciales para dirimir las controversias de derecho privado.

(ii) La adopción, por parte del Decreto-Ley 410 de 1971 en su artículo 10 del criterio objetivo para la determinación de la calidad de comerciante, ya que, precisamente, lo que separa el hombre comerciante del civil no es la inscripción en el liber mercatorium, ni tampoco la realización de actos de comercio, pues ambos los ejecutan, sino que el primero de aquellos, lo hace de manera profesional.

(iii) Si bien la analogía, no es en estricto sentido, se itera, una ley, sí que es una fuente integradora del derecho con respaldo constitucional y legal, la cual sirve de soporte a la doctrina y jurisprudencia nacional para justificar la extensión de instituciones consagradas en la ley comercial a materias civiles; haciendo gala del proceso de comercialización del Derecho Civil, cuando quiera que la solución ofrecida por el estatuto comercial resulta favorecida frente a las lagunas legales civiles.

2. Si bien, en el ordenamiento jurídico privado colombiano, el Código Civil y el Código de Comercio conservan su plena vigencia, no puede negarse que la doctrina patria, acogiendo tendencias unificadoras internacionales, ha plasmado ríos de tinta abogando por derogar la fragmentación del Derecho Privado nacional, y, si bien, tal empresa no ha llegado a materializarse, el constituyente secundario colombiano ha ofrecido visos de unificación al interior del ordenamiento jurídico privado, mediante la expedición de las Leyes 222 de 1995, 527 de 1999, 1564 de 2012 y 1676 de 2013, que forman parte del estado actual del proceso armonizar, referido en múltiples ocasiones.

Es de anotarse que, la mayoría de ellas, salvo el actual Código General del Proceso que regula disposiciones adjetivas, apuntan a unificar el Derecho Civil y el Comercial sustancial en lo que atañe al régimen de obligaciones y contratos, donde, se ha insistido, se observan importantes puntos de convergencia: hoy día, el contrato de sociedad es disciplinado exclusivamente por la legislación comercial; los negocios jurídicos, sean estos civiles o comerciales, pueden celebrarse y perfeccionarse mediante el uso de mecanismos digitales; el régimen de garantías, es absorbido por la figura de las garantías mobiliarias, sin reparar en la naturaleza civil o comercial del vínculo obligacional respaldado.

En igual sentido, la analogía, como mecanismo integrador del ordenamiento jurídico, se orienta en la misma dirección de las disposiciones antes citadas, puesto que, la extensión de instituciones consagradas legalmente en el Código de Comercio al ámbito civil, se itera, se presentan en materia de obligaciones y contratos. Prohijar una tesis contraria,

118 *Op. Cit. Guyenot (1975), 22.*

implicaría negar la autonomía que entre la legislación civil y la comercial debe pregonarse, como quiera que existen materias del resorte exclusivamente civil y otras genuinamente comercial, que no pueden integrarse, pues se caería en absurdos como asimilar la sociedad conyugal o patrimonial a una sociedad comercial y deducir las mismas secuelas en derecho. Así mismo:

> las normas de cambio que forman el derecho cambiario no pueden, de ninguna manera, justificarse por la teoría general de las obligaciones del derecho civil, como tampoco la institución del pagaré o del cheque puede justificarse por las reglas civiles del pago.[119]

3. Finalmente, los modelos de unificación de la legislación internacional y las experiencias de su implementación en otros Estados, constituyen un insumo fundamental en caso de que el legislador colombiano se dé la tarea de acoger las tendencias armonizadoras, a manera de trasplante legal, mecanismo de Derecho Comparado este mediante el cual "las buenas ideas se extrapolan a distintos ordenamientos jurídicos"[120]

Al respecto, resulta importante destacar la propuesta del jurista peruano Lavalle, esto es, recoger el ordenamiento jurídico privado en un Código Único de Derecho Privado, estructurado en tres libros principales: uno destinado a disciplinar el integrado régimen de obligaciones y contratos; otro, las instituciones exclusivamente civiles; y el tercero las genuinamente comerciales.

Lo anterior, se escinde en un saludable punto medio, que facilita la determinación de la ley aplicable, consultando la equidad y el báculo constitucional de la igualdad en la solución de controversias de estirpe privadas, salvaguardando aquellas materias que por su naturaleza y especialidad no pueden entremezclarse, y de contera, reconociendo autonomía tanto al ramo civil como al comercial.

Bien puede tratarse de una unificación apenas formal, pues en la práctica, ya quedó vislumbrado que la analogía ha sido una herramienta útil a la que acude la doctrina y jurisprudencia en aras de unificar lo unificable en punto de la legislación civil y comercial, pero arrojaría claridad conceptual.

Con todo, no puede perderse de vista que el ámbito del razonamiento per analogiam, en cierta manera es limitado y complejo, toda vez que opera ante la ausencia de regulación y está supeditada al cumplimiento de ciertas reglas; en cambio el Código Único sería de aplicación generalizada y simplificaría la determinación de los efectos jurídicos, ya que no sería necesario acudir a engorrosas elucubraciones, sino directamente al texto legal.

---

119 Id. en 22.

120 Juan Pablo Pantoja Ruíz, *TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS Y DERECHO EN COLOMBIA: LA NUEVA FORMA DE EJERCER LA PROFESIÓN,* Revista Universitas Estudiantes N.° 15, 35, 38 (2017).

La protección animal desde el derecho penal colombiano

Animal protection from colombian criminal law

Lizeth Tatiana Corredor Hernández[121]

Abstract:

Law 1774 of 2016 in Colombia introduced articles 339 A and 339 B into the Colombian Penal Code, promoted by social movements that sought to effectively combat animal abuse, previously addressed only from constitutional or contraventional perspectives. This norm brings a new dimension of criminal analysis, although some scholars indicate that it does not fully comply with the principle of last ratio, as it is not the final resource for sanction. It is crucial to compare its evolution with that of countries like Spain, whose regulations have had a broader historical development in animal protection, offering a significantly robust criminal framework.

Keywords: Criminal type, crime, protection and animal mistreatment

Resumen:

La Ley 1774 de 2016 en Colombia introdujo los artículos 339 A y 339 B en el Código Penal colombiano, impulsada por movimientos sociales que buscaban combatir eficazmente el maltrato animal, previamente abordado solo desde perspectivas constitucionales o contravencionales. Esta norma trae una nueva dimensión de análisis penal, aunque algunos doctrinantes indican que no cumple completamente con el principio de última ratio, al no ser el recurso final de sanción. Es crucial comparar su evolución con la de países como España, cuya normativa ha tenido un desarrollo histórico más amplio en la protección animal, ofreciendo un marco penal significativamente robusto.

Palabras clave: Tipo penal, delito, protección y maltrato animal

121 Lizeth Tatiana Corredor Hernandez, estudiante de la Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, auxiliar de investigación de pregrado "Fundamento científico, filosófico y jurídico de la inclusión de la protección de los animales en el código penal" INV-DER-3340. Dirigido por Jenniffer Pinilla León. est.lizeth.corredor@unimilitar.edu.co, tatiana.co.hernandez@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, los animales han desempeñado un papel fundamental en el desarrollo de la humanidad. Inicialmente considerados como simples recursos de producción, fuentes de alimento o herramientas de trabajo, hoy en día son reconocidos como seres sintientes, lo que le otorga un derecho especial a la protección frente al sufrimiento. Este reconocimiento ha impulsado cambios significativos en las legislaciones de diferentes países, incluido Colombia.

En 2016, Colombia adoptó la Ley 1774, impulsada por los proyectos de ley 172 de 2015 del Senado y 087 de 2014 de la Cámara de Representantes. Esta ley no solo tuvo un impacto social, sino que también modificó la estructura del ordenamiento jurídico colombiano, reconociendo a los animales como seres sintientes y excluyendo la noción de que son meros objetos. Como consecuencia, se estableció la necesidad de protegerlos contra el dolor, especialmente cuando es causado directa o indirectamente por los humanos.

Uno de los aspectos más innovadores de esta ley fue la introducción del Título XI-A en el Código Penal Colombiano, que regula los delitos contra los animales. En particular, el artículo 339-A tipifica los delitos contra la integridad física y emocional de los animales, mientras que el artículo 339-B establece circunstancias de agravación punitiva para estas conductas. Con ello, la protección animal dejó de limitarse al ámbito contravencional, como ocurría con el Código de Policía, o al Constitucional, donde la Corte Constitucional, desde 1997, había emitido fallos que abordaban la tenencia de animales domésticos y el uso sostenible de la fauna silvestre en el marco de la Constitución Ecológica. [122]

Ahora, el maltrato animal se considera un delito penal en Colombia, lo que permite que conductas relacionadas con el maltrato de animales domésticos, amansados, silvestres vertebrados y exóticos vertebrados sean investigadas y juzgadas bajo los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Esta evolución ha generado un debate doctrinal sobre si el derecho penal es el mecanismo adecuado para proteger a los animales o si, por el contrario, se trata de una respuesta populista que no cumple con el principio de ultima ratio, el cual exige que el derecho penal sea el último recurso. A pesar de esta controversia, para abril de 2022, la Fiscalía General de la Nación reportó 2.752 procesos activos relacionados con el maltrato animal, lo que demuestra que efectivamente en el país ya se encuentra operando dicho delito.

Dado este panorama, es crucial analizar cómo se ha desarrollado el tipo penal de maltrato animal en el artículo 339-A del Código Penal colombiano, considerando las perspectivas doctrinales y jurisprudenciales que han surgido. Además, es importante realizar un ejercicio de derecho comparado con países como España, cuya legislación en protección animal tiene un desarrollo más prolongado, tipificando el maltrato animal como delito desde 1928 y en 2003 reforzó esta regulación mediante la Ley 15/2003, lo que presenta una diferencia de casi 13 años con respecto a los avances legislativos en Colombia.

II. La implementación del delito de maltrato animal a través de la Ley 1774 de 2016: Debate sobre la *ultima ratio.*

La regulación del maltrato animal en Colombia mediante el derecho penal comienza con la expedición del artículo 5 de la Ley 1774, promulgada el 6 de enero de 2016. Esta ley introdujo los artículos 339-A y 339-B en el Código Penal colombiano, estableciendo que cualquier persona que, por cualquier medio, cause la muerte o lesiones graves a un animal que menoscaben su salud o integridad física, enfrentará una pena de prisión de 12 a 36 meses, junto con inhabilitación especial de uno a tres

122 Sentencia T-035/97, Sentencia T-769/2007 y Sentencia C-045/19

años para ejercer profesiones, oficios, comercio o tenencia relacionada con animales. [123]

La expedición de esta disposición fue celebrada y aceptada especialmente por el sector animalista, como lo señalan Luz Pérez y Milton Monsalve (2020) [124]. La ley fue el resultado de diversas movilizaciones de organizaciones y activistas, tales como "Adóptame Bogotá", "Plataforma Alto" y el "Observatorio Animalista Javeriana", así como de personas como Yerli Mozo, Carlos Andrés Contreras y Samuel Ramírez, quienes participaron activamente en los debates del Proyecto de Ley 087 de 2014[125], que buscaba una respuesta ante la insuficiencia del régimen contravencional vigente antes de 2016, que de acuerdo con Nora Muñoz y Luz Zapata (2014),[126] se limitaba a medidas administrativas y sancionadoras, consideradas poco coercitivas, pues cada día se incrementan los índices de maltrato animal en el país, lo que era muestra de que no se aminoraba el flagelo.

A pesar de su aceptación por parte de grupos sociales, la Ley 1774 generó un debate en diversos círculos académicos sobre la idoneidad del derecho penal como mecanismo de protección animal. La discusión se centró en el principio de ultima ratio, según el cual el derecho penal debe ser el último recurso para la protección de bienes jurídicos. Raúl Rodríguez (2008) [127], subraya que este principio es fundamental, ya que el derecho penal es el último instrumento al que la sociedad debe recurrir para proteger determinados bienes jurídicos.

En la misma línea, la Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia C-365 de 2012[128], reiteró que el derecho penal está sujeto al principio de mínima intervención, por consiguiente, el Estado solo debe recurrir a sanciones penales en casos donde otros mecanismos de control no han sido efectivos. En este sentido, la criminalización solo es legítima cuando protege intereses reales de la comunidad, y su aplicación implica una necesidad imperiosa de salvaguardar esos intereses, hasta el punto de poder restringir el derecho a la libertad.

Por otro lado, Duvan Acuña (2019) [129] critica que la ampliación de conductas típicas en el ordenamiento jurídico mediante la Ley 1774 responde a una política criminal simbólica, donde se crean tipos penales para apaciguar la sensación de inseguridad en la sociedad, sin abordar verdaderamente el problema. Acuña advierte que esta estrategia genera una imagen de eficiencia estatal que, en realidad, deslegitima el uso del derecho penal al aplicarse sin la debida consideración de sus consecuencias.

Además, Kenny Sanguino y José Peláez (2018) [130], argumentan que simplemente considerar algo "bueno" no justifica su protección mediante el derecho penal. Señalan que es esencial establecer un status que identifique claramente el bien jurídico protegido, y analizan que la Ley 1774 carece de una legitimación constitucional adecuada. A pesar de la intención de proteger a los animales, estos autores advierten que la criminalización sigue instrumentalizando al

123 Congreso de La República de Colombia, Ley 1774 del 6 de enero de 2016: "por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones." Obtenido de: https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30019637

124 Luz Pérez y Milton Monsalve (2020). Maltrato animal en Colombia: protección penal y contravencional en favor de los animales. DIXI 32, julio-diciembre 2020, 1-16. Obtenido de: https://doi.org/10.16925/2357-5891.2020.02.07

125 (Informe Proyecto de Ley 087, 2014).

126 Muñoz Aguirre, Nora Elena y Zapata Echavarría, Luz Mery. (2014). "Legislación especial de protección y penalización del maltrato animal en Colombia". Jurídicas. No. 1, Vol. 11, pp. 157- 178. Manizales: Universidad de Caldas. Obtenido de: http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas11(1)_9.pdf

127 Raúl Rodríguez (2008). DERECHO PENAL COMO ULTIMA RATIO. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL. Ius et Praxis, 14(1), 13-48. Obtenido de: https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002

128 Corte Constitucional, dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012), J.Ignacio, Sentencia C-365 (Colombia), Obtenida de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm

129 Duván Acuña (2019), "El delito de maltrato contra los animales: una construcción simbólica del tipo penal a partir de la sociedad del riesgo. Análisis jurisprudencial de la ley animalista 1774 de 2016" Revista NUEVA ÉPOCA Nº 52 pp. 15-42.

130 Kenny Sanguino y José Peláez (2018), "Análisis ético y político criminal de la Ley 1774 de 2016", Revista Academia & Derecho, Año 9. N° 17 Julio - Diciembre 2018. p.p. 73-112.

animal no humano, basándose en una "doctrina de la compasión" que responde más a posturas moralistas e ideológicas que a un enfoque jurídico sólido. En este contexto, la criminalización de estas conductas podría subsumir cualquier comportamiento influido por consideraciones políticas, económicas o personales, sin una justificación jurídica real.

Desde otra perspectiva, doctrinantes argumentan que existen criterios que justifican la inclusión del maltrato animal en el ámbito penal. Diego Pacheco (2018) [131], argumenta que la Ley 1774 tiene un fundamento axiológico-constitucional, ya que establece deberes para el ser humano basados en el respeto hacia los seres vivos con capacidad de sentir.

En este sentido, el Estado Social de Derecho en Colombia está llamado a instituir valores superiores que legitimen su acción y carácter moral, siendo uno de estos la protección del bienestar animal. Además, el autor señala que la Ley representa una revaloración del papel del ser humano, quien debe ser solidario con otras formas de vida, y no constituye un caso de populismo punitivo, sino más bien:

"un tipo penal que advierte y previene que, al ser aplicado, debe constituirse tradicionalmente como la ultima ratio, pero que además envía un mensaje a la comunidad política en nombre de aquellos que no pueden expresarse a través del lenguaje humano" (p. 21).

destacando que la importancia de la norma no radica únicamente en su aplicación dentro del ámbito penal, sino en su inserción dentro de un marco jurídico más amplio que busca el bienestar animal y ecológico. En este contexto, los animales no humanos son fundamentales para el desarrollo de una interacción más ética entre especies.

Pérez y Monsalve (2020) concluyen que, en el caso de la Ley 1774, el legislador no debilita las obligaciones impuestas por el principio de ultima ratio, sino que otorga una "relevancia jurídica punitiva al maltrato animal". Este enfoque permite fortalecer las medidas policivas o contravencionales, ofreciendo un marco más robusto para la protección animal dentro del sistema legal colombiano.

El debate no se limita únicamente a la idoneidad del derecho penal como herramienta de protección, sino que también se extiende a la definición del bien jurídico tutelado. En este contexto, Machuca (2024)132, destaca que no hay consenso sobre si lo que se protege es el medio ambiente, los sentimientos de las personas, la moral y las buenas costumbres, o si, en realidad, este delito carece de un bien jurídico claramente definido. A pesar de estas controversias, la tipificación penal del maltrato animal en Colombia ya está operando, lo que subraya la importancia de analizar su desarrollo y la estructura legal que regula su aplicación como las condiciones bajo las cuales se debe investigar y juzgar.

III. Estructura del tipo penal: "Delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales".

Un análisis objetivo es esencial para asegurar la predictibilidad del sistema penal. Las personas deben poder conocer con claridad qué conductas están prohibidas y cuáles son las consecuencias de infringir la norma, lo que fomenta la seguridad jurídica. De esta forma, la interpretación objetiva del tipo penal contribuye a que las decisiones judiciales sean coherentes y predecibles, lo que fortalece la confianza en el sistema de justicia.

