

ISSN: 2805-749

NOTA EDITORIAL

La revista Veritas se complace en presentar la publicación del segundo número, bajo la modalidad de convocatoria abierta, selección de artículos por medio de revisión con pares ciegos y un comité académico de alto nivel encabezado por la investigadoras e investigadores colombianos y de otros contextos como la Doctora Jessica Holl y Jorge Miceli. Los artículos científicos que están a disposición de las y los lectores propone una amplia, novedosa y diversa temática en el campo del derecho que motiva a la lectura, la reflexión y la investigación.

Este número cuenta con artículos de autores y autoras con amplia experiencia investigativa y formación postdoctoral, doctoral, magister y también con estudiantes de pregrado y jóvenes investigadores lo cual representa un espacio para el intercambio de trayectorias y el encuentro generacional de científicos y científicas todos dentro de un mismo objetivo que es el de compartir sus saberes e interrogantes. Sea pues ésta la oportunidad para sumergirse en estos textos y dialogar con ellos.

Twiggy Malena Ortegón

Editora



ISSN: 2805-749

Comité académico:



JESSICA HOLL

Universitat Erfurt, Alemania

JORGE MICELI

Universidad de Buenos Aires, Argentina

ALEXANDER MONTERO

Escuela Superior de Guerra, Colombia

LAURA DELGADO

ESMIC, Colombia

MARGARITA JAIMES

Universidad de Sucre, Colombia

THE DIDACTIC CONCEPTION OF RESEARCH IN THE MODERN VISION

¹Dr. José Gregorio Noroño Sánchez
josenorono@unisinu.edu.co



Summary

This research takes a tour of the main didactic strategies that are applied in modern research in research centers and universities around the world, as well as the multiple analysis techniques that can transform data into useful information for our societies, from the qualitative approach refers to experts in areas such as epistemology and hermeneutics, as well as in the correct application of triangulation as a way of contrasting the knowledge and available research, ductile tools for any researcher, likewise, the documentary review and the criteria of important and recognized authors were used for the compilation of this research article. The main conclusions account for the incessant search of researchers for the use of novel techniques to enhance the

¹ Dr. José Gregorio Noroño Sánchez. Postdoctor in Integration and Development in Latin America (2019). PhD in Management Sciences (2016). Magister Scientiarum in Labor Law (2013) Lawyer (2011) graduated from the Private University Dr. Rafael Beloso Chacín (URBE) Maracaibo. Venezuela. Professor and Plant Researcher at the Universidad del Sinú, Elías Bechara Zainúm, Montería headquarters, Córdoba-Colombia. Researcher Categorized and recognized by Minciencias. Phone: +573012067265. Orcid Code: <https://orcid.org/0000-0001-9777-2733>

ISSN: 2805-749

quality of their research, as well as to weigh within the research method, the need to seek a didactic conception that pursues inquiry with established, clear and determinable

academic purposes that when contrasted result in the continuous improvement of our societies and applied science in the modern scientific research.

Keywords: Research, Triangulation, Hermeneutics, Information.

Esta investigación hace un recorrido por las principales estrategias didácticas que se aplican en la investigación moderna en centros de investigación y universidades de todo el mundo, así como las múltiples técnicas de análisis que pueden transformar los datos en información útil para nuestras sociedades, desde el enfoque cualitativo se refiere a expertos. en áreas como la epistemología y la hermenéutica, así como en la correcta aplicación de la triangulación como forma de contrastar los conocimientos e investigaciones disponibles, herramientas dúctiles para cualquier investigador, así mismo, se utilizó la revisión documental y el criterio de importantes y reconocidos autores para la compilación de este artículo de investigación. Las principales conclusiones dan cuenta de la búsqueda incesante de los investigadores por el uso de técnicas novedosas para mejorar la calidad de sus investigaciones, así como ponderar dentro del método de investigación, la necesidad de buscar una concepción didáctica que persiga la indagación con fundamentos establecidos, claros y determinables. propósitos académicos que al contrastarlos redundan en la mejora continua de nuestras sociedades y la ciencia aplicada en la investigación científica moderna.

Palabras clave: Investigación, Triangulación, Hermenéutica, Información.

Introduction.

The didactic conception in Research.

ISSN: 2805-749

In the opinion of the Researcher, for some decades now, world research has been increasingly referred to the didactic environment, and application as the central axis of its conception. Every day that passes, it is more important to transfer the knowledge acquired to the social environment in the search for new applicabilities of this and in the incessant attempt to improve our environment, that is why, as part of the knowledge society, we need to participate and contribute with a conceptual update of the "fact" research.

In this sense, it is opportune to make a precise approach to the current research and start from the dense to the transparent, so to speak, in terms of pursuit of objectives and results that in the end are the basis of our intentions when venturing into the task of inquiry and analysis that covers every formative aspect, where a didactic conception will help us to obtain the desired results.

Much depends, then, on our way of doing science and our way of doing the work of investigating, that is why, throughout the course of this work, we will land all the activity to the didactic and pedagogical field in order to make an important contribution to the work we do as a strategy to pursue our goals, and therefore it is imperative to rediscover the epistemological with a didactic "I understand *ergo* I investigate", trying to change or mutate the way of investigating.

For many authors, such as Aguaded and Romero (2018) it is impossible to visualize with crystal clarity the possibilities of warning of the future due to the long etcetera that emerges from access to the internet, social networks, the new forms of relationship available such as *hashtags*, *youtubers* and *influencers*., so it is extremely complex for the social sciences to understand the present. And in the opinion of the authors, such a description falls short when we review the ways of educating ourselves, informing ourselves and expressing our ideas, without mentioning the aspects related to how we investigate.

That is why the authors agree that, when referring to the research aspect, there has been no formative / educational accompaniment to face the neo-ecosystem of interrelations that today have woven The Information and Communication Technologies (IT.C.) and on the other hand they agree that the research needs turn out to be extremely unique as a fingerprint and that is why it is extremely valuable and also pertinent to make approaches to the context that it is explored.

In the research work, we investigate the expeditious ways of carrying out research contextualizing in the didactics that allow to achieve the results that are pursued, appearing the certain possibilities of construction of a path that allows to trace the north when starting a specific study purpose without

ISSN: 2805-749

overlooking the epistemological considerations of respected treatisers, with which, we will try to provide a clear idea of how to achieve it, and for this, we need to observe their needs, their justifications, their limits and their methods.

Likewise, approaches are made to the existing technical and methodological mechanisms that contribute to a reliable interpretation of the findings such as triangulation and hermeneutics with which the scenarios, virtues and processes where they intervene as guarantors of understanding and production of knowledge are detailed in a didactic way, above all, when comparing the positions of excellent treatisers and the criteria derived from the author's research career.

Technical and methodological phases to obtain the results of the Research.

a). Clear idea of exploration.

According to Petzold (2008:118) and Sampieri (2006) before starting an investigation we must have clear ideas of exploration of the phenomenon that is intended to be studied, meanwhile, it recommends locating relevant methodology for the development of positions, that is, we must locate some books, some articles that are related to the subject, in order to study their postulates and be able to have a range of criteria related to the that you try to develop. Then, we must synthesize the criteria of each selected author to circumscribe a subsequent position that serves as a basis for the contrast of criteria, with which, the debate of the ideas that ends up enriching the research will be made.

At the discretion of the Researcher, and in line with Petzold (2008:119) it is necessary to make a tour of the different postulates and establish what we want to investigate before starting to compile the required information, in order not to waste efforts or time, therefore, we must make the most of it. the technological resources and platforms available, such as online libraries, newspaper libraries and other databases, in virtual environments, today accessing them is unthinkable easy and practical with which the task of research is profitable and tends to be very productive.

On the other hand, and as a second step, in accordance with Supo (2015) a line of research must be defined, in this case, the line at the discretion of the Researcher, se refers to the desires, motives, experiences, phenomena, studies, personal objectives or topics of interest of the subject who wishes to investigate, such a line, represents the intention of framing a course in a certain area of knowledge, which, in most cases becomes a great topic of research development, the lines are very varied and diverse, however, they depend on the area of knowledge and the dimension where we are.

ISSN: 2805-749

A line of research, at the discretion of the Researcher, is a thematic area with which, you must be linked, interested and fond; few people carry out research without clear purposes or without natural affection for the proposed topic, since it is difficult to keep the interest alive unless you have an adequate mobile or a topic that impacts or interests you, in this particular case, that motive is the desire to investigate and deepen the chosen theme.

Starting from this scenario, you can compare the line of research to find a partner, and this aphorism is usually very similar to the fact of choosing the subject of study, since they are usually for life, they are usually for the rest of our lives, in that sense, this topic of study becomes an integral part of the professional route of the researcher and as described by Supo (2015: 4) you must choose a topic that is within the specialty that has been chosen with which it is intelligently projected, because, it is usually in the future, a reference within that theme of study.

In this regard, the considerations of Córdoba (2011:17) stand out when trying to understand the real dimensions of the problem for the generation of knowledge in universities, establishing as a concept, that the term, line of research refers to a specific research problem, around which people, projects, problems, methodologies, and research activities that are organized in sublines articulate. (Either by thematic affinities or by expected achievements), make possible the intellectual production in an area of knowledge.

On the other hand, Córdoba (2011:20) defines that in its epistemic position, the line of research refers at the same time to a monodisciplinary or interdisciplinary thematic axis in which research activities carried out by one or more research groups that have visible results in their academic production can converge. and in the training of human resources through the development of undergraduate work, to the point that in some countries such as Colombia and Venezuela, they require as requirements the existence of lines of research for the approval, creation, and accreditation of postgraduate programs.

In this sense, Córdoba (2011:27) points out that, as a highlighting fact, it is necessary to understand that a line of research must exist a total articulation, fusion of interests and continuity, between the work of research teachers based on a systemic program developed in the short, medium and long term, in this context, the lines are associated with centers, networks, study groups, working from or between their disciplines in favour of a research programme.

In this case, the authors Petzold (2008), Supo (2015) and Córdoba (2011) are framed in the formalities of the line of research, however, Sánchez (2014) makes a different proposal and therefore, disruptive in contrast to the respectable criteria that precede to indicate, that beyond the line of research should be taught above all to analyze and evaluate different didactic strategies and apply

ISSN: 2805-749

them in the scientific field, for reasons of methodological clarity, reasoning about processes, practices and strategies that are complex and at the same time diversified.

For this reason, Sánchez (2014) proposes new didactics of research from two scenarios, the first what is taught when teaching to investigate and, in the background, how to investigate is taught. Starting from this approach, it is one thing to produce knowledge and quite another to teach how to produce it, where the first one forms the profession of researcher and the second, the trade of pedagogue.

b). Didactic contribution of the Research.

According to Sánchez (2014) there is no single way to investigate, however the author indicates that if there are different ways of teaching to investigate and as proof of this, that each scientific field necessarily has its way of problematizing, of constructing its observables, of imagining and building theories and frameworks of conceptual foundation, as well as of testing hypotheses, it is therefore absurd to try to teach a Psychologist and an Engineer to investigate in the same way, as is done with a lawyer and a doctor, and this, given the peculiarities and singularities of the research regime that apply in each particular case.

For Sánchez (2014) there are a series of premises that need to be pointed out, among them: that valid research approaches must be taken, that is, to define, analyze and even criticize scientific production by teaching how to generate it. In other words, they suffer from the practical and focus on the conceptual, on the other hand, insists the author, who is also not taught to investigate in a general and abstract way, as if there were a unique and unrepeatable procedure, becoming an unalterable paradigm of producing knowledge.

That is why the author concludes that there is no single method, rather, we must understand the organization and strategies that interact in scientific production, that is, learn to formulate their problem, plan, and rationally conduct their theoretical, practical, operational and instrumental decisions with the intention of finding answers to the questions derived from their research purpose.

In this regard, for Pineda (2014:77-81) there is agreement with Petzold (2008), Supo (2015), Córdoba (2011) and Sánchez (2014), since the research carried out today has ingredients that have never been present at other times in history such as ICT and the entire technological framework that is available to carry out research, In other words, there are better conditions today than before to undertake and develop projects of any nature without the use of face-to-face.

ISSN: 2805-749

Meanwhile, the author emphasizes the idea of measuring the impacts related to the new role of the internet, to the conflicts arising based on globalization, the inquiry that must be developed based on the specialties of each researcher, the awareness of reviewing the available theoretical approaches and research on the topic of each branch of science with its multiple categories.

That is why conceptual differences are observed from one author to another, and at the discretion of the Researcher, it is these epistemic variants that enrich the environment that we want to address when we touch on topics related to research. Therefore, there are different opinions with which

you can build a repertoire of options when undertaking a research project, however, at the discretion of the Researcher, it is necessary not only to know the idea of exploration or the epistemic environment of an idea that you want to develop, additionally you must take into account how to make the aspirations come true and therefore the important thing to know after the form, the substance of our research.

c). Search for Sources

The researcher infers, that up to this point he has a clear idea of what he aspires to investigate and above all, the contextual mapping of what he will try to develop, and that is why, he rescues from among his multiple works of consultation an author, who although he is not physically with us, left a super didactic work, with which, he took his first steps in scientific subjects, and is the work of Dr. Umberto Eco.

In this work of consultation, Dr. Eco dedicates a whole chapter to explain that it is a source and by virtue of its relevance, I honor his memory by quoting directly from his valuable contribution to the academy which, becomes valid with each passing day, because his postulates are open to all subjects and not biased by a single vision of the scientific environment.

In this scenario, Eco (1977:69), delimits in two large sections the intrinsic development of the investigative task, in this sense, the author notes that an investigation reports the study of objects and for this he uses instruments, in that case, we will say that the writings of Adam Smith constitute the *primary sources* and the books on Adam Smith constitute the *secondary sources* or the *critical literature*. Naturally, if the topic were *Adam Smith's Sources of Economic Thought*, the primary sources would be the books or writings on which Smith was inspired.

The sources of an author, in consideration of Eco (1977), may also have been historical events (certain discussions that occurred in his time about certain concrete phenomena), but these events are always accessible in the form of written material, that is, of other texts. Perhaps we will even find

ISSN: 2805-749

that the sources are not available in the form of written texts, but they must become the texts that will be included in the thesis or research as documents, these can be, statistical data, transcripts of interviews, photographs, and even audiovisual documentation.

In that case, the researcher must be able to distinguish what it means to have a first-hand or primary source and the secondary source, in this case, are primary sources, those that we find in official documents, those emanating from the authors, through published studies, scientific or refereed articles, books, conference reports and those from multilateral organizations such as those of the O.I.T., CELAC, IDD, etc., and secondary sources are considered, those interpretations made by the authors within their writings or analysis, such citations have a degree of relevance and depends on how to include them in the text that is developed that their relevance will be achieved.

In particular, the course of what has been traveled in research gives the writer certain aids that are worth rescuing, for example, in research where data are scarce, we can transform this absence of information into a second-hand source, but reliable, since, more recent research that has cited older sources can be used, as follows; I remember an author who had published a scientific article in 1967, and as the thesis requires from close sources, I used an author who had referred to said work in 2013, in that sense I established within the Research as denoted by Morón (1967), cited by Castro (2013) and with that clarification, I obtained my close source.

Of course, the rules of citation allow us to make countless exceptions, however, in this elegant and allowed way, we can carry out our investigations with the minimum margin of error, and such an event is not new, since, if we analyze the example of one of the most influential philosophers of antiquity, as was Parmenides, who swells the list of the brilliant minds of the pre-Socratic philosophers, we observe that Parmenides never left a written line, however, his students, in their own writings, resumed their positions and in that particular case, the only existing source of Parmenidian thought, is found in each of the works written by Socrates, Plato and Aristotle.

In this way, a clear example of what is considered a primary source and a secondary is observed, and the highlight is that no one would ever doubt the expressions used by the triad of philosophers who made use of the thoughts of Parmenides, in this sense, this source, although referential, has primary weight because, the seriousness, relevance, relevance of the one who cited his position, the type of document where he made the appointment, shields the contributions that were used when building it.

In that case, what is pursued in short, is that the sources in the first place are provided from certified, reliable and recognized bodies, the more formal they are, no one can object to the validity of a source, on the other hand, it is also sought that they are of recent data, that is, not greater than

ISSN: 2805-749

a range of five (5) years, since this can also influence the interpretation and understanding of phenomena and especially those observed within the social sciences, where each study presents a minuscule range of staticity, that is, they almost never behave uniformly and even less are the behaviors maintained for a long time, on the contrary, they are of very high variability.

d) Construction of the Bibliography

For Eco (1977) to elaborate a bibliography means to look for that whose existence is not yet known. The good researcher is the one who is able to enter a library without having a clue about a subject and leave it knowing something more about it, that is why we must do an exhaustive search for sources to support the Research, in this regard, Becker (2011: 67) establishes that academic writers have to organize their material, in order to be able to express an argument with sufficient clarity so that readers can follow their reasoning and accept the conclusions.

That is why, says Becker (2011:70), that there is no single correct way to do it and that trying to do it would involve subjecting the research to a perhaps more arduous way than it really is, on the contrary, the task is simplified when it is recognized that there are many effective ways to say something and that their job is to choose one and put into practice so that the interlocutors (readers) know what what they are doing.

In that sense, the author alludes to the serious complexities that come from the beginning of an investigation, and if we intend to obtain concrete, viable and effective results, any suggestion from consecrated researchers is vital to our interests, that is why Becker (2011: 75) begins by explaining that "before writing what I want to say, I must first discover what I want to say", understanding by this, that we must be clear about the north of the research, perhaps, create a list of observations, a possible structure or tentative index that allows us to partially determine the favorable wind that leads our research to remarkable conclusions or to the conclusion of the project in a satisfactory way.

Likewise, Becker (2011:75), recommends never starting by writing the introduction, since you can not introduce or describe something that does not exist and that if you do, as a general rule, the author will be tied to the expressions that were established in those initial lines, with which the Researcher identifies, however, by recognizing that there is a great variety of different thoughts and strategies, the best one is needed and therefore, on a personal level, it applies such a strategy. Likewise, Becker (2011:74) recommends establishing a path to start exploring, and in that case, a sketch where he expresses his observations can be very useful and helps to better grasp all the

ISSN: 2805-749

implications and avoid the rambling ideas that distance us from the understanding of the logical structure.

However, for Eco (1977) having a striking introduction, or paragraphs where he reveals the secret of his research as a shocking description containing the results, will give the possibility and opportunity to take them up again throughout the development of the research and say how such thought or idea contributes in each descriptive phase of the work, with which, contradicts Becker (2011), however, as an appropriate tactic is pursued, the researcher recommends making use of both, as long as the topic to be developed applies, so to speak, we must put everything on the grill when conducting an investigation and that implies starting from the introduction.

On the other hand, the Researcher assumes, the recommendation of Becker (2011) at the time of writing the introduction, being his strategy, first develop the work and leave the writing of the introduction last when the results and conclusions are already in place, with which, you can have a perfect spectrum of the detailed description of the research. In that sense, compiling notes or drafts make it possible to have a range of opportunities with which we can compare, eliminate, and highlight ideas useful to the established purposes.

The bibliographic selection, on the other hand, is of vital importance to elaborate research with valid academic contributions, that is why, it is necessary to make prior to the review, the internal tentative index of the project to be elaborated or developed, a kind of matrix of categories or table of operationalization of variables, with which, a map of the necessary tools is possessed to obtain the expected results. Within this already structured framework we can proceed to the selection of authors by virtue of certain considerations, which are described below.

In the opinion of the Researcher, a good way to do this is to identify reliable sources of information; every day, hundreds of thousands of data are uploaded in virtual environments that do not represent any reliable aspect, mostly conjectures without any statistical or official support, with which we must be cautious, because the seriousness and reliability of what is investigated will be directly linked proportional to the basic information in the one that is counted for the study. On the other hand, the selection of information represents a primary characteristic of the purposes we pursue and therefore we must review the contributions that could be made to our research.

At this stage, time should be devoted to the detailed and thorough review of each article, book, biography, event or scientific day that is the subject of consultation identifying how our aspirations, postulates, ideas and perceptions connect or contradict, since, selecting only the research that supports us would be to introduce a biased product in the academy, what is necessary is the debate, the confrontation of authors and the confrontation of ideas and postulates with which, the research is

ISSN: 2805-749

enriched. Such positions are known as triangulation, which is not, it is more, than highlighting the postulates in favor, against, carry out the analyzes and then establish positions on each one within the development of each section to be investigated.

With this, it is possible to demonstrate a depth of the research method and the incessant search for scientific knowledge through the confrontation of the simile and dissimilar positions within each section of the work to be developed, which will denote the success of the previous work described when selecting the investigated components, such previous selection activity is conceived in a didactic way to obtain the results that are desired at the time of initiate any research, whether qualitative or quantitative, ethnographic or phenomenological, inductive or descriptive.

Such advice will allow, at the discretion of the Researcher, an endless fluidity when writing because it will allow us to clear from the mind the unhelpful concepts and focus on concrete thoughts and ideas and with connection with more relevance and ease, since it allows us to visualize what we pursue in the research optimizing the time invested and favoring the construction of knowledge.

Meanwhile, the selection of the reference material must respond to the relevance, renown, importance, and readiness required, that is, it is not recommended under any circumstances to make appointments of unofficial web pages or personal web portals of Internet users, which do not meet the conditions of certainty that must prevail in the data shown. In this sense, we already know what is related to primary and secondary sources, therefore, we must be vigilant to make the ideal selection of our referenced authors.

A good way to do this is to locate the SIRes (Indexing and Summary Services), to this criterion, is added the established by Colciencias called "Documento de actualización de los Sistemas de Indexación y Resumen", dated Bogotá, April 2'17, where it is explained that, | The Indexing and Abstract Services " -SIR- have their origin in the intentions of scientific societies to identify and store scientific publications to facilitate their circulation, integrate the general information of the journals they select and their contents (it can be continuously, partially or completely).

With which it is pursued, a greater circulation of knowledge, considering the need for remote access to documents, as well as the emergence of commercial companies that have this objeto and institutional, regional and national efforts to establish own documentary bases and the initiatives of international organizations that have promoted plans and programmes to address information flow needs, among other important reasons highlighted in that document.

For these reasons, the Researcher recommends, make use of such reliable sources which have the national certification and with the confidence of the entire exhaustive review process of the first

ISSN: 2805-749

research authority in Colombia, in this sense, one of the most outstanding are the so-called Scielo, Redalyc and Scopus, with which they have the largest reliable database for Open Access research. Once these minimum research criteria have been established, a methodology must then be established that didactically facilitates the analysis of the legitimately exposed criteria, since the mere mention of the doctrinal postulates does not provide any academic nourishment perse, that is why one of the most methodological interpretation strategies will be analyzed at the discretion of the researcher. ductile that exists and with which the expected results are obtained.

e). Triangulation: Didactics of incredible value

For Densin (1990: 297) cited by Aguilar and Barroso (2015: 74) he defines it as: the application and combination of several research methodologies in the study of the same phenomenon. It is also understood as a confrontation technique and comparison tool for different types of data analysis (analytical triangulation) with the same objective can contribute to validate a survey study and enhance the conclusions derived from it. For his part, Donolo (2009:3) states that it takes knowledge, time, and resources to implement it and then great acuity to interpret the results in the varied and sometimes contradictory ways in which they are presented.

In this sense, the researcher argues that triangulation implies the opposition of criteria, the clash of opinions, methodological diatribe and epistemological stridency caused by the confrontation of positions referring to the same tenor, with different meanings, with which, it is sought to evidence the different values and standards that derive from such praxis, while the debate of ideas is nourished, and research is enriched. It is an effective analysis technique for the development of any research process, with which, stands a criterion, which can be agglutinating or dissonant that allows a multiplicity of levels in discursive analysis.

In this regard, Leblanc (1995:7) cited by Gómez (2010) highlights the difference between method triangulation and methodological triangulation. He explains that the triangulation of methods does not imply a methodological triangulation because the methods used in the research may belong to the same paradigm. What is proposed is the adoption of a triangulated paradigm, or the methodological triangulation to which Leblanc (1995) refers because what interests us is to combine theories and methods that belong to different research paradigms, without being limited by dichotomies that make it necessary to choose between different theories or practices, with which our cognitive and interpretative heritage grows.

Likewise, for Okuda and Gomes (2005) Triangulation refers to the use of various methods (both quantitative and qualitative), data sources, theories, researchers, or environments in the study of a

ISSN: 2805-749

phenomenon. The term triangulation is taken from its use in the measurement of horizontal distances during the elaboration of terrain maps or topographic survey, where knowing a reference point in space, it only locates the person in a place of the line in the direction of this point, while when using another reference point and being placed at a third point (forming a triangle) you can have an orientation with respect to this point. to the other two points and be located at the intersection.

This metaphorical term represents the objective of the researcher in the search for convergence patterns to develop or corroborate a global interpretation of the human phenomenon object of the research (1) and does not mean that literally three methods, data sources, researchers, theories or environments have to be used. That is, Leblanc (1995:7) cited by Gomez (2010), Okuda and Gomes (2005) and Densin (1990: 297) cited by Aguilar and Barroso (2015: 74), agree on the benefits of the Triangulation process as an interpretation tool that adapts to qualitative and quantitative research.

The Researcher infers that there are multiple forms of interpretation of data, observations, statistics, styles, positions, criteria and definitions, however, this form represents one of the most recognized for its power of contrast that immediately includes the criteria of other outstanding experts and exponents as the same subject with which, not only information is obtained but also, the different positions and approaches are established that at the end, help us to understand the observed phenomena.

According to the expressed, the triangulation process must be described so that the characterization of what is achieved with this very important tool of academic interpretation is considered, for this reason, Aguilar, and Barroso (2015: 74) describe the process of opposition in species and types of orientation, which is outlined in the following synoptic table:

ISSN: 2805-749

Table 1.
Types of Triangulation and Conceptual Characteristics.

Guy	1. Data triangulation:	2. Triangulation of researchers	3. Theoretical triangulation	4. Methodological triangulation
Characteristics	Refers to the use of different strategies and sources of information on a data collection allows to contrast the information collected. The triangulation of data can be a) temporary: they are data collected on different dates to check whether the results are constant; (b) spatial: the data collected are made in different places to check matches. c) personnel: different sample of subjects.	In this type of triangulation several observers in the field of research will be used. In this way we increase the quality and validity of the data since it has different perspectives of the same object of study and the bias of a single is eliminated Researcher.	It refers to the use of different theories to have a more complete interpretation and comprehensive, and thus respond to the object of study, and may even be these theories antagonistic. This type of triangulation is little used since in most cases it is questioned or criticism is made. Referring to the different epistemologies.	Referring to the application of various methods in the same research to collect information by contrasting the results, analyzing coincidences and differences. Its foundation is mainly focused on the idea that methods are instruments to investigate a problem and facilitate its understanding. Within this category it is possible to distinguish between: a) Intramethod triangulation: in this situation, the researcher uses a single research method or strategy used repeatedly at different times in time, although he applies different techniques of data collection and analysis. The objective is to check the validity and reliability of the information that has been obtained first; b) Triangulation between methods: it is more satisfactory than the previous one. It consists of the combination of qualitative or quantitative research methods in the measurement of the same unit of analysis. These methods are complementary and combining them allows us to use the strengths and alleviate the limitations or weaknesses of each of them, cross data and observe if the same conclusions are reached; c) Multiple triangulation: two or more types of triangulations are combined, such as methodological, theoretical, data and observer triangulation. It is based on using more than one level of analysis. Of the different types.

Source: Aguilar y Barroso (2015:74), adapted by Noroño (2022).

Okuda and Gomes (2005) note that the process of interpretation by triangulation is seen as the possibility of avoiding misunderstandings, by producing redundant

information during data collection that clarifies meanings in this way and verifies the repeatability of an observation, however, in contrast to Aguilar and Barroso (2015) they recommend that the methods used be qualitative so that the observation and interpretation of the phenomenon is

ISSN: 2805-749

comparable and inconsistency in the findings does not diminish the credibility of the interpretations and, in this particular case, the analysis of the reasons why the data differ serves to analyze the role of the source that produced the data in the observed phenomenon.

On the other hand, Okuda and Gomes (2005) establish the following maxim; that, although it may seem, that the use of researchers or external observers gives greater validity to the findings, their role may become superficial, since these, being outside the studied phenomenon, may not provide a true vision of what is being analyzed, contradicting Donolo (2009:3).

f). Hermeneutics as a fuente of interpretative inspiration

For Falque (2013:203) the foundation of hermeneutics is based on a mode of existence appropriate to its purpose, so that it is better differentiated and clearly identified, while, for García (1999:101) it is the translation of the Latin word "*interpretatio*", translation, in turn, of the Greek term "*hermenéi*". Also, in ancient times the "*hermeneuein*" was understood as a poetic, mythical-religious and theological interpretive technique, juridical, etc. At present, this denomination would be what we know as psychoanalytic, sociological, historical hermeneutics, etc.

For Molitor (2001) hermeneutics can be derived in simple hermeneutics and collective hermeneutics, which is a methodology of interpretation, of several, or collective of texts, mainly sociobiographical stories, which seeks, through the evidence of meanings, of senses, to locate structures of consciousness and, later, to understand social behaviors. That is, at the discretion of the Researcher, it is a technique of contrast of interpretative postures that accelerate the observation of methods and results.

Mientras that, for Velazco (2000) hermeneutics registers different conceptions about what it means to interpret, although they all share the idea that the human and social sciences have a different purpose, methodology and foundation than the natural sciences. Arguably, they share the following ideas: (a) explanation and prediction differ from understanding meanings; b) observation and experimentation are distinguished from internal experience (Dilthey, 2000), from the intersubjective processes of learning social rules (Weber, 1921), and from communicative interactions (Gadamer, Beuchot, M. (2004), Habermas (1989); the empiricist criteria of demonstration are opposed to the heuristic criteria of justification proposed by Chacín (2008).

Considering the above, Vidal (2011) notes that the question of objective interpretation

ISSN: 2805-749

apart from not belonging to a specifically hermeneutic tradition, taking into account that this cannot be identified as a mere epistemological and methodological option, but as a fundamental attitude, as a new existential language, focused on the comprehensive search for reality in its potential senses. An opportunity that Kuhn finds to delve into his intuitions is the questioning of one of the fundamental presuppositions of the tradition represented from the translation in merely referential terms. Mentioning the problem of "translation invariants", that is, the question of what every correct operation of interpretive translation should preserve.

That is, Vidal (2011) contradicts the positions assumed by Mattar (2016), Velazco (2000), Gadamer, Beuchot, M. (2004), Habermas (1989); on the empiricist criteria of demonstration they oppose the heuristic criteria of justification proposed by Chacín (2008), meanwhile, which states, that the process of understanding must be done without variants of translation of the interpretation, part, of the idea that when making inferences, the observed ideas, can contaminate the observation and vary the discursive syntax causing modifications to the object of study and therefore to the expected results.

In the opinion of the Researcher, hermeneutics comprises in the first place a high-level cognitive process, since certain conditions, requirements, standards, steps and knowledge are required so that such developments made on a particular subject result in benefit, in the understanding, that not all inference results in hermeneutics, so that it can be cataloged as such, several epistemic approaches must be obeyed to ensure that the approaches made possess the level of depth. In this sense, the Investigator assumes the position of Grondin (2011) on the relevance of the contribution and the quality of the approach to the phenomenon being studied.