131 Diego Pacheco (2018). "El carácter histórico de la Ley 1774 de 2016" Revista Academia & Derecho, Año 9. N° 17 p.p. 187-210, Obtenido de: file:///C:/Users/tatis/Downloads/Dialnet-ElCaracterHistoricoDeLaLey1774De2016-7295663.pdf

132 Machuca (2024), "Análisis del tipo penal del maltrato animal desde un estudio comparado sobre el bien jurídico protegido". Repositorio Universidad Libre. Recuperado de: https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/28242/Articulo%20cientifico%20-%20Investigacion%20II.pdf?sequence=2&isAllowed=y

El artículo 339A de la Ley 599 del 2000, señala lo siguiente:

> El que, por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-041 de 2017[133], señaló que la tipificación penal del maltrato animal, conforme al artículo 339-A, contiene un sujeto activo universal, es decir, cualquier persona puede ser responsable de cometer este delito sin necesidad de tener una calidad especial. Asimismo, la norma abarca un grupo amplio de animales protegidos, como los domésticos, amansados, silvestres vertebrados y exóticos vertebrados.

Además, la Corte destacó que este tipo penal es de resultado, lo que implica que la conducta sancionable se manifiesta en dos situaciones específicas:

a. la muerte del animal

b. o las lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física.

Ahora bien, es importante destacar que conceptos como "sujeto universal" y "menoscabo grave" no pueden ser ignorados, ya que comprender su alcance es fundamental para entender la conducta que el legislador buscó tipificar. Además, su correcta interpretación es clave para asegurar el cumplimiento de los principios de tipicidad y proporcionalidad, especialmente al momento de imputar estas conductas como delitos dentro del sistema judicial colombiano.

133 Corte Constitucional Sentencia C-123 de 2

1. Del Sujeto Activo Indeterminado

Una de las primeras características que se puede destacar de este tipo penal es que no requiere la existencia de un sujeto activo determinado para la comisión del delito. Como señala Harold Vega (2015) [134], el sujeto activo indeterminado es aquel que realiza la conducta descrita en el tipo penal, pero no necesita tener ninguna cualificación o característica especial. Esta clase de sujeto es característica de los llamados tipos penales comunes.

Aunque en un principio este aspecto podría parecer insignificante para el estudio del delito, en la práctica ha sido necesario aclararlo en diversas ocasiones. Al inicio, se discutía si el hecho de ser propietario del animal otorgaba al individuo la facultad de disponer de él a su antojo, lo que implicaría una posible exclusión de responsabilidad penal o algún tipo de beneficio punitivo.

Un claro ejemplo de este debate es la Sentencia del Tribunal Superior de Distrito de Barranquilla No. 2020-00122-P-MC, del año 2021[135],. En este caso, que involucraba violencia intrafamiliar junto con delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales, el procesado mató a un gato con un hacha para causar daño a su hermana. La defensa argumentó que, al ser el dueño del animal, el procesado debía tener la misma facultad de disponer de su vida como ocurre con animales destinados al uso industrial, como gallinas o cerdos. La defensa invocó el concepto de marginalidad, contemplado en el artículo 56 del Código Penal Colombiano, señalando que no existía distinción clara entre un animal doméstico como el gato y aquellos utilizados para satisfacer necesidades humanas.

El Tribunal, sin embargo, reiteró que este tipo penal presenta un grado de indeterminación, ya que establece un sujeto activo universal.

134 Vega Harold (2016). El análisis gramatical del tipo penal. En Justicia, 29, 53-71. http:// dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233

135 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla Sala Cuarta de Decisión Penal, J.Mola No. o 2020-00122-P-MC. 08-638-600-1259-2019-01929-00.

Además, enfatizó que la marginalidad o pobreza del procesado no le impedían conocer la ilicitud de su conducta, puesto que incluso alguien sin educación formal comprende que amenazar a su hermana con un hacha y matar a un gato es una conducta dolosa y punible.

En conclusión, el tipo penal del artículo 339-A establece un sujeto activo indeterminado, lo que significa que cualquier persona puede ser responsable por el maltrato animal, sin importar su situación económica o si es propietario del animal. La jurisprudencia ha reafirmado que la pobreza o la marginalidad no eximen de responsabilidad penal, ya que el maltrato animal es una conducta dolosa claramente punible. Este tipo penal asegura una protección amplia de los animales, sin otorgar privilegios a los infractores.

2. Sujeto Pasivo: ¿Pueden los animales ser sujetos pasivos?

En la configuración del tipo penal, resulta esencial identificar a la persona o entidad cuya vulneración o riesgo recae sobre el bien jurídico tutelado. Según Harold Vega (2015), este elemento del tipo penal se determina al identificar primero el bien jurídico protegido y luego deducir quién es su titular.

En este caso, se debe destacar que el sujeto pasivo no siempre coincide con el ente sobre el cual recae la conducta[136],. Esto es evidente en la tipificación del artículo 339-A, donde, aunque los animales son los directamente afectados, no son los titulares del bien jurídico tutelado. La titularidad varía según la clasificación del animal: en el caso de los animales domésticos que tienen un "dueño", este sería el titular del bien jurídico. Sin embargo, en situaciones como la protección de la fauna silvestre, la titularidad recae sobre el Estado.

El Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla sintetiza lo anterior señalado que es el Estado quien ostenta la titularidad del bien jurídico en cuanto a la fauna silvestre, lo que lo obliga a su protección. En relación con los animales domésticos y amansados, el propietario es el titular del bien jurídico. No obstante, si no existe un propietario, el Estado actúa como el responsable de su protección.

3. Implicaciones de la expresión "Menoscabo grave"

Una de las críticas más comunes al uso del derecho penal en delitos como el maltrato animal es su carácter simbólico, utilizado más para calmar el sentimiento de inseguridad de la comunidad que para aplicar una sanción verdaderamente necesaria. Mario Durán (2008) [137], argumenta que este enfoque equivocado conlleva técnicas inadecuadas, como la reducción de garantías procesales y el uso de normas penales en blanco, lo que amplía la discrecionalidad judicial y genera una indeterminación en la norma.

Esta crítica se refleja en la demanda presentada en la Sentencia C-041 de 2017[138],, donde se cuestiona la expresión "menoscaben gravemente" contenida en el artículo 339-A de la Ley 599 de 2000. Se alegó que dicha expresión vulnera el principio de legalidad, ya que deja al juez con una amplia facultad para decidir cuándo se ha producido una lesión a un animal, sin una tabla objetiva que permita graduar o evaluar el daño. La redacción de esta expresión es vaga y no define claramente las conductas que caen dentro de su ámbito, lo que genera incertidumbre.

La Corte Constitucional reconoció que, aunque el legislador tiene el deber de diseñar políticas criminales con enunciados que minimicen la indeterminación, no toda imprecisión implica la inoperancia de la norma. En este caso, se

136 Rocco, A. (2000). El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. En Dogmática y Criminología. Bogotá: Legis.

137 Mario Duran (2018), "La prevención general positiva y el derecho penal simbólico. Concepto y posibles relaciones en el contexto del actual proceso de expansión de la legislación penal. Corpus Iuris Regionis", (8), 57-72.

138 Corte Constitucional, Sentencia C-04 del 2017.

señaló que la discrecionalidad judicial no debe ser eliminada por completo, sino restringida a un punto razonable que respete el principio de reserva de ley y evite arbitrariedades. En otras palabras, aunque el término "menoscabo grave" pueda tener un trasfondo amplio, no implica necesariamente la violación del principio de legalidad si se establece un marco adecuado para su interpretación.

De esto, se tiene que el artículo 339-A del Código Penal puede generar dificultades interpretativas, ya que la expresión "menoscabo grave" depende de un juicio de valor sobre la intensidad del deterioro de la salud o integridad del animal no humano. Sin embargo, esta "indeterminación" puede superarse mediante un análisis sistemático, que remite al artículo 6 de la Ley 84 de 1989, también conocida como el Estatuto para la Protección Animal, este artículo proporciona un marco para identificar qué conductas se consideran un "menoscabo grave", tales como:

> Herir a un animal mediante golpes, quemaduras, cortadas, o con armas de fuego.
>
> Remover, destruir o mutilar partes del cuerpo de un animal vivo sin justificación técnica, científica o estética.
>
> Desplumar o pelar animales vivos.
>
> Sobrecargar a un animal con trabajo al punto de causar agotamiento o extenuación.
>
> Envenenar o intoxicar a un animal usando sustancias tóxicas.
>
> Realizar prácticas de destreza manual o vivisección sin autorización y sin fines científicamente demostrables.

Un ejemplo concreto de esta interpretación es la Sentencia de primera instancia del Juzgado Segundo Penal Municipal de Zipaquirá con Función de Conocimiento No. 25899600041920200003400 del año 2021[139], en la cual se condenó a Rafael Antonio Rincón Achury por disparar con una escopeta de balines y golpear brutalmente con un cable a Thor, un perro pitbull de tres años. El perro presentó múltiples lesiones en la cabeza y cuello, lo que resultó en la pérdida total e irreversible de su visión, requiriendo la extracción quirúrgica de ambos globos oculares.

El juez destacó que, aunque no se causó la muerte del animal, los actos de violencia fueron desmedidos, injustificados y crueles, ocasionando un daño irreversible al canino que afecta de manera permanente su calidad de vida. Esto constituye un claro ejemplo de las conductas que encajan dentro del concepto de "menoscabo grave", conforme a los criterios establecidos en el artículo 6 de la Ley 84 de 1989.

En esta misma línea, se afirmó que el maltrato animal es un problema arraigado desde hace tiempo. A pesar de los avances legislativos, como la tipificación del maltrato animal como delito en el Código Penal, y los esfuerzos de campañas y movimientos en contra de la crueldad hacia los animales, la verdadera protección y respeto hacia ellos sigue sin practicarse de manera efectiva, y aun no se entiende socialmente que los animales, al igual que los humanos, poseen la capacidad de sentir, lo que hace aún más lamentable que continúen ocurriendo casos de maltrato, reflejando una pérdida de humanidad.

En esta sentencia, Rafael Antonio Rincón Achury fue condenado como responsable del delito de maltrato animal, con una pena de 12 meses de prisión, inhabilitación especial de un año para actividades relacionadas con animales y una multa de 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMLMV). Sin embargo, también se le otorgó el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo que reflejaría otro problema donde teóricos señalan que no sería una pena que cumpla con los fines que quería el legislador.

De lo anterior, Kenny Sanguino y José Peláez (2018) señalan que esta pena no cumple con los objetivos previstos en la Ley 1774 de 2016. Argumentan que, al no superar los tres años, la pena inicial permite la suspensión condicional,

139 Juzgado Segundo Penal Municipal de Zipaquirá con Función de Conocimiento Sentencia de Primera Instancia No. 25899600041920200003400, 19 de Enero del 2021.

salvo que se presente alguna circunstancia de agravación punitiva. Esto, según lo establecido en el artículo 63 del Código Penal, impide que se cumplan plenamente los fines de la ley, como la prevención especial, la reinserción social y la protección del condenado, que son objetivos vinculados al cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad, por lo cual:

"De esta manera no se cumpliría con los fines mencionados en el proyecto de ley, puesto que no podría darse la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado, que son las funciones que se cumplen estando en prisión" (p. 32).

De esta forma, se corre el riesgo de que las penas no disuadan a futuros infractores, lo que mina los esfuerzos por proteger de manera efectiva a los animales. Si el objetivo es que la Ley 1774 sea una herramienta verdaderamente transformadora, es fundamental revisar estos mecanismos y garantizar que las sanciones reflejen de manera proporcional la gravedad del delito.

Para el 2023 en Colombia se han presentado diferentes denuncias de maltrato animal, donde la Fiscalía compuesta por el Grupo Especial para la Lucha Contra el Maltrato Animal (GELMA) presentó los siguientes casos:

Caso de Zeus: En la ciudad de Medellín Gilberto Hernán Londoño Arango fue condenado a más de cuatro años de prisión por matar a un perro llamado Zeus con un arma cortopunzante en 2019. Durante la investigación se determinó que el condenado, junto con otra persona, ató una cuerda alrededor del cuello del perro, lo amarró a una reja y le infligió 13 puñaladas con un cuchillo. Posteriormente, trasladaron el cuerpo de "Zeus" a una cañada, donde fue hallado por agentes de la Policía Nacional.[140]

Caso de Snoopy: En la Calera, Cundinamarca Miguel Ángel Molina fue condenado a seis meses de prisión y multado por atacar con unas tijeras a un perro llamado Snoopy, propiedad de un familiar. Además de la condena de prisión, se le impuso una multa y una inhabilitación para la tenencia de animales por un año.[141]

Caso de Katira: En Bogotá D.C Jorge Eliécer Rueda Vargas fue sentenciado a 10 meses de prisión y se le inhabilitó para la tenencia de animales por haber atacado brutalmente a una cachorra llamada Katira en 2022.

Los recientes casos de maltrato animal en Colombia evidencian que, aunque se ha avanzado considerablemente en la implementación de la Ley 1774 de 2016, todavía queda un largo camino por recorrer para erradicar este tipo de delitos. Condenas como la de Gilberto Hernán Londoño Arango por el asesinato de Zeus, junto con otros casos similares de crueldad hacia mascotas, reflejan el compromiso de la justicia colombiana para sancionar estas conductas. Sin embargo, la gravedad y frecuencia de estos hechos resaltan la urgente necesidad de fortalecer los mecanismos de prevención y fomentar una mayor educación en torno a la protección y el bienestar animal en la sociedad.

IV. El maltrato animal desde la legislación penal española

Elena Prats (2020) [142] señala que la introducción del delito de maltrato animal en la legislación criminal española se remonta al Código Penal de 1928, específicamente en su artículo 801.4, que contemplaba las faltas relativas a la omisión

140 Fiscalía General de la Nación (2023). "Fiscalía obtiene condenas contra los responsables de atacar con armas cortopunzantes a dos perros y causarles la muerte en Antioquia y Cundinamarca". Recuperado de: https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-obtiene-condenas-contra-los-responsables-de-atacar-con-armas-cortopunzantes-a-dos-perros-y-causarles-la-muerte-en-antioquia-y-cundinamarca/

141 Radio Nacional: https://www.radionacional.co/actualidad/212-condenas-por-maltrato-animal-en-colombia-en-los-ultimos-cuatro-anos

142 Elena Prats (2020), "El delito de maltrato animal en España", Obtenido de: https://www.researchgate.net/publication/339302965_El_delito_de_Maltrato_Animal_en_Espana_Pasado_Presente_y_Futuro

de vigilancia de alienados, animales feroces y el maltrato animal. Sin embargo, la sanción en ese momento era únicamente de carácter pecuniario, castigando al que públicamente maltratara a un animal doméstico o lo obligara a una fatiga excesiva con una multa, sin prever penas de prisión.

Este enfoque trataba el maltrato como una falta y no como un delito grave. A pesar de ello, al exigir la publicidad de la conducta, se reforzaba la idea de que el bien protegido tenía un interés social, extendiéndose al bienestar del animal. Este artículo sufrió varias modificaciones hasta su eventual exclusión del Código Penal, siendo su protección delegada a la Ley 16 de 1970, donde el bienestar animal se ampliaba al interés comunitario.

No fue hasta 1995 que el maltrato animal se reincorporó al Código Penal español. En su nueva redacción, se establecía que "los que maltraten cruelmente a animales domésticos o cualquier otro en espectáculos no autorizados serán castigados con multa de 10 a 70 días".

Prats critica esta redacción por su carácter indeterminado, pues la palabra "cruelmente" introduce dificultades en la valoración del ilícito y continúa cosificando a los animales, sin reconocer su capacidad de sentir.

Ahora bien, el periodo entre 2003 y 2015 fue crucial para la protección animal en España. Con la Ley Orgánica 15 del 25 de noviembre de 2003, se introdujeron nuevos tipos penales relacionados con el maltrato animal, destacando la inclusión del artículo 337 en el Código Penal, que ya contemplaba penas de prisión para los que maltrataran con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos, causando su muerte o provocándoles lesiones que ocasionaran un grave menoscabo físico. La pena oscilaba entre tres meses y un año de prisión, además de la inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesiones u oficios relacionados con animales.

María Gavilán (2017) [143] señala que el artículo 337.1 del Código Penal español ha experimentado diversas modificaciones con respecto a su versión anterior. Aunque las penas permanecen sin cambios, se han añadido aspectos relevantes, como la inhabilitación para la tenencia de animales y la inclusión del maltrato por explotación sexual, cuestiones que no estaban contempladas previamente. Asimismo, Además, el legislador aclaró que esta protección se limita a los animales domésticos, excluyendo a los animales salvajes del tipo penal.

El artículo establece lo siguiente: "Será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año, y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, quien maltrate injustificadamente, causándole lesiones graves o sometiéndolo a explotación sexual, a un animal doméstico o amansado; un animal habitualmente domesticado; un animal bajo control humano temporal o permanentemente; o cualquier animal que no viva en estado salvaje.

Gavilán añade que el maltrato animal es un delito común que puede ser cometido por cualquier persona, independientemente de si es el propietario o no del animal. Al ser un delito de resultado, requiere que el maltrato cause la muerte o una lesión grave que menoscabe la salud del animal, protegiendo así su integridad física y psíquica.

Un ejemplo ilustrativo es el caso resuelto por el Juzgado de lo Penal No. 3 de Santa Cruz de Tenerife[144], donde Luis Andrés, en 2007, golpeó brutalmente a una perra pastor alemán con un gancho y la roció con una sustancia cáustica. El animal sufrió heridas graves que requirieron

143 María Gavilán (2017), El delito de maltrato animal. Sus penas y ejecución de las mismas. Medidas de protección animal en el proceso penal, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, L (2017) 143-166 / ISSN: 1133-3677. Obtenido de: file:///C:/Users/tatis/Downloads/Dialnet-ElDelitoDeMaltratoAnimalSusPenasYEjecucionDeLasMis-5876168.pdf

144 Juzgado de lo Penal No.3, de la sede de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia No. 38038510032012100001

intervenciones quirúrgicas, incluida la amputación de dedos y parte de una oreja. Aunque Luis Andrés no era el propietario formal de la perra, el tribunal determinó que el delito no exige la titularidad del animal, sino que basta con que el acusado esté a cargo del mismo. En este caso, el tribunal calificó las acciones como un maltrato de especial relevancia debido a la crueldad y el ensañamiento demostrados.

La SAP de La Coruña 202/2009 refuerza este enfoque, indicando que la reforma del Código Penal, introducida por la Ley Orgánica 15/2003, busca no solo proteger a los animales domésticos, sino también reflejar los valores de respeto y protección que la sociedad exige en las relaciones humanas con el mundo animal. La ley no solo abarca animales tradicionales como perros o gatos, sino que también se extiende a especies exóticas que, aunque no se crían con fines económicos, dependen del ser humano para su bienestar.

Esta protección penal se estructura en dos parámetros clave: primero, el maltrato debe ser de especial relevancia, superando los actos de entrenamiento o domesticación; y segundo, debe causar un resultado como la muerte o una lesión grave, excluyendo de esta forma aquellas conductas de menor entidad.

La legislación penal española ha desarrollado diversos tipos penales relacionados con el maltrato animal en el Libro II: Delitos y sus penas, Título XVI: De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente. En este contexto, encontramos los siguientes artículos clave:

> Artículo 337.2, que establece agravantes para el maltrato animal del artículo 337.1. Las penas de nueve meses a un año de prisión se aplican en circunstancias como: el uso de armas o medios peligrosos para la vida del animal, ensañamiento, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o si el maltrato ocurre en presencia de un menor.
>
> Artículo 334, que protege la fauna silvestre, imponiendo la inhabilitación especial para ejercer profesiones u oficios relacionados con la caza o pesca, por dos a cuatro años, a quienes, violando las leyes, cacen, pesquen, adquieran o destruyan especies protegidas, trafiquen con ellas o impidan su reproducción o migración.
>
> Artículo 335, que sanciona la caza o pesca de especies prohibidas, ya sea en terrenos ajenos sin autorización o cuando se generen graves daños al patrimonio cinegético o la sostenibilidad de los recursos en zonas bajo concesión marisquera o acuícola.
>
> Artículo 336, que penaliza el uso de veneno, explosivos u otros medios destructivos no autorizados para la caza o pesca.

Estas disposiciones han sido aplicadas en diversas sentencias, como la del Juzgado de Instrucción No. 1 de Salamanca en 2020, que condenó al acusado por maltrato animal bajo el artículo 337 bis del Código Penal, tras haber desatendido el cuidado de los cascos de las patas de un caballo, provocándole lesiones que afectaban su capacidad de caminar. El acusado fue sancionado con una multa de 150 euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, lo que muestra que la responsabilidad también recae por una omisión.

En otra sentencia, el Juzgado de lo Penal No. 2 de Cáceres, en 2021, condenó a un individuo a siete meses y quince días de prisión, inhabilitación especial para la tenencia de animales por tres años, y suspensión del derecho de sufragio pasivo, por desatender a caballos y yeguas, algunos de su propiedad y otros que eran de régimen de alquiler, dejando a los animales sin alimento ni atención veterinaria, lo que llevó a que varios escaparan para sobrevivir.

Finalmente, el Tribunal Supremo Sala de lo Penal, en la Sentencia 186/2020[145],, resolvió un recurso de casación interpuesto por Nicanor, basado en los siguientes hechos:

145 Tribunal Supremo de España Sala de lo Penal (2020). Obtenido de: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2410b129baa45c19bfdc3e89c500ff60fe

1. El Juzgado de lo Penal No. 2 de Santander (Causa 120/18), con fecha 1 de junio de 2018, condenó a Nicanor al considerar probado que, el 9 de julio de 2016, levantó por el cuello con una cuerda al perro "Topo", de raza bodeguero andaluz y propiedad de Mariola, y lo golpeó repetidamente con una vara. Estas acciones provocaron al animal fractura de la mandíbula, pérdida de piezas dentales, hemorragia bucal, derrame ocular bilateral y cojera en la extremidad posterior. La agresión cesó por la intervención de la menor Mariola, quien pagó 497,20 euros para la atención veterinaria, que incluyó fluidoterapia, oxigenoterapia y tratamiento con antibióticos. El tribunal lo condenó por maltrato animal según el artículo 337.1 del Código Penal, imponiéndole seis meses de prisión y la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la inhabilitación de dos años para profesiones relacionadas con animales.

2. En apelación, la Audiencia Provincial de Cantabria, el 2 de noviembre de 2018, revocó parcialmente la condena y consideró que los hechos constituían un delito leve de maltrato animal. Redujo la pena a una multa diaria de seis euros durante seis meses e inhabilitación especial de un año para actividades relacionadas con animales.

Nicanor llevó el caso a casación alegando que los hechos no constituían maltrato grave, ya que no se habían producido en un espectáculo no autorizado, como lo exige el artículo 337.4 del Código Penal, y que las lesiones no cumplían el criterio de "maltrato cruel" según el artículo 337.1.

Según Miguel Donate (2020) [146], "la conducta pasa a ser delito leve no por una menor gravedad del menoscabo de la salud del animal, sino por la falta de autorización legal del espectáculo en el que el menoscabo se produce. Se razona así que el menoscabo debe ser grave, como en el art. 337.1, porque lo no incluido en los apartados precedentes es que se produzca en espectáculos no autorizados."

El Tribunal Supremo, sin embargo, desestimó el recurso, concluyendo que los requisitos de tipicidad se cumplían. La secuencia fáctica, en la que el acusado levantó al perro y lo golpeó con una vara, causó graves lesiones que evidenciaban maltrato cruel. Estas acciones, que afectaron a un animal doméstico, encajaban perfectamente en la tipicidad del artículo 337.4.

El Tribunal también analizó el uso de la conjunción "o" en el texto legal, concluyendo que no implicaba exclusión entre categorías. De haberse querido limitar el maltrato a espectáculos no autorizados, no habría sido necesario diferenciar entre animales domésticos y otros. El artículo 337.4 es subsidiario de los artículos 337.1 y 337.3, aplicándose cuando el maltrato cruel no provoca lesiones graves ni muerte, y no se requiere que el maltrato cause una lesión para que se configure el delito.

Otro aspecto importante señalado en la sentencia es la definición de "menoscabo grave", que se fundamenta en el concepto normativo del delito de lesiones, y se infiere si el animal ha requerido tratamiento veterinario. Donate también explica que este "menoscabo grave" puede depender de varios factores, como:

1. La intensidad del tratamiento veterinario.

2. Si fue necesaria hospitalización.

3. El riesgo vital de la herida o su capacidad de acelerar procesos degenerativos.

4. El tiempo durante el cual el animal estuvo incapacitado para realizar actividades propias de su especie.

5. Las secuelas o padecimientos permanentes.

Finalmente, es importante hacer un pequeño resumen respecto de las dos legislaciones:

146 Miguel Donate (2020). "El delito leve de maltrato animal y la sentencia del TS 186/2020, de 20 de mayo de 2020". Abogacía Española Consejo General. Recuperado de: https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-animales/el-delito-leve-de-maltrato-animal-y-la-sentencia-del-ts-186-2020-de-20-de-mayo-de-2020/

País:	*Colombia*	*España*
Delito	Art. 339 A C. PENAL: El que, por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física.	Art. 337 C. PENAL: Será castigado el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual.
Pena.	incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes.	pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales
Animales que cobijan el tipo penal. (objeto material)	domésticos, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado.	doméstico o amansado; un animal de los que habitualmente están domesticados; un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano.
Sujeto activo.	indeterminado, y jurisprudencialmente se ha recalcado que ser “dueño” del animal no es eximente de responsabilidad.	indeterminado, y jurisprudencialmente se ha recalcado que ser “dueño” del animal no es eximente de responsabilidad.

País:	*Colombia*	*España*
Sujeto Pasivo.	Dueño del animal El Estado (cuando el animal está en estado de abandono y cuando el animal es silvestre).	La doctrina ha considerado a: la colectividad el dueño del animal doméstico o lo que se protege es un interés general de que no se produzca un maltrato de animales[147]
Bien jurídico tutelado	"El bien jurídico protegido en las conductas de maltrato a los animales es el bienestar animal, esto es, la vida, la integridad física, psíquica y la salud de los animales como seres vivos dignos, en razón a su capacidad de sentir emociones y de sufrir."148	Lo que se tutela es "una relación con las especies animales domésticas, que no resulta ofensiva para los sentimientos de respeto y protección con el mundo animal". Por otra parte, Muñoz Conde afirma con certeza que el bien jurídico no es perfectamente identificable149.

De lo anterior, se puede establecer que la legislación española, a través de sus reformas penales entre 1995 y 2015, ha sido un referente importante para Colombia en la penalización del maltrato animal, inspirando el reconocimiento de los animales como seres sintientes y el endurecimiento de las sanciones. Mientras que España avanzó de manera progresiva en la protección animal, Colombia adoptó estas ideas más de una década después, culminando en la Ley 1774 de 2016, que introdujo por primera vez la tipificación del maltrato animal como delito penal.

Además, es importante resaltar que España ha ido complementando su normativa sobre maltrato animal, no limitándose solo al artículo 337, sino desarrollando otras disposiciones como artículos relacionados con infracciones leves o el abandono de animales y formas de violencia sexuales cubriendo así de manera integral diferentes formas de maltrato. Esto proporciona un marco más amplio de protección animal en comparación con Colombia, donde la legislación penal sobre maltrato animal está en desarrollo y se centra principalmente en el artículo 339-A del Código Penal.

147 Gabriel García (2016), "Breves notas sobre el delito de maltrato a animales domésticos". Boletín de la Academia de Jurisprudencia. Recuperado de: http://ibdigital.uib.es/greenstone/sites/localsite/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/007_t009/_171.dir/Bajlib_2007_t009_171.pdf

148 Fiscalía General de la Nación. Directiva No.003."Por medio de la cual se establecen directrices generales para la investigación y judicialización de los delitos contra los animales". Recuperado de: https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2021-DIRECTIVA-0003-INV-Y-JUD-DELITOS-CONTRA-ANIMALES.pdf

149 Carlos Suárez (2006). Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. 4ª edición, Navarra 2006. Pág. 406.

I. Conclusiones.

La Ley 1774 de 2016 introdujo una nueva tipificación en el ordenamiento jurídico penal colombiano, al reconocer el maltrato animal como un delito y otorgar a los animales la categoría de seres sintientes, alejándolos de la consideración de simples objetos. Este avance legislativo fue impulsado por movimientos proteccionistas. Sin embargo, aunque se ha señalado que la inclusión del maltrato animal en el Código Penal responde más a un uso simbólico del derecho penal que a una necesidad real de tipificar estas conductas. De hecho, autores como Diego Pacheco (2018) reconocen que, aunque la ley tiene un fundamento axiológico-constitucional, la implementación de medidas contravencionales y administrativas hubiera podido ser igualmente efectiva para la protección animal, sin necesidad de recurrir a la penalización.

De lo anterior, la aplicación penal de esta ley ya ha mostrado limitaciones en el sistema de justicia criminal colombiano. Como indican Kenny Sanguino y José Peláez (2018), las penas contempladas en la Ley 1774 no superan los tres años, lo que permite la suspensión condicional de la pena, debilitando así el efecto punitivo de la norma. Un ejemplo de esto se encuentra en la Sentencia del Juzgado Segundo Penal Municipal de Zipaquirá (2021), en la que se condenó a un individuo por maltrato animal, pero no se alcanzaron los objetivos de prevención y castigo que la ley pretendía.

Aunque no se sugiere el retiro del ordenamiento jurídico, si es necesario implementar políticas adicionales, como la educación en zonas rurales y urbanas sobre la protección animal, para evitar errores de prohibición, como los mencionados en la misma sentencia de Zipaquirá, donde la defensa alegó falta de conocimiento por parte del acusado debido a su contexto rural.

Además, resulta crucial contar con cifras claras sobre la implementación de la Ley 1774. Según la Fiscalía General de la Nación, en abril de 2022 había 2.752 procesos activos relacionados con el maltrato animal en distintas etapas procesales. Sin embargo, la falta de consenso entre las entidades estatales sobre el número de condenas impide un análisis más exhaustivo. El Consejo Superior de la Judicatura reportó nueve sentencias condenatorias en 2020 y ocho en 2021, pero la Corte Suprema de Justicia no encontró registros de sentencias firmes por este delito. Es decir, se revela una necesidad urgente de mejorar la recolección y divulgación de datos sobre el tema, lo que permitiría un seguimiento más eficaz del cumplimiento de la Ley.

Por otro lado, el desarrollo del maltrato animal en la legislación española ofrece una referencia importante para Colombia, contando con un desarrollo histórico más amplio en el que se evidencia que ha fortalecido su normativa sobre maltrato animal, no solo a través del artículo 337, sino también desarrollando disposiciones adicionales como el artículo 337 bis, que abordan infracciones leves y el abandono de animales. Además, la legislación española cubre de forma integral diferentes formas de maltrato, incluyendo aspectos relacionados con delitos sexuales contra animales, un tema que ha sido objeto de reformas recientes. En comparación, la legislación penal de Colombia aún está en desarrollo y se centra principalmente en el artículo 339-A del Código Penal, sin una regulación tan extensa.

Sin embargo, no se puede desconocer que al igual que en España, Colombia ha enfrentado discusiones sobre términos como “cruelmente” o “menoscabo grave”, lo que ha llevado a precisiones en cuanto a quién puede ser considerado sujeto activo en estos delitos. En ambos países, se ha determinado que la titularidad sobre el animal no es relevante para incurrir en responsabilidad penal, abarcando a cualquier persona dentro del ámbito de su jurisdicción.

La ética profesional del abogado frente a la crisis de la justicia colombiana

The professional ethics of the lawyer in the face of the crisis of colombian justice

Darío Moreno Arteaga[150]

Abstract:

Colombian justice has been facing for several decades a structural crisis in its development, a situation that becomes more evident in the current social, political and economic conflict in our country. In this sense, this paper attempts to elucidate the role of the legal professional in the crisis of Colombian justice, pretending to show the need for a reform of Colombian justice, where it can adapt to the social changes of the present and where we consider that the role of the academy is to have universities that train legal professionals with ethical principles of justice, equity and respect for human rights, as one of the elements of contribution to the solution of this crisis.

Keywords: Ethics, Justice, Law, Lawyer, Crisis, Academy and technical defense

Resumen:

La justicia colombiana viene afrontando desde hace varias décadas una crisis estructural en su desarrollo, situación que se hace más evidente en el actual conflicto social, político y económico que vive el país. En tal sentido, el presente escrito intenta dilucidar el papel del profesional del derecho en la crisis de la justicia colombiana, con el fin de hacer ver con ello, la necesidad de una reforma a la justicia colombiana, a través de la cual, esta pueda adaptarse a los cambios sociales del presente y se considere, por tanto, que el papel de la academia sea tener universidades que formen profesionales del Derecho con principios éticos, de justicia, equidad y respeto por los derechos humanos, como uno de los elementos de aporte a la solución de esa problemática.

Palabras clave: Ética, Justicia, Derecho, Abogado, Crisis, academia y defensa técnica.

150 Licenciado en Historia, Magister en Estudios Políticos Latinoamericanos y Abogado de la Universidad del Cauca. Correo: dariomore@unicauca.edu.co

La profesión de abogado sigue siendo en el mundo moderno, una de las mejores actividades que puede realizar el ser humano, siendo ello uno de los motivos por el cual mantiene su relevancia social, a pesar de situaciones como la actual crisis de la justicia colombiana. Su relevancia tanto en el mundo académico, como en lo social, lo jurídico y lo gubernamental, lleva a pensar que todos deberían saber de Derecho. En tal sentido, el presente artículo, que nace de una experiencia académica personal sobre cómo se debería aplicar el Derecho, viene a recoger el aprendizaje teórico jurídico del autor en las aulas de la ilustre Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca. El presente es un documento que propone una reflexión sobre el papel ético del abogado en la sociedad actual. No se trata, entonces, de desdibujar ni al abogado como persona, ni a la profesión, ni mucho menos a la justicia colombiana, sobre todo de esta última que mal o bien es parte fundamental en el sostenimiento del Estado colombiano. Además, esto es lo que interesa en este momento e, igualmente, porque en Colombia y en esta región se cuenta con muchos y valiosos profesionales del Derecho.

Es así como desde la academia se viene planteando la necesidad de que la enseñanza y la aplicación del Derecho deba adaptarse a los actuales cambios sociales, razón por la cual se viene proponiendo la necesidad de humanizar la profesión del abogado. En tal sentido, la visión académica, sobre todo en regiones como la colombiana, debe estar orientada a la búsqueda de universidades que consoliden la formación de profesionales del Derecho, interesados en impulsar una sociedad con principios de justicia, equidad y respeto por los derechos humanos; ello como un aporte a mejorar el desarrollo de la justicia colombiana.

Todos conocen un profesional del Derecho, sin embargo, para poder comprender la labor del abogado es pertinente, también, preguntarse de dónde viene esta profesión tan especial e importante para la sociedad. Esto, por lo tanto, debe llevar a investigar por qué desde hace lustros se está cuestionando su actuar ético profesional e, igualmente, lleva a deducir que lo anterior sucede porque detrás del actuar social siempre se debe tener presente a un profesional del Derecho, a partir de lo cual se espera que actué en cumplimiento de la Constitución y la legislación colombiana, es decir, que actúe en derecho.

Afortunadamente, a nivel exterior y de Colombia, son múltiples los estudios que tratan del tema, como se verá más adelante. No se puede decir lo mismo a nivel regional, donde poco o nada se ha estudiado sobre la ética del abogado, y es solo una materia del pensum, que se orienta al final del ciclo académico del programa de Derecho, cuando debería ser mejor una materia transversal.

Así, entonces, se tiene que el Derecho tuvo sus orígenes cuando el abogado comenzó a verse en la sociedad como la persona que podía apoyar la solución de problemas jurídico-sociales. Es así como desde la antigüedad las sociedades se interesaron en establecer diversas normas de convivencia, bien sea por la costumbre social o como mecanismo de control de poder. Es ahí donde nacen los códigos en aras de orientar la misión de "impartir" justicia entre los seres humanos.