In accordance with what is expressed above, Perelman (1980) concludes that, in the author's opinion, observation is not simply necessary for the hermeneutic analysis to be carried out, in this sense, it indicates that the reasonableness of the argument is required and that it crosses the social melting pot, in such a scenario what the author calls "the universal audience" is required. with which, reasonableness stands out as an essential element of hermeneutics, therefore the reasons in favor of a statement, must be convincing, according to or accepted to the universal audience, that is, the recipients of the interpretation, expert interpreters, etc., which is, the one that, in any case, give it the consensus and perhaps even the objectivity of

ISSN: 2805-749

the conclusion product of the interpretation and argumentation around the reality that is analyzed.

Results.

In the opinion of the Researcher, one of the most important results detected during the analysis, stands out in significant evidence, because, in the opinion of Aguaded and Romero (2018), Chacín (2008), Gadamer (2004) and Perelman (1980) refer to the importance of establishing a research technique away from unnecessary formalisms and closed research styles, myopic and overstructured that limit the freedom of the scientific method, still, in the exact sciences, especially in the social sciences, which is rich in informality, variability and diversity, with which, an attempt is made to poner muzzle and formalistic control, beyond what is strictly necessary.

It was evidenced that there is within the research method, the need to seek a didactic conception that pursues inquiry with established, firm, supported and valid academic purposes, in order to pursue the results that contribute to improving the technique and method of research, especially for researchers with less experience, who seek a practical formula to make scientific contributions expressing them precisely attending to avant-garde interpretation

techniques, such as triangulation and hermeneutics as a north to achieve it.

Therefore, it recommends the use of triangulation as a way to extract the diversity of approaches, thoughts, results and criticisms on the subject developed in order to enrich the research that is intended to be developed with which, a better interpretation of the object of study will be derived, on the other hand, hermeneutics is recommended as an alternative mechanism of interpretation, with which a deep extraction of stages is achieved that helps to highlight the findings from the field of scientific analysis.

Based on the foregoing considerations, it is recommended not to abandon the rigor of the scientific method of research but to give way to didactic, ductile and effective techniques to delve into research topics so that the establishment of increasingly attractive, more truthful mechanisms is pursued and that at the same time facilitate the interpretation of the results and the support of a didactic formula that includes a new conception to the in order to obtain the results we want.

Conclusions

It is concluded that the scientific method is a methodological formula capable of helping us to evidence findings and pursue results, however, we can in order to achieve a didactic conception, use, implement and even build

ISSN: 2805-749

first-level mechanisms that help to speed up the observation and structuring of knowledge in order to make it available of the scientific community with which the construction of a better world is pursued and that results in the improvement of research techniques.

It is concluded that by using triangulation and hermeneutics, in research, what Perelman (1980) called "the universal audience" is consolidated, which is no more, than the review and verification of the results by other scientists with which, the findings are transformed into science and validated by virtue of the accumulation of expressions of consonance on the observations, derived from such external scientific contrast, which consolidates a way of expressing products in a didactic, simplified and ductile way for the scientific community.

Bibliography

Aguaded, I; Romero, L (2018) Media competencies in emerging digital media
ISBN: 978-84-17600-03-7.
Salamanca. Spain.
Available Web:
<https://www.researchgate.net/publication/328880857>

Aguilar, S; Barroso, J (2015) Data triangulation as a research strategy
Educational. Journal of Media and Education. Nº 47 July 2015. ISSN: 1133-8482. e-ISSN: 2171-7966. Spain
Available Web:

<http://dx.doi.org/10.12795/pixelbit.2015.i47.05>

Becker, H (2011) Writing manual for social scientists, how to start and end a thesis, a book or an article. ISBN: 978-987-629-168-5. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires. Argentina.

Available Web:

http://www.sigloxxieditores.com.ar/pdfs/becker_manual_de_escritura.pdf

Beuchot, M. (2004). *Hermeneutics, analogy and symbol*. Mexico: Herder.

Chacín, R (2008) Los otros Rostros del Derecho. Phronesis [online]. 2008, vol.15, n.1 [cited 2019-02-27], pp. 09-11. ISSN 1315-6268.

Available Web:

http://www.scielo.org/ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682008000100001

Córdoba, E (2011) The organization of knowledge as a key factor for the development of research in the university environment. Educab, Journal of the School of Education. Year 2, No 2. Legal Deposit: pp. 200802DC3070 ISSN: 1856-9587. Pp.17-38. Caracas. Venezuela.

Available Web:

http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR5249_3.pdf

Denzin, N.K. (1970). *Sociological Methods: a Source Book*. Aldine Publishing Company: Chicago.

Available Web:

<https://doi.org/10.4324/9781315129945>

Dilthey, W. (2000). Two writings on hermeneutics: The Emergence of Hermeneutics and sketches for a Critique of Historical Reason. Antonio Gómez Ramos (Trad.). Madrid: Isthmus.

Update document of the indexing systems and SUMMARY – SIR. Colciencias-

ISSN: 2805-749

Publindex. Bogota. April 2017. Pags. 1-10. Colombia.
Available Web:

<https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/upload/convocatoria/documentos-sires-abril-2017.pdf>

Donolo, D (2009). Triangulation: A procedure incorporated into new research methodologies. Revista Digital Universitaria, 10 (8). Art53/Art53.pdf

Available Web:

<http://www.revista.unam.mx/vol.10/num8/>

Eco, U (2009) How a thesis is made: techniques and procedures of study, investigation and writing (6th ed.) Spanish version. ISBN: 9788474328967. Editorial Gedisa. Spain. Pp.

Available Web:

http://www.mdp.edu.ar/psicologia/psico/cendoc/archivos/Como_se_hace_una_tesis.pdf

Falque, E (2013) Is hermeneutics fundamental? Ideas and Values [online] 2013, LXII (August-No month): [Accessed Date: February 27, 2019] ISSN 0120-0062

Available Web:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80929837010>

Gadamer, H. G. (1993). Truth and method I. Foundations of a philosophical hermeneutic. Manuel Olazagasti (Trad.). 5th ed. Salamanca, Spain: Ed Follow me. Original work of 1986.

García, Ma. Dolores, (1999) Hermeneutics: a possibility of formation. Educating Time [online] 1999, 1 (July-December): [Accessed Date: February 27, 2019] ISSN 1665-0824

Available Web:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=31100205>

Gómez, G (2010) Methodological triangulation: paradigm to investigate from the science of communication.

Reason and Word 2010, 15 (May-July): [Date Consulted: February 26, 2019] SSN 1605-4806

Available Web:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199514906018>

Grondin (2011) Revista Co-herencia Vol. 8, No 15 July - December 2011, pp. 15-44. Medellin, Colombia (ISSN 1794-5887)

Available Web:

<http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v8n15/v8n15a01.pdf>

Habermas, J (1989) El discurso filosófico de la modernidad, Madrid, Ed. Taurus, 1989. p. 405.

LeBlanc, P. (1995) "Syncretism of Qualitative and Quantitative Research Paradigms: The Case for Methodological Triangulation". Trabajo presentado en la Reunión Anual de Speech Communication Association. San Antonio, TX, Noviembre 18-21, 1995.

Available Web:

http://www.eric.ed.gov/ERICDocs/data/ericdocs2sql/content_storage_01/0000019b/80/14/62/39.pdf

Mattar, B (2016) Analogical Hermeneutics and teacher training for interculturality.

No.15, January - June 2016 ISSN 2011-804X. PP. 32 -43.

Available Web:

<http://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/revistafba/article/download/3674/3226/>

ISSN: 2805-749

Molitor, M (2001) On Collective Hermeneutics. Revista Austral de Ciencias Sociales [online] 2001, (January) ISSN 0717-3202 [Date of consultation: March 1, 2019]

Available Web:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=45900501>

Okuda, M Gómez, C (2005), Métodos en investigación cualitativa: triangulación. Revista Colombiana de Psiquiatría [online] 2005, XXXIV ISSN 0034-7450 [Accessed date: February 27, 2019]

Available Web:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80628403009>

Perelman, C (1980) Legal Logic and New Rhetoric. Editorial Cívitas. ISBN: 9789563920376. Madrid. Spain.

Available Web:

<https://www.marcialpons.es/libros/logica-juridica-y-la-nueva-retorica/9789563923643/>

Petzold, H (2008) Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando Universidad del Zulia. ISSN 1315-6268 - Legal dep. pp 199402ZU33 Vol. 15, No. 1, 2008: 116 – 140.

Available Web:

<http://www.produccioncientifica.light.edu.ve/index.php/fronesis/article/download/3010/3009>

Sampieri, R (2006) Research Methodology. Fourth edition. ISBN 970-10-5753-8. Mcgrawhillinteramericma EDITORES, SA DE C.V. Mexico.

Available

Web:

https://www.google.com/search?safe=active&rlz=1C1PRFC_enCO677CO677&q=metodologia+dela+investigacion+sampieri+5ta+edicion+pdf&sa=X&ved=2ah

UKEwiqvMXun-

HgAhXFuVvKHZFZARoQ1QIoAHoECA
UQAQ.

Sánchez, R (2014) Teaching to investigate. A new didactic of research in social and human sciences . Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación México, 2014. ISBN: 978-607-02-5833-6 . Pp.

Available Web:

<http://www.iisue.unam.mx>

Supo, J (2015) How to start your thesis. Your research project in a single day. ISBN: 1505894190 ISBN-13: 978-1505894196. BIOSTATISTICAL EIRL. Peru.

Available Web:

<https://comoempezarunatesis.com/descarga>

Velasco, A. (2000). Hermeneutic traditions. In Theorethikos. | Magazine Electronics. Year III (3). Francisco Gavidia University. San Salvador. El Salvador.

Available Web:

<http://www.redalyc.org/pdf/116/11630311.pdf>

Vidal, R. (2011) The Hermeneutic Epistemological Turn in the Last Modern Scientific Tradition Moebio Tape 40:22-46. Chile.

Available Web:

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/cmoebio/n40/art02.pdf>

Weber, M. (1921). Economy and Society. Argentina: Fondo de Cultura Económica.

ISSN: 2805-749

**ENTRE EL FORMALISMO Y EL
ANTIFORMALISMO**
**LIMITES Y RECEPCION DEL DERECHO EN
COLOMBIA**

Edwin Rubio Medina²



Resumen

Dentro del derecho civil de América Latina existen algunas ideas sobre la forma como se incorporó el fetichismo de la ley. En este orden de ideas este artículo hace un análisis bibliográfico y teórico de las influencias de la filosofía del derecho europeo en las

² ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2450-7637>

legislaciones del continente. El esquema a desarrollar parte de la recepción temprana del formalismo jurídico francés y las revueltas antiformalistas que lo sucedieron. Dicho debate continúa siendo relevante debido a que su impronta se refleja en la forma como los juristas locales conciben el derecho. Pero este trabajo intenta dilucidar y propone algunas hipótesis que superen la dualidad del derecho desde un ámbito estrictamente positivo.

Palabras clave: Formalismo jurídico, teoría jurídica, Latinoamérica, filosofía del derecho.

Abstract

Within the civil law of Latin America there are some ideas about the way in which the fetishism of the law was incorporated. In this order of ideas, this article makes a bibliographical and theoretical analysis of the influences of the philosophy of European law

Google Scholar:
<https://scholar.google.es/citations?user=5dBebd4AAAAJ&hl=es>

ISSN: 2805-749

on the legislation of the continent. The scheme to be developed is based on the early reception of French legal formalism and the anti-formalist revolts that followed. This debate continues to be relevant because its imprint is reflected in the way local jurists conceive the law. But this work tries to elucidate and proposes some hypotheses that overcome the duality of law from a strictly positive scope.

Keywords: Legal formalism, legal theory, Latin America, philosophy of law

INTRODUCCION

Realizar un artículo sobre los límites del derecho y las formas de interpretación que se han adelantado en Colombia, no resulta nada fácil, máxime si se tiene en cuenta que las interpretaciones dadas a los conceptos jurídicos no obedecen a la conceptualización y los contextos en el que se crearon. En este sentido términos como formalismo y

antiformalismo difiere en mucho de los alcances e interpretaciones dadas en nuestros contextos latinoamericanos.

En el presente ensayo me valdré en buena medida de los valiosos aportes del profesor Diego Eduardo López Medina y su “teoría impura del derecho”. Teniendo definido dos claros objetivos, el primero ilustrar las terminologías a desarrollar, y la aplicación dada en nuestra región, y como segundo objetivo una vez clarificados los términos, establecer cuales serian los limites y alcances del derecho a partir de reconocidos autores del siglo XIX, como Hans Kelsen, y los precursores de las nuevas tendencias liberales Hart, Dworkin, llegando a ilustrar cuales serian las nuevas tendencias y hacia donde se encamina las corrientes del derecho en las zonas de alta teoría transnacional y el contexto Latinoamericano y colombiano.

QUE SIGNIFICA REALMENTE FORMALISMO JURIDICO.

La expresión “formalismo” tiene una historia larga y compleja, por ejemplo, en Legal

ISSN: 2805-749

Formalism, ensayo del profesor Duncan Kennedy, determina que existe un formalismo procedimental (el éxito de un derecho depende de su ejercicio procesal, formalismo transaccional (la validez de un acto depende de su forma), y un formalismo administrativo (el ejercicio del poder del estado debe hacerse mediante un formalismo procedimental y administrativo. Sin embargo, no me remitiré a ese tipo de formalismo, sino al término acuñado desde el siglo XVIII y XIX (este último para el caso de Latinoamérica), que ha dominado el escenario de nuestro hemisferio. El formalismo jurídico se ha entendido como una percepción restrictiva del análisis y concepto del derecho.

Este fenómeno ocurre especialmente en Europa, debido a las serias inconsistencias y arbitrariedades que se estaban presentando en ese entonces, con el derecho natural (con vestigios teológicos de la Europa medieval) como instrumento de opresión e iniquidades, por lo tanto, surgen una serie de autores, en

los que existen unos mínimos puntos de encuentro que buscan generar la suficiente seguridad jurídica y certeza del ordenamiento jurídico. En este sentido debe entenderse como un avance significativo en el proceso jurídico de la naciente sociedad burguesa europea.

Sin embargo, el formalismo jurídico no representó un fenómeno integral como se pudiere pensar, estuvo dividido al menos en tres escuelas. La escuela de la exégesis, la escuela del conceptualismo alemán, y el positivismo Kelseniano, como una elaboración teórica muy posterior a las dos primeras que menciono.

Como se puede ver no es solo Hans Kelsen el precursor del formalismo jurídico, el positivismo Kelseniano es una especie del género llamado Formalismo, el mismo profesor de Viena, plantea precisamente formulaciones teóricas que repercuten en una mejor comprensión del formalismo del siglo XVIII, es por eso por lo que, para muchos autores de Latinoamérica, Kelsen es más bien

ISSN: 2805-749

un “precursor del antiformalismo, lo cual dilucidaré mas adelante.

La escuela de la exégesis.

Esta escuela presenta serias polémicas porque la verdad es que no resulta claro establecer si realmente existió, se contaría con ella a partir de importantes autores como Aubry y Rau, quienes fueron los primeros grandes comentaristas del derecho civil francés, o si en definitiva no existió y fue una estrategia llevada a cabo por los reconocidos Geny y Bonecase, con el ánimo de lograr cierto prestigio al criticar las falencias que presentaba el derecho francés de la época. La escuela de la exégesis fue una teoría de la ley, no del derecho, se supeditaba a una interpretación del código civil francés, en este orden de ideas no se admitan las lagunas del derecho, no importaban los contextos sociales en que se desarrollara el ordenamiento jurídico.

El gran aporte de la escuela de la exégesis fue el comentario, como la primera interpretación del derecho con un carácter rigurosos y

deductivo, este modelo se implementó en Latinoamérica a través del código Civil de Bello, ejemplo de esta época son los libros “las explicaciones del derecho civil chileno comparado de Luís claros Solar, el estudio sobre el derecho civil colombiano de Fernando Vélez, el tratado del derecho civil colombiano Edhmon Champeu y Antonio José Uribe en (Medina, 2004)

Como se puede esclarecer la primera escuela del formalismo, llamada exégesis funge para representar el ideario de la ilustración francesa, teniendo de referente la legalidad de la norma, y a partir de ella realizando los llamados comentarios, por tanto, los límites de esta percepción del derecho son muchas. En esta escuela el papel del juez es intrascendente lo que va a cambiar en la escuela de conceptos alemana, lo concluyente es que para Latinoamérica y Colombia la escuela de la exégesis sufrió una adaptación a las situaciones de la época, lo que le ha permitido sobrevivir hasta nuestros días, haciendo que se sigan produciendo los

ISSN: 2805-749

llamados tratados, y los mismos sigan siendo enseñados en las facultades de derecho.

La escuela de concepto alemana

La escuela de concepto alemana, vino a significar un importante avance en comparación con la escuela de la exégesis, sin embargo se ha subvalorado los aportes que generó en Latinoamérica, debido a que en nuestro continente predominó con mucho mas fuerza los planteamientos de la escuela de la exégesis, pese a ello a partir de los nuevos antiformalistas (Hart, Dworkin, Rawls), ha retomado una inusitada importancia a la hora de la toma de decisiones judiciales por parte de los jueces en nuestra región.

La escuela alemana planteó que existía algo más en el ordenamiento jurídico que simples leyes, y fue la primera que planteó la existencia de principios y reglas, uno de los más reconocidos seguidores de esta tendencia fue Savigny.

En esta corriente de pensamiento jurídico se reconoció que existían una serie de lagunas

jurídicas, algo impensable por parte de la escuela de la exégesis clásica, aunque para el caso nuestro hay que decir que debido a que la recepción teórica fue tardía, la escuela de la exégesis versión latinoamericana se podría denominar de “exégesis moderada”, por tanto se implementaron las reglas y los principios para llenar las lagunas jurídicas, las cuales le entregaban un carácter potestativo al juez, ejemplo de ello son las siguientes hipótesis:

En primer lugar, la norma es clara y precisa, a pesar de ello el juez observa una flagrante injusticia, sin embargo, no puede hacer nada porque la norma es legal, Dure lex, sed lex. En segundo lugar, existe una ley oscura, el juez debe decidir el conflicto, buscando el espíritu de la norma. En tercer lugar, la ley es deficiente, o muda, el juez en todo caso debe decidir, lo que implica de facto un análisis por fuera del ordenamiento jurídico para fallar, lo que generó posteriormente una serie de polémicas en el derecho anglosajón principalmente, centrado el debate sobre la decisión judicial, sus fuentes y alcances. Para

ISSN: 2805-749

el caso latinoamericano hubo también influencias de esta escuela alemana especialmente en aspectos como en los elementos de interpretación de Savigny tales como: Elemento Gramatical. Art 25 Código Civil Colombiano Siglo XIX, Art 20 y 21 Código Civil Chileno Elemento Lógico. Art 22 del Código Civil Chileno y 30 Código Civil Colombiano Siglo XIX. Elemento Histórico. Art. Código Civil Chileno, Art 27 Código Civil Colombiano. Elemento Sistemático. Art 24 Código Civil Chileno, Art 32 Código Civil Colombiano. En (López, 2004)

ALCANCES Y LIMITES

Como se desprende de lo anteriormente ilustrado, la escuela de concepto alemana significó un importante avance en materia de teoría jurídica, con la aplicación de principios y reglas se generó un mayor alcance a las decisiones del juez, en Colombia no representó un gran papel en su momento, los teóricos lo atribuyen a diferentes causas, una de ellas el poco control constitucional que se

presentaba en los albores del siglo XIX, y al posicionamiento de la exégesis moderada.

Sin embargo, pese a los avances se presentaba todavía un distanciamiento entre la sociedad y el derecho, como también la insalvable pared entre derecho y moral, que retomaría con más vehemencia el positivismo kelseniano.

EL POSITIVISMO KELSENIANO (LIMITES DEL DERECHO).

Kelsen es sin lugar a dudas uno de los mayores exponentes del positivismo jurídico del siglo XIX, y una de las mayores influencias de las teorías del derecho aplicadas en Latinoamérica, su rigor científicista (lo digo porque termina aproximándose su teoría paradójicamente en una concepción metafísica del derecho), frente al punto científico, habría que decir que Hans Kelsen que toma su postura de la fuente del positivismo en Comte, quien percibía el derecho como un sistema cerrado que necesitaba una precisión de categoría científica, como lo mencioné cuando me

ISSN: 2805-749

refería a la escuela de la exégesis, Kelsen percibía en el derecho natural y sus eventuales exponentes un peligro inminente al convertir el derecho en una construcción metafísica ineficaz.

En esa medida Kelsen diseñó un esquema deontológico formal, donde la validez de la norma dependía de una norma superior, hasta llegar a la norma fundamental, sin embargo esta norma no era la carta política de los estados, una de sus principales falencias en este aspecto es que la norma fundamental termina diluyéndose en última, en la legalidad del órgano competente que hace las normas, es decir, que se termina peligrosamente concluyendo que cualquier cuerpo legislativo es válido y legítimo (que sigue siendo un término circunscrito a lo legal).

En este orden de ideas, la división que realiza Kelsen entre derecho y moral es insalvable, lo que hace que se configure un sistema estático del aparato jurídico. Sin capacidad de interpretar el derecho, claro está que nunca busco una teoría justificativa del derecho (al

igual que el neopositivismo hartiano), la pretensión del profesor vienes fue desde un comienzo, la creación de una teoría formal del derecho. Dicho pensamiento tuvo diversas implicaciones e interpretaciones, por un lado, en la Europa Nazi fungió como una justificación teórica para aplicar el régimen nacionalsocialista, sustentado en la validez del cuerpo legislativo competente, aunque su influencia no fue tan decisiva como se ha querido manifestar en algunos círculos académico.

Kelsen en Latinoamérica fue interpretado de una forma distinta, debido a la tardía recepción de sus postulados teóricos, ya entrado los años treinta del siglo veinte, fungió un papel protagónico para formular un rigor metodológico para la interpretación del derecho, a partir de la norma (por ello es la primera etapa del antiformalismo jurídico y el pensamiento kelseniano se entrelazan cronológica y espacialmente en nuestra región), lo cual fue comprensible debido al fuerte raigambre que ocasionó la escuela de

ISSN: 2805-749

la exégesis en Latinoamérica. Pese a lo expuesto hay que decir que el profesor vienes al llegar a dar clases en los estados unidos, dimensionó las falencias que su teoría presentaba, frente a las nuevas dinámicas de la sociedad

Como se concluye el pensamiento kelseniano, puede ser uno de los primeros esbozos de lo que hoy se conoce como la funcionalidad de la sociedad, teorías organicistas y formalistas de las ciencias sociales, replanteada hoy en día a través de la teoría de los sistemas de Parsons y Luhmann, que emulando el positivismo radical kelseniano conlleva a la intromisión del derecho en la vida privada y las decisiones de los ciudadanos, como una teoría general de la sociedad (algo que de ningún modo pretendió Hans Kelsen).

LA PRIMERA ETAPA DEL ANTIFORMALISMO

La primera etapa del antiformalista es ubicada temporalmente en los inicios del siglo XX, justo cuando se consolidaban los procesos jurídicos de la escuela de la exégesis

moderada en Latinoamérica, los autores de nuestra región equívocamente concibieron a la escuela de la exégesis, el positivismo Kelseniano y el antiformalismo jurídico como una construcción teórica que ha generado una concepción del derecho muy sui generis.

Cuando hago alusión de antiformalismo en su primera etapa, me estoy refiriendo a una serie de pensamientos reflexivos sobre el derecho, la ley, los límites del derecho y sus fuentes, que vienen a generar críticas a la escuela de la exégesis, el conceptualismo alemán y el positivismo Kelseniano, y aunque en los Estados Unidos en el inicio del siglo XX, se comenzaron a crear las escuelas de sociología y el incipiente realismo jurídico, fue en Francia con el celebre Francis Geny, que se implementó y masificó la primera etapa del antiformalismo jurídico.

Para Geny ni el contexto legal de la escuela de la exégesis, ni el conceptualismo alemán con su principalística a priori, hacen viable que el derecho represente una herramienta que se acompañe con las necesidades

ISSN: 2805-749

sociales del convulsionado siglo XX, por tanto plantea la necesidad de construir un método moderno y científico *libre reserche scientifique*, que permita a los jueces decidir los caso difíciles y que sean adaptado a las condiciones reales de los ciudadanos, lo que implicaría realizar un método que se vale de elementos extrajurídicos (algo que el conceptualismo alemán tampoco había contemplado.

El antiformalismo francés pretendió generar una verdadera objetividad en las decisiones judiciales, a través de un método empírico, que además contendría elementos interdisciplinarios, ya que en su método científico recogía elementos sociológicos y económicos (lo que recogió posteriormente el realismo jurídico y las teorías críticas del derecho en los Estados Unidos). Por último, habría que decir que la división entre derecho y moral, propia del formalismo clásico, empieza a permearse a través de lo que Geny denominó los contraprinicipios del derecho, es

decir que los principios reguladores del derecho no se obtendrían de racionios lógicos, sino de elementos morales, como la justicia, libertad, equidad etc.

EL ANTIFORMALISMO JURÍDICO EN SU SEGUNDA ETAPA.

La segunda etapa del antiformalismo, aunque a partir de ella se pudiere enumerar por un significativo número de autores representativos de las tendencias antiformalistas, creo que se circunscribe a las polémicas y análisis hechos por los autores de habla inglesa, como un fenómeno propio del post-capitalismo industrial, que permitió ampliar el escenario de debate sobre los alcances fuentes y límites del derecho.

En este sentido el debate Hart-Dworkin que se generó en la década de los setenta y los ochenta, consiguió generar expectativas transnacionales de las discusiones jurídicas desde distintos enfoques y lecturas, esto último es importante a la hora de entender

ISSN: 2805-749

como ha sido la recepción de los trabajos de estos dos importantes académicos del derecho, ya que, en nuestra región, ambos se presentan como autores que generaron un derecho mas vanguardista, lo cual es discutible como trataré de establecer.

EL PESAMIENTO HARTIANO

Empezaré entonces situando las particulares circunstancias en las que escribe (Hart,2011). Este autor presenció en la década de los cincuenta, el movimiento del realismo jurídico, y como este se empoderaba de muchas de las prácticas jurídicas en Inglaterra y los Estados Unidos, este movimiento funge como una respuesta al discurso positivista de Hans Kelsen, Bentham y Austin. En algunos casos, y con algunas polémicas decisiones por parte de los jueces, se llegó a creer que este movimiento se presentaba como una seria amenaza al establecimiento, como un auspiciador de la anarquía, máxime, cuando el macartismo estaba en unos de sus más álgidos momentos. Es bajo esta situación que

Hart plantea muchos de sus postulados y percepciones personales del derecho, lo que en el fondo pretende “es devolver a sus justas causas el derecho”, se nutre del positivismo Kelseniano y de Austin particularmente de su filosofía analítica, replanteando las reglas jurídicas de este célebres autores, adaptando algunos otros postulados, con el objeto de generar un positivismo moderado, por tanto los que consideraron o consideren, que entre Kelsen y Hart, existe una insalvable pared, se equivocan, esto también obedece a las malas interpretaciones hechas a la obra de Kelsen, y al mismo Hart en Latinoamérica, es decir desde este punto de vista resultaría polémico enmarcar a Hart como antiformalista.

En primer lugar hay que decir que este ingles pretendió crear una visión descriptiva de los distintos sistemas jurídicos, de forma general, sin hacer una valoración o justificación de los mismos, sosteniendo por esto mismo la clásica división entre moral y derecho, para ello propuso la realización de unas reglas jurídicas, sumadas a unas regla de

ISSN: 2805-749

reconocimiento, como suprema regla, por tanto las primeras tendrían una validez, no sólo por ser expedidas por un orden jurídico competente, como en la percepción tradicional del positivista, sino que debería estar necesariamente mediado por la aceptación o no de los diferentes actores sociales, y hasta por los mismos operadores jurídicos, en lo que el denominó, los puntos de vista interno o externo, es decir de mayor o menor aceptación de la legalidad y legitimidad de las normas jurídicas respectivamente, de este modo cuestiona algunos apartes de la obra de Kelsen y Austin, a la hora de reflexionar, que no es el poder de la fuerza, generada por un soberano, sino la comprensión, aceptación y eficiencia de los sistemas jurídicos, lo que conlleva a la misma validez de estas reglas jurídicas.

También adjunta a su teoría, la existencia de ciertos valores en la sociedad, que se deben tener en cuenta a la hora de la aplicación de estas reglas, por parte de los operadores jurídicos correspondientes. Frente a la regla

de reconocimiento, preserva la estructura jerárquica del positivismo, y para el caso, la regla de reconocimiento sería la constitución de un estado.

En relación a las decisiones judiciales en los casos difíciles, es uno de los puntos que mas suscita polémica en el debate con (Dworkin,1977) puesto que Hart plantea, que en los llamados caso fáciles se deben ser sometidos al modelo de reglas, hasta llegar a la regla de reconocimiento, sin embargo perviven unos caso difíciles, donde los jueces deben entonces observar su buen criterio y sana crítica, a la hora de tomar una decisión, es decir, el juez no tiene para todos los casos una única respuesta, va a depender de las situaciones particulares que se presenten. De lo anteriormente expuesto resulta claro que el propósito de Hart, es principalmente revalidar el positivismo Kelseniano, corrigiendo sus posibles fallas, sin embargo valdría la pena decir que el pensamiento Hartiano permite en cierta medida la aplicación de un claro método para los operadores jurídicas salvo en los

ISSN: 2805-749

caso difíciles, tema que sigue siendo polémico hasta nuestro días.

EL PENSAMIENTO DE DWORKIN

Para iniciar una alusión al trabajo de este autor, es importante decir que lo que representa en su concepción teórica es interpretativa, valorativa y justificativa del sistema jurídico, por tanto las pretensiones y objetivos difieren de los pretendidos por Hart, en ese orden de ideas, el norteamericano considera que la moral y el derecho no se encuentran tan separados como se pretende por parte de los positivistas, además de lo expuesto, (Dworkin,1977) está realizando una disertación teórica aplicada al sistema jurídico de los Estados Unidos, en particular, a diferencia del autor ingles.

Dworkin inicia con las críticas a Hart, a partir de las reflexiones que hace sobre las reglas de reconocimiento, en este sentido el propone la inclusión de los principios, como referentes trascendentales a la hora de dirimir casos en

conflicto, ya que este autor afirma que, tanto para los casos difíciles, como para los fáciles, se debe adoptar una sola decisión judicial, de un caso concreto, con base en los antecedentes jurídicos, la conformación política del estado, esto abarca todo el espectro judicial, bien sea entre un principio y una regla, o un principio contra otro principio, pero así mismo aduce que, no existe una regla de reconocimiento positiva que prepondere por encima de todas las normas, como lo plasma el positivismo del mismo Hans Kelsen, ya que según (Dworkin,1977)

Los principios pueden estar escritos o no, pueden estar ocultos tras determinadas reglas y por tanto hay que esclarecerlos y confrontarlos, incluso contra reglas, los principios se constituyen entonces en uno de los principales aportes en materia Constitucional que ha realizado en su teoría jurídica este autor, la Corte Colombiana, recogió mucho de esta concepción principialística del derecho, para fallar caso tan complejos como la dosis personal, la

ISSN: 2805-749

eutanasia, las libertades sexuales, educativas, entre otras, teniendo como referente el sopesar los principio, o en algunos caso principios contra reglas, sin embargo, cabe señalar, que si bien es cierto que en nuestro país tuvo un importante impacto esta teoría, debido muy seguramente a que no existe en materia Constitucional o legal, una orientación marcada a la protección de algunos principios sobre otros, en otros estados la controversia es mayor, el mismo Hart, en su compilación Bibliográfica el Postscriptum, texto póstumo publicado en 1994, que fue recopilado por algunos de sus discípulos, o contradictores de Dworkin en otros caso.