Para el caso, el abogado mexicano, Pedro López Elías, señala: "El defensor o abogado ha tenido una larga evolución, a través de los años, pero es en la Roma antigua, surgida desde el siglo VIII antes de Cristo, en la que tal personaje encuentra, de manera formal, su origen".[151]

También, se encuentra en los registros académicos como los primeros abogados, y mencionados entre otros, en el Código de Ur-Nammu rey sumerio Ur-Nammu de Ur, alrededor del año 2100 a. C; en el Código de Esnunna para el año 2000 a. C; en el Código de Lipit-Ishtar V, rey de Isín, año 1934 a.C; en el Código de Hammurabi, año 1750 a. C. Más adelante, aparecen las reglas de Solón en el siglo VI a. C; la Ley de las XII Tablas del derecho romano, año 451, a. C. y el Código Justiniano, año 529, d. C.

151 López Elías, Pedro. El origen de los abogados. https// https://www.ccple.org/el-origen-de-los-abogados/, (última vista en junio 23 de 2024).

En Colombia, el nacimiento del Derecho va de la mano con la formación de la vida republicana, siendo objeto de consideración especial uno de sus grandes juristas ilustres el abogado payanés Camilo Torres Tenorio. Sobre el particular, en el libro Memorias del Bicentenario, el profesor de la Universidad el Cauca, Gómez Cerón, se refiere a Torres, señalando: "Camilo Torres, quien sería el gran jurista del final de los tiempos coloniales, hizo parte de la generación de criollos que accedieron a la educación superior en el último tercio del siglo XVIII".[152]

Al hacer referencia nuevamente a la importancia de la ética en el desarrollo profesional del abogado, es necesario pensar en cómo desde la sociedad y la academia se está reflexionando sobre las causas de la actual crisis de la justicia colombiana, en la cual el rol del abogado, sobre todo del litigante, sigue siendo relevante, sin dejar a un lado que esta problemática se viene dando a todo nivel de la administración de justicia, incluidas las altas Cortes. Es así como viene sucediendo el aumento de las investigaciones y sanciones disciplinarias, por temas sensibles como la falta de "defensa técnica" o la falta de lealtad profesional, entre otros.

Factores como los que aquí se mencionan, en documentos como el Estatuto del Abogado, indican la precariedad de los valores éticos en algunos profesionales del Derecho. Al respecto, en el periódico El Tiempo se publicó el artículo denominado En Colombia sancionan a 5 abogados al día por faltas disciplinarias, en el cual se lee:

> Entre 2014 y 2019 fueron sancionados 5.984 abogados. La suspensión y la sanción es lo más recurrente, es así como en los últimos 5 años han sido sancionados por faltas disciplinarias 5.984 abogados, según cifras de la jurisdicción disciplinaria, lo que equivale a que cada día hábil se sancionaron casi 5 abogados por día...Esta cifra despertó preocupación en la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), que recopiló esta información. Las sanciones más recurrentes son la suspensión y la censura, seguidas de la exclusión y la multa[153].

Se recalca, nuevamente, que estas cifras competen para profesionales del Derecho en todas las esferas de la sociedad. Así, entonces, se debe llegar al punto que el buen desarrollo de la actividad del profesional del derecho en Colombia debe ser de un abogado que pueda caminar junto a principios éticos tanto personales como sociales y profesionales, que, a su vez, lo conduzcan por una relación armónica: comunidad-abogado. Cumplida esta misión, el abogado podría dejar de ser estigmatizado en su presunta falta de principios éticos. En otras palabras, es necesario que todos los abogados actúen convencidos del valor e importancia de la actividad profesional.

I. La formación académica y sus valores éticos

El comportamiento ético del profesional del derecho se puede verificar, también, en el ejercicio propio de su profesión. Esto debe ser claro en ello desde todo el proceso de vida de la persona, es decir, la familia, la escuela, el colegio, la universidad y la sociedad; no se trata de dejarle a la universidad la responsabilidad única en cuanto a la formación en valores éticos al profesional del Derecho.

De lo que se trata, entonces, es que desde la academia y la sociedad se analicen los elementos estructurales que integran el proceso de formación ética del abogado, que, para el caso, se debe comenzar por el abogado que se forma en la Universidad del Cauca, por tratarse del propio entorno social. Es decir, la academia y la sociedad deben conocer como son los procesos de formación ética del profesional del derecho, en el entendido que el estudio del tema debe ser transversal.

152 Gómez Cerón, Eduardo. *Memorias del Bicentenario. editorial Gobernación del Cauca, Pág. 72, 2010.*

153 Redacción Justicia. Septiembre 19 de 2019. En Colombia sancionan a 5 abogados al día por faltas disciplinarias, El Tiempo.

Como un valor agregado al tema, es de recordar que en la sociedad se desenvuelve en sus diversas vivencias un profesional del derecho y, tal como en anteriores líneas ha expresado, este cumple un rol importante. Por ello, desde la misma sociedad, es común leer expresiones populares como "aprenda a reconocer un verdadero abogado"; "contrate un buen abogado para que no pierda el tiempo"; "de un buen abogado depende su buena defensa"; "fíjese de qué universidad salió ese abogado", etc. Mensajes, que, finalmente, terminan alienando a la sociedad que, seguramente, tratará de elegir su mejor defensor jurídico en aras del conocimiento y responsabilidad, que tenga este profesional.

En términos generales, el reconocimiento que en el presente texto también se hace de la existencia de una crisis en la justicia colombiana, es pertinente afirmar que ello, además, va unido al desempeño antiético de algún sector de profesionales del Derecho. Estas situaciones desafortunadamente suceden igual en otros sectores de la sociedad, bien sean de carácter local, regional, nacional e, incluso, internacional.

Por otra parte, son diversos los estudios y documentos que enaltecen la actividad del abogado, en los cuales se realiza un llamado constante a su comportamiento ético. Inicialmente, a nivel latinoamericano, el Código de Ética del Colegio de Abogados de México, señala en su artículo 1°: "El abogado ha de tener presente que es un servidor del derecho y un coadyuvante de la justicia (...) la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales".[154]

Importante indicar, además, que la percepción social sobre cómo es el desempeño profesional del abogado no siempre fue negativa en la sociedad, como en diversas ocasiones lo expresan fuentes reales (llamados medios de comunicación), si estos mismos, también, resaltan el valor ético de muchos abogados.

En Colombia esta profesión durante la época postindependencia se desarrolló a la par de la legislación española, tal como lo determinó el Congreso de Cúcuta de 1821, e igual algunos artículos del Código Civil, como el de 1973, relacionado con el contrato de prestación de servicios, entre otros. La mayor regulación de esta profesión sucedió en el siglo XX. Es así como el abogado investigador Merlano Sierra señaló en sus estudios lo siguiente: "En Colombia, su deontología profesional se encuentra condensada en el derecho positivo, primigeniamente con el Estatuto del ejercicio de la abogacía, el Decreto 196 de 1971 y, actualmente por la Ley 1123, promulgada el 22 de enero de 2007"[155].

Así mismo, en relación con la regulación de la actividad profesional del abogado, en Colombia, se tiene la investigación de la abogada Rincón Cancelada, quien señala:

> Para comprender el régimen disciplinario que se aplica al ejercicio de la Abogacía en Colombia, es necesario realizar un estudio histórico acerca de la evolución de la legislación que da origen a lo que hoy se conoce como Código de Ética del Abogado. En Colombia, inicia con el Acto Legislativo 1 del 28 de agosto de 1918 por el cual se sustituye el artículo 44 de la constitución y se incluye la facultad a las autoridades de exigir el título de idoneidad al ejercicio de la profesión de Abogado[156].

También, la doctora Rincón Cancelada menciona dentro de esta profesión otras normas, como la Ley 69 del 21 de diciembre de 1945, la cual regula la profesión; adicional a ello, el Decreto 320 de 1970, que establece la "función social" del abogado; el Decreto 196 de 1971 o Estatuto de la Abogacía y la Ley 1123 de 2007 o Código Disciplinario del Abogado.

154 Artículo 1°. Esencia del deber profesional.

155 Merlano Sierra, Javier Enrique. La responsabilidad jurídica de abogados y administradores de justicia en el Derecho colombiano. Editorial Universidad del Norte, 2010.

156 Rincón Cancelada, Tatiana. "De la responsabilidad profesional de abogados en el marco del código ético", editorial Universidad Católica de Colombia, 2016.

I. Sobre lo ético

Sobre la conceptualización general del término "ética" la Real Academia Española (RAE), expresa que es "el conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida". Según este concepto, se puede permitir acudir a diversas definiciones o nociones de la ética profesional. Savater la define como el "conjunto de normas y principios por el que debe regirse un profesional". Este mismo autor menciona un ejemplo de caso descrito por el filósofo griego Aristóteles:

> Cuenta el filósofo que en alguna oportunidad un barco de carga, al atravesar el mar, fue sacudido por una fuerte tormenta, situación que obligó a su capitán a decidirse por la mercancía o la vida de su tripulación. Bastante clara la decisión del capitán, para acercarnos al concepto de ética: la tormenta no puede elegirla, es cosa que se le impone...lo que en cambio puede elegir es el comportamiento para seguir en el peligro que le amenaza.157

En este aspecto se puede afirmar que la ética en el abogado requiere la formación de un profesional, que no desconozca en su actividad y comportamiento principios éticos, en aras de mejorar la dignificación y reconocimiento de la profesión en el sistema judicial y social colombiano.

En la antigüedad, el concepto de ética y el valor que ella tenía en el diario vivir de la sociedad es bien tratado por los investigadores Cortés y Leyter, quienes, en su referencia a los escritos de Martin Heidegger, mencionan la evolución conceptual del término desde diferentes épocas y espacios geográficos, señalan, además, que "la ética aparece por primera vez junto a la lógica y la física en la escuela de Platón"[158].

> En el campo latinoamericano, la jurista Rendón se refiere a la importancia de la ética en la formación del estudiante de derecho. Señala que en México existe la necesidad de humanizar la profesión, como su deber ser:
>
> nuestro país necesita más juristas y menos abogados, que además de saber litigar o impartir justicia, sepan generar conocimiento; que tengan una amplia cultura; un profundo humanismo; un gran sentido de la Justicia, de la equidad, ecuanimidad, capacidad de interpretación y de decisión[159].

En relación con el valor profesional de esta actividad y su desarrollo en distintas épocas de la humanidad, se halló el estudio realizado en México por el historiador Fenochio. Este se refiere al desarrollo de la abogacía, como disciplina social, y el papel de los abogados o licenciados en la vida mexicana, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX Señala el autor:

> La historia de la abogacía y de los abogados en México, está todavía por hacerse, no obstante, el importante papel que desempeñaron en la época novahispánica y después particularmente durante los siglos XIX y XX. Por fortuna, el tema comienza a llamar la atención de algunos estudiosos y ya contamos con varios trabajos breves sobre la abogacía colonial y sobre los abogados decimónicos[160].

Los Decálogos Del Abogado es otro interesante artículo que aparece en el libro: Las profesiones jurídicas, documento que hace un recorrido histórico que abarca desde el Decálogo de San Ivo de Kermartin (1253-1303) hasta el Decálogo de Granda da Silva Martins, I. (1987). Estos decálogos muestran cómo, a través de la historia de la humanidad, siempre hubo interés en el papel que debe cumplir el abogado en la sociedad. En ellos se destaca la frase con la que inicia el Decálogo de San Ivo, escrito en 1253, según el cual "Ningún abogado aceptará la defensa de casos injustos,

157 Savater, Fernando. Ética para Amador. Librería Nacional, Cali, 1991.

158 Cortes, Carlos. Leyter, Arturo. Carta sobre el humanismo. editorial Alianza Editorial, pág. 74, 2006.

159 Rendón Huerta, Teresita. "El desafío de la Rehumanización de la Profesión Jurídica", Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, página 1, 2002.

160 Fenochio, Jaime del Arenal. A*bogados en la ciudad de México a principios del siglo XX,* pág. 39, 2016.

porque son perniciosos para la conciencia y el decoro[161]".

Este anterior estudio muestra la evolución del concepto de Derecho, en el sentido que el abogado está para realizar la defensa de su cliente, con la única limitante que la Ley le imponga.

El profesor Salinas, quien plantea la dicotomía social frente al papel del abogado. Por una parte, el abogado puede llegar a ser visto incluso como un héroe y, por otra es visto como un villano. Igualmente se pasa a definir la ética como las normas que regulan "la conducta del sujeto en cualquier ámbito"[162].

En el mencionado contenido, además, la ética jurídica corresponde al protocolo de actuación del abogado. Se habla además de unos mínimos a respetar por cualquier abogado, partiendo por el respeto a la ley, el secreto profesional, la lealtad al cliente, el ejercicio debido de la práctica. Este estudio concluye que su finalidad es "enaltecer el prestigio de la profesión, el que se ha perdido"[163]

Igualmente, se tiene el trabajo del investigador mexicano Ruiz Monroy, sobre la ética profesional del abogado, en el que hace un llamado a que los "nuevos abogados (recompongan) el camino se requiere cambiar el proceso de enseñanza aprendizaje del derecho, se requiere reconstruir las currículas universitarias[164]

Este autor señala la necesidad de aplicar la "figura de certificación anual a todos los abogados" y hace un llamado de cómo en México existen diversos códigos de ética de la profesión de abogado, por medio de los cuales cada ente judicial lo tiene, ya sea la Suprema Corte de Justicia, la Procuraduría, los notarios. Señala que, también, existe el Código del Colegio de Abogados, el cual contiene lo relacionado al deber profesional, en el que se le recuerda al abogado que él es un "servidor del derecho y un coadyuvante de la justicia", es decir, de un abogado que de verdad defienda a su cliente. Dicho código hace un llamado al abogado para combatir la corrupción que se ve en el medio y a "mantener el honor y la dignidad profesional".

El escritor García Ramírez realiza una aproximación a la relación filosófica desde la antigüedad entre ética y Derecho, discusión que en Colombia no es ajena. Señala, además, que la ética profesional del abogado bien debe asentarse en la humanización del derecho, por medio de la cual el hombre tenga a su servicio el derecho, y no se trata de estar subordinado a la ley, sino apegado a la justicia que debe pregonarse desde el derecho nacido de la misma sociedad, con lo cual el ser humano pueda vivir con dignidad. Adicional a ello, Ramírez afirma que la ética jurídica está presente en todas las actividades de la sociedad mexicana, incluida la misma Constitución, donde existen "alusiones constitucionales" a los valores éticos y jurídicos, lo cual sucede en las instituciones jurídicas y sus códigos respectivos. Hace, también, un reconocimiento al valor ético de la ley de derecho laboral y a la ley general de salud. En el mismo sentido, menciona cómo el Código Penal contiene una amplia normatividad de valores éticos. Se destaca como el autor hace referencia a "si la ética y el Derecho se asientan sobre una convicción humanista –el ser humano como eje de la existencia-, última ratio de cualquier sistema normativo".15

La investigadora Carmona Sánchez sustenta que el estudiante de Derecho recibe una formación académica que lo prepara para ser abogado docente o juez. Habla de la importancia de profundizar en la filosofía del Derecho, dado que a través de ella se puede conocer una versión "integra de las cosas". En ello, la ética permite al ser humano actuar según sus actos, siendo estos "justos y correctos". Lo que une la ética con el Derecho, en otras palabras, sin importar "las

161 Salinas Martínez, Cuitláhuac. *Ética del abogado*, página virtual, Universidad Autónoma de México, 2015.

162 Ibidem.

163 Ibidem.

164 Ruiz Monroy, Jesús Antonio. Ética profesional. Papel social del abogado. México. 2009.

pasiones del ser humano" es que este siempre debe actuar según la normatividad.[165]

Dado el caso, la falta de ética en cualquier profesión se origina en la familia, sin embargo, la universidad debe interesarse por formar profesionales que actúen en su quehacer profesional, de acuerdo con principios éticos. La ética profesional también debe comenzar desde la familia y consolidarse en la formación profesional, siendo incluso parte de su modo de vida. Se debe, entonces, llamar la atención en relación con la formación del estudiante de derecho, quien debería tener una educación que lo lleve a destacarse por su ética, siendo "ejemplo de admiración y respeto"

El investigador Loga se refirió en su estudio al Manual de Ética Profesional, documento que contiene un extenso protocolo sobre cómo debe ser el actuar ético profesional del abogado, manual que recoge varios documentos que en el plano internacional tratan el tema. En primera instancia, menciona el Código internacional de deontología forense, adoptado en 1965, en Oslo Noruega, en el cual se le recuerda a los abogados que, además de cumplir los deberes de las leyes nacionales o locales, debe actuar igual con las leyes de los demás países, dado que así también se debe actuar en procesos judiciales que sucedan en otros países y, por lo cual, siempre deberá mantenerse la dignidad y el honor de la profesión166.

El estudio del doctor Loga, también, se refiere a lo realizado por el doctor Ángel Osorio sobre los "postulados del abogado", quien señala la importancia de cómo el abogado se debe al cliente y no este al abogado. Otro contenido de este manual, son las "Normas de ética profesional del abogado", el cual es un llamado a la honestidad en el actuar del abogado en el ejercicio de la profesión. Finalmente, se menciona el artículo Los mandamientos del abogado en el que el investigador Eduardo Coutere insiste en que, en el ejercicio profesional, el abogado: "estudia, piensa, trabaja, lucha, es leal, tolera, tiene paciencia, tiene fe, olvida y ama la profesión[167]

En Chile existe un trabajo académico que hace un análisis profundo del nuevo Código de ética del Colegio de Abogados de ese país, programa liderado por el investigador García-Huidobro, profesor de Ética y Derecho natural, el cual contiene aspectos como los siguientes.

La deontología jurídica: asignatura pendiente para los abogados; el principio de lealtad profesional en la praxis de la Abogacía: el conflicto de intereses, honestidad y lealtad, virtudes del abogado; la responsabilidad judicial; la cooperación al mal; Principios generales para la deliberación moral en casos complejos; desafíos a la ética profesional en formas asociativas de ejercicio de la abogacía; la dignidad e indignidad del abogado[168]

En Chile, el doctor Pérez Bañares se refirió a la ética profesional, considerando que el abogado es algo más que un simple funcionario que actúa en la administración de la justicia. Su contenido temático se refiere a los deberes del abogado, las obligaciones del abogado, la regulación de control de bienes y dinero de los clientes, el control de la ética, el amparo profesional, los abogados y la prensa, los abogados y las autoridades. Esta versión temática lleva a pensar quién es el abogado, cuál debe ser su rol en la comunidad y, en últimas, qué espera un cliente de su abogado. Define al abogado, también como el profesional "que ostenta títulos de licenciatura en ciencias jurídicas"[169]

Sobre el concepto de "ética profesional" del abogado, en el estudio del investigador Irigoyen, se desarrolla el concepto de ética acudiendo al pensamiento de San Ivo, personaje del que

165 Carmona Sánchez, Belén. *La ética en la práctica del abogado,* biblioteca virtual Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2007.

166 Loga, Carlo, *Deontología de la profesión de abogado, Editorial Civitas, Madrid, 1983.*

167 Ibidem.

168 García-Huidobro, Joaquín. *Ética Profesional del Abogado. Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2011*

169 Pérez Bañares, José Luís. *Sobre la ética profesional del abogado, editorial Escuela de Derecho Universidad de Aconcagua de Chile, 2007.*

ya se ha citado su decálogo. Señala el autor la importancia de conformar los "Tribunales de ética" en los colegios de abogados, en los cuales los mismos abogados, jueces y magistrados realicen sesiones de reflexión sobre su quehacer profesional. Se argumenta que todo esto permite fortalecer los valores éticos que debe tener el profesional del derecho; es decir, solo con ello los abogados establecerán criterios para la formación de una ética profesional del abogado, dado que la "... la sociedad en general considera a los abogados poco confiables"[170]

En Venezuela, el investigador Ruan realizó un estudio sobre cómo fue el cambio de códigos de procedimiento como el civil, situación que obligó a los jueces y abogados a reformar el Código Ético Profesional de los abogados venezolanos, dado que venían con un código de 1916. Como precedente se tiene que en el nuevo Código Civil el legislador consagró para el abogado "los deberes de lealtad, probidad, veracidad y buena fe como principios rectores de la debida conducta de las partes y sus apoderados"[171]

En el mismo orden, con el apoyo de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación de Madrid, el académico Castan Vásquez se refiere a la importancia del Derecho en la vida de las personas, según el filósofo Andrés Bello, y de quien destaca su perfil humanista, su gusto por la literatura y su afinidad especial por la jurisprudencia, considerando que:

> En su condición de humanista, don Andrés Bello hubo de interesarse... por cuanto afecta al hombre. Y para el hombre es vital el Derecho. Por ello tenía que asomarse al campo jurídico... su dedicación al Derecho llegó a ser tan intensa y su obra jurídica tan extensa, que su gloria como jurista sobrepasa hoy[172]

A nivel iberoamericano existen otros estudios relevantes para el tema. Inicialmente, la investigadora Velásquez, en España, se refiere en sus estudios al tema de la defensa técnica, en el entendido de ser esta uno de los mayores valores agregados de un abogado.

Señala que esta es aquella en la cual se le confía "a un abogado la asistencia y asesoría jurídica al imputado y lo represente en todos los actos procesales no personales" de lo cual se deriva que un abogado tiene para ejercer su trabajo todas las garantías de ley. Igualmente, la doctora Velásquez se refiere al funcionamiento del derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal. Para el caso, lo define como "el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente"[173]

El investigador Atienza realizó un trabajo, en el que informa que, en ocasiones, los abogados en ejercicio o los que aspiran serlo son dados a creer que no necesitan aquello de la moral, de tal forma que el accionar del abogado parecería ceñirse exclusivamente al derecho positivo, así su quehacer deontológico le diga otra cosa. Esta temática permite encontrar sobre el cómo debe ser el actuar ético profesional del abogado. Al referirse al Código Deontológico de la Abogacía Española, se destaca su ideal de afianzar la premisa según la cual el abogado "está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquel"[174]

Para el caso colombiano, Medellín es la región con los estudios más relevantes sobre la importancia de la ética en la formación del abogado. El juez y docente Agudelo Martínez, magister en Derecho Procesal, realizó un estudio

170 Irigoyen, Raúl Eduardo. "Ética de los abogados" Biblioteca Virtual Universal, de Argentina, 1994.

171 Ruan, Javier. *La Ética del abogado y los deberes que rigen su conducta en el proceso civil venezolano. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial sobre su contenido y alcance.* Universidad Católica Andrés Bello, 2005.

172 Gastan Vásquez José María. *El humanismo de Andrés Bello y su proyección en el Derecho Civil Iberoamericano, editorial Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. Pág. 12, 1991.*

173 Velásquez Velásquez, Irene Verónica, *El Derecho de defensa, en el nuevo modelo procesal penal,* editorial Universidad de Málaga, España, 2008.

174 Atienza, Manuel. "Sobre la Ética de los Abogados". Universidad de Alicante, España, 2014.

en el cual señala la importancia de la formación académica de un abogado humanista, de lo que se carece en la actual formación del abogado. Se coindice con las conclusiones de este estudio con respecto a que al abogado se lo sigue formando "frente a una tradición de idolatría a la Ley, los abogados tienen como desafío nutrirse de unas herramientas humanistas que les permitan comprometerse con el hombre mismo, en la defensa de su dignidad y su libertad" [175].

Sobre el derecho de defensa, se tiene el trabajo de grado, de las estudiantes Botero y Fajardo, en Medellín, sobre el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de igualdad en el proceso, entre otros. Este "tiene como finalidad esbozar la relación entre el derecho de defensa y su expresión en el proceso laboral con el objeto de dejar en evidencia como dicho derecho no encuentra eco en ciertos presupuestos existentes en materia laboral"[176]

Los investigadores Perdomo y Cujia realizaron un importante trabajo socio-jurídico que aborda el papel del abogado en el proceso disciplinario. Mencionan que un trabajador que sea objeto de un proceso disciplinario tiene igual derecho al debido proceso, es decir, el derecho a tener un abogado defensor con el cual se le garantice una defensa justa y eficaz, tal como se debe dar en un Estado social de derecho. De tal forma que el trabajador inmerso en un proceso disciplinario debe tener el apoyo judicial de un abogado para su defensa, profesional que debe ser un abogado especializado en su defensa. Los autores afirman: "El derecho a la defensa, al ser un derecho fundamental, el disciplinado tiene la opción de escoger dos caminos para su defensa, el primero es defenderse por su propia cuenta o acudir a los servicios de un abogado"[177]

También, en el caso de Colombia, ante la importancia de la ética en la formación profesional del abogado, se encuentran los estudios del doctor Monroy Cabra, profesor de Derecho, quien se refiere al concepto de ética. Acude a las estadísticas de las múltiples investigaciones jurídicas que sobre los abogados se tienen en el país, luego de crearse en 1975, el Tribunal de Ética, y en el cual ya se ha sancionado a más de 1412 abogados.

Sustenta su estudio que entre 1982 y 1985 fueron sancionados 682 abogados, con lo cual se viene sancionando a 230 abogados por año. Monroy habla de la necesidad de retomar el "sentido primitivo de la abogacía", a través de la cual se retorne la función social de la abogacía; los principios de la ética jurídica y a la responsabilidad del abogado. Concluye Monroy que la minoría de abogados que faltan a la ética le hacen mucho daño a los profesionales del Derecho que actúan en bien y señala: "la falta que más se comete es la falta a la honradez del abogado, lo que está indicando que se está fallando a la honorabilidad, que debe ser la principal característica del abogado"[178]

En el plano regional se valora, igualmente, la investigación que sobre el particular realizó el docente investigador Ordoñez Fernández, de la Universidad del Cauca, quien publicó un artículo en el que se hace un llamado sobre la importancia que deben tener en la formación ética de los abogados: la familia, el Estado y el sistema educativo; se trata de realizar una "reflexión respecto del rol y el compromiso de la familia y el sistema educativo del Estado en la educación pública, y de los particulares en la privada"[179]

Finalmente, como conclusión al presente ensayo, es reiterado el llamado que, ante la actual crisis de la justicia colombiana, se deba tener, además, como otro mecanismo alterno a su mejora, que en la academia se realice la proyección transversal de la ética, en la formación

175 Agudelo Martínez, Martín. *El Derecho desde una actitud humanista. Revista de Derecho de la Universidad del Norte, 2002.*

176 Botero Piedrahita, Juana. Fajardo Palacio, María Clara, *Aplicaciones del derecho de defensa en materia laboral. Universidad EAFIT*, 2012.

177 Perdomo Ladino, María. Cujia Moscote, Yoelis Beatriz. *El papel del defensor en el proceso disciplinario", Universidad Militar Nueva Granada, 2010.*

178 Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Ética del Abogado.* Universidad de la Sabana, 1985.

179 Ordoñez Fernández, Jorge William, *La formación integral de los abogados: El ejercicio ético y su responsabilidad social.* Revista Principia Iuris, Universidad Santo Tomás, 2020.

profesional del abogado, por medio de la cual el tema no siga siendo solo una materia más en el pensum de la universidad. Solamente así, el día que se entienda que la ética no se debe medir exclusivamente en el aula de clases, se habrá aportado un granito de arena para mejorar la justicia colombiana; labor que debe incluir también a la administración universitaria, en el sentido que esta tenga un conocimiento real sobre hacia dónde va el profesional que entrega a la sociedad.

La función resocializadora de la pena dentro del Estado Social de Derecho Colombiano

The resocializing function of punishment within the Colombian Social State of Law

Juan David Prado Morales[180]

Abstract:

In this article, I present a brief analysis of the theories of punishment and their correspondence with the state model in which they are presented, arriving at the purposes of punishment within the Colombian social state of law, the primacy of resocializing function of the penalty, and the fulfillment of this constitutional purpose. The aim is to show criminal surrogates as a method that effectively reintegrates the population deprived of liberty into the social pact.

Keywords: Resocialization, punishment, state, prison, criminal surrogates and overcrowding.

Resumen:

En el presente artículo se realizará un breve análisis de las teorías de la pena y su correspondencia con el modelo de Estado en que se presentan, para arribar en los fines de la pena dentro del Estado Social de Derecho Colombiano, la primacía de la función resocializadora de la pena y el cumplimiento de este fin constitucional. Se pretende mostrar a los subrogados penales como un método que efectiviza la reinserción de la población privada de la libertad al pacto social.

Palabras clave: Resocialización, pena, Estado, cárcel, subrogados penales y hacinamiento.

180 Abogado egresado de la Universidad del Cauca, coautor del libro "Derecho y Posmodernidad" de la autoría de Jesús Alberto Gómez Gómez, publicado por la editorial Diké en asociación con la editorial de la Universidad Santiago de Cali (2023), juandaprado@unicauca.edu.co.

I. Metodología

Se hace uso del método deductivo mediante el cual se realiza un razonamiento lineal y lógico, partiendo de lo general para deducir algo específico.

Gianni Vattimo[181] afirma que, si hablamos de la cuestión criminal, no nos limitamos a discutir el derecho penal, sino que ponemos en juego nuestras ideas sobre el bien y el mal en general. Dicho de otra manera, es como si el lector fuese llevado a visitar una cárcel (lo que en general es una experiencia muy poco agradable) y se preguntase con qué derecho, en nombre de qué, nosotros (la sociedad de la que somos parte) colocamos a algunos seres humanos en esas condiciones. El presente texto pretende adentrarse en esas razones, y pugnar por el mejoramiento de las condiciones de vida de la población privada de la libertad y la efectividad de la función resocializadora de la pena en el Estado Colombiano.

Dentro de cada ordenamiento jurídico la pena existe para cumplir con un fin determinado según el modelo de Estado en el que se presente, al respecto, se han referido diferentes autores de renombre, a una discusión que ha perdurado por siglos.

Por ejemplo, para Beccaria, la pena tiene "(...) dos únicos fines: impedir que el reo cometa otro delito y alejar a los demás de imitarlo."[182]. Una línea similar sigue Carnelutti[183], planteando que la sanción penal no solo sirve para la redención del culpable, sino que también debe generar temor en los otros, que podrían ser tentados a delinquir. Tales autores consideran que la pena tiene un fin utilitario, pues no se ajusta a la simple retribución desencadenada por un delito, sino que también produce efectos prácticos sobre la sociedad.

Siguiendo con los tratadistas de inclinación utilitaria, Edmund Mezger expresa que "(...) la pena tiene triple finalidad: 1. La pena debe actuar pedagógicamente sobre la colectividad (que sería la prevención general); 2. Debe proteger a la colectividad del sujeto que ha sido castigado y corregirlo (que es la prevención especial); 3. Debe garantizar de manera justa los intereses del individuo (que es el respeto a la personalidad)."[184]. Además de la función utilitaria planteada por Beccaria y Carnelutti, Mezger encuentra un matiz diferente, pues enfatiza en la garantía, en cabeza del Estado, de proteger los derechos de los penados.

Por su parte, autores como Kant plantean que la sanción: "(...) no puede aplicarse como simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido (...)", agregando que: "El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos"[185]. Por lo tanto, defiende que la pena no tiene un fin utilitario y solo se aplica con el propósito de castigar el acto injusto cometido por el condenado.

Ante las diferentes posturas que existen, y la complejidad que representa la existencia de una comunión entre los diferentes postulados, se resalta la teoría de la pena de Antón Bauer (1772-1843), que ha sido una de las más aceptadas hasta nuestros días, pues este ha distinguido diferentes tipos de teorías de la pena, como las absolutas, relativas, mixtas, de prevención general y especial. Esta clasificación se destaca por ser la más completa, ya que acoge conceptos propuestos por diferentes escritores y marca líneas claras de definición para quienes presentaron sus postulados en las décadas siguientes.

Además, posteriormente (más de un siglo después) han existido tratadistas como Jiménez de Asúa que han acogido postulados de Antón Bauer, afirmando que: "Al surgir las teorías sobre el fundamento del derecho de penar, aparecen

181 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, LA CUESTION CRIMINAL, 7 (2ª ed., 2012)

182 FAUSTO COSTA, EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFIA (1953)

183 FRANCESO CARNELUTTI, MONOGRAFIAS JURIDICAS (1999)

184 IVAN FIGUEROA ORTEGA, LIBRO HOMENAJE A JOSE RAFEAL MENDOZA TROCONIS, TOMO I (1998)

185 CARLOS NINO, INTRODUCCION AL ANALISIS DEL DERECHO (1980)

las doctrinas absolutas, que penan al hombre porque ha delinquido; las relativas, que procuran que no delinca, y las mixtas que tratan de conciliar la utilidad y la justicia."[186]. Tal circunstancia confirma la vigencia de lo planteado en el siglo XIX.

En este punto se hace necesario realizar un breve estudio de la clasificación de las funciones de la pena de Antón Bauer, con el objetivo de hacer una distinción clara sobre las diferentes tesis, para después adentrarse en la finalidad que tiene la pena dentro del Estado Social de Derecho Colombiano.

II. Clasificación de las funciones de la pena

1. Teoría Absoluta de la Pena

Al adentrarnos en el estudio de esta, concluimos que para la teoría absoluta, la pena no tiene un fin práctico, ya que esta solo es consecuencia del incumplimiento de la ley penal, por lo tanto, el propósito de la pena se separa de su posible efecto social. Se considera que la sanción encuentra su motivo en ser la consecuencia de la comisión de un delito en particular, y carecen de importancia otros fines como la reinserción social o la prevención.

Las teorías absolutas o retributivas justifican la imposición de la pena porque quien comete el injusto debe ser castigado por el daño que ha causado y de esta manera debe ser retribuida su culpabilidad como autor. Es por esto que bajo esta perspectiva, las penas de prisión son las más relevantes. Como los fines utilitarios o sociales no son considerados de manera alguna, se puede concluir que y tal como lo afirma Rodríguez Devesa: "La pena es un fin en sí misma, no medio para otro fin."[187]

En síntesis, como lo expresa Claus Roxin, la teoría absoluta "(...) no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido."188. Por lo que su fin está pensado hacia el pasado y no hacia el futuro.

Dentro de esta teoría se encuentran tres tesis de retribución:

1.1 Retribución Divina

Tiene una connotación religiosa e indica que el derecho, en su concepto más profundo, se vincula estrechamente con la idea del mundo moral y ético; de esta manera, la justicia no solo se refiere a la aplicación de leyes y normas, sino también a la restauración del orden moral cuando se ve alterado. En otras palabras: "El delito viola el orden impuesto por el Ser Supremo y la pena es una necesidad para calmar a la divinidad ofendida y burlada."[189]

1.2 Retribución Ética o Moral

Es expuesta por Immanuel Kant, quien se basa en un enfoque deontológico de la moralidad, el cual enfatiza en el deber y la rectitud de las acciones, más allá de sus consecuencias, por esto, la justicia moral exige que las acciones sean evaluadas y recompensadas o castigadas según su conformidad con los principios éticos universales.

En la ética kantiana, la concepción de justicia se basa en la retribución, pues el castigo debe corresponder a la gravedad del delito; en palabras de su exponente: "El castigo tiene que ser una consecuencia necesaria del delito, y no un acto de mera venganza"[190].

186 LUIS JIMENEZ DE ASUA, LECCIONES DE DERECHO PENAL (1995)

187 JOSE RODRIGUEZ DEVESA, DERECHO PENAL ESPAÑOL: PARTE GENERAL (5.ª ed., 2018)

188 CLAUS ROXIN, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL (1997)

189 HUGO VIERA, PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD (1972)

190 IMMANUEL KANT, FUNDAMENTACION DE LA METAFISICA DE LAS COSTUMBRES (1785)

1.3 Retribución Jurídica

Es explicada por Hegel191, y consiste en que el derecho es una manifestación del espíritu objetivo de la comunidad, y si la voluntad de este espíritu es negada por una voluntad particular (que en este caso sería la del delincuente), habría que oponerse a tal negación a través del castigo penal con el fin de que prevalezca la voluntad general. La pena es una forma de restaurar el equilibrio moral y social perturbado por el delito, y debe ser correspondiente al crimen ejercido.

Este concepto resalta que el derecho, la moralidad y la justicia tienen una relación intrínseca.