Se observa que por ejemplo, para el caso de los Estados Unidos, existe un principio que está por encima de muchos, este principio es la libertad, llevado a la libertad de expresión, ha pesar de las diferentes manifestaciones de represión y manipulación que se presentaron en el siglo XX, los estadounidenses concuerdan en que es uno de los pilares de su

sistema de creencias, por ello siempre que se ha contrapuesto, la libertad de expresión y el derecho a la intimidad como principio, ha triunfado judicialmente, en la mayoría de los casos el primero por sobre el segundo, si esto es así, se percibe entonces, que ya no va a depender de las valoraciones de los casos en particular, sino del perfil doctrinal de la nación a la que nos refiramos, y si recordamos que Dworkin, interpreta y asume su posición a partir de su misma experiencia del sistema judicial estadounidense, parece ser por ello, un auto golazo.

Este ejemplo sirve como una crítica a su concepción de principio, si el esquema planteado, entre libertad de expresión y la intimidad, como principios se presentara en Alemania, ocurría lo diametralmente opuesto, debido a que, en este país, se considera como uno de los pilares constitucionales y sociales, el derecho a la intimidad, concepción que se suma al respeto por la dignidad humana, luego del holocausto.

ISSN: 2805-749

Por último es curioso que este autor norteamericano critique a Hart, en relación con la discrecionalidad de los jueces, frente a los caso difíciles, y para el caso de la decisión judicial de los jueces en materia de principios, afirme que los principios no se eliminan o derogan, no son un todo o nada, como si lo serían las reglas, en este sentido se debe entender que los principios se aplican según el caso en particular, se sopesa por parte del juez, entonces valdría la pregunta, ¿no sería acaso dejar en su sana crítica, en la valoración propia, de la decisión judicial, que es en últimas una de las mayores críticas Dworkianas?.

MÁS ALLA DEL ANTIFORMALISMO JURIDICO

Como he venido sosteniendo a lo largo de este ensayo, las cosas no son lo que parecen a simple vista, las teorías y los autores no son siempre lo que a primera vista representarían. Por eso termino este ensayo, planteando los nuevos frutos que viene arrojando la

postmodernidad en el derecho (si me es permitido usar ese polémico término). Las influencias del pensamiento jurídico estadounidense son innegables, y para este caso en especial del legado dado por el realismo jurídico, es por ello que a través del análisis de la sociedad y no del derecho (visión de externalidad), se pretende justificar e interpretar las reglas de derecho, autores como Duncan Kennedy, Mark Thusnet, Gordon, Marat. (Garcia, 2001)

En este sentido el derecho se mezcla con una serie de disciplinas para lograr resolver problemas sociales, en este sentido se dan rupturas tan importantes como entre derecho y estado, a través de los movimientos de las teorías críticas del derecho y law and economy, etc. Que vienen a representar los sectores de izquierda en los Estados Unidos, por esto mismo critican el antiformalismo Hartiano de positivismo moderado, y la principalística Constitucional de Dworkin, puesto que se fijan como meta a través de discursos fragmentarios (lo que le da el tinte

ISSN: 2805-749

de postmoderno por rechazar los grandes relatos modernos de justicia), lograr inclusión social desde lo político, cultural, etnográfico, económico etc.

CONCLUSIONES.

Como se evidencia la terminología usada en los diferentes horizontes teóricos varia en mucho de las intenciones de sus autores, eso nos muestra que el derecho necesariamente esta mediado por una serie de elementos que no controla, bien sea el Constitucionalismo, la economía, la política, la cultura, lo que lleva a la conclusión que se debería buscar un cierto equilibrio entre la eficacia del derecho (formalismo jurídico), y la legitimidad del derecho(antiformalismo del derecho), que nos lleve en palabras del celebre RADBRUCH, no solo hay que hacer derecho, tiene que ser “un buen derecho”.

Máxime en estos días donde la sombras y los miedos arropan peligrosamente a las sociedades del mundo, en todos sus matices.

Bibliografía

- De Certeau (1984 XIV-XV). *The practice every day of live. Transcript Steven Rendall. Berkeley and Los Angeles: University of California press*).
- Dworkin, R (1977). *Los derechos en serio. Editorial Ariel*
- Ewick, Williams y Silbey, Patricia (2005). *Place of Law: Stories from Every day. University of Chicago Press.* En Garcia Villegas Mauricio (2005). *Sociología jurídica: Teoría y sociología Del derecho en los Estados Unidos.* Bogotá: Universidad Nacional De Colombia.
- Ewick William, Patricia Silbey (2009). *Under the Law: Legal Consciousness and Radical Environmental Activism. Law & Social Inquiry. Volume 34. Issue 4.*
- García, Mauricio (2001). *Sociología jurídica de los Estados Unidos.* Universidad Nacional de Colombia
- García, Mauricio (2005). *Crítica jurídica: Teoría y sociología Del derecho en los Estados Unidos.* Universidad de los Andes.
- Gardner, James 1980. *Imperialism.* Madison: The University of Wisconsin.

ISSN: 2805-749

- Hart, Herbert (2011). El concepto de derecho. Editorial Abeledo Perrot.
- Kennedy, Duncan (1982). Legal Education as Training for Hierarchy. In D. Kayris. Edition The Politics of law. 1982 2nd. Disponible en el link: http://duncankennedy.net/documents/Legal%20Education%20as%20Training%20for%20Hierarchy_Politics%20of%20Law.pdf.
- Kennedy, Duncan (2002). The Critique of Rights in Critical Legal Studies. In Brown and Halley editors. Left Legalism/ Left Critique: Duke University Press. Disponible en el link: <http://duncankennedy.net/documents/The%20Critique%20of%20Rights%20in%20cls.pdf>.
- Lopez, Diego (2004) Teoría impura del derecho. Editorial legis

ISSN: 2805-749

Mediación Social en Sistemas de Transporte Masivo, un desafío a la seguridad y la convivencia de las grandes metrópolis: modelo pedagógico para aprendizajes de ciudad

Social Mediation in Mass Transport Systems, a challenge to the safety and coexistence of large metropolises: pedagogical model for city learning

Arturo Suárez Acero³



Resumen

El presente documento propone el Modelo Pedagógico de la Mediación Social en sistemas de transporte masivo enfocado en el efecto transformador de la intervención de los conflictos.

La transformación de entornos, relaciones, normativas y dinámicas es un proceso que

³ Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia. Subdirector del grupo de investigación de la Escuela de Justicia Comunitaria de la Universidad Nacional EJCUN.

El presente documento da cuenta de las reflexiones construidas en el marco de la ejecución de la línea de Mediación Social, inscrita en el convenio 563 suscrito entre la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Colombia y Transmilenio S.A. Es necesario aclarar que la construcción conceptual y la fundamentación de la estrategia de mediación social es producto del trabajo colectivo de un equipo dirigido por la Escuela de Justicia Comunitaria de la Universidad Nacional -EJCUN-, del cual surgen la mayoría de las ideas que aquí se recogen. Reconocimiento especial debe hacerse a Edgar Augusto Ardila Amaya, director de la EJCUN, Francy Aimeed Tolosa Vallejo, coordinadora

general de la línea de Mediación Social, y al equipo integrado por Paula Moreno, Jaime Suárez, Sofía Rincón, Javier Guzmán, Claudia Zamudio y Julián Montenegro. La puesta en acto de la Mediación Social como un proceso de aprendizaje de ciudad fue una realidad gracias a un equipo de 120 personas de diferentes perfiles y trayectorias que actuaron como pedagogos de ciudad, y que se constituyeron, según la filosofía de la EJCUN, en un intelectual colectivo que integraba sus experiencias, aprendizajes académicos y capacidad de liderazgo para mejorar las condiciones de convivencia en lo que se denominó la ciudad en movimiento. Se hace un reconocimiento especial a Andrea del Pilar Puentes y María Fernanda Serrato, quienes compartieron sus reflexiones en relación con la curva de aprendizaje y el análisis de las necesidades de las comunidades de usuarios de Transmilenio y el modelo de Mediación Social como articulador de los satisfactores de cara a la ciudadanía.

ISSN: 2805-749

demanda tiempo, persistencia y dedicación. La transformación está ahí donde el diálogo es una constante que permite la autocritica y la reflexión. Y eso ha buscado la Mediación Social (MS) a partir de los diferentes espacios en los que hizo presencia, afianzar nuevas formas de relacionarse y resolver los conflictos que se dan en el sistema Transmilenio.

Palabras clave: Mediación social, seguridad, convivencia, modelo pedagógico, ciudad.

Abstract

This document proposes the Pedagogical Model of Social Mediation in mass transport systems focused on the transformative effect of conflict intervention.

The transformation of environments, relationships, regulations, and dynamics is a process that demands time, persistence and dedication. Transformation is there where dialogue is a constant that allows self-criticism and reflection. And that has sought Social Mediation (MS) from the different spaces in which it made presence, strengthen new ways of relating and resolving the conflicts that occur in the Transmilenio system.

Key words: Social mediation, security, coexistence, pedagogical model, ciudad.

Introducción

Para los griegos, la *Paideia* era un concepto que recogía todas las cualidades de un buen ciudadano (Suárez, 2009). Además de ser entendido como un concepto, puede

interpretarse como un proceso en el que se articulan los modos de construcción de una ciudadanía virtuosa. Los romanos recogieron esta noción y la definieron como *Humanitas*, indicando el desarrollo del sujeto, que lo enriquece y lo diferencia de los bárbaros. Sin embargo, en las sociedades contemporáneas las fronteras son porosas y traslúcidas, y los procesos de construcción de ciudadanía deben promover el reconocimiento y valoración de la diferencia como constitutiva de los contextos de ciudad, de manera que generen representación, reconocimiento, y redistribución.

Las virtudes democráticas -*Areté*- deben cultivarse en espacios allende los muros de la institución escolar. La ciudad es el espacio de acontecimiento pedagógico para la formación de ciudadanos (Buenaventura, 1994). La ciudad es educadora, y requiere de la voluntad expresa de educadores que sean, a su vez, constructores de un proyecto de ciudad democrática. En este sentido, tanto la pedagogía social, como la educación popular, representan el dispositivo a través del cual se vehiculizan los fundamentos de un proceso de transformación de las relaciones en el contexto de lo urbano.

Los tipos de relaciones que dan forma a la convivencia en la ciudad son contextos de conflicto. Dicho de otro modo, el conflicto es el tipo de relación en el que se hacen evidentes los sujetos, sus intereses y expectativas, así como la cultura desde la cual emergen los discursos que justifican y legitiman los medios y procedimientos para el logro de objetivos individuales o colectivos (Ross, 1995).

Por lo tanto, regular e intervenir integralmente el conflicto es la oportunidad privilegiada para, a través de la Mediación

ISSN: 2805-749

Social, educar a los habitantes de Bogotá en las virtudes ciudadanas en y para la democracia, produciendo una transformación de lo urbano que coincida con la transformación de lo subjetivo.

La Mediación Social es un desafío político y social. No se preocupa sólo por lograr que los usuarios del Sistema de Transporte Público Masivo (STM) obedezcan las reglas jurídicas (como las reglas de buen uso del STM, o el Código de Policía), si este ajuste de sus conductas no se acompaña de una capacidad reflexiva de la ciudadanía para entender su realidad, su papel protagónico como constructora de la realidad social, y de las implicaciones dañinas de las conductas contrarias a la convivencia urbana. En otras palabras, La Mediación Social persigue objetivos enmarcados en la realización de un modelo de ciudad, que cobra vida encarnado en ciudadanos modelo.

Resultan obsoletos y socialmente inconducentes los fundamentos de una enseñanza que considera que los aprendices son hojas en blanco o recipientes que deben ser llenados por la acción de un sujeto con el poder simbólico de transmitir lo que es y debe ser conocido.

Por el contrario, en el contexto contemporáneo, el aprendizaje es un proceso a través del cual el conocimiento se construye en diálogo. Los sujetos intercambian en el diálogo los elementos que constituyen sus experiencias y se va formando una trama de significados en las que se co-producen y aprehenden correlativamente conceptos, ideas, marcos categoriales y funciones.

Este tipo de procesos pedagógicos apuntan a la formación de pensamiento lógico,

de pensamiento crítico y de un sentido de la estética que, cuando logra ser significativo, es decir, cuando inspira la re-creación de la realidad a partir de procesos de comprensión e interpretación, posibilita nuevas experiencias de interacción social y, desde luego, de transformación de los contextos.

Este enfoque pedagógico puede tomar su forma en el sistema escolar, pero no se circunscribe únicamente a éste. La construcción del conocimiento a partir del diálogo, en el marco de una interacción social es el proceso básico de aprendizaje de la cultura. Es la inserción propiamente dicha en la cultura y, por esta vía, es la constitución del sujeto.

Sin embargo, cuando ocurre en la convivencia, también es un proceso espontáneo que educa continuamente, sin estar enfocado a producir deliberadamente un efecto pedagógico. Dicho de otro modo, la interacción con los semejantes es, al mismo tiempo, la reafirmación de conjuntos de normas y patrones identitarios que orientan los comportamientos individuales.

Participar de una cultura es aprender constantemente en la interacción con los otros. La cultura, desde una óptica pedagógica es descriptiva (dice lo que es), y prescriptiva (indica lo que debe ser). Por lo tanto, en la convivencia ciudadana se puede aprender.

El asunto problemático consiste en entender qué es lo que se aprende. Una sociedad contemporánea, como la bogotana, se educa en la reiteración de conductas que se explican o se justifican desde los principales valores que estructuran una determinada escala axiológica compartida, y

ISSN: 2805-749

que define los criterios de elección o discernimiento.

Lo anterior quiere decir que de acuerdo con los valores que resultan máspreciados a una sociedad como la bogotana se comportan los sujetos. Ante situaciones en las que es posible escoger entre uno u otro comportamiento, los intereses y las expectativas sociales se definen según valores que permiten determinar lo que está permitido, o lo que supone límites al comportamiento.

En este sentido, se podría plantear que si la conducta en Transmilenio se orienta por normas sociales del tipo “mi afán justifica mis conductas”, se puede identificar una estructura valorativa que privilegia el individualismo y la competencia. Lo cual, a su vez, explica conductas de atropello a los derechos de los demás, como robarle el puesto a otra persona en la fila, empujar o golpear, con el fin de lograr un interés específico (EJCUN, 2018).

Esta relación entre valores individualistas, normas sociales y conductas hostiles

Metodología

¿En qué consiste el Modelo Pedagógico de la Mediación Social?

El Modelo Pedagógico de la Mediación Social estructura una relación tripartita entre **sujeto**, **momento** y **acto** pedagógicos, a través de la cual se define el propósito respecto de la realidad de la ciudad que se propone transformar.

Lo pedagógico se estructura en la articulación de dos dimensiones. En una de las dimensiones se establece la relación entre Estado y Ciudadanía, en la que en un extremo se ubica la actuación estatal en clave de garantía de derechos, y en la otra la relación entre ciudadanos en clave de pertenencia, de apropiación social.

Así, las cosas, esta dimensión, se puede graficar así:



establece un *continuum* que se puede interpelar desde un proceso deliberadamente pedagógico, en tanto en cuanto la característica de la convivencia al interior del STM se pone en juego cuando emergen situaciones de conflicto, susceptibles de ser intervenidas desde la Mediación Social, y en las que, a través de la intervención adecuada, se logra interpelar las normas sociales, cuestionando las conductas agresivas o lesivas.

De este modo, la Mediación Social se enfoca en el efecto transformador de la intervención de los conflictos, produciendo cambios perceptibles de conductas, porque no restringe la capacidad de actuar de los ciudadanos, sino que apela a su sentido normativo y valorativo.

En este sentido, el modelo de su actuación sobre la realidad, la hace una Institución (toda vez que su propósito es la regulación), que materializa un proyecto de ciudad basado en la convivencia con respecto a normas de la cultura ciudadana.

ISSN: 2805-749

En la otra dimensión, se establece la relación entre convivencia y seguridad. Entendida la convivencia como un conjunto de relaciones de interacción basada en normas compartidas, confianza y certeza. Mientras que la seguridad es entendida como un conjunto de relaciones de cuidado, protección, responsabilidad por el otro.

Esta dimensión puede graficarse de esta manera:



Entonces, cuando se articulan estas dos dimensiones, lo que resulta es un mapa en el que las dimensiones interactúan, según el extremo hacia el cual se orientan. Lo anterior se expresa de la siguiente forma:



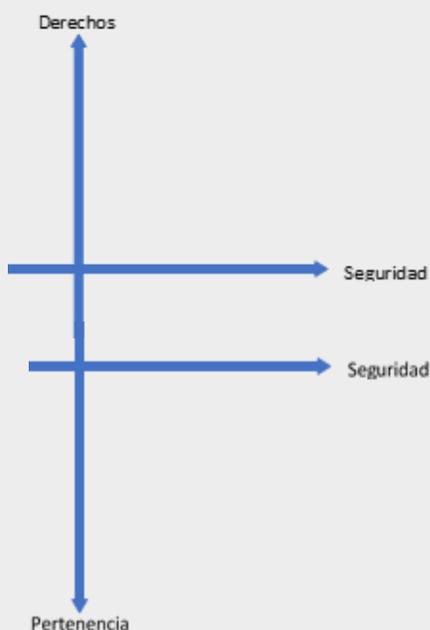
Esta interacción produce cuatro cuadrantes en los cuales se establecen ámbitos de actuación que orientan las acciones pedagógicas del Modelo de la Mediación Social. Empezando en sentido horario, el primer cuadrante es el de la interacción entre Derechos y Seguridad. Luego le sigue la interacción entre Seguridad y Pertenencia. Después la interacción entre Pertenencia y Convivencia. Y, finalmente, la interacción entre Convivencia y Derechos.

Cada uno de estos cuadrantes recibe un nombre que, por antonomasia, establece el criterio de agrupación de determinadas acciones pedagógicas, lo cual ordena las intervenciones y les otorga un sentido, a fin de que no se reduzca a la realización de actividades ociosamente.

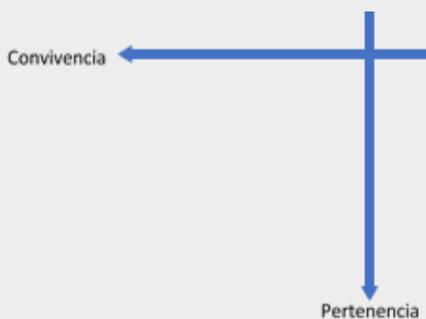
ISSN: 2805-749

En primer lugar, el cuadrante que relaciona Derechos con Seguridad recibe el nombre de **TM Nos Protege**. Éste se define como una perspectiva de intervención que busca generar un contexto

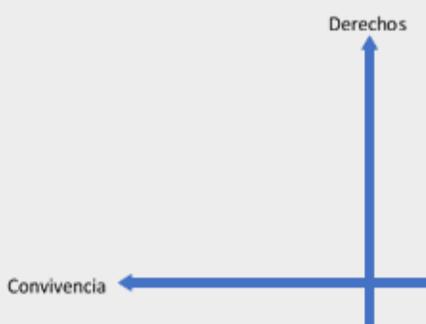
institucional protector y de amparo a derechos y de apropiación de la corresponsabilidad ciudadana, para lo cual se articulan las entidades presentes en el STM, mediante estrategias que incrementen la capacidad de respuesta ante vulnerabilidades y situaciones que afectan la seguridad de la ciudadanía.



El cuadrante que relaciona Seguridad con Pertenencia recibe el nombre de **En TM Nos Cuidamos**. Se define como una perspectiva de intervención que propicia relaciones solidarias y condiciones de cuidado y corresponsabilidad en el goce de derechos entre ciudadanos en el STM.



El cuadrante que relaciona la pertenencia con la convivencia recibe el nombre de **Convivimos en TM**, toda vez que consiste en una perspectiva de intervención en la que se apunta a la apropiación de normas sociales y jurídicas exigibles en la convivencia social por parte de las comunidades que hacen uso del STM, lo cual establece un marco de autorregulación que se constituye en patrimonio colectivo.



Finalmente, el cuadrante en el que se relaciona el enfoque de derechos con el de la convivencia se denomina como **TM Asertivo**, y es indicativa de una perspectiva de intervención desde la que se promueve la convivencia ciudadana por medio de un diálogo eficaz entre la ciudadanía y los actores institucionales para la protección y promoción de los derechos y deberes.

En suma, el modelo incorpora cuatro procesos macro, orientados a producir los efectos deseados, sin establecer una mecanicidad entre la ocurrencia de las situaciones de conflicto y la respuesta reactiva, sino que las posibilidades de la intervención se

ISSN: 2805-749

establecen a partir de un análisis de los elementos que están en juego ante la ocurrencia de la situación, así como de la capacidad transformadora que se ejercite en la búsqueda de un mayor efecto en el orden de lo pedagógico.

Ahora bien, una vez se cuenta con un modelo de interpretación de las situaciones y la capacidad de intervenir la conflictividad, se hace necesario establecer los tipos de intervención aplicables. En este sentido, también se apela a una recta en la que están plasmados dos extremos dentro de los cuales se mueve el Mediador Social: la cultura ciudadana y todo aquello que conduzca a su

promoción y ejercicio; y la transformación de conflictos, en tanto intervención de situaciones en las que se configura una relación social estructurada sobre una contradicción, respecto de las cuales se actúa en respuesta con o sin la consciencia de sus implicaciones.

Para verla de manera gráfica, se puede ilustrar de la siguiente manera:



El primer proceso tiene que ver con la intervención de conflictos a cargo de los Mediadores Sociales. El segundo proceso es la actuación pedagógica en la que los Mediadores actúan como un personaje que representa, en sí mismo, el cambio de la ciudad. En el sentido en el que se busca el reconocimiento de lo cultural, y en ello, de lo normativo, las situaciones que se presentan pueden recibir una respuesta enfocada en el reconocimiento y legitimación de un contexto de convivencia basado en la apropiación común de normas, o una respuesta en la que se conjuguen la contención, la gestión de intereses y el empoderamiento comunitario.

Estructura del modelo pedagógico

Pensar en un modelo pedagógico que desate las posibilidades transformadoras del aprendizaje a escala de ciudad, implica entender que las personas con las que acontecen conflictos son sujetos de aprendizaje, reflexivos y potencialmente responsables. En este orden de ideas, la representación de los ciudadanos como potenciales infractores hace que se les desresponsabilice como sujetos moralmente autónomos, con capacidad para actuar en contravía de los preceptos normativos.

susceptibles de recibir un juicio de reproche sobre la infracción cometida, pero no apela a su sentido moral como sujetos inscritos en una estructura social y comunitaria. Dicho de otro modo, el modelo pedagógico, para ser genuinamente pedagógico debe reconocer que la infracción a la norma puede ser una excusa para establecer un diálogo con los sujetos, en el que se visibilizan como mayores de edad, en sentido kantiano, y se reconocen como actores de su transformación.

Como consecuencia, la desresponsabilización los sitúa como sujetos

De tal manera, para que sea pedagógico, el modelo le debe proveer consciencia colectiva, reconocimiento de los efectos de la conducta, como condición para que el sujeto se haga responsable de sus actos y de sus

ISSN: 2805-749

consecuencias, pero, en doble vía, el mediador social debe entender cuál es el discurso que se logra en el contexto de la infracción.

El incumplimiento de las normas no se agota ni se satisface en sí mismo (no se rompe la norma porque sí), sino que supone la realización de un discurso que también es normativo, pero que regula en otro sentido, quizá opuesto o indiferente, del propuesto por las normas jurídicas (Mayer, 2000). Existen discursos justificatorios de las conductas de incumplimiento que dan cuenta de normas sociales y comunitarias que señalan un deber ser, aun si éste expresa violencia o conductas agresivas o antidemocráticas.

Pasar de la sanción al infractor al diálogo y la comunicación con el sujeto pedagógico es la clave del aprendizaje de ciudad. La ciudad no gana nada con la mera sanción de aquellos que no se comportan con apego a determinadas instituciones regulatorias. La ciudad gana y se alimenta cuando quienes se apartan de las normas de la cultura ciudadana entienden en qué consiste su distanciamiento, comprenden el potencial daño generado, adquieren consciencia sobre el impacto de su conducta y se comprometen socialmente a lidiar con las implicaciones de sus actos, así como de restablecer lo dañado.

Por eso, la sanción no es suficiente para que las personas ni las comunidades desistan de ciertas conductas interpretadas como indeseables.

Los destinatarios de este proceso formativo se enmarcan en un perfil de entrada que se define a partir de la contextualización de los lugares a intervenir. Esta contextualización pasa por una primera

aproximación a la información que permite concluir el decaimiento de ciertos patrones de comportamientos enmarcados en la cultura ciudadana, pero la mirada se complejiza con la investigación participante del equipo de Mediación Social, entendiendo del contexto sus lógicas específicas de funcionamiento.

El proceso formativo estima sus resultados en clave de un perfil de salida a dos niveles: i) un perfil de salida individual, en el que se da cuenta de los aprendizajes de los participantes, y ii) un aprendizaje de ciudad del que se desprenden nuevos contextos conductuales, la incorporación de normas y la reafirmación de identidades

Proceso

Hasta aquí se ha expuesto la estructura del modelo. Ahora se presentará el proceso a través del cual se pone en marcha, señalando los momentos que permiten el aprendizaje. Estos momentos no necesariamente configuran una recta temporal, ni son necesariamente una secuencia lineal. Como se mencionó más arriba, son más una espiral ascendente en la que se conjugan lo analítico, lo interventivo y lo resultante.

Así, el proceso pedagógico es una condición condicionada condicionante, en la que la aparente fugacidad de la intervención de la mediación social (tiempo instantáneo), se estira hasta hacerse persistente, a fuerza de lo cual distorsiona la aparente normalidad de un estado de cosas normativo social, permitiendo que el conjunto de individuos se constituya en una comunidad pedagógica de lo urbano y lo cívico, que impacta lo intersubjetivo, al tiempo que lo comunitario.

ISSN: 2805-749

Los tres momentos son los siguientes:

Establecimiento de la unidad de análisis: a partir de la observación participante del equipo de Mediación Social, se descubren conjuntos de conductas que presentan patrones, estilos comunes, representaciones sociales más o menos reiteradas y compartidas, en las cuales se puede advertir una estructura de significados comunes, que hacen posible la categorización.

En el marco de la observación, se levanta la información en instrumentos de análisis y respecto del universo de posibles conductas agrupadas en situaciones típicas, se realiza una priorización y selección de las situaciones que podrán (o deberán) intervenidas, considerando condiciones de capacidad de operación, redes disponibles, seguridad del equipo, entre otras.

Una vez se han priorizado las situaciones tipo, el equipo de mediación en campo desarrolla un trabajo de análisis a profundidad de las situaciones, estableciendo las rutinas, patrones, discursos, los arquetipos de los sujetos involucrados, las excusas, los puntos de no negociación, las implicaciones en la percepción de seguridad, etc.

El análisis puede conducir a descartar la situación de la priorización, siempre que se detecten factores de riesgo para el equipo y para demás actores institucionales o la ciudadanía en general.

Una herramienta utilizada con el propósito de establecer la unidad de análisis es la cartografía social del conflicto. Sin embargo, este artículo no se ocupa de describir en profundidad la herramienta. Baste decir que

allí se aglutinan críticamente diferentes fuentes de información, que se grafican espacialmente entre un adentro y un afuera de la estación, haciendo que aparezcan flujos, vínculos y relaciones que quizá pasen desapercibidas a primera vista.

Configuración de la unidad interventiva: una vez se cuenta con una lectura coherente de conflictos, normas, imaginarios, representaciones, recursos, instituciones (estatales y comunitarias) y redes, se establece la estrategia de la intervención, desde la ubicación de la situación tipo en el mapa de la intervención para establecer qué tipo o tipos de actuaciones se pueden desplegar pertinente y eficazmente (TM-Nos Protege, TM-Asertivo, En-TM-Convivimos, En-TM-Nos-Cuidamos).

Y, una vez se ubica la situación tipo, se determina el tipo de actuación a acometer por parte del Mediador Social, según la capacidad y la necesidad que esté en juego con la situación (Cultura Ciudadana, Transformación del Conflicto).

Esta ubicación se hace en consonancia con la estructura tripartita del modelo pedagógico: Sujeto, Momento, y Acto Pedagógicos. A saber:

Sujeto pedagógico: el modelo establece un punto de partida enfocado en los sujetos del acto pedagógico, que pueden ser tres genéricos: por un lado, el Mediador Social, y, por otro, la ciudadanía, pero también los actores institucionales que reciben el impacto de la intervención desde la mediación como factor de articulación.

El Mediador Social es un personaje que cambia y aprende dentro del mismo proceso.

ISSN: 2805-749

Al promover transformaciones hacia la ciudad, aprende y se transforma a sí mismo. Su papel consiste en el desarrollo de una estrategia clave para el aprendizaje: reflexionar para actuar.

En este orden de ideas, el Mediador Social, en su dimensión pedagógica participa del escenario en el STM, y genera condiciones para que haya una reflexión colectiva y se produzca un aprendizaje.

La ciudadanía, por su parte, es un conjunto social que participa de una normatividad y un tipo de identidad. Como sujetos individuales, la ciudadanía se conforma por colectivos de personas que ajustan sus conductas a normas e imaginarios que se reafirman en la relación con sus semejantes.

La ciudadanía es también sujeto pedagógico, porque su aprendizaje coincide con un proyecto de ciudad. En este sentido, la producción de un sentido de lo social, de la relación con los semejantes, de una sensibilidad por lo colectivo, es un aprendizaje que da cuenta de un nuevo tipo de relaciones en la especificidad de lo urbano.

Tanto Mediador Social como ciudadanía, se configuran como sujeto del acto pedagógico, porque no puede darse un aprendizaje en aislamiento. La interacción pedagógica entre Mediador Social y Ciudadanía es un contexto de relación constante, que resignifica los espacios, los valores y las conductas, estableciendo lenguajes comunes, a través de la intervención transformadora de los conflictos.

Como se mencionó, también los actores institucionales pueden ser sujetos del acto pedagógico por cuanto son actores que

configuran el ámbito de respuestas institucionales de cara a la ciudadanía, pero también se ven involucrados en conflictos (entre ellos, y entre ellos y con la ciudadanía) siendo que los funcionarios y servidores participan de la cultura y reproducen mecanismos no asertivos hacia la ciudadanía, o reproducen prácticas agresivas o discriminatorias.

Estos actores institucionales participan de la realidad y contexto de cada estación o portal, y observan la intervención de conflictos de la Mediación Social y también reciben el impacto de los mensajes pedagógicos, y transforman la manera en la que con posterioridad intervendrán los conflictos que sean puestos en su conocimiento, apelando al diálogo y a la transmisión de mensajes aleccionadores.

Momento pedagógico: de acuerdo con lo ya planteado, el momento pedagógico representa el espacio-tiempo en el que se produce un aprendizaje de ciudad. Es el contexto en el que la interacción mediadora arroja un saldo pedagógico, que reafirma conductas y normas sociales, o cuestiona los modos de actuar de las personas.

El momento pedagógico es una coyuntura apropiada en la que los mensajes que vehiculizan el proyecto de ciudad buscan encarnarse en ciudadanos modelo, que se transforman, y que transformándose a sí mismos, transforman la ciudad.

El Modelo Pedagógico de la Mediación Social reconoce que todos los actos que desarrollan los actores institucionales proyectan mensajes hacia la ciudadanía. Unos más explícitos y deliberados. Otros, por su parte, implícitos, casi imperceptibles o no

ISSN: 2805-749

deseados. Por ejemplo, un policial que ingresa a las estaciones del STM sin validar su pasaje, puede no representar un acto de rebeldía frente al sistema (por las condiciones en las que se acordó dar ingreso al personal de las estaciones), pero, cuando un conjunto de personas es impactado por el mensaje de ingreso irregular, encuentran justificación a la evasión.

La eficacia de los mensajes puede variar, pero lo que es innegable es que, cada actuación institucional produce un impacto pedagógico. El secreto está en estimar impactos que contribuyan en la consolidación del proyecto de ciudad, para que sea convocante de acciones y representaciones ciudadanas acordes con el propósito señalado.

Entonces, aunque toda actuación es potencialmente pedagógica, el Modelo Pedagógico de la Mediación Social propone la activación de las acciones pedagógicas de los Mediadores en momentos determinados, de tal manera que se incremente su potencial aleccionador y transformador.

Por lo tanto, el escenario predilecto es el conflicto. Precisamente porque es allí en donde las comunidades ponen en juego los intereses sobre los que pueden establecerse expectativas legítimas, así como un cierto consenso respecto de los medios aceptables para la realización de tales intereses. Así mismo, la intervención del conflicto, y la forma en la que se responda a la situación presentada, será un espacio para reafirmar las expectativas e intereses colectivos, o para promover reflexiones autocríticas respecto de las conductas ejecutadas, o los valores que se espera que se amparen.

El momento pedagógico será, entonces, la prevención del conflicto, la intervención, propiamente dicha, y las acciones de afirmación de entornos normativos y de seguridad, como premisa para el empoderamiento de la cultura ciudadana.

El momento pedagógico, como escenario espacio-temporal hace posible elegir al Mediador Social el acto pedagógico pertinente de un conjunto de posibilidades que oscilan entre la convivencia ciudadana y la transformación de conflictos.

Acto pedagógico: en el contexto que se apresta en el momento pedagógico, los Mediadores Sociales ponen en marcha actos, que buscan posibilitar que la ciudad aprenda, por ejemplo, a través de preguntas, de frases específicas que les plantean a los ciudadanos que utilizan el STM, y actividades de autorregulación o cuidado, que pueden ir constituyéndose en hábitos y, en tanto sean repetitivos, en normas sociales que funden nuevos tipos de intereses y expectativas legítimas en la convivencia.

Estos actos se clasifican en actos pedagógicos de protección, de comunicación asertiva, de convivencia o de promoción de prácticas de autocuidado.

De ese modo, en clave de protección se actúa para brindar acciones protectoras que trabajen para materializar los derechos.

Desde la asertividad, lo que se busca es transmitir información clara y transparente de cara a la ciudadanía, de manera que haya una voz tranquilizadora, desde el STM, generadora de confianza, que produce las condiciones para que la ciudadanía entienda

ISSN: 2805-749

las normas de buen uso del sistema y se produzca un efecto de corresponsabilidad.

Por otra parte, en clave de convivencia, se trata de que, desde la interacción entre ciudadanos se establezca un reconocimiento mutuo que permita reconocer normas compartidas que regulan sus conductas, y así, se involucra a la ciudadanía en el buen funcionamiento del STM, de tal manera que las personas se sienten motivadas por el cumplimiento de las normas de convivencia porque “el STM es mío, soy deliberante y me convoca para participar en que contemos con normas de convivencia para todos”. De ese modo, se trasciende la controversia individual para apuntar a la transformación estructural.

Los actos de autocuidado que se promueven como acto pedagógico, buscan que entre ciudadanos se establezcan dinámicas de protección mutua, a través de las cuales se fortalezcan relaciones de confianza, y que hacen que la concepción de seguridad se base no en la desconfianza, sino en la confianza.

Lectura e interpretación del aprendizaje de ciudad: como se ha insistido, el proceso de intervención asume como una oportunidad el hecho de que potencialmente el sujeto pedagógico reincide, o vuelve a participar de la conducta enmarcada en la situación tipo, en razón a que se propicia, nuevamente el espacio-tiempo para el momento pedagógico.

La intervención del equipo de Mediación Social reafirma los mensajes de la cultura ciudadana o la transformación del conflicto, pero es altamente factible que, en tanto, significativo, el sujeto pedagógico presente un nivel, (aun cuando básico) de modificación de

su conducta. Por ejemplo, siente vergüenza o resulta interpelado en su sentido moral. O bien, puede que la actitud respecto a los demás conciudadanos muestre signos de empatía y reconocimiento.

Seguramente ahí no se ha transformado la ciudad, pero es un paso ineludible en producir un efecto ampliado en el resto de sujetos pedagógicos. La evidencia empírica demuestra que no se requiere una gran reiteración de los actos pedagógicos, para encontrar modificaciones sensibles en el contexto, por ejemplo, una de ellas, el sentido de apropiación de lo normativo como un patrimonio colectivo, del cual la comunidad de usuarios se enorgullece.

Ahora bien, si el contexto se modifica en virtud de la mediación como condición, condicionada, condicionante, la estrategia de la mediación también debe contar con una capacidad de adaptarse a las demandas del entorno y a la variación del aprendizaje de ciudad.

Dicho de otro modo, la transformación también ocurre al interior de las estrategias de Mediación y el equipo de Mediadores Sociales. Es así, que el acto pedagógico deberá replantearse en algunos aspectos básicos de tal manera que se vaya reafirmando el sentido de comunidad y derechos ciudadanos.

Existen normas o patrones de conducta que permiten a las personas sentirse seguras, en la medida en la que se sienten confiadas. En este sentido reconocer, apropiar las normas de convivencia para exigir su cumplimiento de parte de los conciudadanos, permite que las personas sean corresponsables. Adquirir consciencia sobre

ISSN: 2805-749

las normas de uso del Sistema, y apropiarlas como un patrimonio común, permite que la ciudadanía calcule los efectos constructivos de la certidumbre de sus conductas y las de sus semejantes, reduciendo sus costos de transacción.

Ahí precisamente es en donde reside el potencial de la construcción social de la ciudadanía como condición para que en la ciudad se tejan relaciones de confianza, convivencia pacífica y seguridad no basadas en lo securitario o en la restricción de los derechos.

Por esta razón es tan importante el personaje del Mediador Social, porque ante un proyecto de ciudad, y ante un conjunto de procesos de intervención de conflictos, es la figura del Mediador Social la que posibilita que los aprendizajes de ciudad se produzcan, y que éstos sean mucho más evidentes y conscientes por parte de todos.

Ese personaje, el Mediador Social tiene una particularidad: él o ella misma deben ser como se quiere que sea la ciudad. Él o ella deben ser la imagen de lo que se quiere que la ciudad sea. Él o ella encarnan la ciudad que colectivamente se desea ser. Él o ella encarnan a todos los ciudadanos que se quiere que convivan en Bogotá.

El aprendizaje de ciudad implica que el contexto muestra un perfil de salida colectivo (más allá de los aprendizajes y reflexiones individuales de los sujetos involucrados), el cual puede describirse como una curva cualitativa de aprendizaje.

Resultados de la investigación

Ideas para trazar una carta de navegación en contextos de incertidumbre

La transformación de entornos, relaciones, normativas y dinámicas es un proceso que demanda tiempo, persistencia y dedicación. La transformación está ahí donde el diálogo es una constante que permite la autocritica y la reflexión. Y eso ha buscado la Mediación Social (MS) a partir de los diferentes espacios en los que hizo presencia, afianzar nuevas formas de relacionarse y resolver los conflictos que se dan en el sistema Transmilenio.

La Mediación Social entiende que el pasivo institucional, la debilidad en la infraestructura y su operatividad son combustible para que un conflicto estalle. Sin embargo, la MS en cada intervención ha planteado la necesidad de reflexionar desde otra perspectiva en la que son los sujetos quienes tienen la responsabilidad, como mayores de edad, por sus configuraciones culturales y las normas sociales que entretejen las dinámicas de comportamiento con el otro en la estación y en el portal.

A partir de los diferentes resultados que arrojan los indicadores, pero también el registro de casos exitosos, hoy en día la Mediación Social recoge frutos valiosos sobre un proceso que va madurándose de a poco.

La Mediación Social ha logrado ser entendida como un canal institucional idóneo para dar la atención adecuada de situaciones de conflicto, con efecto en la materialización de los derechos ciudadanos, garantizando su amparo y protección. Este tipo de intervención también ha logrado resignificar el Sistema de Transporte Masivo como parte del espacio público de la ciudad donde se fomenta la

ISSN: 2805-749

corresponsabilidad como vínculo de los comportamientos sociales. (EJCUN, 2018)

Los actores que hacen posible la materialización del discurso, los Mediadores Sociales, son agentes de cambio y es importante significar que “ubican el peso de su rol, en: i) atención de ciudadanos sobre servicios del sistema, ii) que son un actor que es referente de protección, toda vez que apoyan a los ciudadanos cuyas vulnerabilidades requieren atención preferencial, y son buscados (o sencillamente los encuentran “a la mano”) por los ciudadanos para resolver eventualidades de salud, de personas extraviadas y están prestos a brindar el apoyo, siempre que otros miembros de la estación lo requieran”

Al mes de octubre de 2018, se considera un avance satisfactorio principalmente a nivel del aprestamiento social, el fortalecimiento y la apropiación institucionales, dado que los últimos meses fueron dedicados a las estrategias de comunicación y visibilización de la figura ante la ciudadanía que transita diariamente en el sistema, a Transmilenio, a las redes e instituciones de los entornos próximos y a la sociedad en general. Ubicando así la necesidad de garantizar la sostenibilidad del proceso acumulado.

No dar continuidad de manera sostenible con el modelo de Mediación Social puede ser nocivo para la ciudad, no solo por cuanto se dejaría de atender oportunamente una gran cantidad de conflictos, que pueden escalar y hacerse visibles como delitos, sino porque se profundizaría la percepción de desamparo institucional.

Dicho de otro modo, la ciudadanía que resignificó su relación con el STM, la ciudad y

los conciudadanos a través de la intervención institucional y reguladora de la Mediación Social, puede verse defraudada ante el vacío institucional que dejan los mediadores sociales, habida cuenta de que su rol no era meramente asistencial ni informativo, sino, fundamentalmente de regulador de la convivencia.

Suspender por un término elevado la presencia de la Mediación puede traducirse en un incremento de la conflictividad que se canaliza a través de formas violentas y agresivas, haciendo que el retorno de la mediación encuentre un contexto adverso que retrotraiga los efectos hasta la fecha alcanzados.

Conclusiones.

La Mediación en acción es una respuesta al contexto problemático

El aprendizaje de ciudad que se ha logrado movilizar a partir de la intervención de conflictos que acomete la Mediación Social es la resultante de la lectura analítica del contexto conflictivo, la formulación de un plan de trabajo para orientar la intervención, y el análisis reflexivo del trasegar de los ciudadanos.

Esto quiere decir que, de acuerdo con el Modelo Pedagógico, la Mediación Social responde al contexto problemático aprestando condiciones renovadas para el establecimiento de lazos de convivencia y relaciones sociales resignificadas por el reconocimiento, apropiación y cumplimiento consciente de las normas de la cultura ciudadana.

ISSN: 2805-749

Esta no es otra cosa que la reiteración del proceso de análisis y lectura del contexto, sólo que ahora la mirada permite identificar cambios acumulativos que expresan un cambio cultural. A esta variación se le denomina curva de aprendizaje, y es la constatación de que la realidad se transformó por la acción de la mediación, pero principalmente por la dinámica autónoma de una ciudadanía que se hace responsable por el destino de su convivencia y su calidad de vida al interior del STM.

Se debe destacar el factor de corresponsabilidad que se ha logrado promover en la ciudadanía, como un efecto concreto de la acción en red, que se materializa en la apropiación y empoderamiento de las normas sociales, como fundamento de una cultura ciudadana, en la que las conductas contrarias a la convivencia, insolidarias, o dañinas hacia el conjunto de actores sociales, empiezan a ser cuestionadas y transformadas.

La curva de aprendizaje se establece en una interacción entre la acción de la Mediación Social, las necesidades identificadas en la contextualización, la lectura adecuada de los factores de conflicto, y los discursos emergentes, de manera expresa, o tácita, que dan cuenta de una nueva relación con lo normativo.

Referencias bibliográficas

Buenaventura, N. (1994) La escuela Grande. Instituto Luis Carlos Galán para el Desarrollo de la Democracia, Bogotá, D.C.

Escuela de Justicia Comunitaria de la Universidad Nacional – EJCUN- (2018), Informe mensual de avance línea de Mediación Social, No. 8, Bogotá, D.C.

Mayer, M. E. (2000) Normas jurídicas y normas de cultura, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

Ross, M. H. (1995) La cultura del conflicto. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia, Paidós Ibérica, Madrid.

Suárez, E. (2009) Pedagogía del Cuidado y la Reconciliación -PCR-, Fundación para el Perdón y la Reconciliación, Bogotá D.C. Documento Mimeo.

ISSN: 2805-749

PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL CONTROL JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO.

PARTICIPATION OF THE VICTIM IN THE JUDICIAL CONTROL OF THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY IN COLOMBIAN CRIMINAL LAW.

José Luis Navarro Hernández⁴

Carlós Iván Payares Tapia⁵

Karen Catalina Leal Acosta⁶



Resumen

El presente artículo científico se propuso como objetivo: examinar las posturas en favor y en contra de la participación de la

⁴ Abogado, Magister en derecho penal y criminología.

jose.navarro@unisucrevirtual.edu.co

⁵ Abogado, Especialista en Derecho Administrativo.

víctima en el control judicial del principio de oportunidad, lo anterior en el entendido, que este ha sido uno de los temas más tratados desde diferentes posturas en la doctrina y dogmática jurídico penal, surgiendo dos tesis antagónicas y contrarias, puesto mientras un sector de la academia fundamenta dicha injerencia en el derecho a la verdad, justicia y reparación, postura igualmente asimilada por la jurisprudencia, otros doctrinarios se alejan de dicha percepción, puesto consideran que la presencia de la víctima en dicho acto procesal resulta invasiva y capaz de desviar la naturaleza adversarial del sistema penal oral acusatorio colombiano. Por lo tanto, partiendo de un análisis de las anteriores apreciaciones, siendo necesaria la consulta del derecho con miras a asimilar como es interpretado en asunto en otras legislaciones, el presente trabajo demostrara que resulta mucho mas coherente la segunda postura, explicándose la relación entre política y derecho en el escenario denominado principio de oportunidad, y la improcedencia de la victima en este acto procesal.

Palabras clave: Principio oportunidad, política criminal, víctima, ponderación, equilibrio.

Abstract

The present scientific article was proposed as an objective: to examine the

carlos.payares@unisucre.edu.co

<https://orcid.org/0000-0003-3679-3113>

⁶ Abogada, Magister en Derecho Público.

karen.leal@unisucrevirtual.edu.co

ISSN: 2805-749

positions in favor and against the participation of the victim in the judicial control of the principle of opportunity, the above in the understanding that this has been one of the topics most treated from different positions in criminal legal doctrine and dogmatics, emerging two antagonistic and contrary theses, since while a sector of the academy bases said interference on the right to truth, justice and reparation, a position similarly assimilated by jurisprudence, other doctrinaires move away from said perception, since they consider that the presence of the victim in said procedural act is invasive and capable of diverting the adversarial nature of the Colombian accusatory oral criminal system. Therefore, starting from an analysis of the previous appraisals, being necessary to consult the law with a view to assimilating how the matter is interpreted in other legislations, this work will show that the second position is much more coherent, explaining the relationship between politics and right in the scenario called the principle of opportunity, and the inadmissibility of the victim in this procedural act.

Key words: Principle opportunity, criminal policy, victim, weighting, balance.

Introducción

La institucionalización del sistema penal oral acusatorio trajo consigo cambios trascendentales en el modelo de juzgamiento penal del Estado colombiano, puesto no solo se eliminaron las facultades jurisdiccionales del ente acusador, centrándose el proceso en la promoción de las garantías del imputado u

acusado, sino que se le otorgo un rol preponderante a la víctima en esta dinámica, siendo esta elevada al rango de intervinientes especial y dotándosele de facultades para la defensa directa y efectiva de sus intereses.

Una de las facultades que jurisprudencialmente le fue otorgada a las víctimas, fue la posibilidad de intervenir en el control judicial sobre el principio de oportunidad, potestad que resulta contraria a la tradición anglosajona acusatoria y al derecho comparado, puesto desdibuja la naturaleza dualista de este acto de negociación y decisión.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en indicar que el proceso penal colombiano, independiente de la doctrina o dogmática que acoja, no está obligado a matricularse exclusivamente en una tendencia, a tal efecto, si bien el procedimiento penal actual es de naturaleza mixta con fuertes, notables y evidentes rasgos acusatorios, este debe de ser sometido a un proceso de adecuación a la histórica costumbre o cultura jurídica del país, por lo tanto, teniendo en cuenta que la Constitución política posiciona como derecho constitucional el acceso de todos los ciudadanos a los escenarios judiciales, no resulta coherente que la víctima sea excluida del debate jurisdiccional en lo que respecta el juzgamiento de su agresor.

Sin embargo, más allá de la postura asumida por la jurisprudencia nacional respecto a este debate, hay aspectos mucho más trascendentales que deben de examinarse desde la academia. Aterrizando este postulado al debate respecto a la participación de la víctima en el control judicial del principio de oportunidad, la doctrina ha afirmado que dicho instrumento es la

ISSN: 2805-749

politización de la acción penal, es decir, es ponderar hasta que punto resulta coherente realizar la persecución o judicialización de un delito con base a los criterios y prioridades de la política criminal del Estado, siendo este el punto de partida para comprender porque resulta incoherente que la víctima participe en este escenario procesal.

Con base a lo anterior, el presente artículo científico se propuso como objetivo: Examinar las posturas en favor y en contra de la participación de la víctima en el control judicial del principio de oportunidad, siendo la postura a asumir por la presente iniciativa, la que se inclina por preservar la naturaleza adversarial del sistema acusatorio, lo cual es argumento suficiente para proteger la política criminal del Estado por encima de los intereses particulares de la víctima.

Metodología

El presente artículo es el resultado de una investigación jurídica, de tipo descriptivo y con un enfoque cualitativo basado en la revisión documental. A tal efecto, la constante consulta de documentación normativa, jurisprudencial y doctrinaria, emerge como la principal fuente y herramienta para justificar las conclusiones y resultados de la misma, siendo necesaria una confrontación de postulados normativos con disposiciones constitucionales inalienables.

Resultados y discusión

La víctima, su rol, fundamentos y facultades en el procedimiento penal colombiano.

La promulgación del acto legislativo 03 del año 2002, Por el cual se reforma la Constitución Nacional, y la ley 906 del año 2004, por medio del cual se promulga el código de procedimiento penal, trajeron consigo la institucionalización del sistema penal oral acusatorio, modelo de juzgamiento de corte adversarial y tradición anglosajona, que prometía ser mucho más garantista que su antecesor el modelo de juzgamiento mixto de tendencia inquisitiva.

El sistema penal oral acusatorio colombiano mutó la forma como se ejecutan los actos de investigación y juzgamiento en materia procesal penal, centrando la atención en el imputado o procesado, el cual se enfrentaba en igualdad de condiciones contra el ente acusador, debate en el cual se le debían de ofrecer plenas garantías a la defensa, parte débil del contencioso.

Sin embargo, la actualización jurídica de los derechos y garantías de la defensa no fue el único cambio trascendental del sistema penal oral acusatorio, puesto también se creó el concepto de víctima, figura previamente inexistente en la legislación procesal penal colombiana, la cual categorizaba a las personas naturales o jurídica que habían sido afectadas como consecuencia del injusto, siendo está definida por la ley 906 del año 2004, así:

“Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto” (Congreso de la República, 2004)

Resulta importante resaltar que el concepto de víctima es una novedad de la

ISSN: 2805-749

mencionada norma, puesto en legislaciones previas en materia procesal penal, dicho cometido era inexistente, siendo el sujeto pasivo del delito categorizado como parte civil, representación jurídica que buscaba una reparación exclusivamente económica como consecuencia de los efectos del delito.

La creación del concepto de víctima en el procedimiento penal colombiano trajo consigo el reconocimiento de una serie de facultades a dicho interviniente especial, a tal efecto, con el objetivo de fundamentar y al mismo tiempo limitar dicho emprendimiento, el legislador creó el derecho a la verdad, justicia y reparación, el cual otorga a la víctima la facultad de conocer los hechos acontecidos en su totalidad, exigir justicia y evitar la impunidad respecto a su afectación, y finalmente exigir una reparación como consecuencia del injusto

Si bien el legislador autorizó determinadas facultades procesales con el objetivo de hacer mucho más pragmática la defensa de los intereses de la víctima, la jurisprudencia constitucional aumentó mediante diferentes sentencias el alcance de estas facultades, actividad jurisprudencial que enfrente en debates académicos los defensores de una noción purista del sistema penal acusatorio, y quienes justificaban la presencia de la víctima en dichos escenarios de juzgamiento del agresor.

Es importante resaltar que desde un punto de vista dogmático, soportado por la interpretación realizadas por otras legislaciones en el derecho comparado, la figura de víctima es inexistente en la legislación procesal penal de otros países matriculados con esta tendencia de juzgamiento, puesto el debate procesal penal es un escenario exclusivo de confrontación

entre el Estado, en representación de la sociedad y el ciudadano infractor, siendo la víctima reducida a parte civil.

Contrario a lo anterior, el derecho procesal penal colombiano, no solo eleva al rango de interviniente especial dicho sujeto, sino que lo dota de garantías que rayan contra la pureza de la tendencia acusatoria, a tal efecto, en respuesta a esta aparente incoherencia normativa, la jurisprudencia constitucional se ha amparado en la Carta magna con miras a justificar la presencia de la víctima en el proceso penal y sus facultades.

En sentencia de radicado C – 454 del año 2006, expedida por la honorable Corte Constitucional colombiana, se establece que el concepto de víctima y sus facultades tienen origen en la constitucionalización del derecho procesal penal, puesto que una legislación criminal comprometida con promover una justicia ampliamente participativa, no debe de coartar la posibilidad de las víctimas de participar en el proceso de juzgamiento de su agresor, postulando que debe superar una presencia meramente formal en el acto de juzgamiento, siendo posible que esta intervenga directamente en determinados escenarios procesales.

Este postulado es ampliado en sentencia de radicado T – 347 del año 2013, expedida por la misma corporación judicial, la cual reconfirma que el derecho constitucional es el fundamento que justifica la presencia de la víctima en el proceso penal colombiano, siendo necesario que la justicia penal sea reflejo de los principios y garantías constitucionales, indicando la providencia lo siguiente:

“La víctima es de especial consideración en el conflicto penal,

ISSN: 2805-749

principio que se deriva de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal del Estado Social de Derecho, que promueve una concepción de la política criminal respetuosa de los derechos fundamentales de todos los sujetos e intervinientes en el proceso. En este sentido, los intereses de la víctima, elevados a rango constitucional influyen directamente los fines del proceso penal” (Corte Constitucional, 2013)

A tal efecto, el rol de víctima, su participación y facultades en el proceso penal colombiano, se hayan justificados en contenidos constitucionales, más específicamente el principio de la dignidad humana y el derecho constitucional de acceso a la justicia, el cual es su vez una interpretación del derecho humano de recurso judicial efectivo, puesto la víctima no solo tiene derecho a participar en el proceso de juzgamiento de su agresor como una forma de dignificación ciudadana y lucha contra la revictimización, sino que tiene igualmente el derecho de acceder a los tribunales del país con miras a defender sus intereses y demás derechos, más específicamente el derecho a la verdad justicia y reparación.

Conexo a lo plasmado por la jurisprudencia constitucional, igual mente la dogmática jurídico penal, ha expedido contenido académico con miras a conceptualizar e interpretar el rol de víctima en el proceso penal y sus facultades, al respecto, el documento titulado La participación de las víctimas en el sistema penal acusatorio colombiano, una perspectiva desde la jurisprudencia de la corte constitucional, de autoría de Mateo Mejía Gallego, adopta la

postura asumida por la jurisprudencia constitucional, estableciendo que el derecho procesal penal colombiano se encuentra plenamente constitucionalizado, a tal efecto, resulta inadmisibles una legislación en la cual no se interpreta la justicia mediante un enfoque diferente al plasmado en la Carta magna, indicando el texto lo siguiente:

“Para comprender la participación actual de las víctimas en el ordenamiento jurídico penal colombiano, debemos partir asegurando, que nuestro sistema Penal Acusatorio es constitucional que se desarrolla dentro de un nuevo Estado Social y Democrático de Derecho, que existe una norma superior, que es faro dentro del ordenamiento jurídico y que las demás normas deben ser concordantes a ella” (Gallego, 2014. P. 12)

Pasando a las facultades de la víctima, como se explicó anteriormente, estas fueron ampliadas por la jurisprudencia constitucional, la cual estableció que las facultades identificadas originalmente por el legislador resultaban insuficientes para la defensa de sus intereses, por lo tanto, diversos pronunciamientos de la justicia constitucional complementaron este cometido, permitiéndosele a la víctima las siguientes potestades:

- Solicitar y aportar pruebas
- Solicitar medidas de aseguramiento
- Apelar la sentencia
- Participar en el control judicial de los preacuerdos y principios de oportunidad.

ISSN: 2805-749

La posibilidad de las víctimas de participar en el control judicial de preacuerdos y principio de oportunidad, es una reforma jurisprudencial que generó debate en el interior de la academia y diferentes sectores jurídicos, puesto no solo en el derecho comparado el principio de oportunidad carece de control jurisdiccional, siendo esta una facultad emprendida por el ente acusador con miras a promover la terminación anticipada del proceso y la solución de conflictos jurídicos superiores, sino que además permitir la participación de la víctima en este acto de negociación puede ser nociva frente a la política criminal del Estado, postulado que será examinado en los capítulos posteriores.

El principio de oportunidad y su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano

El principio de oportunidad es un instrumento jurídico de aplicación exclusiva para la solución de conflictos penales, fuertemente influenciado por los mecanismos alternativos de solución de conflictos, por medio del cual el ente acusador renuncia a desplegar actos de persecución en un caso penal concreto, con miras a promover la política criminal del Estado, la cual se solemniza mediante la institucionalización de diferentes variables o modalidades, siendo regulado por los artículos 322 y 323 de la ley 906 del año 2004, así:

“La fiscalía general de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad” (Congreso de la República, 2004)

Por lo tanto, el ente acusador está obligado constitucional y legalmente a

perseguir las conductas susceptibles de configurarse como delitos, sin embargo, este puede renunciar a dicho cometido cuando la política criminal del Estado lo amerite.

Complementario a la conceptualización realizada por la legislación nacional, el principio de oportunidad es definido en el texto institucional Principio de oportunidad & política criminal, publicado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, el cual establece que la política criminal es el criterio para determinar el alcance de la acción penal, por lo tanto, el ente acusador puede renunciar a dicha obligación discrecional cuando sea necesaria su racionalización, indicando el documento lo siguiente:

“El principio se configura como una herramienta, de uso privilegiado para todo el sistema judicial, con el propósito de que en virtud de supuestos políticos criminales y dogmáticos regulados y conforme a los ámbitos de discrecionalidad reglada el ente acusador, con el control judicial, pueda suspender, interrumpir y renunciar directamente a la persecución penal, todo ello, que además de acuerdo con disposiciones constitucional y legales relacionadas con el ius puniendi Estatal” (Cardona, 2010)

Similar apreciación es plasmada en el documento titulado Principio de oportunidad, de autoría de Luis Fernando bedoya, el cual reitera lo plasmado por la doctrina y la jurisprudencia citada, indicando que el derecho penal exige una racionalización selectiva del despliegue del ius puniendi, siendo la política criminal del Estado el principal criterio para dicho cometido, tal como plasma el documento, así:

ISSN: 2805-749

“La aplicación del Principio de Oportunidad constituye una decisión determinante en el deber del Estado de brindar una respuesta adecuada a las diferentes expresiones de la criminalidad. Por tratarse de una decisión esencialmente reglada, la aplicación de dicho instituto está determinada por el cumplimiento de requisitos específicos, de acuerdo con las exigencias de cada causal” (Bedoya, 2004)

Finalmente, los autores Jaime Bernal y Eduardo Montealegre Lynett, en su texto El proceso penal, definen el principio de oportunidad como un replanteamiento o examen reposado de procedencia de la acción penal, permitiéndose la racionalización de dicho cometido con miras a evaluar una terminación anticipada del proceso, indicando el documento lo siguiente:

“El principio de oportunidad es un instituto jurídico, destinado a la reevaluación de la procedencia de la acción penal, la cual es prioritaria para los delitos que revisten una verdadera necesidad de la misma” (Cuellar, 2012)

Uno de los aspectos controversiales en lo referente a la adaptación del principio de oportunidad al ordenamiento jurídico colombiano, es que en el proceso penal doméstico dicho cometido exige control jurisdiccional, es decir, la negociación y decisión adoptada por el ente acusador debe de ser sometida a apreciación por parte de la justicia, estando el juez facultado para aprobar o desaprobado el acuerdo logrado.

Lo anterior ha sido objeto de críticas en la academia, puesto la doctrina acusatoria

y el derecho comparado otorgan amplio margen de configuración a las agencias de persecución federal y las fiscalías para la celebración de este instrumento, no siendo admisible que la jurisdicción participe, apruebe o desaprobe dicho acuerdo, puesto al ser los fiscales los encargados de promover la política criminal del Estado, resulta inadmisibles que la justicia intervenga en este campo.

Contrario a esto, el código de procedimiento penal mediante su artículo 327, establece que el principio de oportunidad debe de ser sometido a control jurisdiccional, esto con miras a que el juzgador determine la procedencia de este, siendo necesario que en dicho control judicial posterior intervenga la víctima y el ministerio público, plasmando la norma referenciada lo siguiente:

“El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad” (Congreso de la República, 2004)

El hecho de que la víctima pueda participar en un acto de negociación anticipada del proceso entre el Estado y el imputado, es una circunstancia controversial en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto se considera que la persecución de un tercer interés puede empañar la motivación conciliatoria de las partes, tema que será abordado en el capítulo concluyente del presente documento.

Participación de la víctima en la celebración y aprobación de principio de oportunidad.