2. Teorías Relativas de la Pena

Por otro lado, las teorías relativas se caracterizan por la función preventiva de la pena, que consiste en evitar que se cometan ilícitos para impedir sus posibles daños y procurar el menor número posible de reincidencias. La sanción penal encuentra su función por fuera de la misma, pues el objetivo no es condenar a los delincuentes, sino evitar que se cometan injustos.

Al contrario de las teorías absolutas, las relativas tienen un enfoque primordialmente comunitario, pues se considera que evitando que se cometan los delitos se logra un mayor desarrollo social. Se pasa de pensar en las consecuencias que tenga un caso en particular para un delincuente determinado, a darle mayor relevancia a la aplicación de medidas dentro de la sociedad que eviten el surgimiento de fenómenos delictivos; adicionalmente, prima la prevención de la comisión de los injustos, por lo que se piensa en los delitos que podrían presentarse en el futuro y no en el ilícito ocurrido en el pasado.

La pena es entendida como un mecanismo estatal, pues a través de esta sanción se procura evitar que se cometan los injustos y que las personas condenadas reincidan en su comportamiento. En conclusión: "(...) la pena de un delito pasado es medio que evita otros en lo futuro."[192]

Además, la prevención que procuran las teorías relativas es general y especial, pues procuran que el delincuente en particular no reincida en su comportamiento, como que los otros miembros de la sociedad no cometan ilícitos, con el objetivo de alcanzar un mayor progreso social.

Existen posturas que priorizan ya sea la prevención general o la especial, pues surge un conflicto cuando se busca respetar los derechos del individuo garantizando al mismo tiempo los intereses de la sociedad. Por este motivo, existen las siguientes teorías:

2.1 Teoría de la Prevención General

La teoría de la prevención general tiene como fin generar un impacto en la sociedad, de modo que los ciudadanos, mediante la coerción de la pena, concluyan que lo más conveniente es evitar el comportamiento delincuencial y su consecuente sanción. Como lo plantea Rivacoba, la condena actúa "sobre los seres humanos en general, haciendo que, por el espectáculo o magisterio de la pena impuesta al delincuente, los demás se abstengan de delinquir."[193]

Además, la pena "previene la comisión de delitos porque logra despertar en la colectividad un sentimiento de respeto para aquellos valores ético-sociales necesarios para el mantenimiento de la sociedad."[194]

Esta teoría tiene un componente negativo en el cual se intimida a los miembros de la sociedad para que no cometan hechos de carácter ilícito, coaccionando a la comunidad con el temor de la imposición del castigo, y un componente positivo en el que se busca fortalecer la adhesión de los

191 FRIEDRICH HEGEL, FILOSOFIA DEL DERECHO (1821)

192 MANUEL DE RIVACOBA, FUNCION Y APLICACIÓN DE LA PENA (1993)

193 MANUEL DE RIVACOBA, FUNCION Y APLICACIÓN DE LA PENA (1993)

194 IVAN FIGUEROA ORTEGA, LIBRO HOMENAJE A JOSE RAFAEL MENDOZA TROCONIS, TOMO I (1998)

ciudadanos a los principios y valores protegidos por la ley penal.

2.1 Teoría de la Prevención Especial

La teoría de la prevención especial, por su parte, plantea que la pena sirve como medio para la reeducación, resocialización y corrección del condenado, procurando así evitar la reincidencia de los delincuentes. Tal y como lo expresa Bergalli: "prevención especial es sinónimo de readaptación social."[195]. De esta manera, la sanción tiene un efecto sobre el propio delincuente, pues el sufrimiento de la pena genera en él el deseo de no volver a incurrir en el injusto.

A diferencia de la prevención general, en la especial se pasa a pensar en la incidencia que tiene la pena en el condenado en particular, quien en condiciones ideales, sufre la pena, se resocializa y no reincide en su comportamiento criminal. Su fin es la resocialización, que se genera, según Fernández Carrasquilla: "Mediante la aplicación de un tratamiento individualizado, basado en un estudio científico de su personalidad, respetando en todo caso la dignidad humana del recluido."[196]. Además, la pena genera temor en el condenado, evitando de esta manera la reincidencia.

Bajo estos postulados, la prevención especial positiva está enfocada en la reintegración de la persona privada de la libertad a la sociedad, reforzando los valores ético-sociales del reo, y la negativa tiene un factor coercitivo en el que se atemoriza al condenado de reincidir, pues se vería obligado a cumplir la misma pena o una peor.

3. Teorías Mixtas de la Pena

Para concluir, se encuentran las teorías mixtas. Estas son tesis unificadoras de las teorías relativas y absolutas, que tienen como máximos exponentes a Rossi y a Roxin, buscan la prevención de la comisión de los ilícitos y la retribución al delincuente por los perjuicios generados. En consecuencia, la pena tiene varios fines, uno particular con el delincuente, otro utilitario y a su vez es usada como un mecanismo de coerción para la sociedad en general.

3.1. Teoría Mixta Retributiva

La teoría mixta retributiva plantea que tanto la prevención en sus dimensiones general y especial como la retribución son fines de la pena, pero existe una priorización de la facultad retributiva de la pena. Según Rossi: "la pena cumple a la vez un fin de justicia moral que remunera el mal con el mal y otro de conservación y protección del orden social, como enseñanza moral dirigida al pueblo acerca del significado de ciertos actos y como aviso a todos los individuos para lograr que se abstengan de perpetrarlos." [197]

En esta el aspecto retributivo prima sobre los demás fines de la pena, aun cuando se admite un efecto utilitario.

3.2. Teoría Mixta Preventiva

Su principal exponente es Claus Roxin, quien con esta teoría, realiza una fundamental contribución al derecho penal contemporáneo, la cual es considerada como una de las posturas más equilibradas y completas en la justificación de la pena dentro de un sistema penal de carácter democrático, ya que supera e integra las teorías tradicionales de la pena, teniendo siempre en cuenta la legitimidad del sistema jurídico y el respeto por los derechos humanos.

Como aspectos principales, se tiene que, se defiende la prevención general positiva, pues esta se ve como una forma de fortalecer la confianza de la sociedad en el ordenamiento jurídico, ya que se considera que la aplicación de la sanción de

195 ROBERTO BERGALLI, COLECCIÓN DE CRIMINOLOGIA Y DERECHO PENAL (1976)

196 JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, PRINCIPIOS Y NORMAS RECTORAS DEL DERECHO PENAL (1999)

197 MANUEL DE RIVACOBA, FUNCION Y APLICACIÓN DE LA PENA (1993)

una forma justa y proporcional reafirma la validez de las normas y genera una mayor cohesión social. Existe un fin preventivo general y especial, en el que se prioriza la prevención especial, ya que "la prevención especial debe contribuir a la resocialización del delincuente"198; también se resalta la necesidad de la proporcionalidad en la imposición de la pena, evitando tanto el exceso como la indulgencia.

El tratadista plantea que la pena cumple con diferentes funciones desde su elaboración legislativa hasta la ejecución de la sanción penal en los casos particulares.

En la instancia legislativa la pena tiene como fin la protección de bienes jurídicos, lo que solo se puede alcanzar con la prevención general dentro de la sociedad; este momento tiene una naturaleza coercitiva, pues constituye una amenaza para quienes pretendan atentar contra los tipos penales materia de legislación.

En el momento de realización del derecho penal y de su ejecución judicial se complementa la prevención general porque cuando se condena a un delincuente se confirma que la amenaza realizada es seria y real. Además, Roxin insiste en que la pena debe ser proporcional al daño causado y debe equilibrar adecuadamente las necesidades de prevención general y especial, sin caer en excesos punitivos.

Finalmente, en el momento de ejecución de la pena se prioriza totalmente la prevención especial, pues su fin es la resocialización del condenado, de esta manera: "La ejecución de la pena solo podría estar justificada si persigue como meta la reincorporación del delincuente a la sociedad. De tal modo, el fin buscado por la ejecución de la pena debe ser el de prevención especial, es decir, que el sujeto al que se le ejecuta la sanción penal no reincida en la comisión de delitos." 199

En este momento el juez de ejecución de penas tiene un relacionamiento con el condenado, ya que proporciona un programa de ejecución de la pena que pretende su reeducación. Figura que es aceptada en el ordenamiento jurídico colombiano con la existencia de un juez de conocimiento y otro juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Desde mi punto de vista, los avances más notorios que se han realizado al momento de analizar las funciones de la pena se han logrado con la unificación de las tesis y el reconocimiento de las múltiples funciones que tiene la sanción penal sobre la persona condenada y la sociedad.

Si bien la pena cumple con una función retributiva en la cual se castiga al condenado de forma correspondiente al daño causado, también se deben tener en cuenta las funciones relativas de prevención general y especial, enfatizando en los componentes positivos de estas, por medio de los cuales se procura la disminución de los fenómenos delictivos con el reforzamiento de la adhesión ciudadana a los valores y principios protegidos por la ley penal, en aras de impulsar el desarrollo social.

Tales objetivos se pueden lograr mediante la práctica de medidas dentro de la sociedad que impidan el aparecimiento de injustos, como bien lo podrían ser la educación y la garantía de oportunidades socioeconómicas de los ciudadanos y la búsqueda de la no reincidencia de los reos, que no necesariamente se logra con la aplicación de penas de tipo carcelario.

Habiendo realizado un estudio de las funciones de la pena, con un especial énfasis en la teoría mixta preventiva expuesta por Claus Roxin, nos adentraremos en la concepción de función de la pena existente en el Estado Social de Derecho Colombiano para arribar, más adelante, en la función resocializadora de la pena, que ha sido resaltada por las teorías relativas y mixtas, y es de primordial importancia en nuestro ordenamiento jurídico y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

198 CLAUS ROXIN, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. TOMO I: FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO (1997)

199 IVAN FIGUEROA ORTEGA, LIBRO HOMENAJE A JOSE RAFAEL MENDOZA TROCONIS, TOMO I (1998)

III. Función de la pena en el Estado Social de Derecho

Teniendo claras las diferentes teorías que existen sobre la función de la pena, es necesario señalar que la sanción penal se encuentra ligada intrínsecamente al tipo de Estado en el que nos encontremos, por consiguiente, de la concepción política existente de Estado en un determinado territorio o país se desprende la política criminal del mismo y su consecuente derecho penal.

Cada modelo de Estado ya sea absolutista, liberal, socialdemócrata o de bienestar, establece diferentes tipos de pena (como las privativas o no privativas de la libertad) y distintas finalidades a la misma, reflejando su concepción de justicia, orden social y derechos individuales.

De esta manera, los diferentes modelos de Estado se han caracterizado por determinar ciertas funciones a la pena; como lo afirma Carmignani: "(...) la pena se impone por razón del delito, y como la causa de imputar un delito es política, del mismo modo debe también ser política la razón de infligir las penas."[200]

En consecuencia, el tipo de pena corresponde al modelo de Estado y la severidad de la misma guarda relación con el valor que se le concede a los bienes jurídicos dentro de este, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico las conductas que atentan contra la vida o la libertad, integridad o formación sexuales son catalogadas de tal importancia que tienen mayores penas de prisión sobre otros delitos.

Como existe una relación directa entre el fin del Estado y el fin de la pena, además de la relación entre la política criminal que busca alcanzar los fines del Estado, nos adentraremos en la función de la pena en el Estado Social de Derecho, que es el existente en Colombia.

En nuestro modelo de Estado se busca el cumplimiento de las exigencias sociales de todos los habitantes y la garantía del respeto por los derechos fundamentales de los individuos. El sistema punitivo del Estado Social de Derecho se enmarca en estrictos criterios de legalidad y debido proceso, lo que genera seguridad jurídica a los ciudadanos. De esta manera, la sanción tiene una función de prevención general y especial, pues se pretende prevenir la comisión de ilícitos y erradicar el fenómeno de reincidencia; por lo tanto, la pena no solo se dirige a la persona que comete los injustos, sino también a la sociedad en general.

El fin primordial de la pena es social y utilitario ya que se busca el bienestar general de la sociedad, reduciendo el número de delitos cometidos, generando consciencia sobre los bienes jurídicos que se pretenden proteger y ejerciendo coerción sobre la sociedad debido a la severidad de las sanciones penales.

Se destaca, además, su propósito marcadamente resocializador, pues se busca con la pena reinsertar al condenado a la sociedad, lo que constituye una razón por la cual son erradicadas la pena de muerte y la prisión perpetua. Como lo afirma Ferrajoli: "La función resocializadora de la pena es la única compatible con la dignidad humana y con los principios de un Estado democrático de derecho"[201]

De esta manera se evidencia que el Estado Social de Derecho prioriza las teorías relativas de la pena, desde su enfoque de prevención general y especial, por su factor utilitario, que representa beneficios para las personas condenadas y la sociedad en general. Además, prima la función resocializadora de la pena.

Después de haber realizado el estudio de las funciones de la pena dentro del Estado Social de Derecho, continuaremos analizando como esta opera en el Estado Colombiano en particular.

200 GIOVANNI CARMIGNANI, ELEMENTOS DE DERECHO CRIMINAL (1979)

201 LUIGI FERRAJOLI, DERECHO Y RAZON: TEORIA DEL GARANTISMO PENAL (1995)

IV. Función de la Pena en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

El Estado Social de Derecho Colombiano se caracteriza por su rigurosidad en el cumplimiento de las leyes, teniendo como fuente principal de todo el ordenamiento jurídico a la Constitución Política de 1991, que es catalogada como norma de normas, por lo que permea toda la legislación nacional manteniendo una relación directa con el funcionamiento de las entidades públicas, privadas y la determinación de los comportamientos aceptables para la ciudadanía en general.

Si bien las leyes penales se concentran en el Código Penal y en los Códigos de Procedimiento Penal, nuestra Carta Magna realiza breves consideraciones en materia de sanciones penales, prohibiendo en sus artículos 11, 12 y 34, los cuales corresponden a la pena de muerte, la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, el destierro, la prisión perpetua y la cosificación. Tales prohibiciones se enmarcan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y demás tratados internacionales pactados por Colombia.

El Código Penal (Ley 599 de 2000) tiene las determinaciones más relevantes sobre la pena, sus principios y funciones, en los artículos 3 y 4, que dictan:

"ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan."[202]

"ARTÍCULO 4o. FUNCIONES DE LA PENA. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión."[203]

Del artículo 3 se destaca que en Colombia la sanción impuesta por el juez, siendo esta una pena o una medida de seguridad, debe responder a criterios de proporcionalidad, razonabilidad, y necesidad, entendida desde la perspectiva de la prevención.

Desde esta norma se posiciona la finalidad preventiva como una prioridad, pues se determina que la pena debe ser necesaria para prevenir a la sociedad en general de la conducta contraria a derecho y al individuo en particular de su reincidencia, además debe ser proporcional al daño causado y fundamentada en argumentos razonables que se correspondan con criterios de legalidad y debido proceso.

Según mi criterio, al analizar de manera detenida el artículo 4 se puede concluir que las funciones de la pena en Colombia encuentran muchas similitudes con la teoría mixta preventiva planteada por Claus Roxin, pues incluye la teoría absoluta de la pena, teniendo en cuenta que la sanción debe ceñirse al principio de proporcionalidad enmarcado en el artículo anterior, que busca retribuir la culpabilidad del delincuente con la imposición de un castigo que se corresponda con el daño causado; las teorías relativas y su carácter preventivo general y especial; y, el hecho de considerarse que la pena cumple una función determinada en sus diferentes momentos, lo cual queda en evidencia en el segundo inciso de la norma.

Siguiendo con el análisis, las funciones de prevención general y especial se enmarcan en las teorías relativas de la pena. En el caso de la prevención general se busca que con la severidad de la pena se coerza a los ciudadanos para que no cometan los ilícitos, que se inculque en ellos los valores éticos y sociales necesarios para el mantenimiento de la sociedad y que se permita un constante desarrollo de la comunidad. La

202 CÓD. PENAL, art 3

203 CÓD. PENAL, art 4

prevención especial pretende la reeducación, resocialización y reinserción del condenado, procurando mediante la sanción un cambio dentro del reo y buscando que no reincida en su conducta delictiva, además, la imposición de la condena y su consecuente sufrimiento generan temor en el individuo, lo que lo inclina a la no repetición del delito.

Si bien la resocialización está mencionada de manera expresa por la importancia que tiene en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que esta se encuentra incluida en la prevención especial de la pena, que se ejerce cuando el procesado está cumpliendo su condena. De esta forma la función resocializadora genera cambios en el reo que le permiten reinsertarse a la sociedad al momento del cumplimiento de la pena y no reincidir en su comportamiento delincuencial.

Además, la sanción penal cumple con la protección del condenado pues mediante esta se pueden evitar ataques al delincuente y casos de justicia tomada por mano propia, garantizándole de esta manera sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal.

Sobre las funciones de la pena establecidas en el artículo cuarto del Código Penal y el momento en el que operan se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia C-294 de 2021 (MP. Cristina Pardo), de la siguiente forma:

> "Así, en el primer momento, se considera que el Legislador define los delitos orientados esencialmente por consideraciones de prevención general, y secundariamente por principios retributivos. Conforme a tal criterio, la tipificación legal de hechos punibles pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal (prevención general) pero de manera tal que exista una cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que le es atribuida (componente retributivo en esta fase). De otro lado, en la fase de imposición judicial de la pena a un determinado sujeto, en general se considera que el sistema penal debe operar con un criterio esencialmente retributivo, a fin de que, por razones de justicia, exista una proporcionalidad entre la dañosidad de la conducta, el grado de culpabilidad del agente y la intensidad de la pena. Finalmente, se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad." 204

Por lo tanto, en el primer momento en que el legislador define las conductas que serán tipificadas, la pena cumple con la función de prevención general, pues advierte a los ciudadanos de la consecuencia de su incumplimiento. Esta tipificación se realiza teniendo en cuenta principios retributivos para la determinación de la escala punitiva estipulada en la norma, la cual debe ser proporcional al daño que se causa con la afectación del bien jurídico objeto de protección.