ISSN: 2805-749

La participación de la víctima en el proceso penal y el reconocimiento de sus facultades siempre ha sido un tema controversial en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto no solo la doctrina acusatoria prohíbe dicha particularización del interés en el ejercicio de la acción penal, la cual históricamente siempre ha sido considerada publica, sino que además el derecho comparado no ha incorporado dicha cláusula en las legislaciones penales de ordenamientos jurídicos análogos

A tal efecto, la jurisprudencia ha realizado un extensa revisión del tema con miras a fundamentar y justificar dicho postulado, es así, que en sentencia de radicado C – 342 del año 2007, la Corte Constitucional establece que la prohibición de la víctima en materia de impugnación del principio de oportunidad es abiertamente inconstitucional, puesto no se puede limitar la posibilidad de una persona de apelar o impugnar sentencias que le sean desfavorables, especialmente si dicha persona es la perjudicada por la comisión de un delito, lo cual activa un fuero de protección especial en su rol de víctima o sujeto pasivo de la agresión, indicando la sentencia lo siguiente:

“En términos generales, la Corte consideró que la decisión mediante la cual el juez de garantías controla la aplicación del principio de oportunidad tiene una gran relevancia, que, por lo mismo, no se puede privar a las víctimas, ni aún al fiscal, de la posibilidad de impugnarla, para garantizar así un mayor control y que impedir la impugnación resulta incompatible con la Carta, sobre todo tratándose de una decisión capaz de

afectar los derechos de las víctimas”
(Corte Constitucional, 2007)

Como lo plasma la citada sentencia, este postulado ya había sido examinado en providencia de radicado C – 209 del año 2007, expedida por la misma Corporación judicial, la cual establece que la tendencia jurisprudencial se inclina por defender los derechos de las víctimas, siendo necesaria una actualización del ordenamiento jurídico con miras a la constitucionalización del proceso penal acusatorio, por lo tanto, teniendo en cuenta que el derecho a la una doble instancia tiene alcance constitucional, el cual debe de ser concordado con el derecho de acceso a la justicia, resulta inapropiado que esta sea coartada de una decisión trascendental relacionada con la responsabilidad penal de su agresor, plasmando la providencia lo siguiente:

“Dada la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito, impedir que éstas puedan impugnar la renuncia del Estado a la persecución penal, sí deja desprotegidos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral.” (Corte Constitucional, 2007)

Complementario a lo anterior, la misma sentencia también resalta la importancia del derecho a la verdad, justicia y reparación como fundamentación para justificar la participación de la víctima en el control judicial del principio de oportunidad, puesto como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional reiterativamente, la tendencia actual de la relación entre la víctima y proceso supera la tesis económica del delito, puesto el interés de la víctima supera la búsqueda de una reparación económica, siendo necesario

ISSN: 2805-749

que la negociación realizada en el principio de oportunidad satisfaga igualmente su necesidad de verdad y justicia, indicando la providencia lo siguiente:

“Al aplicar el principio de oportunidad el Fiscal deberá considerar tales derechos integralmente, no un mero interés económico. Adicionalmente, precisa la Corte que la locución “tener en cuenta” significa valorar de manera expresa los derechos de las víctimas, a fin de que ésta pueda controlar esa decisión ante el juez de control de garantías y tenga fundamento material para apelar la decisión del juez que estime lesiva de sus derechos” (Corte Constitucional, 2007)

La jurisprudencia constitucional ha sido más que reiterativa en justificar y fundamentar en el derecho a la verdad, justicia y reparación, la facultad de la víctima de participar e incluso impugnar el principio de oportunidad, puesto participar en una terminación negociada, anticipada y anormal del proceso, siendo la política criminal el criterio para adoptar dicha decisión, es un escenario que requiere la participación e injerencia de la víctima, esto con miras a evitar resultar lesionada en sus intereses.

Conexo a lo plasmado por la jurisprudencia constitucional, la doctrina también ha examinado académicamente la procedencia de la participación de la víctima en el principio de oportunidad, existiendo diversas posturas al respecto, por un lado, existen quienes consideran que la víctima se haya facultada constitucional, legal y lógicamente en acudir y participar en dicho escenario procesal, puesto resulta inadmisibles e incoherente, que un protocolo destinado a

examinar la extinción de la acción penal por motivos de política criminal, no ofrezca garantías a la víctima para la defensa de sus intereses, tal como lo plasma el documento titulado Principio de oportunidad frente a los derechos de las víctimas en el sistema penal acusatorio en Colombia, de autoría de Carlos Augusto López Vega, así:

“Se requiere en Colombia que la aplicación al principio de oportunidad no solo se base en el cumplimiento de causales legales, sino que se comprometa especialmente con el resarcimiento de las víctimas, ya que poco a poco se ha mantenido al margen en la ejecución del mismo, cuando se puede admitir otra oportunidad, no obstante, se ha lesionado un bien jurídico tutelarle donde las víctimas deben realizar su participación activa” (López, 2017)

Siguiendo con esta línea de pensamiento, el documento titulado Principio de oportunidad dinámica y tensiones con los derechos de las víctimas, de autoría de María Carolina Bruges Manjarres, establece que la participación de la víctima en las consecuencias del principio de oportunidad es admisible y constitucionalmente válida, sin embargo, equilibrar los intereses institucionales, los del imputado y los de la víctima en una sola dirección no es tarea fácil, por lo tanto, si bien el principio de oportunidad se haya reglado y es un instituto de especial importancia y relevancia, su materialización concreta resulta utópica y demasiado difícil, plasmando el documento lo siguiente:

“Es importante establecer en primer lugar que la acción penal es pública, y debe prevalecer el interés de la sociedad en la persecución al delito,

ISSN: 2805-749

por tal razón solo por excepción se admite la aplicación de la figura del principio de oportunidad, no siendo la acción disponible a capricho de la fiscalía. En este punto encontramos que la reparación a la víctima debe estar enmarcada con los mecanismos establecidos en la Ley, pero encontramos en este punto que las víctimas en muchas oportunidades no sienten que han sido reparadas conforme a la justicia restaurativa, y es aquí en donde comienza a verse reflejado la vulneración al principio de legalidad y equidad, que en ciertos aspectos las víctimas reclaman ansiosamente dentro de los procesos penales” (Bruges, 2014)

Alejándose de esta línea de pensamiento, el documento titulado El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio, entre el eficientismo y la certeza de la pena, de autoría de John Jairo Castro, establece que la inclusión de la víctima al control judicial del principio de oportunidad es una novedad del derecho doméstico colombiano, puesto el derecho anglosajón posiciona este instrumento como un acto procesal exclusivo del ente acusador, indicando el texto lo siguiente:

“Antes de hacer referencia a los casos en que procede la aplicación de la oportunidad en la persecución penal, es necesario referenciar que doctrinalmente, este principio, tal como ha sido concebido para Colombia, tiene la forma de un principio reglado, a diferencia de lo que ocurre con los países anglosajones, como Estados Unidos, donde hay plena libertad para su

ejercicio por parte del titular de la acción penal, siendo una facultad institucional y sin participación activa de la víctima” (Castro, 2013)

Este postulado es complementando en el documento titulado El principio de oportunidad en el derecho comparado, de autoría de Farid Antonio Bejarano, quien resalta la existencia de tensiones entre el derecho escrito y una política cambiante, a tal efecto, cuando la norma impone la obligación a las autoridades criminales de perseguir los comportamientos que se ajusten como delitos, pero al mismo tiempo abre la posibilidad de flexibilización de dicha orden por motivos políticos, los cuales no gozan de la estabilidad de la norma, surge la posibilidad de desequilibrio, además, si a esta relación de por sí traumática se le agrega el ingrediente víctima, estamos ante una imposibilidad de equilibrio y satisfacción integral de múltiples intereses, lo cual hace que alguno de los participantes en el proceso debe de ceder, lo cual aumenta la posibilidad de falacia frente a los resultados de esta figura, indicando el texto:

“Es un peligro pretender conservar una igualdad entre dos conceptos que por su naturaleza merecen un tratamiento diferente: Un principio y una facultad política. Se avizora así un reto para la teoría de la ponderación: fortalecer sus elementos metodológicos para lograr el mantenimiento del equilibrio necesario entre la política y el derecho. La situación es más compleja cuando se advierte la sutil frontera entre lo jurídico y lo político en afirmaciones dirigidas a justificar el principio de oportunidad: se señala

ISSN: 2805-749

que el principio está dirigido al fortalecimiento de la jurisdicción mediante la efectivización de su actividad, razón que simultáneamente puede ser analizada bajo una perspectiva utilitarista como la necesidad de descongestionar la jurisdicción. ¿Cómo equilibrar el interés estatal de perseguir el delito y de descongestionar la jurisdicción, y el interés de la víctima y de toda la comunidad de obtener una reparación? La respuesta está en la ponderación que debe realizar todo juez de control de garantías al momento de ejercer una veeduría al ejercicio de la aplicación del principio de oportunidad” (Bejarano, 2011)

En conclusión, existen diferentes tesis y posturas en lo referente a la participación de la víctima en el control judicial del principio de oportunidad, siendo la tesis mayoritaria y predominante, aquella que establece que la víctima tiene derecho a injerir en dicho escenario procesal, y que el acuerdo logrado debe de respetar su derecho a la verdad, justicia y reparación.

Por otro lado, una tesis completamente contraria a esta, establece que resulta imposible conciliar los intereses del Estado, el acusado y la víctima, a tal efecto, dicha pluralidad de participantes hace que sea imposible la negociación y materialización del acuerdo, siendo el principio de oportunidad una falacia.

Conclusiones

La jurisprudencia nacional y un sector de la doctrina, se han inclinado por justificar la participación de la víctima en el control judicial

del principio de oportunidad, siendo el argumento de esta injerencia el derecho a la verdad, justicia y reparación, puesto un sistema procesal penal comprometido con promover una justicia reparatoria, debe de permitir la presencia de la víctima en cualquier escenario procesal, siendo el principio de igualdad de armas el límite a esta participación.

Una tesis académica minoritaria y menos popular, establece que el proceso penal adversarial entabla un enfrentamiento en igualdad de condiciones entre defensa y Estado, siendo inadmisibles la presencia de intervinientes que obstaculicen dicha dinámica, especialmente si se trata de un acto de negociación inspirado en la política criminal del Estado.

El principio de oportunidad no es más que la politización de la acción penal, es verificar si una causa criminal amerita una persecución cuando existen intereses superiores que dependen de esta, es decir, examinar si la política criminal del Estado justifica la suspensión o renuncia de la acción criminal, es un acto de ponderación entre principios e interés, por lo tanto, debería de ser un acto de negociación e instalación exclusivo entre el Estado y el imputado.

La presencia de la víctima en el proceso penal es consecuencia del derecho constitucional de acceso a la justicia, sin embargo, la naturaleza abstracta de este derecho, y las múltiples posibilidades que surgen en torno a su interpretación ilimitada, permiten que se generen injerencias injustificadas, por lo tanto, la víctima debería de tener derecho a la verdad, justicia y reparación, pero sin injerir en la dinámica dualista del procedimiento penal, el cual históricamente ha sido una confrontación

ISSN: 2805-749

entre el Estado y el particular. A tal efecto, cuando se permite que la víctima participe en un acto de negociación y acuerdo exclusivo de la institucionalidad con el agresor, el cual debe de tener como criterio inequívoco la política criminal del Estado, se está obstaculizando la correcta administración de justicia, y comprometiendo intereses superiores que no debe de ser particularizados.

Referencias bibliográficas

- Aristizábal, C. (2005). Alcance del Principio de Oportunidad en la nueva legislación Penal Colombiana. Monografía. Bogotá, Colombia.
- Araujo, D. (2016) Consecuencias de la inaplicabilidad del principio de oportunidad en la ciudad de barranquilla en el año 2014. Universidad libre de Colombia.
- Bedoya, I. F. (2004). Principio de Oportunidad y ordenamiento jurídico colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Cuellar, J., & Eduardo, M. L. (2012). El proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bejarano, F. (2011) El principio de oportunidad en el derecho comparado. Universidad de Medellín.
- Bruges, M. (2014) Principio de oportunidad dinámica y tensiones con los derechos de las víctimas. Universidad católica de Colombia.
- Castro, JJ. (2016). El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio, entre el eficientismo y la certeza de la pena. Derecho y Realidad, 11(21).
<https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n21.2013.4840>
- Gallego, M. (2014) La participación de las víctimas en el sistema penal acusatorio colombiano, una perspectiva desde la jurisprudencia de la corte constitucional. Universidad Libre de Colombia.
- López, C. (2017) Principio de oportunidad frente a los derechos de las víctimas en el sistema penal acusatorio en Colombia. Universidad Libre de Colombia.
- Congreso de la Republica. ley 906 del año 2004. Editorial Leyer.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia de radicado C – 454 del año 2006
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia de radicado T – 347 del año 2013
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia de radicado C – 342 del año 2007
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia de radicado C – 209 del año 2007

ISSN: 2805-749

El derecho a la salud de las personas con discapacidad, una quimera en el derecho escrito: un reflejo de Colombia*

Aldair Andrés Bertel Bertel**

Dayana Naranjo Morelo***

Kevin Andrés Díaz Lara****

Daniela Andrea Serrano Martínez*****

Pantaleón Narváez Arrieta*****



Resumen

Teniendo como soporte que hoy las ciencias sociales, incluido el derecho, se ocupan de la discapacidad como una construcción sociocultural que atañe a los derechos humanos, en este trabajo se expondrá el itinerario de marginamiento y la inclusión de las personas con discapacidad, teniendo como soporte los antecedentes históricos sobre el tratamiento que la humanidad le ha dado a las personas con discapacidad desde los albores de la humanidad hasta hoy, sin dejar de abordar los parámetros de amparo instituidos en la Constitución Política de Colombia, los instrumentos internacionales y la legislación patria, puntualizando en la atención de salud que reciben las personas en condición de discapacidad.

*Este artículo es el resultado de las investigaciones adelantadas dentro de la Clínica Jurídica del Consultorio Jurídico del programa de Derecho de Unisucre.

*Universidad de Sucre, Sincelejo, Colombia

**Aldair Andrés Bertel Bertel. Email: aldairb617@gmail.com

Orcid/0000-0003-2625-4650

***Dayana Naranjo Morelo. Naranjodayana45@gmail.com

Orcid.org/0000-0001-6030-6747

****Kevin Andrés Díaz Lara. Email: diazlarakevin@gmail.com

Orcid.org/0000-0001-5138-1200

****Daniela Andrea Serrano Martínez. Email: daty0431@gamail.com

Orcid.org/0000-0002-6452-3041

*****Pantaleón Narváez Arrieta. Email: noelatierra@hotmail.com

orcid.org/0000-00001-5734-6596

Palabras clave: Discapacidad, derechos humanos, salud.

Abstract

Taking as support that today the social sciences, including law, deal with disability as a sociocultural construction that concerns human rights, in this work the itinerary of marginalization and the inclusion of people with disabilities will be exposed, having as

ISSN: 2805-749

support the historical background on the treatment that humanity has given to people with disabilities from the dawn of humanity until today, without failing to address the protection parameters established in the Political Constitution of Colombia, international instruments and national legislation, emphasizing the health care received by people with disabilities.

Keywords: Disability, human rights, health.

Introducción

De acuerdo con el ordenamiento jurídico, la discapacidad no excluye a quienes la padecen ni les impide ejercer sus derechos. Sin embargo, la realidad indica que su integración a la sociedad está plagada de obstáculos. Unos ocurren por las limitaciones que causa de la atrofia de un sentido, una mutilación, una malformación, las dificultades para el aprendizaje o las alteraciones en los comportamientos. Otros derivan de los prejuicios que acoge la sociedad, a pesar de haberse desmentido por la ciencia los criterios en que se soportan. A ello se suma el

desinterés de los líderes para diseñar, promover y efectivizar las alternativas que aminoren el marginamiento de las personas con discapacidad.

La ausencia o deficiencias de las políticas públicas para evitar la marginalidad de las personas en condición de discapacidad nos remonta a los albores de la humanidad, cuando la lucha por la supervivencia llevó a que a las personas con discapacidad se les considerara como obstáculos de los que, a través de sacrificios o abandonos (Sabrina Debora Villanueva, 2018), debían liberarse. En esas épocas las tribus solían desplazarse de un territorio a otro (Santofimio Rojas) para neutralizar las amenazas que representaban los incendios en la foresta, las inundaciones súbitas o las nevadas que se prolongaban y que, en uno u otro caso, inutilizaban las tierras de labrantío o ahuyentaban las presas, aminorando la consecución de alimentos. Superar las crisis implicaba que sus integrantes pudieran trasladarse con agilidad. Así, era un estorbo quien padeciera atrofia de los sentidos, presentara mutilaciones o se le dificultara el aprendizaje.

Luego, cuando el hombre empezó a usar utensilios que transformaron sus condiciones de vida y la manera de percibir y resolver la cotidianidad, las personas con discapacidad seguían siendo despreciados y exterminados, al punto que en Grecia y en Roma, en donde empezó el desarrollo de la cultura del mundo occidental, se les negó tanto la protección como su incorporación a la comunidad bajo el entendido de que: i) la belleza y la perfección eran la conformidad del beneplácito de las deidades y entrañaba el equilibrio entre el alma y el soma (Gabriel Gómez Martín 2017); y, ii) cualquier deformidad, mutilación o limitación se asimilaba a una monstruosidad y

ISSN: 2805-749

se entendía como deshonra (Gómez Martín 2017). Esta cosmovisión se asentó en la convicción de que las personas virtuosas no engendraban criaturas distintas a los estándares de la normalidad, así que padecer tullimientos o presentar protuberancias denotaba una represalia de la divinidad por haber contrariado sus designios. Consecuencia de ello, en Esparta, en épocas de Licurgo, arrojaban a los infantes desde la cima del monte Taigeto (Gómez Martín 2017). En Roma, respaldados por la Ley de las XII tablas, también adoptaron tal conducta y a los niños lisiados o considerados débiles los arrojaban desde la Roca Tarpeya o los sumergían en el río Tiber (Villanueva 2018).

Fue tanto el arraigo de la convicción que la belleza física y la moral eran indisolubles y que la imperfección era desagradable a los dioses, que no se admitía que los animales que se sacrificaban en su honor presentaran defectos ni taras los sacerdotes, pues una de ellas negaba la semejanza que hay entre Dios y los hombres (Levítico, 21: 17- 21).

Pero el concepto y el tratamiento de la discapacidad en Grecia y en Roma no siempre fueron uniformes. La inmutabilidad de la repugnancia y la exclusión se morigeró en la medida que la cultura de occidente fue influenciada por el judaísmo y se entronizó la dignidad y la caridad como perspectivas para reinterpretar la discapacidad como una deficiencia personal que no privaba a los que las padecían de su condición de hombres, sino que la anormalidad que los agobiaba les hacía merecer un tratamiento diferente (Palacio). En efecto, en el siglo V a. c. durante el gobierno de Pericles se inauguraron lugares para atender a las personas con discapacidad.

En Roma también se viró la percepción. Un primer paso lo constituye la decisión de retribuir con tierras de labrantío a los combatientes que padecían mutilaciones en el campo de batalla, con lo que se aceptó el concepto de discapacidad adquirida (Valencia). A la par, se prohijó el desarrollo y aplicación de técnicas para la rehabilitación, como las hidroterapias. La historia registra que Marco Aurelio, siguiendo recomendaciones de Galeno, fue uno de los personajes que aprovechó las posibilidades terapéuticas de los caballos. Sin embargo, a tales terapias solo accedían aquellos que contaran con recursos para sufragar sus costos.

Otro hecho a destacar fue en la Ley de las XII Tablas (451 a. c.) de la curatela como institución orientada a proteger el patrimonio de las personas con discapacidad y, durante el reinado de Constantino (años 272 – 337 d. c.), la apertura de establecimientos destinados a alojar, mantener y ayudar espiritualmente a las personas en condición de discapacidad desprovistos de fortuna, que fueron denominadas como «nosocomios» (Valencia).

Esta política puso en evidencia la variación del enfoque para analizar y afrontar la discapacidad, dado que se les despojó del carácter particular y pecaminoso que se les atribuyó durante la prehistoria y las primeras etapas de la antigüedad para asumirla como una problemática atinente a la comunidad, al punto que se expidieron regulaciones tanto en el ámbito jurídico como en el de la salubridad, encaminadas a salvaguardar el bienestar y la recuperación de los afectados.

Durante la edad media la tendencia empezó a cambiar, aunque se presentó una disparidad

ISSN: 2805-749

entre los amparos que se instauraron a instancias de los jefes de la cristiandad (Santofimio Rojas)⁷ y las infamias que infligieron a las personas con discapacidad. Fue así que, a pesar de prohibirse el infanticidio y promoverse la caridad como conducta que posibilitaba la salvación del alma, recobró vigencia la idea de que era castigo de Dios tener hijos con deformidades, mutilaciones, atrofia de los sentidos que le impidieran compartir en igualdad de condiciones con el resto de la comunidad, lo que llevó a que a todos les consideraran anormales y se dispusieran mecanismos para liberarse de su presencia.

La ambigüedad con la que se abordó la discapacidad dio pie para que los que padecieran atrofias o demencia se les temiera o fueran objeto de lástima o de burlas, rechazados u hostigados. Todo dependía de la potencialidad que sus comportamientos tuvieran para lesionar a las personas, averiar las cosas o alterar la tranquilidad.

La inquisición, para reprimir la herejía aplicó una crueldad extrema, condenando a morir en la pira a todo el que no se recuperó de un trastorno mental y se supusiera que agrediría a otros o dañaría cosas (Educación Inclusiva). A los infantes o adultos con malformaciones no solo se les confinó en fortalezas o ciudades amuralladas, sino que se les exhibió en circos y zoológicos como evidencia de las represalias divinas. Además, los deformes

fueron usados para el divertimento de los reyes y sus cortes.

En el plano jurídico las medidas que se adoptaron tuvieron efectos patrimoniales y represores. Las primeras oscilaron entre regular el devenir de las personas ciegas y sordas, negarle la habilitación para adoptar y testar a los que no contaban con facultades de normalidad y a los sordomudos, salvo cuando supieran leer y escribir y lo hicieran con su propia mano y recibieran autorización del rey (la ley de las siete partidas de Alfonso X, el Sabio); hasta desposeer de sus propiedades a los idiotas, como se instituyó en la King's Act de 1324. Para expedir las segundas, las autoridades civiles y eclesiásticas, apoyadas en el concepto de anormalidad, dispusieron la persecución de los herejes, poseídos por espíritus demoniacos, delincuentes, vagos o seres prostituidos (Santofimio Rojas).

Aguilar (2004) y Di Nasso (2009), citados por Santofimio, afirman que la muerte – infanticidio– los malos tratos, la caridad y, en el mejor de los casos, el aislamiento, eran la suerte que tenían que sufrir las personas que presentaran alguna discapacidad, siendo llamadas “deformes”, “débiles” o “anormales”

De lo analizado resulta que, durante la edad media, a pesar de haberse adoptado posturas que basadas en la misericordia (Educación Inclusiva) que propendieron por mejorar la situación de las personas con discapacidad hasta llevarlos a ser tenidos como sujetos de

fue juzgado que comprendía las leyes de los reyes godos, establecían la pena de muerte o de ceguera a las madres que mataran a sus hijos antes o después de nacer, e imponía duras penas a los maridos que lo mandaren y a quienes abandonaran a los recién nacido.

⁷ Vives, (citado por Vergara, 2002, p. 135). Por otra parte, en el Concilio de Braga, celebrado en el año 572, se gestan las nuevas leyes de protección, por las cuales se establecían normas contra las prácticas abortivas y filicidios; de igual modo, “(...) el

ISSN: 2805-749

protección o tutela, se perpetuaron el abandono y menosprecio que de antaño venían soportando las personas con discapacidad, al punto que la solución consistió en ocultarlos en orfanatos o manicomios, escarnecerlos como evidencia de la ira divina contra los pecadores o sacrificarlos para liberarlos de la posesión maligna.

Discapacidad en la sociedad moderna

La cosmovisión que dio lugar a la edad moderna devino de la irrupción del humanismo renacentista en Europa (cuyos propulsores preconizaron y pregonaron que la razón no era asunto de fe y alentaron el deseo por el conocimiento y la dignificación de hombre como ser individual y eje del universo), se reflejó en trabajos como los que publicaron Bacon, Newton y Locke para propagar la idea de que las ciencias naturales incidirían en la mejora de la especie. Esto propició que se volviera la mirada hacia las personas con discapacidad, aunque sus males se explicaron como fenómenos que se hallan en el interior del individuo, descartando la alternativa de que se trata de un prejuicio de la sociedad que se resiste a admitir y tolerar la diversidad (Gómez Martín).

El criterio de discapacidad como patología que admite ser tratada para paliarla o curarla cobra fuerza en siglo XVIII, cuando se empieza a pensar en las condiciones que debería brindarse a las personas con discapacidad para que se rehabiliten e incorporen a la comunidad (Santofimio Rojas). Esto marca que la problemática se apoyó en la ciencia médica, cuyo método curativo consistió en instruir a profesionales en psicología para experimentaran a fin de controlar la conducta

humana por medio de la fisiología y la vigilancia, apoyada en la medicación” (Gómez Martín), lo que equivale a que el hombre podía intervenir en el orden natural para mejorar sus condiciones de existencia (Educación Inclusiva)

Estos criterios abrieron la posibilidad de que en Europa y Estados Unidos se inauguraran escuelas y hospitales en los que se intentaría rehabilitar a los dementes, dejando de lado los criterios que se impusieron en el siglo xvii para negarle a estos la atención médica por estimarse que sus trastornos eran insuperables. Para la construcción de esta nueva concepción se tuvo en cuenta que la producción industrial requería de personas aptas para laboral, de manera que se hizo indispensable restablecer la salud de las personas mutiladas o trastornadas para reincorporarlas a la sociedad (Valencia).

Ya en el siglo XIX, las personas con discapacidad se convirtieron en sujetos de estudio psico-médico-pedagógico, habilitándose el entendimiento del retraso mental y de otras discapacidades, y el desarrollo de terapias clínicas especializadas. A la par surgió la educación especial propiamente dicha, a cuya estructuración concurren médicos, educadores y psicólogos. Estos criterios

El proceso histórico que posibilitó tal cambio, permitió el tránsito del “inválido” como sujeto de protección o tutela y llegó a convertirse, progresivamente, en sujeto de previsión socio-sanitaria, a partir de la aparición en escena de los sistemas de seguridad social, dentro de los cuales la persona con discapacidad “mantiene su status de menor de edad y, alcance los años que alcance, no

ISSN: 2805-749

ejerce como adulto al no dar la talla socio-productiva que se demanda”.

De esta manera, los esquemas asistenciales que se iniciaron en la Edad Media como consecuencia de la caridad que pregonaba y practicaba la Iglesia, seguirán prestándose en los siglos xvi y xvii como un criterio orden público y en los siglos XIX y XX como derecho a seguridad social.

El siglo xx y sus avances

A pesar de estos avances, a lo largo del siglo XX, las personas con discapacidad continuaban siendo objeto de rechazo. Es conocido no solo que fueron víctimas de la arremetida nazi que derivó en el holocausto, sino que, en Suecia, hasta mediados de los años 70, se le esterilizaba a pesar de que estuvieran en desacuerdo. A este conjunto de perspectivas en torno a la discapacidad se conoce como paradigma tradicional.

Resumiendo, podemos decir que, salvo los que contaran con riqueza, en las sociedades de occidente a las personas con discapacidad se le marginó, la discriminó, subestimó y se les condenó a vivir bajo el auspicio de terceros, lo que lleva afirmar que no se las ha considerado como sujetos con iguales derechos que el resto de las personas.

Sin embargo, desde la óptica del “modelo social” se entiende que las causas de la discapacidad tienen en buena medida un origen social (Valencia). Se trataría, por consiguiente, de una construcción sociocultural que impide que las personas con

discapacidad participen en la sociedad de una forma plena, debido a la existencia de obstáculos excluyentes que la misma sociedad genera. Este modelo se centraría en lo que puede ser considerado como una “rehabilitación de la sociedad”, teniendo en cuenta las necesidades de todas las personas mediante la valoración y el respeto a la diversidad, paliando la desigualdad, eliminando toda clase de barreras y obstáculos sociales. Es por ello que, en la actualidad, se tiende a sustituir la expresión “discapacidad” por otra que refleja mucho mejor este aspecto, como es “diversidad funcional” (Romañac y Lobato).

El empoderamiento de la burguesía aparejó el crecimiento de la economía. 1780 y 1790 se produjo en algunas regiones de Inglaterra como el caso de Manchester, un aceleramiento del crecimiento económico. Este contexto produjo el concepto de Discapacidad entendida como la incapacidad para ser explotado con el objeto de generar ganancia para la clase capitalista el crudo conceptos que hoy utilizamos (Valencia).

Luego de todos esto se desarrollan Los movimientos sociales de personas con discapacidad que surgieron en la década de 1970 como continuidad de los movimientos por los derechos civiles que protagonizaron importantes luchas en los años anteriores. Su objetivo era luchar por mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, asegurar la accesibilidad al medio físico y social, y por el derecho a una vida independiente. El concepto vida independiente había sido utilizado en 1959 por una legislación del Estado de California que permitía que las personas que habían contraído poliomielitis pudieran salir de los centros de internación y reintegrarse en la

ISSN: 2805-749

sociedad mediante beneficios económicos. Este concepto transformado más adelante como el Modelo Social la Discapacidad no se considera un síntoma o condición médica sino una construcción social que modifica o condiciona la realidad de estas personas. Ya no se las considera enfermedad que deben ser tratadas o cuyos derechos han sido limitados, sino como ciudadanos o ciudadanas activas en la vida política, económica y social de la comunidad cuya opinión debe ser tenida en cuenta a la hora de elaborar políticas de inclusión. El lema que adquieren estos movimientos en sus manifestaciones y actos públicos es Nada sobre nosotros, sin Nosotros.

Es así, consecuencia de estas luchas se fueron incorporando los derechos de las personas con discapacidad en las normativas internacionales. En 1982 las Naciones Unidas aprobaron el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad. En su artículo 21 establece que para lograr los objetivos de igualdad y plena participación “no bastan las medidas de rehabilitación, sino que se debe asegurar el acceso a la vida familiar, el empleo, la educación, la vivienda, la seguridad social, la participación en grupos sociales y políticos, las actividades religiosas, las relaciones afectivas y sexuales, el acceso a las instalaciones públicas y la libertad de movimiento. El artículo 60 amplía esto al señalar los derechos de estas personas a participar en todos los procesos sociales.

Pese a lo que hemos señalado, existe una contradicción entre los derechos establecidos por las convenciones internacionales y las leyes aprobadas por los diferentes Estados, y la realidad que supone la implementación a partir de las décadas de 1970 y 1980 de políticas neoliberales que tenían como

objetivo dismantelar las estructuras del Estado de Bienestar.

En esta época se produce la privatización o tercerización de sectores clave como la salud, la educación, la seguridad social o los planes de vivienda, mientras que las políticas de flexibilización y precarización laboral suponen un retroceso de las conquistas obtenidas por la clase obrera a través de sus luchas, llevando a una explotación que se asemeja al capitalismo salvaje del siglo XIX. Las personas con discapacidad se vieron severamente afectadas por el capitalismo neoliberal debido a los recortes presupuestarios: los hospitales y las escuelas públicas quedaron en muchos casos imposibilitadas de brindar la atención y las herramientas de accesibilidad necesaria, y las obras sociales no cubren la totalidad del tratamiento o el costo de los insumos (prótesis, sillas de rueda, audífonos, implantes.

A lo largo de la historia se ha naturalizado la opresión sufrida por las personas con discapacidad, basándose en ideas de perfección corporal o cuerpo capacitado que otorgaban un lugar subordinado a aquellas personas que no eran plenamente funcionales. Esta idea ya ha comenzado a desmontarse gracias a la lucha de las distintas organizaciones de personas con discapacidad, demostrando que los prejuicios no son una consecuencia natural de la condición humana, sino una construcción social que necesita ser revisada y reemplazada por otra concepción acorde al Modelo Social y al Paradigma de los Derechos Humanos.

Para alcanzar este estadio del pensamiento jurídico la humanidad construyó instrumentos

ISSN: 2805-749

que propendían establecer la dignidad de las personas con discapacidad

Son las personas en condiciones de discapacidad quienes deben participar activamente en la conducción de este proceso hacia una sociedad más justa que no admita ninguna forma de opresión o discriminación.

Colombia, las personas con discapacidad y los derechos humanos

Para 2008 las ONG y la Corte Constitucional estimaban que el 15% de los colombianos padecía de alguna discapacidad (Fundación. Estos guarismos no concuerdan con los que manejaba el DANE, en cuyos registros figura solo un 6.4% de la población se halla afectada por alguna discapacidad. Este porcentaje (DANE 2020) se mantiene, por lo menos hasta el 2020. En principio esta problemática se abordó como asunto de salud pública y rehabilitación. Esa circunstancia varió con la adopción del Estado Social de Derecho, pues desde ahí empezó a considerarse como asunto de Derechos Humanos.

Uno de los instrumentos jurídicos de que dispone la humanidad para acentuar este criterio es la Convención sobre los derechos de las personas en condición de discapacidad que fue incorporada al ordenamiento patrio en el 2011, cuyo propósito reconoce a la accesibilidad universal, la movilidad personal, y a la habilitación y rehabilitación, técnicamente como derechos (Palacio Agustina 2008). Esto obliga tanto a transformar los imaginarios que nieguen o tergiversen los derechos humanos, como a respetar la diversidad y promover la inclusión de las personas con discapacidad. Además, nos indica que la discapacidad debe

entenderse como un fenómeno que atañe a toda la sociedad.

No obstante, en Colombia ocurre lo contrario que en otros ámbitos, pues la implementación de la legislación que se ha creado no se ha podido efectivizar al ciento por ciento. La conclusión es que las leyes pueden considerarse un trofeo para exhibir en el plano internacional, pero no para solucionar la problemática de las personas en condición de discapacidad.

Evidencia de ello es que el derecho fundamental a la salud de las personas con discapacidad está contenido en la Ley 1618 de 2013, que tiene como objetivo “garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad” (Art.1). Esto debe garantizarse en dignidad, pues si se materializa, se puede tener el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Una parte primordial en la prestación del servicio es el diagnóstico efectivo, esto implica valoración pertinente sobre la sintomatología del paciente, llegar al diagnóstico del padecimiento y establecer la ruta del tratamiento médico a seguir para conseguir el restablecimiento de su salud.

La Corte Constitucional ha dicho que el derecho al diagnóstico efectivo comprende lo siguiente: “(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la

ISSN: 2805-749

especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles” (Sentencia T-120/17).

Este derecho a la salud contempla también el acceso al POS. Respecto de procedimientos o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la Corte ha fijado las siguientes reglas: “Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue precisando los criterios de aplicación (sic) la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no estaban incluidos en los planes obligatorios de salud. Actualmente, la jurisprudencia reitera que se la persona que requiera un medicamento no incluido en el plan obligatorio de salud debe acreditar ante el juez de Tutela los siguientes presupuestos: “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”

En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se

requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere.

Al hablar del sistema de salud, una persona en condición de discapacidad al llegar a una institución prestadora de salud se va a encontrar con unas personas ignorantes ante el trato y lenguaje correcto que debería de dársele, en algunas ocasiones sin consideración o siendo excluyentes, inclusive hasta groseros en cierto punto; Estas personas que atienden en los centros de salud deberían estar capacitadas en atención estas personas para una retroalimentación óptima que incluso puede llegar a contar con un escalón más a la independencia de estas personas, que ellas se sientan en la capacidad de poder hacer un trámite por sí mismas sin tener que recurrir a un acompañante para hacerse entender, dado que incluso puede que por la disponibilidad de sus cercanos no pueda atender bien a sus citas o compromisos médicos.

En ese mismo enfoque no solo es necesario el entendimiento, también estar cualificados para saciar las dudas al respecto de su situación si así lo requiere, muchas personas tienden a ir a preguntar por qué se le es negado un servicio y al ser casos poco frecuentes, estas personas encargadas tienden a no informarse o no lo ven necesario porque no lo exige el instituto.

ISSN: 2805-749

Así mismo, al ingresar las personas con discapacidad deben de contar con las señalizaciones adecuadas para su óptimo ingreso a los centros de salud, como las señales en piso o podo táctil, que son estas barras alargadas en el piso que son identificables por los bastones o el pie, además claramente de las rampas para los que posean discapacidades físicas.

Por otro lado, uno de los puntos con poco acceso para la prestación de la salud es de aquellas personas con discapacidad que no cuentan con una localización centralizada y viven en pueblos pequeños o incluso en ciudades poco desarrolladas donde X tratamiento vital para la persona no se presta, el sistema general de seguridad en salud, debe velar y dar cumplimiento con la atención para el paciente aunque este no pueda salir de su lugar de residencia o que tenga que movilizarse, llevando a casa los médicos para que los servicios de salud sean saldados, como una terapia o procesos de rehabilitación. En pocas palabras que exista el transporte para que las personas con discapacidad puedan acceder a la salud o para que los médicos puedan llegar a los pacientes.

Es así como el estado cumple un papel muy importante para mejorar el día a día de este grupo de individuos, por lo que debe proteger, promover y asegurar el goce de todos los derechos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, luego entonces inferimos que el derecho a la salud debe materializarse y ser en su totalidad eficaz, sobre todo debe contar con personal especializado que entienda y pueda suministrarles la mejor atención, pues consideramos que es suficiente con que esta

comunidad tenga que lidiar día a día con distintas barreras que dificultan su desempeño y que obviamente les obliga a esforzarse el doble que el resto.

Metodología

Este trabajo surge como complemento a la tentativa de establecer si en Colombia se han logrado avances en la inclusión social de las personas con discapacidad, en particular en lo atinente a la salud que a ellos se les debe brindar. Para ello se analiza la sentencia T120/17, el conjunto de disposiciones que regulan la temática y textos de historiadores y juristas que ilustran sobre las diferentes perspectivas de tratamientos que a lo largo de la historia se les dio y da tanto al interior de la familia, como por el resto de la sociedad. Tales indagaciones permitieron el acopio y procesamiento de la información que se vierte en el presente trabajo.

Resultados

Es evidente que en Colombia el cumplimiento de los derechos de las personas discapacitadas respecto de la salud es una quimera que el estado quiere alcanzar, pero cada día parece más difícil, tal vez la falta de interés por las personas con discapacidad hace más difícil el reconocimiento por parte de la población, las acciones constitucionales como las populares o acciones de cumplimiento son nulas cuando se evidencia el sosiego de que son rechazados, las tulas se olvidan por parte del particular que ve la necesidad de ayudar y la justicia se siega en cada capacitación, cita médica o hospital como si los abogados no los vieran dentro de su sufrir del que no ven el arte de las

ISSN: 2805-749

controversias sociales no quiere discutir por quien no puede ver más allá de su sufrir.

El reto que plantea esta investigación es aplicar estos conocimientos a una investigación que se centre en algunas de las comunidades de la zona rural del municipio de Sincelejo y nos permita esclarecer cuál el grado de efectividad de la atención que en salud y educación se presta a los menores que en ella moran.

Conclusiones

Desde los albores de la humanidad a las personas con discapacidad se les ha relegado, rechazado, temido e, inclusive, perseguido y condenado a muerte.

La forma de mirar a las personas con discapacidad mutó con el paso del tiempo, pasando de tenerlos como un lastre, una prueba de la insatisfacción de Dios o enfermos que podían sanarse, a, como se concibe hoy, una problemática sociocultural que involucra aspectos de salud y educación y que, a nivel mundial, da a la protección el carácter de derecho.

A pesar de que su marco jurídico les brinda protección, en Colombia aún persisten las inequidades contra las personas con discapacidad.

El Estado debe acelerar la implementación de las políticas públicas para lograr la inclusión plena de las personas con discapacidad, incluyendo el cambio del ideario.

Referencias bibliográficas

Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE, (2020) “Personas con discapacidad 2020-boletín personas con discapacidad marco covid”, <https://www.dane.gov.co>.

Educación inclusiva (2022) “Una mirada histórica a la discapacidad intelectual”, amabook.es, <https://reader.digitalbooks.pro>

FUNDACIÓN SALDARRIAGA CONCHA, “DISCAPACIDAD E INCLUSIÓN SOCIAL EN COLOMBIA” Informe Alternativo de la Fundación Saldarriaga Concha al Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Gómez Martín, G., (2017), “Discapacidad y alimentación en el mundo antiguo: sacrificios, malnutrición y banquete” *Revista Antesteria: debates de Historia Antigua*, 6, 119-132.

Levítico.

Palacio, A., (2008) “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Grupo Editorial Cinca, Madrid.

Romañach, J. y Lobato M., “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”, tomado de <http://forovidaindependiente.org>.

Santofimio Rojas, G. (2016), “De la anomalía a la discapacidad, una larga historia de la exclusión social: de la muerte, el destierro y el repudio, a la inclusión educativa”, *Revista Inclusión & Desarrollo*, 1, Volumen 3.

Valencia, L., (2014), “Breve historia de las personas con discapacidad: de la opresión a

ISSN: 2805-749

la lucha por sus derechos”, tomado de
<http://rebelión.org>

Villanueva, S. (2018), Comentarios a la obra de Luciano Andrés Valencia, *Revista Española de Discapacidad*, 8(1), 285-286.

Sentencia T-120/17, (2017, 27 de febrero), Corte Constitucional (LEVS MP).

Ley 1618 de 27 de febrero de 2013,
www.secretariasenado.gov.co

ISSN: 2805-749

Algunos aspectos jurídicos del buque no tripulado bajo la perspectiva del derecho comparado y la norma colombiana

Luis Eduardo Chávez Perdomo*⁸



ABSTRACT: This article shows some situations related to the complex legal relationship of the unmanned ship and its normative relations either from the point of view of national law, or from different conventions, either public law or transport law. The fourth industrial revolution brings challenges for the authorities and its impact will force the modification of many criteria that

are currently required. The navigability for example will not take into account minimum crews of endowment, on the other hand, the maritime business will be able to carry out faster and modify the risks in many aspects having to assimilate the cyber security as an element of evaluation for both the ship and the port. Likewise responsibilities that today belong to the crew, would have adjustments to the different subjects of law that interact, may even be new, and why not admit another classification of ships or ships according to their form of government.

Key words: Unmanned ship, cyber security.

Resumen

El presente artículo busca identificar algunas situaciones que se desarrollan con la implementación de buques no tripulados y la compleja relación jurídica basados en convenciones y normas actuales, ya sea desde el punto de vista del derecho nacional, o desde diferentes convenciones analizando aspectos de derecho público o de transporte. La cuarta revolución industrial trae retos para las autoridades y su impacto obligara a la

*⁸ Magister en Derecho Internacional y relaciones Exteriores, Profesional en ciencias navales, abogado marítimo, perito naval, becario en gestión de puertos de la CIP-OEA-PUERTOS DEL ESTADO, profesor de la Universidad Externado de Colombia, Escuela Naval Almirante Padilla y la Universidad Sergio Arboleda.

Consultor. ORCID [0000-0001-6533-2960](https://orcid.org/0000-0001-6533-2960)
https://scholar.google.com/citations?view_op=list_works&hl=es&user=9aH9M9YAAAAJ Email.
lechp8@gmail.com / www.aflumarport.com

ISSN: 2805-749

modificación de muchos criterios que actualmente son exigibles. En este sentido es imperativo el estudio de aspectos fundamentales partiendo de la definición del buque y los sujetos de derecho que participan en las diferentes actividades marítimas muy especialmente en temas de obligaciones. La definición de buque o la navegabilidad tendrán cambios, por ejemplo, no se tendrá en cuenta tripulaciones mínimas de dotación, por otro lado, el negocio marítimo podrá efectuar más rápido y mutaran los riesgos en muchos aspectos teniendo que asimilar la ciber seguridad como elemento de evaluación tanto para el buque como para el puerto, incluso en temas como el PBIP. En desarrollo de este, nos permite analizar las responsabilidades que hoy son de la tripulación y que tendrían que ser ajustadas a los diferentes sujetos de derecho que interactúan en las relaciones jurídicas, pudiendo incluso general nuevos actores y por qué no admitir otra clasificación de los barco o naves de acuerdo con su forma de gobierno.

Palabras clave: Buque no tripulado, ciber seguridad.

Introducción

Indudablemente los cambios económicos y sociales de la humanidad han tenido mayor evolución en los últimos 150

años aproximadamente, donde por razones económicas e incluso religiosas se entra en un cambio de las relaciones de producción y la máquina de vapor impacta y mejora el resultado en eficiencia de los productos, pues con antelación las innovaciones en materia de navegación tuvieron que ver con remos desde hace 5000 aproximadamente (Nordenstahl, 2017), velas y sobre todo los diseños de la estructura de la nave.

Para el siglo XXI, y especialmente desde el año 2011, comienza a expandirse la “Denominada la Cuarta Revolución Industrial” que fue el objetivo del Foro Económico Mundial 2016. El “XI Informe de Riesgos Globales 2016”, preparado para el Foro, consideró como retos significativos: la mitigación y adaptación del cambio climático; el control de armas de destrucción masiva; la crisis del agua; el desempleo; migraciones involuntarias a gran escala; alza de precios en energía; falta de gobernabilidad y corrupción; evasiones fiscales; debacles bancarias; burbujas de activos y ataques cibernéticos. (confidencial, 2016)

La cuarta revolución se describe como la aplicación del Internet a la industria en el manejo de los productos, usándose la digitalización, la Tecnología de la Información (TI), y dispositivos inteligentes, conectando

ISSN: 2805-749

redes, comunicando máquinas, adaptando servicios a los clientes en cualquier parte del mundo. Naciones Unidas informó que existen 3.200 millones de usuarios Internet. Es la era de la innovación, utilizando tecnología de última generación, que está transformando la forma de producir, distribuir y consumir bienes/servicios. Y la logística y suministro de productos basada en: impresión en 3D, robotización en producción y almacenamiento y distribución con drones, llevando la realidad a una transformación digital, que impacta el mundo del trabajo y la configuración del mercado laboral serán algunos de los ámbitos donde las repercusiones serán más importantes, y para nuestro caso, los buques no tripulados son los que apalancaran este proceso, los cuales difieren de los buques sin tripulación que se asimila más al concepto de abandono o buque inactivo.

Estos cambios, promueven avances tecnológicos marinos en desarrollo de equipos; sistemas autónomos de cargue y descargue, portales de búsqueda de buques en la web – sin brokers, buques sin tripulación, Construcción de parte del buque como la HELICE o el casco con impresoras 3 D ; Avances tecnológicos no marinos (Nordenstahl, 2017), que afectan la sociedad pero también el transporte pues no se puede hablar de los buques autónomos en forma aislada, sino que este desarrollo es

contemporáneo con algunos cambios en la actividad industrial, del transporte terrestre, de la vida cotidiana, de la medicina (Nordenstahl, 2017), Impactos laborales, E comerse, trayendo impacto en normas y leyes existentes desde la constitución de los océanos de 1982, hasta los diferentes convenios de la OMI y de transporte marítimo, IALA, así como las obligaciones de las partes que en ella se involucran como el Estado Ribereño y Estado de abanderamiento, pero también los temas de responsabilidad del capitán y la tripulación, así como la navegabilidad y la dotación mínima, y obligando a la evolución y nuevas coberturas en materia de seguros como el tema de la ciber seguridad.

Como se observa surgen una serie de problemáticas en las cuales desde ya se debe preparar para minimizar riesgos en la navegación y que tienen que ver con temas como la cualificación de las personas que van a controlar puertos y buques no tripulados, determinar otros riesgos no solo de idoneidad si no de equipos, la viabilidad de la utilización de pilotos prácticos para estos buques, las comunicación para operaciones marítimas, remolques, paso de cabos a los amarradores, los sistemas de alerta para prevención de abordajes, la asistencia para salvamentos de carga, la responsabilidad de los controladores

ISSN: 2805-749

con la carga y la revisión funcional del papel de la autoridad como Estado Rector de puerto.

Si bien es cierto que existe esa preocupación en la industria marítima, no es menos cierto que los beneficios que esas tecnologías proporcionan, son innegables, en ese sentido la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en el informe edición, 50 aniversarios sobre el Transporte Marítimo, 2018, establece muy especialmente: "Los avances tecnológicos que incluyen inteligencia artificial, Internet de las cosas, aplicaciones de blockchain, buques autónomos, drones y otros tienen el potencial de aumentar la eficiencia en la industria global del transporte (...), dado que el crecimiento de la demanda del comercio marítimo se está adelantando a la oferta, según los últimos datos del informe, las nuevas tecnologías podrían introducir costos, tiempo y eficiencias ambientales que son muy necesarios". En efecto, una de las tecnologías autónomas que se está implementando en la navegación y el transporte marítimo por su versatilidad y funcionalidad, son las aeronaves no tripuladas o drones, considerada como una de las tecnologías disruptivas más innovadoras que está siendo utilizada en operaciones relacionadas con terminales portuarios y actividades submarinas. (Pérez, 2019)

Partiendo de que los buques no tripulados son naves que no necesitan de la intervención del hombre para ser operados (Guzmán, 2017), dentro de las modalidades de buques no tripulados se están desarrollando diversos tipos de naves, 1) los buques actuales pero con asistencia técnica a bordo; 2) buques controlados remotamente pero con tripulación a bordo; 3) buques controlados remotamente y sin tripulación a bordo y 4) buques totalmente autónomos (Portales, 2018, pág. 304). Así las cosas las de control remoto, manejadas por un piloto desde algún punto en tierra firme y las naves autónomas, que son capaces de tomar sus propias decisiones y no necesitan en lo absoluto de la intervención humana. (Guzmán, 2017), pasando del buque tripulado, al buque controlado remotamente desde tierra que son alternativas genéricas, al buque automatizado como simbiosis con un sistema más robusto en términos tecnológicos, dando así una transformación en un tiempo no mayor a 20 años, lo que obliga a pensar en un nivel de autonomía diferente, incluso a la definición utilizada por el CMI como aquellos capaces de navegar de forma controlada sin tripulación a bordo (Portales, 2018, pág. 304).

Los buques de superficie no tripulados comprenden todas las categorías, a diferencia de los buques autónomos que abarcan solo

ISSN: 2805-749

una clase de buques no tripulados. La denominación de buques autónomos hace referencia con: “buques con propulsión propia que navegan sin tripulación, controlados en forma remota o autónoma”.

Por su parte, el vehículo autónomo de superficie (USV) Unmanned Surface Vehicle, es aquel que puede navegar en la superficie del agua y no inmerso en la misma, está configurado o adaptado para ser utilizado de forma remota o autónoma, el cual puede ser controlado de forma remota por satélite y utilizando la tecnología que se asimila a los drones, al cual se le conoce con el término drone marino. Para (Villa Caro, 2019:398) esta nueva tecnología puede dividirse en buques con tripulación reducida (inteligentes, pero tripulados), en barcos controlados a distancia (tipo dron) y en buques totalmente autónomos (sin intervención humana necesaria). (Pérez, 2019)

1. Análisis normativo

El tema de la definición de buque es tal vez una de las mayores problemáticas dadas a este tipo de embarcaciones, debido a que el cambio impuesto por la realidad tecnológica podría no estar previsto en las reglas que gobiernan el ámbito marítimo y en especial en

el transporte marítimo donde uno de los principales actores es el buque.

1.1 Derecho Publico

En este ámbito al analizar la CONVEMAR de 1982, se tiene que:

En el artículo 29,se entiende por “buques de guerra” todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón⁹ de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares.

Por otro lado, el artículo 94 que trata sobre los deberes del Estado del pabellón, expresa que todo Estado en lo que nos es pertinente que:

1. Ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarboleden su pabellón.

2. En particular:

.....b) Ejercerá su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que

⁹ Todos los textos que se encuentran subrayados en este escrito son fuera de texto

ISSN: 2805-749

enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque.

3. En relación con los buques que enarbolan su pabellón, las medidas necesarias para garantizar la seguridad en el mar en lo que respecta, entre otras cuestiones a:

.....; b) La dotación de los buques, las condiciones de trabajo y la capacitación de las tripulaciones, teniendo en cuenta los instrumentos internacionales aplicables, y c)

4. Tales medidas incluirán las que sean necesarias para asegurar:

....; b) Que cada buque está a cargo de un capitán y de oficiales debidamente calificados, en particular en lo que se refiere a experiencia marinera, navegación comunicaciones y maquinaria naval, y que la competencia y el número de las tripulaciones sean los apropiados para el tipo, el tamaño, las máquinas y el equipo del buque, y

c) Que el capitán, los oficiales y, en lo que proceda, la tripulación conozca plenamente y cumplan los reglamentos internacionales aplicables que se refieran a la seguridad de la vida en el mar, la prevención de abordajes, la prevención, reducción y control de la

contaminación marina y el mantenimiento de comunicaciones por radio.

5. Al tomar las medidas a que se refieren los párrafos 3 y 4, deberá actuar de conformidad con los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptadas, y hará lo necesario para asegurar su observancia.

Por último, el artículo 96 se refiere a los buques de Estado como «los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial»

Como se puede estado Rector de puerto todo estado define condiciones de seguridad para sus barcos y esto incluye dotación en concordancia con la costumbre internacional y los diferentes convenios.

Por otro lado, el Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar de 1994, en su artículo 13. literal g define el " buque de guerra " un buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos *de su tipo* y nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares;

ISSN: 2805-749

lo que comparando con la definición de la CONVEMAR solo hay una diferencia en cuanto a los signos exteriores distintivos de su tipo, que no tiene un mayor alcance, sin embargo en ninguna de las dos normativas se define el buque como tal, se define que es buque de guerra y explica el buque de estado, buscando Libre Navegación, permitiendo el Paso Inocente y el Transporte, Investigación, Pesca y Actividades en el Mar.

Metodología

La investigación incorporó una perspectiva comparada entre normas nacionales e internacionales.

Se busca analizar los verbos rectores que existen en algunas normativas internacionales ya sean de carácter del derecho privado o técnico y de esta forma establecer si se adaptan o no a la definición de buque autónomo que ya desde lo gramatical es una definición compuesta por dos palabras que complementan su significado.

Para los buques no tripulados no será entonces la tripulación a bordo si no quien lo guie de forma remota que debe estar en escalafón para tenerlo en cuenta, lo que requiere de una modificación a ambas normas.

ISSN: 2805-749

País	Ley	Definición
Venezuela	Ley General De Marina y Actividades Conexas	"Artículo 17 Se entiende por buque toda construcción flotante <i>apta</i> para navegar por agua, cualquiera sea su clasificación y dimensión que cuente con seguridad, flotabilidad y estabilidad. Toda construcción flotante carente de medio de propulsión se considera accesorio de navegación".
Brasil	Reglamento de tráfico marítimo (RTM)- revocado. L. 9537/LESTA	Artículo 2. - "nave (EMBARCACAO) es toda construcción <i>susceptible</i> de trasladarse por agua cualquiera sea su característica." Art 2 «cualquier construcción, incluidas las plataformas flotantes, así sean remolcadas, fijas, sujetas a registro que puede <i>moverse</i> en el agua por sus propios medios o no, transportando personas o carga.
Argentina	Ley de navegación No 20.094	"Artículo. 2. - Buque es toda construcción flotante destinada a navegar por agua. Artefacto naval es cualquier otra construcción flotante auxiliar de la navegación, pero no destinada a ella, aunque pueda desplazarse sobre el agua en cortos trechos para el cumplimiento de sus fines específicos.
Chile	Código de Comercio art 826	Artículo.826 nave:" toda construcción principal, <i>destinada</i> a navegar, cualquiera que sea su clase o dimensión"
México	Ley de navegación y comercio marítimo Última reforma publicada DOF 23-01-2014 (LNCM)	Artículo 2. Embarcación: Toda construcción <i>diseñada</i> para navegar sobre o bajo vías navegables
Inglaterra	Merchant shipping act 1894	section 742. "A ship includes every description of vessels used in navigation not propelled by oars" Buque es toda descripción de embarcación <i>usada</i> para la navegación no propulsada por remos.

Tabla 1 Definición buque por diferentes Estados. Elaboración propia.

ISSN: 2805-749

Bien lo expresa Portales nuevos sujeto entran en el abanico, pues “es obvio que la navegación de los buques autónomos incorpora elementos que, hasta ahora, la regulación de la navegación marítima no había contemplado. Por tanto, parece indiscutible que dicha regulación no es aplicable a los buques autónomos. La irrupción de nuevos protagonistas como el Capitán en tierra y los operadores, a bordo o desde tierra, genera un escenario que no tiene encaje sencillo en las normas vigentes” (Javier Portales, s.f.).

Lo que actualmente es objeto de revisión es el alcance de la reforma normativa necesaria. Más concretamente, hay que valorar si será suficiente con una revisión y adaptación de las normas vigentes o será necesario un nuevo desarrollo normativo, incluyendo nuevos Convenios Internacionales. Siguiendo el tema que se propone estudiar, al efectuar la misma acción comparativa sobre convenios de transporte, decisiones o Convenios de la OMI, se puede observar como lo describe la tabla No.2 que:

Organización	Regla	Definición
CAN ¹⁰	Decisión 487/modificada 532	Toda construcción flotante apta para navegar, cualquiera sea su tipo, clase o dimensión
OMI ¹¹	MARPOL	Por "buque" se entiende todo tipo de embarcaciones que operen en el medio marino, incluidos los aliscafos, así como los aerodeslizadores, los sumergibles, los artefactos flotantes y las plataformas fijas o flotantes.
CMI ¹²	Reglas de la Haya 1924/ La Haya- Bisby	“Buque” significa cualquier embarcación empleada para el transporte de mercancías por mar;
UNCITRAL ¹³	Rotterdam	Por “buque” se entenderá cualquier embarcación utilizada para transportar mercancías por mar.

Tabla 2 Definición Buque por Organizaciones Internacionales

¹⁰ Comunidad Andina de Naciones

¹¹ Organización Marítima Internacional

¹² Comité Marítimo Internacional

¹³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI

ISSN: 2805-749

Tenemos entonces que la generalidad como se define el buque permite entender que el no buque tripulado está inmerso dentro de las diferentes normas o reglamentaciones internacionales, lo cual no afecta realmente el carácter primario de la nave el cual es efectuar una navegación con diferentes propósitos es especialmente el transporte de personas y mercancías.

1.2 *La legislación nacional*

En relación con la norma nacional donde se enuncia el buque o la nave al efectuar la comparación sobre el tema se tiene que:

Código de Comercio	Art. 1432:	“Se entiende por nave toda construcción principal independiente, <i>idónea</i> para la navegación y <i>destinada</i> a ella, cualquiera que sea su sistema de propulsión”
Ley 1242/ 2008	Art. 4:	Construcción principal o independiente, apta para la navegación cualquiera que sea su sistema de propulsión, destinada a transitar por las vías fluviales de la Nación, sujeta al régimen de documentación y control del Ministerio de Transporte.
Proyecto DIMAR- LEGISMAR	Art. 2:	«Se entiende por buque o nave toda construcción principal o independiente, <i>idónea</i> para la navegación y destinada a ella, cualquiera que sea su sistema de propulsión.»
Ley 658 de 2001/ Prácticos	Art. 2:	Buque o nave. Es toda construcción principal e independiente, <i>idónea</i> para la navegación y destinada a ella, cualquiera que sea su sistema de propulsión.
LEY 730 DE 2001 (registro y abanderamiento de naves y artefactos navales -transporte marítimo, pesca comercial y/o industrial)	Art: 1	Barco, buque o nave. Toda construcción flotante con medios de propulsión propios <i>destinada</i> a la navegación por agua, que se utiliza en el comercio para el transporte de carga o para remolcar naves dedicadas al transporte marítimo, incluyendo los barcos pesqueros comerciales e industriales. Se excluyen específicamente las naves deportivas de cualquier tamaño.

Tabla 3 Definición buque Norma Colombia. Elaboración propia.

Resultados

ISSN: 2805-749

En todos los casos enunciados, las definiciones incluyen dos temáticas, en primer lugar, la idoneidad para la navegación, el cual debe servir para ello y debe ser propio a ello y en segundo lugar la destinación de la navegación: La nave debe poder desplazarse en el agua.

También se puede destacar que las definiciones expuestas tienen como verbo rector las palabras idónea, apta, susceptible, destinada, diseñada, usada, moverse, operar, empleada, utilizada con el fin de navegar y así desplazarse en un medio acuático.

Como se observa también y en aras de la internacionalización, y facilitación no importa que la definición o el convenio sean de carácter nacional o internacional, pues se busca una generalidad y en todo caso no se incluye la tripulación como parte de la definición, lo que infiere que el buque autónomo está inmerso en estas definiciones. Es de resaltar que el proyecto de código marítimo para Colombia de la DIMAR- LEGISMAR, propone una definición de Buque Autónomo o no tripulado: Es aquel que es capaz de efectuar movimientos controlados en el agua con ausencia de toda su tripulación, siendo esta una de las primeras legislaciones nacionales en mirar este tema, pero además obliga en este caso a los controladores y todo interviniente en materia de transporte marítimo a habilitarse, cuando expresa que “Toda persona natural o jurídica que ofrezca comercialice o ejecute el servicio de transporte marítimo nacional y/o internacional, de personas y/o mercancías, incluyendo el transportador no operador de naves, el agente de carga internacional y el operador logístico, están en la obligación de contar con habilitación y permiso de operación expedido por la Autoridad Marítima, cumpliendo con los requisitos que dicha Autoridad establezca en el reglamento”¹⁴.

Sin embargo, es pertinente concretar que «buque autónomo de superficie marítimo (MASS) Maritime Autonomous Surface Ship, a todo buque que, en diversos grados puede navegar sin depender de la interacción humana, controlado en su totalidad por programas de inteligencia artificial, que gestionan y resuelven a través de algoritmos previamente establecidos cualquier

eventualidad que pudiera producirse durante un viaje”.

Los buques de superficie no tripulados comprenden todas las categorías, a diferencia de los buques autónomos que abarcan solo una clase de buques no tripulados. La denominación de buques autónomos hace referencia con: “buques con propulsión propia que navegan sin tripulación, controlados en

¹⁴Artículo 154.- Habilitación y permiso de operación.

ISSN: 2805-749

forma remota o autónoma”. (Pérez, <https://www.mascontainer.com/>, 2019)

2 La clasificación

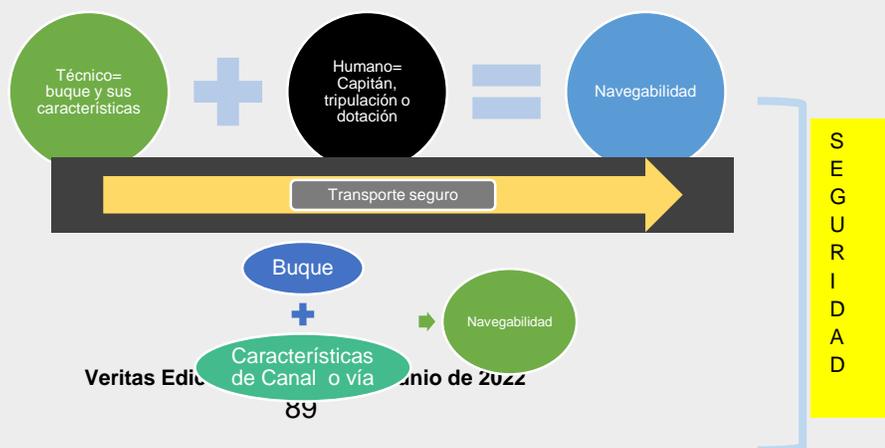
Doctrinariamente y reglamentariamente para facilitar la clasificación de los buques o embarcaciones y permitir un aprendizaje más claro las se ha decidido tener en cuenta algunos parámetros que describimos según el concepto técnico de su medio de propulsión, según su uso, según su valor económico relacionado con la navegabilidad, según el lugar o tipo de vía acuática donde navega, aguas interiores, espacios marítimos, sobre o dentro y con el desarrollo de estos nuevos buques podríamos incluir según su forma de gobierno, ya sean autónomos o controlados.