En el segundo momento se impone la pena de manera judicial y de esta forma se retribuye la conducta reprochable del condenado, con especial observancia del principio de proporcionalidad. En el último momento, en el que se ejecuta la pena, se cumple con las funciones de prevención especial y reinserción social, ya que mediante el cumplimiento de la sanción se pretende la reeducación del condenado, su resocialización y la no reincidencia en el injusto.

Para finalizar con el momento en que opera cada función, la protección del condenado actúa desde el que este ejecuta la pena, pues antes de existir una sentencia de carácter condenatorio en firme, se aplica el principio de presunción de inocencia, y no existe el grado de conocimiento más allá de toda duda sobre la comisión del injusto.

En este punto debo resaltar que Claus Roxin es uno de los juristas más influyentes en la teoría

204 C.C., Sala Plena, 2 de septiembre de 2021, Sentencia C-294/21, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

del derecho penal contemporáneo y ha tenido un impacto significativo en cómo se conciben y aplican las penas en ordenamientos jurídicos que buscan un equilibrio entre la retribución y la prevención, incluido el colombiano.

Tal influencia ha sido evidenciada en nuestro estudio de las funciones de la pena, del artículo 4 de la ley 599 del 2000, y el momento en que opera cada una, determinado por la Corte Constitucional, motivo por el cual se puede concluir que la teoría mixta preventiva de la pena expuesta por Roxin es el enfoque teórico de la función de la pena en el Estado Colombiano, el cual se corresponde de manera idónea con las características políticas del Estado Social de Derecho.

Además, la incidencia de Claus Roxin en el ordenamiento jurídico colombiano es evidente en la adopción de teorías como la imputación objetiva y en la visión de la pena como un instrumento que no solo castiga, sino que también previene y rehabilita. Su enfoque ha contribuido a un derecho penal más equilibrado, que busca proteger a la sociedad mientras respeta los derechos fundamentales de los individuos, reflejando un compromiso con los principios de proporcionalidad y humanidad en la administración de justicia.

De esta manera quedan establecidas las funciones de la pena dentro del ordenamiento jurídico colombiano, su sustento teórico y el momento en que operan, sin embargo, tales funciones se cumplen en estados ideales de promulgación legislativa, desarrollo de procesos judiciales sujetos al debido proceso y cumplimiento de penas que aseguren la resocialización de los condenados, situaciones que, como veremos más adelante, no siempre son garantizadas por el Estado Colombiano.

V. Primacía de la Resocialización sobre las otras funciones de la Pena en el Estado Colombiano

Nuestro ordenamiento jurídico determina que la pena tiene diferentes funciones, sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido de manera reiterada y pacífica que, sobre las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial y protección al condenado, prevalece la de reinserción social. En la sentencia C-328 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz) se realiza un recuento de las decisiones de esta alta corte que han establecido tal primacía, estableciendo que:

> "La Corte ha analizado los fines constitucionales de la pena, con especial preferencia a los objetivos de resocialización (función preventiva especial). En efecto, en sentencia C-261 de 1996 expuso que la resocialización guarda una íntima relevancia con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, pues la reeducación y la reinserción social del condenado son el objetivo de los esfuerzos legales e institucionales del Estado.
>
> Posteriormente en la sentencia C-430 de 1996, este Tribunal dijo que la pena en nuestro sistema jurídico tiene un fin preventivo, representado en el establecimiento legal de la sanción penal, un fin retributivo que se manifiesta con la imposición judicial de la pena y un fin resocializador que orienta la ejecución de esta, a partir de principios humanistas contenidos en la Carta y en los tratados internacionales.
>
> En la sentencia C-144 de 1997, la Corte manifestó que las penas tienen como finalidad la búsqueda de la resocialización del condenado, dentro del respeto por su autonomía y dignidad, puesto que el objeto del derecho penal en el Estado Social de Derecho no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción.
>
> Esta finalidad ha sido reconocida por esta Corporación en la sentencia C-806 de 2002, en la que manifestó que la pena debe pretender

> la resocialización del condenado, dentro de la órbita del respeto de su autonomía y dignidad, puesto que el objeto del derecho penal no es la exclusión del infractor, sino su reinserción al pacto.
>
> La posición jurisprudencial descrita fue reiterada en la sentencia C-061 de 2008, que analizó la constitucionalidad de la norma que contemplaba la pena denominada "los muros de la infamia".
>
> Estos criterios también se han proyectado a fallos de tutela. En efecto, la Corte en la sentencia T-267 de 2015, expresó que se trata del objetivo más importante de la sanción penal, en especial en su fase de ejecución, pues impide que se instrumentalice al individuo y garantiza su proceso de resocialización con estricto apego al respeto por su dignidad humana.
>
> Recientemente en sentencia T-718 de 2015, este Tribunal reiteró que, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia vigentes, la educación es la base de la resocialización, puesto que la figura de la redención de la pena es la materialización de la función resocializadora de la sanción." [205]

Esta línea jurisprudencial de carácter armónico nos muestra que en nuestro Estado Social de Derecho la función de la pena tiene un carácter resocializador prevalente, pues dentro de este modelo de Estado no se pretende excluir al infractor penal sino reinsertarlo en la sociedad, además, esta función tiene una relación estrecha con la dignidad humana plasmada en el primer artículo de nuestra Carta Magna.

El fin de la reinserción social, que se enmarca en la teoría mixta preventiva de Claus Roxin, y se basa en principios humanistas de la Constitución Política de 1991, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales suscritos por Colombia es el más importante de la sanción penal, se cumple dentro de la ejecución de la pena y evita que el condenado sea utilizado como un simple instrumento de prevención general, pues garantiza su inclusión en el pacto social y la garantía de su libre desarrollo de la personalidad.

En un pronunciamiento más reciente, la Corte Constitucional en sentencia SU-306 de 2023 (MP Jorge Enrique Ibáñez), al respecto, estipuló:

> Frente a la ejecución de la pena, la Corte Constitucional ha concluido que su cumplimiento, fines y funciones, se miden por el grado de reinserción social del penado. En este mismo sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello vean sus derechos restituidos, sino que responde a la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana". Y especialmente, "en la fase de ejecución de la pena, ésta debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción sociales (...) de allí que la teoría actual de la pena refiera que el tratamiento penitenciario deba estar dirigido a la consecución de la reeducación y la reinserción social de los penados, y deba propender porque el condenado tenga la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, en desarrollo de una actitud de respeto por su familia, el prójimo y la sociedad en general. Es lo que se conoce como la humanización de la pena a partir del postulado de la dignidad humana que establece el artículo 1 de la Constitución Política.
>
> Esta misma línea argumentativa es expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 29 del 30 de mayo de 2022, en la cual se reconoce la centralidad de la dignidad humana, como unos de los valores fundamentales en el desarrollo de toda la política penitenciaria. Existe una conexión intrínseca que no permite la lectura aislada de figuras como el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos. Así, el respeto por los derechos de las personas privadas de la libertad, comienza con un ejercicio del poder punitivo del Estado respetuoso de la Convención Americana o, en términos prácticos, de la dignidad y de los

205 C.C., Sala Plena, 22 de junio de 2016, Sentencia C-328/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

derechos humanos. “De tal modo, cuando la calidad democrática de un Estado es alta, se instituyen políticas criminales y penitenciarias centradas en el respeto de los derechos humanos; el derecho penal es utilizado solo como ultima ratio, y se garantizan los derechos de la población privada de libertad.” [206]

De esta manera, concluyo que la función de la pena no se limita a la retribución de la teoría absoluta, sino que encuentra su fin en la resocialización como factor que garantiza la dignidad humana de la población privada de la libertad. Esto significa que la reinserción social se convierte en un deber estatal en materia de política carcelaria, ya que, los centros penitenciarios deben tener mecanismos de reeducación que sean lo suficientemente efectivos para llegar a la resocialización, dándole así un carácter humanitario y utilitarista a la pena. Además, el deber ya mencionado se presenta como una muestra del compromiso del Estado Colombiano con los derechos humanos y la democracia.

Habiendo analizado la primacía de la función resocializadora de la pena nos centraremos en estudiar las dificultades que ha tenido el Estado para garantizar la reinserción penal de los condenados y sus derechos fundamentales.

VI. Dificultades del Estado Colombiano en el Cumplimiento de la función Resocializadora de la Pena

Partiendo de la base que Colombia tiene un Estado Social de Derecho, que esta concepción política permea sus normativas penales, que las funciones de la pena determinadas en la ley 599 del 2000 tienen un enfoque conceptual determinado por la teoría mixta preventiva de Claus Roxin, que se propende por la dignidad humana y la garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y que la Corte Constitucional ha establecido, de manera reiterada, que la resocialización es la función más importante de la pena, se hace necesario preguntarse si el Estado verdaderamente es efectivo en términos de reinserción social y prevención especial positiva.

Si nos referimos a la resocialización como el proceso de reintegración de personas que han sido condenadas por ilícitos, con el objetivo de que puedan llevar una vida productiva sin reincidir en conductas delictivas, podemos asegurar que el mayor factor cuantificable de la efectividad de la resocialización en nuestro Estado es la reincidencia.

En cuanto a la reiteración de conductas delictivas por parte de personas condenadas tenemos que, según las estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia, a 15 de abril de 2024, dentro de las personas condenadas, existen 79.366 individuos retenidos de manera intramural, de los cuales 19.022 son reincidentes, es decir, el 23.97%; como se puede ver en la figura No.1[207]:

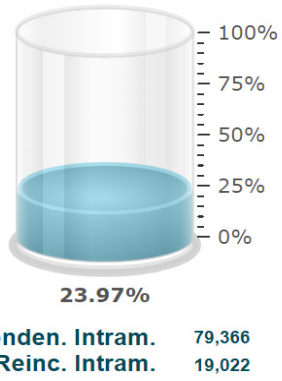


Figura No.1

La figura No.1 muestra que de cada 100 personas condenadas y detenidas de manera intramural más de 23 son reincidentes, evidenciando que la efectividad de la reinserción social es muy baja; los factores que inciden en que la reincidencia sea tan alta son las condiciones de los centros carcelarios, el hacinamiento, la

206 C.C., Sala Plena, 10 de agosto de 2023, Sentencia SU-306/23, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

207 INPEC, https://perma.cc/DU8G-STYD, (última visita en abril 15, 2024)

inseguridad y criminalidad dentro de los mismos, la vulneración de derechos fundamentales, la drogadicción, la falta de medidas de reeducación, entre otros.

Adentrándonos en estos factores, tenemos que, la Corte Constitucional en sentencia T-153 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) declaró el estado de cosas inconstitucional de las penitenciarías del país, pues se consideró que "las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos."[208]

Este fenómeno que se entendió parcialmente superado en un momento, por importantes inversiones del Estado en infraestructura carcelaria, se volvió a presentar, con connotaciones diversas, en el 2013, cuando la Corte declaró un nuevo estado de cosas inconstitucional en las cárceles de nuestro país por medio de la sentencia T-388 de 2013 (MP María Victoria Calle):

> Se declara que el Sistema penitenciario y carcelario se encuentra nuevamente en un estado de cosas inconstitucional, por cuanto (i) los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada; (ii) las obligaciones de respeto, protección y garantía, derivadas de tales derechos, han sido incumplidas de forma prolongada; (iii) el Sistema ha institucionalizado prácticas claramente inconstitucionales, dentro de su funcionamiento cotidiano; (iv) hay una ausencia notoria de medidas legislativas, administrativas y presupuestales que se requieren con urgencia; (v) la solución de los problemas estructurales compromete la intervención de varias entidades, que deben realizar acciones complejas y coordinadas; y, finalmente, (vi) si todas las personas privadas de la libertad que se ven enfrentadas al mismo estado de cosas presentaran acciones de tutela (u otros mecanismos de defensa de sus derechos), tal como lo hicieron los accionantes de las tutelas acumuladas en esta oportunidad, el sistema judicial se congestionaría aún más de lo que está ocurriendo.
>
> El estado de cosas inconstitucional en el que se encuentra nuevamente el Sistema penitenciario y carcelario tiene una de sus principales causas en dificultades y limitaciones estructurales de la política criminal en general a lo largo de todas sus etapas, no solamente en su tercera fase: la política carcelaria.[209]

La decisión expone de manera clara los mayores problemas en materia penitenciaria del país, que se ven reflejados en la constante violación de los derechos humanos de la población privada de la libertad. Estos inconvenientes tienen su origen en la omisión de las entidades estatales y territoriales de cumplir con las obligaciones legales que tienen frente a estas personas, ya que se presenta una notoria falta de generación y aplicación de medidas que procuren superar la crítica situación carcelaria que ha perdurado por más de 20 años.

La declaración realizada por la Corte se realizó porque las personas privadas de la libertad se encuentran en situaciones precarias de hacinamiento, vulneración de derechos fundamentales, salubridad, violencia, criminalidad y drogadicción, entre otros. Lo anterior genera que los centros penitenciarios no sean espacios de reeducación, sino que se conviertan en centros delictivos, en donde incluso se generan ilícitos que perjudican a la población libre, mediante mecanismos como la extorsión.

Además, en el año 2022 no solo se entendió ratificado el estado de cosas contrario a la Constitución Política de 1991 en las cárceles colombianas, sino que se extendió a los centros de detención transitoria mediante la sentencia SU-122 de 2022[210] (MP Diana Fajardo Rivera,

208 C.C., Sala Tercera de Revisión, 28 de abril de 1998, Sentencia T-153/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

209 C.C., Sala Primera de Revisión, 28 de junio de 2013, Sentencia T-388/13, M.P. María Victoria Calle Correa.

210 C.C., Sala Plena, 31 de marzo de 2022, Sentencia SU-122/22, M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas.

Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes), cuando se revisaron 9 expedientes de personas retenidas en estas instalaciones que presentaban casos de hacinamiento, falta de infraestructura, imposibilidad de acceso a servicios sanitarios y de salud, fallas en la alimentación y el aseo, riñas y prohibiciones arbitrarias de visitas con familiares o abogados.

En esta decisión se resaltó que, aunque es ajustado a la Constitución la limitación al derecho de la libertad de las personas que, bajo los criterios del debido proceso, son retenidas en centros carcelarios permanentes o transitorios, tal situación genera que estos ciudadanos estén sujetos al Estado para la garantía de sus otros derechos fundamentales no susceptibles de limitación, lo que genera obligaciones de protección a favor de ellos y en cabeza de las autoridades.

En esta oportunidad la Corte Constitucional manifestó:

> La Sala constató que la situación de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y carcelarios se desbordó de tal forma, que las personas que son capturadas y cuya situación jurídica ya ha sido definida por un juez no pueden ser trasladadas e ingresar formalmente al Sistema Penitenciario y Carcelario. Por esa razón, las personas detenidas son custodiadas en espacios que no son aptos para garantizar una reclusión digna y son sometidas a una violación sistemática de sus derechos.
>
> Para la Corte, las causas que explican esta situación se encuentran en diferentes fases de la política criminal; entre ellas, existen vacíos normativos en la distribución de competencias entre autoridades de los distintos niveles territoriales; los altos índices de criminalidad evidenciados en el país; la aplicación abusiva o excesiva de la detención preventiva, entre otras.[211]

De esta forma, queda en evidencia que desde el 2013, con la declaración de estado de cosas inconstitucional de los centros penitenciarios del país ,hasta la actualidad las situaciones de vulneración de derechos fundamentales y hacinamiento no han mejorado, sino que por el contrario se han desbordado a tal nivel que han llegado a permear los centros de detención transitoria y a imposibilitar el paso de estas personas desde los centros de detención hasta las cárceles cuando se les impone una medida de seguridad privativa de la libertad, por lo que no cumplen sus condenas en espacios que tienen el propósito de resocializar. Tal circunstancia se genera principalmente por dificultades administrativas y el uso excesivo de las medidas preventivas de la libertad.

Además, con el último pronunciamiento de la Corte se resaltó que:

> El abuso en la utilización de la medida de aseguramiento puede darse, no solo por el desconocimiento de su carácter excepcional, sino también porque los operadores judiciales se encuentran inmersos en una cultura jurídica que confía en exceso en la privación de la libertad, tanto como respuesta al delito, como en el ámbito de la preservación de las pruebas, el desenvolvimiento adecuado del proceso y la protección de las víctimas durante la investigación penal, es decir, en el plano de las medidas cautelares conocidas como de aseguramiento en el ámbito penal." [212]

Como es lógico, lo mencionado hasta el momento es muestra de la precaria situación carcelaria del país y pone en evidencia que en un estado de cosas en el que no se puede garantizar siquiera los derechos fundamentales de los condenados, mucho menos se le puede dar un cumplimiento apropiado a las fases de tratamiento penitenciario establecidas en el artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005[213], que tienen como fin la reinserción social. Esta norma se explica en el cuadro No.1[214]:

211 C.C., Sala Plena, 31 de marzo de 2022, Sentencia SU-122/22, M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas.

212 C.C., Sala Plena, 31 de marzo de 2022, Sentencia SU-122/22, M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas.