Sin embargo, se requiere de elementos para poder determinar la navegabilidad ya sea del buque o del canal. En el primer caso, para el buque se requiere de lo técnico encabezado por el buque y sus características e idoneidad de la tripulación; En el segundo caso, el buque y sus características técnicas para arribo en un muelle específico en concordancia con las particularidades de especificidad del canal de acceso y el frote del muelle. Todo esto para realizar un transporte seguro. (ver Figura 1)

2.1 La Navegabilidad

Este es un tema relevante, que afecta temas de responsabilidades y obligaciones que involucran a muchos sujetos de derecho marítimo, pues la hay para el buque y para el canal donde se navega.

Podemos decir que navegabilidad es «el estado, condición y cualidades del buque para la finalidad que se persigue con su uso, navegar en las lógicas y mínimas condiciones de seguridad de bienes y personas que permiten hacer el uso racional del mismo, tanto de la perspectiva de las personas que en algún modo toman parte de dicha navegación como desde aquellas otras que, aun no han tomado parte directamente, puedan verse afectada por ella.» (PULIDO, 2015, pág. 219)



ISSN: 2805-749

Figura 1 Elementos de Navegabilidad- Elaboración propia

Esta obligación de navegabilidad del buque es, desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre el contrato de transporte de mercancía, la obligación incide en la preparación del buque pues es menester su alistamiento y equipar y dotar el buque para efectuar el transporte, así por ejemplo el artículo 3.1 de las reglas de la Haya Visby establece que el porteador, antes de comenzar el viaje, deberá cuidar diligentemente:

- a) De que el buque este en estado de navegar (en otras palabras, la navegabilidad recae en la aptitud estructural de buque).
- b) De armar (medios técnicos), equipar (tripulación suficiente y competente) y aprovisionar el buque (repuestos y combustible, así como el avituallamiento de víveres para tripulación) además del convenientemente en funcione del viaje previsto.
- c) De limpiar y poner en buen estado las bodegas, cámaras frías y frigoríficos y demás lugares del buque, cuando se carguen las mercancías para su recepción, transporte y conservación.

Siendo todas estas indelegables por el porteador (Juan P, 2018, pág. 326), además de aspectos como la diligencia¹⁵ que es realizada por el factor humano, en otras palabras, la tripulación, lo que trae serias contradicciones que deben ser resueltas.

Reglas de Rotterdam	Artículo 14	<p>Obligaciones específicas aplicables al viaje por mar</p> <p>El porteador estará obligado a obrar con la debida diligencia antes, al <u>comienzo y durante</u> el viaje por mar, para:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Poner y mantener el buque en adecuado estado de <u>navegabilidad</u>; b) <u>Tripular, armar y avituallar</u> debidamente el buque, y mantenerlo así tripulado, armado y avituallado durante todo el viaje; y
---------------------	-------------	---

¹⁵ RAE. Cuidado y actividad en ejecutar algo

ISSN: 2805-749

		c) <u>Mantener</u> las bodegas y demás partes del buque en donde se transporten las mercancías, así como todo contenedor por él suministrado y en cuyo interior o sobre el cual se transporten mercancías, en el estado adecuado para su recepción, transporte y conservación.
Reglas de Rotterdam	Artículo 18	Responsabilidad del porteador por actos ajenos. 5. No obstante lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo, el porteador será también responsable de la totalidad o de parte de la pérdida, el daño o el retraso si: a) El reclamante prueba que la pérdida, el daño o el retraso fue o es probable que haya sido total o parcialmente causado por: i) <u>el estado de innavegabilidad del buque</u> ;
Reglas de Haya Visby	Artículo 3	1. El porteador, antes de comenzar el viaje, deberá cuidar diligentemente de que el buque este en <u>estado de navegar, de armar</u> (TECNICO), <u>equipar</u> (PERSONAS) y aprovisionar el buque (REPUESTOS) convenientemente. De <u>limpiar y poner</u> en buen estado las bodegas, cámaras frías y frigoríficas y demás lugares del buque, cuando se carguen las mercancías para su recepción, transporte y conservación
Código de Comercio	Artículo 1582. obligaciones del transportador respecto de la nave.	Estará obligado el transportador a cuidar de que la nave se halle en <u>estado de navegar, equipada y aprovisionada</u> convenientemente. El transportador responderá de las pérdidas o daños provenientes de la falta de condiciones de la nave para navegar, a menos que acredite haber empleado <u>la debida diligencia</u> para ponerla y mantenerla en el estado adecuado, o que el daño se deba a vicio oculto que escape a una razonable diligencia.
Forma contrato fletamento	BARECON 2017	Establece ahora que «Los propietarios ahora tienen la obligación absoluta de entregar el barco en <u>condiciones de navegación</u> y, en todos los aspectos, <u>listos para el servicio</u>

ISSN: 2805-749

		de fletamento» mientras que, bajo la forma anterior (2001), los propietarios solo necesitaban "ejercer la diligencia debida" a este respecto.
Ley 730 de 2001	ARTÍCULO 20.	Para el registro definitivo de la nave o artefacto naval, deberá remitirse, en documentación original y/o autenticada, según el caso: ...i) Los <u>certificados de navegabilidad y seguridad de la nave</u> vigentes, expedidos por la Autoridad Marítima o por una Sociedad Internacional de Clasificación reconocida...
	ARTÍCULO 26.	Las naves y artefactos navales deben reunir las <u>condiciones de seguridad</u> previstas en la legislación nacional y en los convenios internacionales.
	ARTÍCULO 27.	Las condiciones de seguridad de las naves y artefactos navales a que se refiere el artículo anterior se determinarán de acuerdo con <u>la naturaleza y finalidad de los servicios</u> que presten y de la navegación que efectúen, así como de conformidad con las normas internacionales que rigen la materia.

Tabla 4 Comparación Obligaciones navegabilidad

La normativa analizada y comparada claramente muestra el efecto en las obligaciones por no contar con la tripulación para efectos de navegabilidad, pues acciones como condiciones, armar, equipar son necesarias para navegar y hacerlo con seguridad, de lo contrario es innavigable dentro de los diferentes instrumentos jurídicos ya sean códigos, contratos o reglas vistas. Además de lo anterior, Artículo 1501 del código de comercio establece las funciones y obligaciones del capitán y entre ellas se encuentran 1) Cerciorarse de que la nave está en buenas condiciones de navegabilidad para la navegación que va a emprender; 3) Estar al tanto del cargue, estiba y estabilidad de la nave. En nuestro sentir las condiciones de navegabilidad y la forma de cargue, aseguramiento de carga y estiba están en cabeza del capitán y la tripulación, por lo que en buques autónomos serian funciones de otros sujetos de derecho que no necesariamente responderían, lo que podría tener muchos vacíos de no regularse claramente.

Entonces la no asistencia del capitán a bordo podría entenderse como un mutación

ISSN: 2805-749

en hacia el controlador en temas de responsabilidad, pero además los programadores de navegación en rutas y de carga suplantarían las funciones de la tripulación, desde este punto de vista nacen nuevos sujetos de derecho marítimo y nuevas responsabilidades lo que requiere de una aplicación por analogía con interpretación o asimilación del término como parte la tripulación o un cambio en las reglas específicas para este tipo de embarcaciones. En todo laso las responsabilidades del transportador como transporte, custodia y entrega no cambian.

3 Utilización de pilotos prácticos

Actualmente la ley que reglamenta el ejercicio del pilotaje en Colombia es la Ley 658- 2001 por la cual se regula la actividad marítima y fluvial de practicaaje como servicio público en las áreas Marítimas y Fluviales de jurisdicción de la Autoridad Marítima Nacional. La norma expresa en el artículo 4° que la prestación del servicio...es obligatoria para todos los buques de bandera nacional y extranjera de + de (200) (T.R.B.), que realizan maniobras o navegación de practicaaje, sin embargo, prevé casos especiales en Artículo 31. Permiso especial para entrada y salida de puerto sin piloto práctico, donde podrían entrar los

buques no tripulados, de lo contrario se entraría a regular una nueva norma.

4 PBIP

Desde la entrada en vigor del capítulo XI -2 del Convenio SOLAS, el Código internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP) ha constituido la base de un régimen de protección obligatoria para el transporte marítimo internacional, dando funciones y responsabilidades de protección marítima y portuaria que los gobiernos contratantes del Convenio SOLAS, las autoridades portuarias y las compañías navieras han de observar, de manera que se puedan cumplir el Código. (OMI, 2019)

Para el caso que nos ocupa, la parte “A” establece obligaciones para la compañía y el oficial de protección de buques que se describen.

6 OBLIGACIONES DE LA COMPAÑÍA (Parte A)

6.1 La compañía se asegurará de que el plan de protección del buque contiene una declaración¹⁶ en la que se destaca claramente la autoridad del capitán. La compañía establecerá en el plan de protección del buque que el capitán ostenta la máxima autoridad

¹⁶ Subrayados fuera de texto

ISSN: 2805-749

y la responsabilidad de adoptar decisiones en relación con la seguridad y la protección del buque y de pedir ayuda a la compañía o a un Gobierno Contratante, según sea necesario.....; 6.2 La compañía garantizará que el oficial de la compañía para la protección marítima, el capitán y el oficial de protección del buque cuentan con el apoyo necesario para desempeñar sus tareas y responsabilidades de conformidad con el capítulo XI-2 y con la presente parte del Código.....

12 OFICIAL DE PROTECCIÓN DEL BUQUE (Parte A)

12.1 En cada buque se designará un oficial de protección del buque; 12.2 Además de las que se estipulan en otras secciones de la presente parte del Código, las tareas y responsabilidades del oficial de protección del buque serán, sin que esta enumeración sea exhaustiva, las siguientes:

.....3 coordinar los aspectos de protección de la manipulación de la carga y de las provisiones del buque con otro personal del buque y con los oficiales de protección de las instalaciones portuarias pertinentes;

.....5 informar al oficial de la compañía para la protección marítima de toda deficiencia e incumplimiento descubiertos.....;

.6 acrecentar la toma de conciencia de la protección y la vigilancia a bordo;

.7 garantizar que se ha impartido formación adecuada al personal de a bordo, según convenga;

.8 notificar todos los sucesos que afecten a la protección;

.9 coordinar la implantación del plan de protección del buque con el oficial de la compañía para la protección marítima y el oficial de protección de la instalación portuaria pertinente; y.....

La Parte B del Código facilita una serie de directrices de carácter recomendatorio sobre cómo cumplir las prescripciones y obligaciones especificadas en las disposiciones de la Parte A. Difícil cumplimiento de la regla 6 y 12 que tienen que ver con la autoridad y responsabilidad en materia de seguridad, y las funciones del Oficial designado para la protección del buque, pues hay tareas donde debe estar a bordo y otras tareas se dirigen hacia la tripulación, incumplimiento de obligaciones, sobre todo acciones dirigidas específicamente

ISSN: 2805-749

a personas en cabeza del capitán y el oficial de protección, como el control, la coordinación, concientización, formación y envío de información, es este caso sería pertinente el cambio de responsabilidades a otros intervinientes que además del controlador pueden estar relacionados ya sea con el cuidado de la operación portuaria, cargue y descarga como su representación como cualquier tipo de agencia.

5 Riesgos Marítimos y nuevas tecnologías.

Haciendo una mirada general del tema es de resaltar que “El transporte marítimo es vital para la economía, siendo responsable de la movilización del 90% del comercio mundial, proporcionando alimentos y materias primas esenciales para miles de millones de personas. Este transporte es realizado a bordo de más de 51.400 buques mercantes, de más de 150 naciones, operados por 774.000 oficiales y 873.500 tripulantes de diversas nacionalidades”. (ics-shipping.org, 2019)

Por otro lado, el “transporte marítimo, es una de las ocupaciones más peligrosas del mundo. Si bien es cierto que el número de accidentes a bordo ha ido disminuyendo con los años gracias a los esfuerzos de la Organización Marítima Internacional (OMI), el año 2016 se registraron 2.6112 accidentes,

sin considerar los 246 ataques de piratas y robos armados contra buques mercantes.

Conforme a lo señalado por la UK P&I Club, el elemento humano es la causa del 84–88% de los accidentes ocurridos a bordo de los buques tanque, el 79% de las varadas de los remolcadores y entre el 89–96% de las colisiones entre buques, provocando pérdidas por aproximadamente 541 millones de dólares por año. En ese contexto, la comunidad marítima mundial se ha volcado a buscar e implementar nuevas medidas que permitan aumentar los niveles de seguridad, la eficiencia en este tipo de transporte y la disminución de accidentes.

El elemento humano es la causa de más del 80% de los accidentes a bordo de las naves y de las colisiones, provocando pérdidas por aproximadamente 541 millones de dólares por año. (Crawford, 2018), por esta razón sería pertinente preguntar si realmente ¿la aplicación de estas tecnologías nuevas traerá el fin de los accidentes marítimos?, conociendo además que pueden ser vulnerables desde el punto de vista de acceso a programas entre otros, pero además las coberturas de P&I deben ampliar coberturas a riesgos cibernéticos.

hablamos de buques de nueva construcción con un nivel tecnológico muy exigente, incorporando software y hardware

ISSN: 2805-749

altamente complejos. Su implantación exigirá una infraestructura portuaria específica y será necesario un control permanente y cualificado del tránsito de los buques. Igualmente, es preciso referirse a su mayor vulnerabilidad a los ciberriesgos (Javier Portales, s.f.)

5.1 La respuesta de la OMI

Uno de los temas más controvertidos en el transporte marítimo es el surgimiento de embarcaciones autónomas. La viabilidad de estos recién llegados al campo marítimo sigue siendo hoy bastante controvertida entre la mayoría de los expertos de la industria. Sin embargo, lo cierto es que, a pesar de la incertidumbre y los muchos escépticos, la Organización Marítima Internacional (OMI) no ignora estas nuevas iniciativas tecnológicas alternativas y continúa el debate y establece una metodología para realizar ensayos y desarrollar una hoja de ruta para considerar el Proyectos e inversiones de varias empresas punteras del sector.

Los cambios e innovaciones generan incertidumbre en el uso, controversia con lo

que actualmente se tiene, Viabilidad en términos de función, costos y manejo de riesgos y legalidad en términos de la adaptación o aceptación de la norma.

Con el fin de poder tener un panorama real, la OMI en la 101a reunión del Comité de Seguridad Marítima (MSC) de la OMI donde aprueba las directrices de prueba de buques autónomos permitiendo la realización de pruebas y ensayos para buques autónomos en cuanto al planeamiento, el manejo de riesgos y la idoneidad de quien lo controla.

Se estableció, que para la realización de los ensayos deben llevarse a cabo de una manera que proporcione al menos el mismo grado de seguridad, protección y medio ambiente que proporcionan los instrumentos pertinentes.

En la planificación de estos eventos se deben prever los riesgos asociados con los ensayos deben identificarse de manera apropiada y deben establecerse medidas para reducir los riesgos, a un nivel tan bajo como sea razonablemente posible y aceptable.

Las pautas estipulan además que los operadores a bordo o remotos de MASS¹⁷ (un

¹⁷ El Comité de Seguridad Marítima (MSC) de la OMI en su 99º período de sesiones en 2018, abordó lo relativo a los buques autónomos mediante un estudio exploratorio preliminar propuesto donde consideró diversos

aspectos, en especial lo referido a la definición, grados de autonomía de los buques y la propuesta sobre las directrices provisionales que serían elaboradas para los ensayos de los buques autónomos. A tales

ISSN: 2805-749

barco que, en un grado variable, puede operar independientemente de la interacción humana) deben estar debidamente calificados para operar en MASS, sujeto a la prueba.

Cualquier personal involucrado en las pruebas de MASS, ya sea a distancia o a bordo, debe estar calificado y tener la experiencia adecuada para llevar a cabo las pruebas de MASS de forma segura. Deben tomarse las medidas adecuadas para garantizar una gestión suficiente de los riesgos cibernéticos de los sistemas y la infraestructura utilizados al realizar las pruebas MASS”, (escolaeuropea.eu, 2019) dando unas condiciones mínimas exigibles para todos los que participan en el negocio marítimo que están en desarrollo de esta innovación.

En todo caso es pertinente recordar que los armadores parecen dudar en renunciar al control de sus embarcaciones en favor de soluciones autónomas, ya que confían en sus capitanes y tripulaciones más que en la tecnología inteligente. (escolaeuropea, 2019)

5.2 *Riesgo cibernético marítimo*

efectos, considera: "buque autónomo de superficie marítimo (MASS) Maritime Autonomous Surface Ship, a todo buque que, en diversos grados puede navegar sin depender de la interacción humana,

La Organización Marítima Internacional (OMI) define que "...el riesgo cibernético marítimo se refiere a la medida del nivel de amenaza de un activo tecnológico por una circunstancia o sucesos posibles, que podrían causar fallos operacionales, de seguridad y protección del transporte marítimo al corromperse, perderse o poner en peligro información o sistemas". (Pérez, 2019)

Buques y puertos ya han sido afectados por ciber ataques, por ejemplo, la naviera Maersk en 2017 (el país, 2017) o el puerto de Barcelona (la vanguardia, 2018) han tenido situaciones que afectan su operación. Las compañías enfrentan el riesgo cibernético y la brecha actual entre percepción y realidad en términos de la preparación cibernética de alguna organización, se hace cada vez más necesaria, de allí que la respuesta de la OMI a través del Comité de Seguridad Marítima ha sido la aprobación de las Directrices sobre la Gestión de los Riesgos Cibernéticos Marítimos, las cuales fueron diseñada juntamente con el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) (Pérez, 2019)

controlado en su totalidad por programas de inteligencia artificial, que gestionan y resuelven a través de algoritmos previamente establecidos cualquier eventualidad que pudiera producirse durante un viaje”.

ISSN: 2805-749

Las Directrices para la Gestión de Riesgos Cibernéticos Marítimos, buscan minimizar riesgos en desarrollo de su contenido y para evitar posibles ataques es necesario: "...identificar funciones y responsabilidades en la gestión de los riesgos cibernéticos; Proteger e implantar procedimientos y medidas de control; Detectar sucesos cibernéticos oportunamente; Responder crear e implementar actividades afectadas por un suceso cibernético; Recuperar, medidas para copiar sistemas cibernéticos, que son necesarios para las operaciones del transporte marítimo...", la definición de riesgo cibernético marítimo, busca contribuir a la seguridad y protección del transporte marítimo, tal como lo señala en su versión 2018 el Código Internacional de Gestión de la Seguridad (Código IGS).

Por esta razón, las empresas, las autoridades y todo el sector, deben ejercer un control sobre los riesgos asociados con las nuevas tecnologías, fortalecer sus sistemas y crear protocolos de protección.

Para el caso de las tecnologías autónomas, estos comienzan por ser identificados de forma integral tomando en cuenta las capacidades tecnológicas de las organizaciones, las aseguradoras y las empresas deben tener en cuenta que no existen regulaciones específicas ya que en su

mayoría siguen sin desarrollarse, constituyendo todo un desafío para la industria marítima y el entorno jurídico. Buques que podrán navegar solos, sin tripulación, sistemas inteligentes que hacen posible controlar la navegación autónoma, centros de datos e inteligencia artificial, sensores en contenedores que alertan sobre problemas con las temperaturas de almacenamiento a bordo y hasta un capitán virtual, son algunas de las tecnologías que se están desarrollando. (Pérez, 2019), además, será muy interesante la aplicación de la reglamentación a los buques autónomos de una institución tradicional y fundamental en el Derecho Marítimo, como es la limitación general de responsabilidad de los armadores.

Conclusiones.

A modo de enunciación se describen las conclusiones de este trabajo investigativo:

- Los buques van a ir desde niveles de total autonomía donde el buque no necesitará al humano hasta buques en los que el operador supervise y de órdenes desde tierra.
- El buque no está definido en convenciones de Derecho Público, aparece el buque de guerra y el buque de estado, se considera que se debe incluir la palabra controlador para este tipo de buques.

ISSN: 2805-749

- Como estado Rector de puerto todo estado define condiciones de seguridad para sus barcos y esto incluye dotación en concordancia con la costumbre internacional y los diferentes convenios, lo que obliga a manejar otras consideraciones para este tipo de buques.
- Las definiciones de diferentes ya sea de estados o convenios tienen inmerso el buque autónomo, al describir acciones como construcción, idónea, destinada, apta, trasladar, destinada, diseñada, usada, operar, empleada, utilizada, que sirve para navegar, además, ninguna contempla la tripulación en su contenido.
- La clasificación de las naves debe incluir la forma de gobierno de la nave.
- La propuesta normativa del anteproyecto de ley de navegación marítima de Colombia impulsado por la Dirección General Marítima tiene inmersa este tipo de buque.
- Como está implícita en la navegabilidad de la embarcación lo referente a la tripulación, es pertinente considerar la revisión o modificación de las reglas que así lo relacionen en los convenios, o efectuar enmiendas específicas para este tipo de buques.
- Podrían aparecer nuevos sujetos de derecho marítimo, así por ejemplo el controlador desde el carácter funcional en cuanto a la náutica y la carga podría ser un nuevo sujeto de derecho, por otro lado, el programador podría ser estar sujeto a regímenes de responsabilidades pues de su labor será el desempeño de la nave, así como dependerá el estado de navegabilidad.
- La introducción de barcos autónomos puede traer a todas las partes involucradas muchas ventajas, que, por supuesto, incluyen la reducción del costo operativo de los armadores, aumentando la capacidad de ganancia del buque buscando minimizar el accidente marítimo, sin embargo, los costos iniciales son más altos, lo que fortalecería los monopolios en el negocio marítimo al existir menor competencia.
- Es determinante delimitar qué grado de autonomía tiene el buque para poder aplicar unos protocolos u otros.
- Difícil cumplimiento de la regla 6 y 12 (parte A) PBIP, que tienen que ver con la autoridad y responsabilidad en materia de seguridad, y las funciones del Oficial designado para la protección del buque, pues hay tareas donde debe estar a bordo y otras

ISSN: 2805-749

tareas se dirigen hacia la tripulación, incumplimiento de obligaciones.

- Debe considerarse el Pilotaje con permiso especial o remoto para estos buques.
- La Organización Marítima Internacional (OMI) ha comenzado a trabajar para estudiar las operaciones marítimas de embarcaciones autónomas (MASS).
- Como primer paso, se identificaron las disposiciones actuales en una lista acordada de instrumentos de la OMI y se evaluó cómo pueden aplicarse o no a los buques con diversos grados de autonomía y / o si pueden excluir las operaciones de MASS. Como segundo paso, se llevó a cabo un análisis para determinar la forma más adecuada de abordar las operaciones de MASS, teniendo en cuenta, entre otros, el elemento humano, la tecnología y los factores operativos.
- Como segundo paso, se llevó a cabo un análisis para determinar la forma más adecuada de abordar las operaciones de MASS, teniendo en cuenta, entre otros, el elemento humano, la tecnología y los factores operativos.

Bibliografía

@WICHO. (24 de 2 de 2007).

<https://www.microsiervos.com/archivo/tecnologia/barcos-electricos.html>.

Retrieved 9 de 7 de 2019, from <https://www.microsiervos.com>

confidencial. (27 de 2 de 2016). Retrieved 9 de 7 de 2019, from

<https://confidencial.com.ni/las-cuatro-revoluciones-industriales-y-el-progreso/>: <https://confidencial.com.ni>

Crawford, J. C. (2018). *OPERACIONES CON BUQUES NO TRIPULADOS, ¿FIN DE los ACCIDENTES EN EL MAR?* .

<https://revistamarina.cl/revistas/2018/3/jcrawfordc.pdf>: <https://revistamarina.cl>

elpais. (16 de 8 de 2017).

https://elpais.com/economia/2017/08/16/actualidad/1502901718_899223.html

escolaeuropea. (13 de 7 de 2019).

<https://escolaeuropea.eu/news/industry-news/shipowners-still-not-ready-to-give-up-control-to-intelligent-vessels/>: <https://escolaeuropea.eu>

escolaeuropea.eu. (2019).

https://escolaeuropea.eu/did-you-know/blue-innovation-autonomous-shipping-the-maritime-industry-of-the-future/?utm_source=sendinblue&utm_campaign=ODISEO_Summer_2019_Issue_vMM&utm_medium=email: <https://escolaeuropea.eu/news/our-news/>

Flores, L. (3 de 11 de 2012). *Finmar motor marino*. Retrieved 9 de 7 de 2019, from

ISSN: 2805-749

- <http://finmarmotormarino.blogspot.com/2012/11/>
<http://finmarmotormarino.blogspot.com/2012/11/>
- Guzmán, J. (18 de 8 de 2017). *Buques no tripulados, ¿estamos listos?* Retrieved 10 de 7 de 2019, from https://www.prensa.com/opinion/Buques-no-tripulados-listos_0_4828017236.html: <https://www.prensa.com>
- ics-shipping.org. (13 de 7 de 2019). *Oferta y demanda global para la gente de mar*. <http://www.ics-shipping.org/shipping-facts/shipping-and-world-trade/global-supply-and-demand-for-seafarers>: <http://www.ics-shipping.org>
- Javier Portales. (s.f.). <https://www.clustermaritimo.es>. Retrieved 24 de 05 de 2021.
- Juan P, R. (2018). La irrupción del buque autónomo o controlado remotamente en los aspectos jurídico- privados del derecho marítimo. En M. v. Petit, *El transporte como motor de desarrollo socioeconómico* (págs. 315- 345). Barcelona: Marcial Pons.
- lavanguardia. (20 de 9 de 2018). <https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20180920/451930581288/puerto-barcelona-sufre-ciberataque-y-podria-causar-retraso-entrega-mercancias.html>: <https://www.lavanguardia.com>
- MIRAVALLS, J. (17 de 6 de 2014). <https://www.elmundo.es>. <https://www.elmundo.es/ciencia/2014/06/17/53a012fc22601dc46a8b457a.html>
- Nordenstahl, G. (27 de 11 de 2017). *Buques no tripulados. GN*. Retrieved 10 de 7 de 2019, from <http://www.nuestromar.org/files/BUQUES-NO-TRIPULADOS-GN.pdf>: <http://www.nuestromar.org>
- OMI. (2019). http://www.imo.org/es/OurWork/Security/Guide_to_Maritime_Security/Paginas/SOLAS-XI-2%20ISPS%20Code.aspx. Retrieved 9 de 7 de 2019, from <http://www.imo.org>
- Pérez, J. (17 de 7 de 2019). <https://legislacionmaritimainternacional.blogspot.com/2019/07/buques-autonomos.html>
- Pérez, J. (7 de 18 de 2019). <https://legislacionmaritimainternacional.blogspot.com/search/label/Art%C3%ADculos>
- Pérez, J. (12 de 4 de 2019). <http://actualidadmp.com/articulos/riesgo-cibernetico-maritimo/> de 4 de 2019). <http://actualidadmp.com>
- Pérez, J. (5 de 9 de 2019). <https://www.mascontainer.com/>. (Mas container - RESUMEN INFORMATIVO 93 / 2019) Retrieved 5 de 9 de 2019, from Buques autónomos: ¿Qué normas aplicar o es necesario establecer regulaciones distintas? por : <https://www.mascontainer.com/>

ISSN: 2805-749

Portales, J. (2018). El desafío legal de los buques autónomos. En M. V. Lavall, *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico* (págs. 303- 312). Barcelona: Marcial pons.

PULIDO, B. J. (2015). *Curso de Derecho a la Navegación*,. Madrid: tecnos.

Reyes, J. A. (2013). Importancia y evolución de las Tlcs en el transporte marítimo. En I. I.-R. Venezuela, *Derecho Marítimo Iberoamericano* (págs. 347-362). Caracas: iidm.

Tiba. (29 de 4 de 2016). *Historia del contenedor*. Retrieved 9 de 7 de 2019, from <https://www.tibagroup.com/mx/mclean-y-la-caja-que-cambio-la-historia-del-comercio>: <https://www.tibagroup.com>

Torres, C. (26 de 11 de 2018). *Las cuatro revoluciones industriales*. Retrieved 9 de 7 de 2019, from <https://power-mi.com/es/content/las-cuatro-revoluciones-industriales>: <https://power-mi.com>

unican. (s.f.). *La segunda revolución industrial y la gran empresa*. Retrieved 9 de 7 de 2019, from <https://ocw.unican.es/pluginfile.php/1213/course/section/1495/MC-II-3.pdf>: <https://ocw.unican.es>

ISSN: 2805-749

**ANÁLISIS NORMATIVO DE LOS
CONVENIOS INTERNACIONALES Y
NORMAS APLICABLES SOBRE LOS
BUQUES DE PESCA,
CARACTERÍSTICAS E INSPECCIÓN.**

Luis Eduardo Chávez Perdomo*¹⁸



Resumen:

Este artículo busca dar a conocer la complejidad de la clasificación de las embarcaciones pesqueras, partiendo de un análisis normativo de los convenios internacionales y normas aplicables a este tipo de embarcaciones en Colombia, puesto que existen diferencias importantes partiendo de lo general dados por el código de comercio y la autoridad marítima a lo particular, por esta razón partimos de su definición y los aspectos característicos a tener en cuenta al momento

de clasificar las embarcaciones de pesca, siendo importante la identificación de los lineamientos necesarios para la utilización e inspección de este tipo de embarcaciones.

Palabras clave: Pesca, buque, definición, clasificación.

Abstract:

This article seeks to know the complexity of the classification of fishing vessels, making a normative analysis of conventions and applicable standards for this type of vessels in Colombia, knowing their definition and the characteristic aspects to take into account when classifying vessels of fishing, being important the identification of necessary guidelines for the inspection of this type of vessels.

Key words: Fishing vessel, definition, classification.

Introducción

La actividad pesquera se remonta al hombre primitivo, que en búsqueda de su bienestar y supervivencia se adentra en el

* Magister en Derecho Internacional y relaciones Exteriores, Profesional en ciencias navales, abogado marítimo, perito naval, becario en gestión de puertos de la CIP-OEA-PUERTOS DEL ESTADO, profesor de la Universidad Externado de Colombia, Escuela Naval Almirante Padilla y la Universidad Sergio Arboleda. Consultor. ORCID [0000-0001-6533-2960](https://orcid.org/0000-0001-6533-2960)

https://scholar.google.com/citations?view_op=list_works&hl=es&user=9aH9M9YAAAAJ Email. lechip8@gmail.com / www.aflumarpport.com

ISSN: 2805-749

océano para su supervivencia y con el tiempo para sus actividades comerciales y políticas. La pesca es un elemento importante dentro de la seguridad alimentaria, pues además de la alimentación, sus productos tienen innumerables usos para otras industrias, así el elemento que permite recibir este producto es el buque que cada vez más especializado y de mejores características se adentra cada vez más mar adentro. El buque pesquero en general nos trae una serie de elementos distintivos y se quiere dar a conocer cuáles son los elementos básicos en la clasificación del buque de pesca, en desarrollo de los principios de la uniformidad y la universalidad del derecho marítimo.

Desde 1999, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estimó que 24.000 personas morían cada año en el sector pesquero, una cifra 10 veces mayor a la de los buques mercantes. Una de las dificultades con los buques pesqueros y sus tripulaciones se debe a que están excluidos de casi todas las regulaciones marítimas internacionales, como la procuración de certificaciones de seguridad o las inspecciones de condiciones de trabajo. (pewtrusts.org, 2020, pág. 2) Esto significa que las prácticas abusivas podrían pasar

inadvertidas, incluso llegando a la esclavización a bordo y su difícil hallazgo.

Los informes demuestran que las tripulaciones de buques pesqueros en altamar, o fuera de la jurisdicción nacional del estado del pabellón, están conformadas generalmente por trabajadores inmigrantes que, por su condición, corren más riesgo de ser explotados por los operadores. Esta es una práctica cada vez más frecuente. Pueden pasar meses en el mar sin regresar y, a menudo, están aislados, con frecuencia incomunicados pues no conocen el idioma de la tripulación o del capitán. (pewtrusts.org, 2020, pág. 2) En estas condiciones, los pescadores suelen no tener forma de reportar violaciones a los estándares de seguridad de los buques, su disposición y condiciones a bordo.

La comunidad internacional está reconociendo cada vez más que las condiciones de trabajo inferiores a los estándares y la falta de normas de seguridad son un sello característico de los buques de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, de allí la necesidad de conocer cómo se clasifica (pewtrusts.org, 2020) este tipo de nave y su aplicación nacional, considerando que este tipo de naves no necesariamente desarrollan sus actividades en las áreas jurisdiccionales de

ISSN: 2805-749

un país si no que puede tocar uno o más jurisdicciones, lo que requiere de todo un andamiaje y coordinación internacional ya que podría efectuarse conductas contrarias a la ley de carácter trasnacional.

En general el buque como sujeto de derechos y obligaciones en el derecho marítimo debe regirse a una serie de normas las cuales no solo se enmarcan en la normativa nacional como el código de comercio, sino que debe cumplir otras reglas, dadas por diferentes organizaciones internacionales, pues debido a la universalidad y a la especialización de cada materia se han desarrollado una serie de elementos normativos que regulan la actividad, con el fin de mejorar las condiciones a bordo de la actividad y ejercer la protección del medio marino así como la tecnificación para este tipo de embarcaciones.

La clasificación

Partiendo de lo general se conoce que la clasificación de las naves en Colombia está regida bajo el Código de comercio donde se establece que hay dos clases de naves “Las

embarcaciones mayores, cuyo tonelaje sea o exceda de veinticinco toneladas, y las embarcaciones menores, cuyo registro no alcance el indicado tonelaje. Para todos los efectos el tonelaje se considera el neto de registro, salvo que se exprese otra cosa (Congreso, 1971).”

El buque de pesca es el elemento fundamental para desarrollar la actividad en faenas marítimas de pesca, enmarcados dentro de la CONVEMAR¹⁹, en cuanto a la conservación de los recursos vivos, la utilización de los recursos vivos²⁰, el manejo de las poblaciones que se encuentren dentro de las zonas económicas exclusivas de dos o más Estados ribereños, o tanto dentro de la zona económica exclusiva como en un área más allá de ésta y adyacente a ella²¹, el manejo de las especies altamente migratorias²², el manejo de los mamíferos marinos²³, el manejo de las poblaciones anádromas²⁴, así mismo de las especies catádromas²⁵ y sedentarias²⁶.

La CONVEMAR, creo la institucionalizo funciones para los estados, como el contemplado en la Ejecución de leyes y

¹⁹ Artículos 61 a 68 de Convención del mar

²⁰ Artículo 62 de Convención del mar

²¹ Artículo 63 de Convención del mar

²² Artículo 64 de Convención del mar

²³ Artículo 65 de Convención del mar

²⁴ Artículo 66 de Convención del mar

²⁵ Artículo 67 de Convención del mar

²⁶ Artículo 68 de Convención del mar

ISSN: 2805-749

reglamentos del Estado ribereño²⁷ Ejecución de leyes y reglamentos del Estado ribereño de la Ejecución por el Estado del pabellón²⁸ para ser ejercida ante sus buques registrados, y la de Ejecución por el Estado del puerto (UN-82, 2021) para buques de otras banderas, buscando homologar y verificar el cumplimiento de requisitos mínimos legales de la nave, así como el cumplimiento de estas para su correcto desempeño. Por esta misma razón aparece entonces la necesidad de supervisión del Estado Rector del Puerto, que no es otra cosa que la acción de “inspección de buques de pabellón extranjero en los puertos nacionales con el objeto de verificar que el estado del buque y su equipo cumplan las prescripciones establecidas en los reglamentos internacionales y que el buque

esté tripulado y se explota de conformidad con tales normas” (IMO, 2021), con el fin de que los buques que visiten puertos extranjeros se sometan a inspecciones a fin de garantizar que cumplan las prescripciones de la OMI.

Esta institución y su aplicabilidad se encuentra relacionada en Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (UNCLOS 1982)²⁹; El Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS 74/88)³⁰; En el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación del Mar por Buques (MARPOL 73/78)³¹; El Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar (STCW 1978/95)³²; EL Convenio Internacional de Líneas de Carga (LL 66/88)³³; El Convenio Internacional de Arqueo de

²⁷ CONVEMAR 82 art 73 No 1, 3y 4 “1. El Estado ribereño, en el ejercicio de sus derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos de la zona económica exclusiva, podrá tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta Convención, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales.

3. Las sanciones establecidas por el Estado ribereño por violaciones de las leyes y los reglamentos de pesca en la zona económica exclusiva no podrán incluir penas privativas de libertad, salvo acuerdo en contrario entre los Estados interesados, ni ninguna otra forma de castigo corporal.

4. En los casos de apresamiento o retención de buques extranjeros, el Estado ribereño

notificará con prontitud al Estado del pabellón, por los conductos apropiados, las medidas tomadas y cualesquiera sanciones impuestas subsiguientemente

²⁸ CONVEMAR 82 art 117 No 1 “velarán por que los buques que enarboles su pabellón o estén matriculados en su territorio cumplan las reglas y estándares internacionales aplicables, establecidos por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general”

²⁹ Artículos 56.1. b. iii, 194,197,211 y 218.

³⁰ Capítulo I Regla 19, Capítulo IX Regla 6.2 y Capítulo XI Regla 4.

³¹ Artículos 5 y 6, Anexo I Regla 8A, Anexo II Regla 15, Anexo III Regla 8, Anexo IV Regla 13, Anexo V Regla 8 y Anexo VI Regla 10.

³² Artículo X

³³ Artículo 21

ISSN: 2805-749

1969³⁴; Convenio N° 147 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre las Normas Mínimas en la Marina Mercante de 1976³⁵; El Convenio Internacional sobre el Control de los Sistemas Antiincrustantes Perjudiciales en los Buques, 2001 (AFS 2001)³⁶; Y el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por los Hidrocarburos para Combustible de los Buques (BUNKERS 2001)³⁷ son algunos de los ejemplos de su aplicación y función de inspección.

Estas inspecciones de supervisión por el Estado rector del puerto se concibieron originalmente como un refuerzo de la labor de implantación del Estado de abanderamiento, pero la experiencia ha demostrado que pueden ser sumamente eficaces, y en ella se debe observar la condición de buque desde aspectos náuticos, sanitarios, laborales y ambientales entre otros. La OMI³⁸ adoptó la resolución A.682(17) sobre Cooperación regional en el ámbito de la supervisión de buques y el control de descargas mediante la que se promueve el establecimiento de acuerdos regionales. Un buque que llega al puerto de un país normalmente visitará otros países de la región, por lo tanto, las

inspecciones pueden ser más eficaces si se coordinan estrechamente con el fin de centrarse en los buques deficientes, para así evitar las inspecciones múltiples.

Esta coordinación asegura que se inspeccionen el máximo posible de buques, evitando al mismo tiempo que los buques sufran demoras debidas a inspecciones innecesarias. Al que fundamentalmente le corresponde la responsabilidad de supervisar la condición de los buques es al Estado de abanderamiento - pero la supervisión por el Estado rector del puerto proporciona una "red de seguridad" para detectar los buques deficientes. (IMO, 2021)

En este lineamiento aparece el "Acuerdo sobre las medidas del Estado rector del puerto (AMERP) es el primer tratado de carácter vinculante centrado específicamente en la pesca y su objetivo es prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR³⁹ impidiendo que los buques que la practican utilicen puertos para desembarcar sus capturas, que busca reducir los incentivos para que estos buques continúen operando y, además, frenar el flujo de productos pesqueros derivados de la pesca INDNR hacia los mercados nacionales e internacionales impactando la conservación a largo plazo y el uso sostenible de los recursos

³⁴ Artículo 12

³⁵ Artículo 4

³⁶ Artículo 11

³⁷ Artículo 7.12

³⁸ Organización marítima internacional

³⁹ La pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR)

ISSN: 2805-749

marinos vivos y sus ecosistemas. Las disposiciones propuestas se aplican a los buques de pesca que soliciten entrar en un puerto designado de un Estado que sea diferente de su Estado del pabellón. (FAO, 2021)

De esta forma se relaciona con la Red Operativa de Cooperación Regional de Autoridades Marítimas de las Américas – ROCRAM, como organismo de carácter regional, se encamina a la cooperación, por medio de un contacto fluido, franco y permanente por parte de sus integrantes, por esta razón, “comprende las tareas y acciones para orientar los procesos sobre seguridad y protección marítima, formación y titulación de la gente de mar, protección del medio ambiente, aspectos jurídicos y de facilitación naviera, y lo que considere cada Organización, con el propósito de asegurar una decisión óptima en la implantación de normas tan elevadas como resulte posible de los Convenios Internacionales adoptados en el marco de la Organización Marítima Internacional (OMI)”. (ROCRAM, 2021), configurándose un sistema regional con efectos mundiales en temas de seguridad, inspección y control de naves.

Como se ha visto, la OMI, genera una serie de lineamientos que se alinean a la seguridad de este tipo de naves tanto para la construcción de la embarcación como su

equipamiento, y lo define como “es todo buque utilizado comercialmente para la captura de peces, ballenas, focas, morsas u otros recursos vivos del mar” (Protocolo, 1993, pág. art 3), reglas que deben ser monitoreadas y verificados por el Estado Rector de Puerto o de Abanderamiento según sea el caso y que de forma general y con el fin de minimizar riesgos en la navegación y la operación de la nave. Convenio internacional de Torremolinos para la seguridad de los buques pesqueros fue aprobado el 2 de abril de 1977; siendo sustituido por el Protocolo de Torremolinos de 1993; además, constituye parte de esta convención el acuerdo de Ciudad del Cabo de 2012 sobre la implantación de las disposiciones del Protocolo de 1993 para la seguridad de los buques pesqueros.

Esta convención fue el primero cuero normativo de índole internacional sobre la seguridad de los buques pesqueros. Para la década de 1980, debido a la poca acogida de este y la dificultad para entrar en vigor de las condiciones técnicas exigibles, la OMI decidió reemplazarlo con un nuevo texto en forma de protocolo. De esta forma, el Protocolo de Torremolinos de 1993, adoptado en abril de 1993, actualiza, enmienda e integra el Convenio original, considerando los adelantos tecnológicos y la necesidad de adoptar un enfoque

ISSN: 2805-749

pragmático con miras a alentar a la ratificación del instrumento. (OMI, 2021)

La enmienda de 2012 de Ciudad de Cabo aprobó un nuevo acuerdo. sobre la implantación de las disposiciones del Protocolo de Torremolinos de 1993 relativo al Convenio internacional de Torremolinos para la seguridad de los buques pesqueros, 1977. (OMI, 2021)

Al ratificar el acuerdo, las Partes adoptan las enmiendas a las disposiciones del Protocolo de Torremolinos de 1993, de manera que puedan entrar en vigor lo antes posible a partir de ese momento. Este entrará en vigor 12 meses después de la fecha en que por lo menos 22 Estados, que en total tengan como mínimo 3 600 buques pesqueros de eslora igual o superior a 24 m que operen en alta mar hayan manifestado su consentimiento en obligarse por él. (OMI, 2021) En él se describen los estándares relacionados con los buques pesqueros e incluye otras regulaciones creadas para proteger la seguridad de tripulaciones y observadores, y brindar un marco de igualdad para la industria. (pewtrusts.org, 2020)

Para garantizar que los buques sean seguros, su diseño, construcción y equipamiento deben estar sujetos a

inspección y examen. Estas prácticas las puede llevar a cabo una agencia del estado del pabellón o una autoridad delegada a tal fin, como un inspector o una sociedad de clasificación. El acuerdo establece que los dispositivos de salvamento, las instalaciones de radio, la estructura, la maquinaria y los equipos de un buque se deben inspeccionar antes de ponerlos en funcionamiento y que dicho proceso se debe llevar a cabo en intervalos que no pueden superar los cinco años. Los detalles de las inspecciones se revelarán mediante un Certificado Internacional de Seguridad para Buques Pesqueros. (pewtrusts.org, 2020)

Ahora bien, la FAO, "preparó un documento técnico con descripciones e ilustraciones de las distintas clases de embarcaciones pesqueras, que sirviera de orientación para su clasificación" (FAO, 1986), esta clasificación se basa en el "*equipo de pesca*" empleado, para responder así por igual a las necesidades de quienes trabajan en estudios estadísticos y de quienes se ocupan de la ordenación de los recursos ícticos, que en general se divide entre los que hacen y no hacen la actividad de pesca siendo estos auxiliares a la pesca.

Por otro lado, Colombia, es parte de la COMISIÓN INTERAMERICANA DEL ATÚN TROPICAL, por esta razón adquiere

ISSN: 2805-749

obligaciones como la de tener el control y registrar sus naves (14⁴⁰) pesqueras ante esta organización, pero además a cumplir sus lineamientos y cumplir en general con reglas dadas por la CIAT, las cuales buscan la protección de especies animales con la implementación de normas y equipos específicos, es así como la Comisión efectúa una clasificación de las embarcaciones pesqueras en torno a la *capacidad de acarreo*.

Esta organización para efectos de control decide efectuar la clasificación por buques en razón a su "*capacidad de acarreo*" tiene su origen en las necesidades de análisis de los datos e información relativos a las operaciones pesqueras, teniendo en cuenta básicamente dos factores: las áreas de acceso y la eficiencia en cuanto al esfuerzo pesquero, que se diferencian según el tamaño de los buques y a su vez por la capacidad de carga y almacenamiento de sus bodegas.

La primera referencia que se puede ubicar a esta clasificación diferenciada – muy sencilla – se encuentra en el informe anual de la Comisión correspondiente al año 1953 que reza:

Como barcos de diferente tamaño operan en alguna extensión en zonas diversas, yendo los más pequeños a las aguas menos distantes, es también de utilidad determinar separadamente el promedio de la pesca por cada día de actividades atuneras, para las diferentes clases por tamaño.

Seis categorías de barcos, por tamaño, con base en la capacidad pesquera, son usadas en la tabulación de estos y otros datos, a saber:

Clase I-Capacidad hasta 50 toneladas
Clase II-Capacidad de 51 a 100 toneladas
Clase III-Capacidad de 101 a 200 toneladas
Clase IV-Capacidad de 201 a 300 toneladas
Clase V-Capacidad de 301 a 400 toneladas
Clase VI-Capacidad de más de 400 toneladas (CIAT, Informe anual, 1953, pág. 56)

Posteriormente, algunos decenios después, la Comisión decidió reemplazar en 1996 esta referencia a toneladas cortas por una referencia a toneladas métricas y, en esta ocasión, hizo énfasis en el hecho de que podía ajustarse el valor registrado de esa capacidad si no correspondía al peso total de las descargas.

⁴⁰información a fecha 05-05-2021.

ISSN: 2805-749

“Se usan las estimaciones de capacidad de acarreo del barco suministradas por el armador o astillero a menos que los registros de descarga indiquen que sea conveniente revisarlas. Para los registros se clasifican los barcos de acuerdo con su capacidad en las siguientes clases: Clase 1, menos de 46 toneladas métricas (denominadas "toneladas" a secas de ahora en adelante)

Clase 1, 51 toneladas cortas (TC);
Clase 2, 46-91 toneladas (51-100 TC);
Clase 3, 92-181 toneladas (101-200 TC);
Clase 4, 182-272 toneladas (201-300 TC);
Clase 5, 273-363 toneladas (301-400 TC);
y Clase 6, más de 363 toneladas (400 TC).

Con excepción de los palangreros y las embarcaciones pequeñas misceláneas mencionadas en el párrafo anterior, se incluyen todos los barcos que pescaron en el OPO durante el año en las estimaciones anuales del tamaño de la flota de superficie.” (CIAT, Inform anual, 1996, pág. 216)

Esta capacidad de acarreo es por ende distinta de la del buque en general tal como se calcula en aplicación de la normativa de la OMI plasmada en su convención de

1969. En efecto, tal como se puede apreciar en los textos citados, debe reflejar la capacidad de carga real de las bodegas donde está almacenado el pescado y por tanto no puede ni debe ser inconsistente con el máximo tonelaje que puede cargarse en esas bodegas y descargarse luego. Debe reflejar una realidad concreta y no podría ser derivada solamente de la aplicación automática de una fórmula preexistente.

En este sentido, se requiere aplicar en el Área de la Convención las medidas de conservación y ordenación para los atunes tropicales establecidas a continuación, y solicitar que el personal de la CIAT mantenga un seguimiento a las actividades de pesca de los buques del pabellón del CPC respectivo con respecto a este compromiso, y que asimismo informe de estas actividades en cada reunión anual de la Comisión.

1. Las presentes medidas son aplicables durante 2018-2020 a los buques de cerco de todos los CPC⁴¹ de clase de capacidad de la CIAT 4 a 6 (más de 182 toneladas métricas de capacidad de acarreo), y a todos sus buques de palangre de más de 24 metros de eslora total, que pesquen

⁴¹ Miembros y no Miembros Cooperantes de la Comisión

ISSN: 2805-749

atunes aleta amarilla, patudo y barrilete en el Área de la Convención.

2. Los buques cañeros, curricaneros, y de pesca deportiva, y los buques de cerco de clases de capacidad de la CIAT 1 a 3 (182 toneladas métricas o menos de capacidad de acarreo) y los buques de palangre de menos de 24 metros de eslora total, no quedan sujetos a las presentes medidas, salvo aquellas relacionadas con la ordenación de los plantados. (CIAT, 2017)⁴²

De esto, se extracta que hay 6 tipos de embarcaciones, donde las 182 toneladas métricas de capacidad son la medida de donde se desprenden las naves mayores de 24 metros de eslora o menores de esta.

Se establece una obligación para las partes sobre el registro regional de buques autorizados para pescar bajo el control de la comisión nacional, de esta manera se establece un control de la pesca para buques en áreas específicas, teniendo en cuenta sus características (cerqueros, palanganeros, etc.), las áreas y las especies objeto de explotación, vedas las cuales realiza mediante la expedición de

resoluciones que debe controlar el Estado rivereño.

Además, propone el equipamiento para este tipo de buques con la obligación para los armadores de que los buques tendrán dos inspecciones anuales de cada uno de sus buques que fue asignado un LMD, a fin de asegurar que hayan cumplido los requisitos de equipo de protección de delfines. (CIAT, 2020), así como identifica aquellas naves que se encuentren efectuando actividades de pesca ilícita en la zona de interés. (CIAT, Resolución A-04-07, 2020)

En Colombia, por medio de la ley 13 de 1990, se ordena a la Autoridad Nacional de pesca que se encargue de “adoptar medidas de inspección y vigilancia para el control de la actividad pesquera realizada por las embarcaciones de bandera nacional y bandera extranjera⁴³”, en este sentido debe ser la entidad que promueve las medidas necesarias y supervisa el cumplimiento de que las embarcaciones que operen en Colombia, nacionales o extranjeras, cumplan su reglamentación; por tal razón, al momento del arribo de la nave, esta “deberá proporcionar la siguiente información: Nombre y bandera de la embarcación, matrícula, número OMI,

⁴² Resolución C-17-02, COMISIÓN INTERAMERICANA DEL ATÚN TROPICAL, 2017

⁴³ Ley 13 de 1990, artículo 1.

ISSN: 2805-749

muelle o puerto, fecha de arribo, hora estimada en puerto o muelle, cantidad y tipo de artes de pesca a bordo, propósito del arribo, estimación capturas por especie y captura total, estimación volúmenes por especie a descargar, hora estimada de descargue y/o transbordo (en los casos que aplique)⁴⁴.”

En desarrollo de su actividad, este tipo de embarcaciones puede ser sujeto a inspecciones ya que “los titulares de permisos que cuenten con embarcaciones de bandera nacional y embarcaciones de bandera extranjera, estarán en la obligación de mantener abordo la documentación completa y necesaria de cada embarcación para su operación, así mismo permitir y facilitar la inspección completa de la embarcación siempre que el inspector de pesca lo requiera y garantizarle condiciones mínimas de seguridad para realizar el abordaje de la embarcación. En los casos en que la AUNAP no pueda estar presente en puerto para adelantar la inspección o control del descargue, el titular del permiso será responsable de entregar a la AUNAP, al término de cada faena de pesca, el registro de

producción de faena o registro de lances y captura en el formato preestablecido por esta institución.”⁴⁵ (13, 1990) Al respecto, vemos entonces que el tema de la seguridad náutica no sería eficaz pues la AUNAP no tiene personal capacitado para efectuar esta revista, lo cual podía afectar seriamente la actividad, situación que puede ser aprovechada para actividades ilegales contempladas en la ley 1851 de 2017 que establece medidas en contra de la pesca ilegal y el delito de ilícita actividad de pesca en el territorio marítimo colombiano, alineado con la participación interinstitucional ya demostrada en la Circular Externa Conjunta de Coordinación Interinstitucional de 2015⁴⁶, así mismo se requiere mejorar los procesos de control por ejemplo para prácticas como descarte dado a la pesca o recambio que se hace evitando el desperdicio, exigiendo la implementación de sistemas de gestión a bordo que pueden monitorizar las acciones a bordo como lo exige el gobierno de Islas Salomón (redestelecom, 2020), o el embarque de inspectores a bordo o la prohibición de que buques extranjeros pesquen en aguas nacionales como lo hace Nueva Zelanda o Indonesia esta última promulga el

⁴⁴ Ley 13 de 1990, artículo 3.

⁴⁵ Ley 13 de 1990, artículo 4.

⁴⁶ Compuesta por Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección General Marítima,

fiscalía general de la nación, Autoridad nacional de pesca, Armada nacional, Parques nacionales, Migración Colombia y la Comisión Colombiana del Océano.

ISSN: 2805-749

hundimiento o detonación de la embarcación.
(URBINA, 2019)

Es de recordar que las pautas sobre la inspección por el Estado del pabellón de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques pesqueros fueron adoptadas en el Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 núm. 188, en este instrumento se consideran los sistemas de inspección del sector pesquero por el Estado del pabellón, cuestiones específicas que deben abordarse durante la inspección a bordo de las condiciones de trabajo y de vida en buques pesqueros, incluyendo las disposiciones del Convenio que deben aplicarse por conducto de la legislación nacional u otras medidas; fuentes indicativas de información para los inspectores; entrevistas con pescadores, y ejemplos de deficiencias, así mismo trata sobre las medidas que deben adoptarse si se detectan deficiencias. El Convenio proporcionan orientaciones en materia de coordinación, cuando proceda, con medidas de aplicación relacionadas con violaciones de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, por ejemplo, el recurso al trabajo forzoso. En razón a la soberanía cada país o región puede adoptar sus propias prácticas en lo relativo a la inspección de los buques pesqueros por el Estado del pabellón. La autoridad competente de cada país tal vez estime oportuno adaptar las pautas para que

sean acordes a sus prácticas actuales. (OIT, 2017) por esto también se podría implementar la inspección a bordo durante la faena verificando la embarcación y sus procesos.

Resultados

En Colombia, la Autoridad nacional de pesca es el ente regulador y garante, por tal razón tiene incorporada en su normatividad y/o implemento las Resoluciones de la CIAT para reducir la vulnerabilidad de los tiburones en la flota atunera con grandes redes de cerco; Resoluciones de la CIAT como las: C – 19-05, C 11-10, C -19-01 y la C 18 -05.

Así la embarcación pesquera tendrá que ser clasificada por su tonelaje de acuerdo con el código de comercio, cumplir con sus requisitos de construcción y seguridad dados por Torremolinos, alinearse a los parámetros de la clasificación de la FAO relativas al equipo de pesca y con las de capacidad de acareo de la CIAT.

De lo anterior se desprende también que para efectos de navegabilidad la nave debe cumplir con los dispositivos para minimizar acciones contra delfines, tortugas y tiburones entre otros, así como controles a la pesca no declarada e incluso la pesca ilegal, con el fin de tener una actividad

ISSN: 2805-749

sostenible, además del control de los equipos, artes, redes y demás artefactos con el fin de que no sean botados al medio acuático y puedan contaminar o hacer daño a especies marinas.

Una prohibición específica es que “Los buques dedicados a la industria pesquera no podrán movilizar carga⁴⁷. Esta característica se enfoca pues en su especificidad para que sus equipos sean capaces de llevar una cantidad determinada en toneladas en sus equipos de pesca, no en sus bodegas.

En este sentido se debe hacer una inspección donde las autoridades tanto de pesca como marítima pasen de la generalidad a la especialidad del tema y confluyan, para mejorar las condiciones de seguridad integral marítima, para lo cual debe estudiarse también la adhesión al convenio de Torremolinos. Como se puede observar el procedimiento no tiene en cuenta con aspectos técnicos tangibles, pues en general se hace una revista documental y no de carácter náutico con el fin de mejorar las condiciones de la nave, así como la idoneidad de la tripulación.

Actualmente se cuenta con un formato de inspección en puerto para la embarcación,

emitido bajo las reglas de la Autoridad nacional de pesca, en él se desarrolló el procedimiento de inspección en puerto (AUNAP, 2021) de la nave en trece puntos además de tener unas definiciones y referencias normativas.

Otra consideración del presente escrito es el conocimiento de la pobre flota pesquera con que cuenta Colombia, razón por la que se debe incentivar el incremento de la flota que actualmente cuenta el país, sin embargo, es pertinente adoptar el Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 núm. 188. Que da pautas mínimas para el Estado rector de puerto es aspectos de inspección a este tipo de buques.

Conclusiones

Así las cosas y con el ánimo de mejorar este proceso se sugiere implementar condiciones técnicas mínimas exigibles de que tratan las diferentes convenciones internacionales para las embarcaciones de pesca en Colombia, lo que requiere un trabajo interinstitucional.

Teniendo en cuenta que estas embarcaciones hacen operaciones en áreas jurisdiccionales marítimas, es importante que todos los involucrados tengan conocimiento de especies y artes de pesca, así como

⁴⁷ Artículo 119 Decreto 2324 de 1984

ISSN: 2805-749

capacitación para el cumplimiento de las funciones, de esta forma podría atacar actividades ilegales de pesca, así como las condiciones generales del buque que deben ser regidas y verificadas por el Estado Rector del puerto.

La implementación de normas internacionales y cooperación para su verificación es una herramienta que puede mejorar las condiciones de los océanos y se busca disminuir la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, con inspecciones a las naves que lo realizan de una forma técnica desde los aspectos de la náutica, sus equipos, su dotación y su carga no solo en puerto si no en cualquier área jurisdiccional marítima.

Referencias bibliográficas

13, L. (1990). *Ministerio de Agricultura*.
Bogota: Congreso de la republica.

AUNAP. (7 de 5 de 2021).
<https://www.aunap.gov.co/wp-content/uploads/2016/04/PR-INPV-02-PROCEDIMIENTO-DE-INSPECCI%C3%93N-EN-PUERTO-vr-1.pdf>: <https://www.aunap.gov.co>

CIAT. (1953). *Informe anual*. La Jolla CA ,
USA.

CIAT. (1996). *Inform anual*. La Jolla CA ,
USA.

CIAT. (2017). *MEDIDAS DE
CONSERVACIÓN PARA LOS
ATUNES TROPICALES EN EL
OCÉANO PACÍFICO ORIENTAL*

*DURANTE 2018-2020 Y ENMIENDA
DE LA RESOLUCIÓN C-17-01*.
Ciudad de Mexico.

CIAT. (5 de 5 de 2020).
<https://www.iattc.org/VesselRegister/VesselList.aspx?List=RegVessels&Lang=SPN>: <https://www.iattc.org>

CIAT. (5 de 5 de 2020). <https://www.iattc.org>.
<https://www.iattc.org/VesselDataBaseSPN.htm>

CIAT. (3 de 3 de 2020). *RESOLUCIÓN A-04-03 SOBRE INSPECCIONES DEL EQUIPO DE PROTECCIÓN DE DELFINES*.
https://www.iattc.org/PDFFiles/Resolutions/AIDCP/_Spanish/A-04-03-Active_Inspecciones%20de%20buques.pdf: <https://www.iattc.org>

CIAT. (5 de 5 de 2020). *Resolucion A-04-07*.
https://www.iattc.org/PDFFiles/Resolutions/AIDCP/_Spanish/A-04-07-Active_Lista%20buques%20INN.pdf:
<https://www.iattc.org>

Congreso. (1971). *Codigo de Comercio- Decreto 410* . Bogota.

FAO. (1986). *Documento tecnico de pesca 267*. ROMA: FAO.

FAO. (9 de 6 de 2021).
<http://www.fao.org/iuu-fishing/international-framework/psma/es/>.
<http://www.fao.org>

IMO. (9 de 6 de 2021).
<https://www.imo.org/es/OurWork/MSAS/Paginas/PortStateControl.aspx>.
<https://www.imo.org>

ISSN: 2805-749

IMO. (9 de 6 de 2021).

<https://www.imo.org/es/OurWork/MSAS/Paginas/PortStateControl.aspx>.
<https://www.imo.org>

https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf

OIT. (2017). <https://www.ilo.org>.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/normativeinstrument/wcms_429071.pdf

URBINA, I. (2019). *Océanos sin ley*. Madrid: Artes gráficas Cofás.

<https://doi.org/9788412135480>

OMI. (5 de 5 de 2021). <https://www.imo.org>.

<https://www.imo.org/es/About/Conventions/Paginas/The-Torremolinos-International-Convention-for-the-Safety-of-Fishing-Vessels.aspx>

pewtrusts.org. (5 de 5 de 2020).

https://www.pewtrusts.org/-/media/assets/2019/02/ctaexplained_brief---esla.pdf.
https://www.pewtrusts.org/-/media/assets/2019/02/ctaexplained_brief---esla.pdf

Protocolo. (1993). *Protocolo Torremolinos*. Torremolinos: OMI.

redestelecom. (6 de 5 de 2020).

<https://www.redestelecom.es>:
<https://www.redestelecom.es/conectividad/noticias/1118459051003/islas-salomon-combate-pesca-ilegal-satlink.1.html>

ROGRAM. (9 de 6 de 2021).

http://www.rogram.net/prontus_rogram/site/artic/20080512/pags/20080512223345.php. <http://www.rogram.net>

UN-82. (9 de 6 de 2021).

https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf.

ISSN: 2805-749

**Trabajo de campo en los Montes de María.
Vereda San Francisco, Ovejas, Sucre,
Colombia. Octubre de 2019**



Imagen tomada por: Josué Molina Urieta, estudiante de comunicación social, semillerista de investigación en el marco del proyecto: "Impacto del conflicto armado en la salud mental de las víctimas del municipio de Ovejas, Sucre, Colombia. 2019 -2021;liderado por Twigg Malena Ortegón.