213 Res. INPEC 7302, 23 de noviembre de 2005, art 10

214 Victoria Preciado Burgos, Educación o resocialización: Problemática abordada desde la administración penitenciaria

Cuadro 1. Fases del Tratamiento Penitenciario

Etapa	Fase del Tratamiento	Descripción	Período de Desarrollo
1 FASE	Fase de Observación	El equipo interdisciplinario realiza una revisión documental y exploración del comportamiento del interno(a), su pensamiento y actitud frente a su estilo de vida. Se implementa a partir de los momentos de: **1)** Adaptación, busca que el interno(a) se ubique en el nuevo espacio intramural. **2)** Sensibilización, mediante talleres y actividades se busca que el interno(a) adquiera nuevos conocimientos sobre normas, hábitos y características de su nuevo entorno. **3)** Motivación, se le da a conocer al interno(a) el Sistema de Oportunidades con el que cuenta el Establecimiento de Reclusión para la elección de actividades. **4)** Proyección, el interno(a) elabora una propuesta de su proyecto de vida a desarrollar durante su tiempo de reclusión.	Mínimo de un (1) mes y máximo de tres (3) meses
	Fase de Diagnóstico	Se le define el perfil a nivel jurídico y psicosocial al interno(a) de acuerdo a los talleres y formatos diligenciados.	
	Fase de Clasificación	El Consejo de Evaluación y Tratamiento establece un plan de tratamiento al interno(a) con objetivos a cumplir en cada una de las fases.	
		El interno(a) accede a programas educativos y laborales, en período cerrado, que permite el	Termina cuando el interno(a) es
2 FASE	Fase de Alta Seguridad (período cerrado)	cumplimiento del plan de tratamiento. Implica mayores medidas restrictivas y se orienta a reflexiones y fortalecimiento de habilidades. Se prepara para su desempeño en espacios semiabiertos.	promovido por el Consejo de Evaluación y Tratamiento. Cumplimiento de la tercera parte de la pena impuesta
3 FASE	Fase de Mediana Seguridad (Período Semiabierto)	El interno(a) accede a programas educativos y laborales, en un espacio semiabierto, que implica medidas de seguridad menos restrictivas. Los programas que se ofrecen en esta fase se basan en la intervención individual y grupal, permiten el fortalecimiento de competencias psicosociales y ocupacionales.	Inicia cuando alcance el cumplimiento de la tercera parte de la pena y finaliza cuando cumpla las 4/5 partes del tiempo requerido para libertad condicional
4 FASE	Fase de Mínima Seguridad (Período Abierto)	El interno(a) accede a programa educativos y laborales en espacio con medidas de restricción mínimas. Se fortalece el ámbito personal de restructuración de la dinámica familiar y laboral, para lograr afrontar la integración social positiva y consolidar su proyecto de vida en libertad.	Inicia cuando el interno(a) haya cumplido las 4/5 partes del tiempo requerido para la libertad condicional
5 FASE	Fase de Confianza	Se orienta al desarrollo de actividades que permitan evidenciar el impacto del tratamiento realizado en las fases	Procede cuando la libertad condicional haya sido negada

Cuadro No. 1

A pesar de que el sistema penitenciario colombiano está diseñado para seguir estas fases con el objetivo de resocializar a los internos, en la práctica, hay varios obstáculos que dificultan su correcta implementación. Según la Defensoría del Pueblo una de las dificultades que perpetúa el estado de cosas inconstitucional penitenciario y carcelario es la:

> Falta de capacidad administrativa, técnica, presupuestal y funcional del sistema judicial y administrativo para garantizarles a todos los condenados en igual de condiciones el derecho de acceder al Tratamiento Progresivo Penitenciario y sus fases -fase de observación, diagnóstico y clasificación; fase de alta seguridad; fase de mediana seguridad; fase de mínima seguridad y fase de confianza.[215]

Además, se resaltan como problemáticas: el hacinamiento, que genera que gran parte de los internos no reciban atención individualizada durante la fase de observación y diagnóstico, y que los programas de rehabilitación se vean restringidos; la falta de recursos, que hace que las actividades de la fase de tratamiento sean insuficientes, y muchos condenados no tengan acceso a programas de educación o capacitación laboral; la infraestructura deficiente, que genera graves afectaciones a los derechos humanos; la falta de personal calificado, ya que la atención que los internos reciben no es suficiente ni constante, incluso en materia de salud; la corrupción, que disminuye los recursos destinados a las penitenciarías; entre otros.

Las circunstancias expuestas son de tal entidad que hacen imposible la realización plena del ya mentado artículo, lo que causa que las personas condenadas no cumplan a cabalidad con las fases del tratamiento penitenciario y en consecuencia no se reinserten a la sociedad en debida forma, reincidiendo en la comisión de ilícitos con el paso del tiempo.

en Colombia, UTOPÍA Y PRAXIS LATINOAMERICANA, 139-153 (2020)

215 DEFENSORIA DEL PUEBLO, SEXTO INFORME DEFENSORÍA DEL PUEBLO ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL-ECI EN MATERIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA, 32 (2019)

Desde mi criterio, la baja efectividad de la resocialización en Colombia es generada porque no se están aplicando de manera correcta las fases del tratamiento penitenciario establecidas en el artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005, norma que dicta toda la estructura de la sanción penal, con un claro enfoque en la no reincidencia, propia de las teorías relativas de la pena acogidas por Roxin en sus postulados. Como es claro, el motivo de la indebida aplicación es el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario.

Al observar las grandes problemáticas que tiene el Estado Colombiano en garantizar la función resocializadora de la pena, propia de un Estado Social de Derecho, se debe mencionar que la actual situación carcelaria exige de grandes esfuerzos administrativos y de la implementación de soluciones efectivas. Si bien pueden existir soluciones de carácter político, como la creación o modificación de leyes que sean debatidas por el Congreso y aprobadas por el presidente de la república, se recuerda que el presente es un artículo de carácter jurídico, por lo que en el siguiente acápite nos centraremos en las soluciones de esta índole.

VII. Los Subrogados Penales como Medidas que disminuyen el hacinamiento y efectivizan la reinserción social

Desde mi punto de vista, el factor más relevante para que el Estado no cumpla con la función resocializadora de la pena es el hacinamiento, al tener incidencia directa en la vulneración sistemática y periódica de derechos humanos, la falta de control de las autoridades sobre las cárceles (que genera que se conviertan en centros criminales), la no aplicación debida del artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005, y, en consecuencia, la inefectividad de la resocialización como fin de la pena.

En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

> Desde hace varios años, la Comisión Interamericana, al igual que otros organismos internacionales de derechos humanos e incluso los órganos políticos de la OEA, ha observado que el problema más grave y extendido que enfrentan los Estados miembros con respecto a la gestión penitenciaria es el hacinamiento;
>
> [...]
>
> El hacinamiento incrementa los niveles de violencia entre internos; impide que éstos dispongan de un mínimo de privacidad; dificulta el acceso a los servicios básicos, algunos tan esenciales como el agua; facilita la propagación de enfermedades; crea un ambiente en el que las condiciones de salubridad e higiene son deplorables; constituye en sí mismo un factor de riesgo de situaciones de emergencia; restringe el acceso de los internos a actividades productivas; propicia la corrupción; afecta el contacto familiar de los reclusos384; y en definida genera serios problemas en la gestión misma de los establecimientos penitenciarios. [216]

Si analizamos el hacinamiento actual en los centros carcelarios del país encontramos que, según las estadísticas del INPEC, a 15 de abril de 2024, existe una sobrepoblación carcelaria del 24.9 %, (figura No. 2)[217]:

Las penitenciarías del país tienen una capacidad total de 81.781 cupos, y la población privada de la libertad es de 102.220 personas, lo que significa que el cupo de las cárceles está excedido por 20.439 reos. Esta situación es aún más grave en algunos departamentos como La Guajira donde el hacinamiento corresponde al 226%[218].

Considero que, el fenómeno del hacinamiento es uno de los mayores responsables de la reincidencia delictiva, pues su erradicación generaría la aplicación

216 OEA, CIDH, INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS, 108-109 (2013)

217 INPEC, https://perma.cc/8NMG-ZVZV, (última visita en abril 15, 2024)

218 INPEC, https://perma.cc/8DDK-D32G, (última visita en abril 15, 2024)

de las fases del tratamiento penitenciario, la optimización de recursos para la población privada de la libertad reduciendo de esta manera la constante vulneración de derechos fundamentales, y el mayor control del INPEC dentro de los establecimientos carcelarios, entre otros.

Además, como se viene afirmando con anterioridad, la sentencia T-388 de 2013 (MP. María Victoria Calle), reitera que el hacinamiento es una muestra de que "existen indicios y evidencias del recurso excesivo al castigo penal y al encierro, lo cual genera una demanda de cupos para la privación de la libertad y de condiciones de encierro constitucionalmente razonables, que es insostenible para el Estado." [219]

En suma, a mi criterio, la aplicación de las medidas preventivas de la libertad genera un círculo vicioso, en el cual existe poca efectividad en la reeducación de los delincuentes, hay altas tasas de comisión de ilícitos, los funcionarios judiciales aplican de forma desmedida este tipo de sanciones, por confiar en exceso en esta medida, y se termina generando más hacinamiento lo que desemboca en reincidencia y criminalidad.

Por otra parte, grandes teóricos como Eugenio Raúl Zaffaroni, Luigi Ferrajoli y Alessandro Baratta afirman incluso que la resocialización es incompatible con la privación de la libertad, argumentando de la siguiente forma:

> Zaffaroni asevera ilustrativamente "que la ejecución penal no resocializa ni cumple ninguna de las funciones "re" que se la han inventado [...], que todo eso es mentira y que pretender enseñarle a un hombre a vivir en sociedad mediante el encierro es [...] algo tan absurdo como pretender entrenar a alguien para jugar fútbol dentro de un ascensor". La estadía en un centro de privación de libertad es contraproducente para la "adaptación" del condenado a la sociedad. Como hace notar Baratta, el sistema punitivo presenta características que lo tornan inconveniente para cualquier finalidad resocializante: a) en lugar de componer conflictos los reprime, y b) por su estructura organizativa y por el modo en que funciona es inadecuado para desenvolver las funciones socialmente útiles declaradas en su discurso oficial, que son centrales a la ideología de la defensa social y a las teorías utilitarias de la pena. El mismo autor constata: "Miremos la pena carcelaria, que sigue siendo la pena principal y característica del sistema punitivo: todos los intentos teóricos y prácticos por justificarla, resaltando las funciones útiles, como la resocialización, se pueden considerar fracasados". Ferrajoli también deja entrever que abundante literatura, corroborada por una dolorosa experiencia, confirma que no existen penas correctoras o terapéuticas; pues la cárcel es un lugar criminógeno de educación e incitación al delito. Represión y educación son incompatibles, y de una prisión solo podemos intentar que sea lo menos desocializadora posible. [220]

Con esto, los autores exponen la inconveniencia que representa pretender la resocialización de un delincuente por fuera de la sociedad, por generar resultados negativos en su reinserción, ya que se piensa que la pena es contraria a su función utilitaria, y los centros carcelarios en vez de reeducar a los reos los incitan al delito.

En este marco de ideas, cobran una importancia vital los mecanismos que son más efectivos en términos de reinserción social, sin que se vean afectados los demás fines de la pena, tales mecanismos son los subrogados penales plasmados en los artículos 63 y siguientes del Código Penal, que son alternativas a la pena privativa de la libertad, de forma extramural las cuales se conceden a las personas condenadas que cumplan con los requisitos exigidos por la ley. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-328 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz) expresó:

---

219 C.C., Sala Primera de Revisión, 28 de junio de 2013, Sentencia T-388/13, M.P. María Victoria Calle Correa.

220 Byron Villagómez, resocialización imposible, RESISTENCIA: REVISTA DE LOS ESTUDIANTES DE LA UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR. 42 (2010)



Figura No.2

> En la actualidad se tienen problemas en las políticas públicas de resocialización y reintegración de los condenados a la sociedad civil, lo que ha generado la declaratoria, por parte de este Tribunal, de un estado de cosas inconstitucional en materia de cárceles. Esta situación genera la implementación y uso de mecanismos que alternen con la pena privativa de la libertad y permitan alcanzar de manera más eficiente el objetivo de resocialización con la utilización de medidas que humanicen la sanción penal.
>
> [...]
>
> Las medidas dispuestas por el Legislador para afrontar de mejor manera el proceso de resocialización de los internos, se agrupan en aquellos mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y medidas sustitutivas de la pena de prisión conocidas también como subrogados penales.[221]

Las medidas a las que se hace referencia como subrogados penales son: la prisión domiciliaria, que permite la retención en el lugar de residencia; la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que consiste en suspender la ejecución de la pena por un periodo de 2 a 5 años; la libertad condicional que consta en la oportunidad que tiene un condenado de terminar la privación de la libertad bajo ciertas obligaciones; y, la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave que habilita al penado a cumplir con su sanción dentro de su residencia o en algún centro hospitalario cuando padezca una enfermedad de tal índole que sea incompatible con la reclusión intramural.

Los subrogados penales no solo se muestran como figuras jurídicas de relevancia superlativa en materia de disminución de hacinamiento carcelario, sino que también cumplen con las funciones de la pena establecidas en el Código Penal, sin generar afectaciones a derechos fundamentales, y permitiendo la reinserción de los condenados dentro de la misma sociedad, lo que desemboca en mayor efectividad en materia de resocialización. En esta misma línea se expresó la Corte Constitucional, en sentencia C-328 de 2016 (MP. Gloria Stella Ortiz) argumentando que:

> El acceso de los condenados a los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión en las condiciones establecidas por la ley, constituye para aquellos una herramienta invaluable para alcanzar los fines constitucionales de resocialización de la pena y para reintegrarse a la normalidad de su vida.
>
> Frente a este aspecto, esta Corporación ha considerado que para muchas personas la permanencia en un centro de reclusión puede generar los efectos contrarios en términos de resocialización, por lo que el cumplimiento de la condena en un ambiente familiar o social,

221 C.C., Sala Plena, 22 de junio de 2016, Sentencia C-328/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

favorece su proceso de reintegración al pacto social.

Los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, encuentran su fundamento en principios constitucionales como la excepcionalidad, la necesidad, de adecuación, la proporcionalidad y razonabilidad, por tal razón se justifica que la pena privativa de la libertad pueda ser alternada por la prisión domiciliaria o ser sustituida por la ejecución condicional de la pena o libertad condicional, entre otros beneficios que le permiten al condenado un proceso de resocialización más humanizante."[222]

En consecuencia, la aplicación de mecanismos alternativos a la ejecución de la pena intramural permite la resocialización del procesado en un espacio libre de vulneraciones a derechos fundamentales, donde sigue siendo acogido por un entorno familiar o social que genera una reinserción natural dentro del pacto social.

Desde mi perspectiva, la adaptación de los subrogados penales no solo beneficia a las personas condenadas que son acreedoras de este derecho, sino también a los privados de la libertad de manera intramural, ya que al reducirse el fenómeno del hacinamiento mejoran las condiciones de vida y las medidas de reeducación dentro de las penitenciarías, por contarse con mayores recursos económicos para cada reo, más protección por parte de los guardas del INPEC y mejor asignación en materia de infraestructura.

Se hace necesario acabar con el uso excesivo de las penas de prisión intramurales, que generan demanda de cupos dentro de los centros carcelarios insostenibles para el Estado y emplear de manera más reiterada los subrogados penales que cumplen con los fines de la pena de carácter mixto preventivo, no vulneran derechos fundamentales y son más efectivos en materia de reinserción social.

En otras palabras, este autor considera que la función resocializadora de la pena solo puede ser efectiva de dos maneras: 1) realizando la correcta aplicación de las fases de tratamiento penitenciario establecidas en el artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005, o 2) mediante el uso de los subrogados penales. Destaco además que, evitando que los operadores judiciales confíen en exceso en la privación de la libertad, se aumenta el uso de los subrogados penales, que son más eficientes en materia de reinserción social y a su vez permiten que las personas privadas de la libertad puedan realizar las fases de tratamiento penitenciario en debida forma, lo que garantiza en mayor medida su reeducación.

I. Conclusión

El Estado Social de Derecho Colombiano, en materia de sanción penal, acoge la teoría mixta preventiva de Claus Roxin. De esta manera se cuenta con una pena retributiva, por cuanto busca sancionar al delincuente conforme al daño causado, de prevención general porque se le advierte a la comunidad la consecuencia de la comisión de ilícitos y de prevención especial porque se busca la reinserción del condenado a la sociedad y la erradicación de la reincidencia.

Dentro de estos fines de la pena, la Corte Constitucional ha expuesto de manera reiterada que la función resocializadora es prevalente, pues este fin constitucional es una expresión de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la no instrumentalización de los condenados como objetos de prevención general, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados internacionales firmados por Colombia y los derechos fundamentales de raigambre constitucional.

Sin embargo, las estadísticas demuestran que los niveles de reincidencia en el país son muy altos; esto se debe a que existe un estado de cosas inconstitucional en las penitenciarías del país y en los centros de detención transitoria, debido al desbordado hacinamiento que

222 C.C., Sala Plena, 22 de junio de 2016, Sentencia C-328/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

genera la constante vulneración de derechos fundamentales, desembocando en la obstaculización del cumplimiento de las fases de tratamiento penitenciario y la inefectividad de la función resocializadora de la pena.

El hacinamiento es el factor más importante que imposibilita la reinserción de la población privada de la libertad por tener incidencia directa con la asignación presupuestal de cada reo, la vulneración de derechos fundamentales, la falta de control dentro de los centros carcelarios y la inaplicación de las fases del tratamiento penitenciario.

Esta problemática se puede disminuir de manera significativa con la aplicación de los subrogados penales, que son medidas diferentes a la privación de la libertad intramural que cumplen con los fines de la pena, no vulneran derechos fundamentales y son más efectivos al momento de reinsertar condenados a la sociedad. La aplicación de estas medidas se hace más necesaria si tenemos en cuenta que grandes teóricos han criticado firmemente la resocialización desde espacios externos a la comunidad. El uso excesivo de la pena intramural genera demanda de cupos que exceden la capacidad estatal, así como su aplicación favorece a las personas que se les otorga y a las que permanecen retenidas en las cárceles.

Justicia y Derecho

Revista de la Facultad de Derecho,
Ciencias Políticas y Sociales

ISSN 2323-0533
Versión impresa

Universidad del Cauca
Vigilada Mineducación

E-ISSN 27112470
Versión digital

Volumen 12 | Enero – Diciembre de 2024

Agradecimientos a revisores

El Comité Editorial agradece a los siguientes profesionales que evaluaron anónima y voluntariamente los artículos presentados en este volumen:

Alejandro Medina Marín
Camilo Ernesto González Obando
Francisco Javier Girón López
Gabriela Guzmán Díaz
Hugo Alexander Garcés Garcés
Iván Alfonso Cancino González
James Santiago Ruiz Montilla
Jhonatan Camilo Moncayo Urbano
Katty Dayana Valencia Banguera
Nilsa Eugenia Fajardo Hoyos
Orlando de Jesús Mosquera Solarte
Ricardo Motatto Constaín
Sandro Espinoza Quiñones
Sebastián Camilo Camayo Ortiz
Sebastián Ospina Vallecilla
Víctor Enrique Negreros Pacaya
Felipe García Quintero