

REVISTA ||

VERITAS

Veritas filia temporis | La verdad es hija del tiempo.



Revista del
programa de Derecho de la
Universidad de Sucre



EDICIÓN N° 1 | JULIO – DICIEMBRE DE 2021

ISSN: 2805-749X
(EN LINEA)



Universidad de Sucre
INCLUYENTE, INTEGRADA Y PARTICIPATIVA



**PROGRAMA DE DERECHO
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y CIENCIAS**

VERITAS

Editor:

Nadín Andrés Madera Arias.

Jefe del Programa de Derecho:

Carlos Iván Payares Tapia

Equipo editorial:

Ernesto segundo Ortiz Ramos.

Luis Eduardo Pérez Cervantes.

Armando Gándara Molino.

Comité Científico:

Margarita Irene Jaimes Velásquez.

Eduardo Porras Mendoza.

Jairo Alberto Pinto Buevas.

José Luis Navarro Hernández.

Diseño editorial:

Luis Antonio Furnieles Monterroza

Ciudad de publicación: Sincelejo, Sucre (Colombia)

Edición N° 1 | julio – diciembre de 2021

ISSN: 2805-749X (En línea)



Universidad de Sucre
INCLUYENTE, INTEGRADA Y PARTICIPATIVA



Contenido

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de mendicidad en Colombia	3
La perspectiva de Género en la educación de los Derechos Humanos	21
Mecanismo de extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la sentencia de unificación	43
El arbitraje como herramienta para la optimización de la justicia tradicional	65
El Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica en la era de la digitalización	87
Reflexiones sobre los acuerdos de paz y la Constitución Política de Colombia	102
Inteligencia artificial y proceso judicial; una mirada crítica a la luz del principio de igualdad procesal	133
El derecho a la desconexión digital y el coronavirus: un problema de actualidad	147
Suspensión del contrato de trabajo para personas en condición de discapacidad en tiempos de pandemia	
Regulación legal de la comunidad LGTBI+	

LA MENDICIDAD INFANTIL Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Margarita Jaimes Velásquez ¹
Mary Arteaga González²

Resumen

La mendicidad es una práctica que ha existido de tiempos inmemoriales. Sin embargo, cuando son niños, niñas y adolescentes los que la practican el Estado debe protegerlos y garantizar su bienestar. Es así como nos preguntamos ¿cuál es el impacto de la mendicidad en los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia? Para alcanzar los objetivos se realizó una búsqueda en bases de datos, se analizaron documentos y sentencias mediante fichas y así se logró desarrollar una metodología cualitativa, propia de las revisiones documentales, configurándose en una investigación jurídica. Finalmente, una vez discutidos los conceptos de mendicidad, interés superior del niño, las obligaciones del estado para con los menores y los derechos fundamentales vulnerados con este flagelo, se concluyó que el Estado ha incumplido con el deber de garantizar los derechos de la niñez y la adolescencia

Palabras clave: Mendicidad, menores de edad, derechos fundamentales, Colombia.

Abstract

Begging is a practice that has existed for a long time, however, when children and adolescents are the ones who develop it, the State must verify their conditions in order to guarantee their wellbeing. In order to achieve the objectives, a database search was conducted, documents and sentences were analyzed by means of files, and in this way a qualitative methodology was developed, typical of documentary reviews, which became a legal research. Finally, once the concepts of begging, the best interest of the child, the obligations of the State towards the minors and the fundamental rights violated with this scourge were discussed, concluded that the State has failed to comply with its duty to guarantee the rights of children and adolescents.

Keywords: Begging, minors, fundamental rights, Colombia.

Introducción

¹ Abogada, especialista en Derechos Humanos, Mg en educación de los Derechos Humanos. Docente investigadora. Correo: jaimes.margarita@gmail.com

² Abogada egresada de la Corporación Universitaria del Caribe. Correo mary.arteaga@cecar.edu.co

El ordenamiento jurídico colombiano consagra el principio del interés superior del niño como principio rector para garantizar los derechos fundamentales de los niños. Así lo prevé el artículo 44 de la Carta, el cual reza “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Seguidamente la norma señala que la familia, la sociedad y el Estado son los obligados a asistir y proteger a los menores para su desarrollo integral y el goce de los derechos reconocidos por la misma Constitución y los distintos tratados internacionales, protegiéndolos especialmente del abandono, la violencia, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación y los trabajos riesgosos. Al respecto la Corte Constitucional ha reconocido una serie de parámetros para aplicar este principio en los casos donde estén amenazados los derechos de los menores y que previamente fueron acogidos por organismos internacionales, bajo la premisa de que el interés superior del niño es “un derecho sustantivo, un principio interpretativo y norma de procedimiento.” (Sentencia T-287, 2018, pág. 10)

A lo anterior se suma que la Constitución estableció que las personas en condiciones de debilidad manifiesta, dada su situación de vulnerabilidad, deben recibir una protección especial y reforzada por parte del Estado (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Dentro de esa población, en razón a su inmadurez mental y su debilidad física comparada con las de un adulto, se hallan los niños, niñas y adolescentes, situación que conllevó a que desde larga data se incorporaron en el ordenamiento jurídico normas que propendan por la protección de los menores. No obstante, cuando se habla de mendicidad infantil tropezamos con obstáculos que impiden precisar la cantidad de menores que son obligados a tal práctica, los rangos de edades de los que son forzados a ella, las causas de su existencia y perpetuidad y muchas otras situaciones que denigran y ponen en riesgo a los infantes. El desconocimiento sobre la magnitud del flagelo se convierte, hipotéticamente, en una barrera para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) lleve a cabo tanto el proceso de restablecimiento de derechos de estos menores, como el debido acompañamiento a las familias para superar estas condiciones.

Partiendo de lo dicho, y reiterando que los derechos fundamentales son aquellos elevados a rango constitucional y, que a juicio de la Corte Constitucional “i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concentrarse en derechos subjetivos y (iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad.” (Sentencia T-428, 2012, pág. 1)

Se debe realizar una identificación de los derechos fundamentales que la mendicidad afecta en los niños, niñas y adolescentes, ya que en esta “el menor está siendo instrumentalizado para solicitar una ayuda económica o con la finalidad de que se le pueda convertir en una herramienta o instrumento para mendigar” (Díez, 2009,

pág. 9) según criterio de David Manuel Díez, presidente de la Agrupación de Abogados Jóvenes de León.

Por otro lado, UNICEF, en un estudio sobre la trata de personas, señaló que la cantidad de personas tratadas con fines sexuales opaca las otras formas de trata, como la que procura la mendicidad. Esto evita que tomemos conciencia de esta realidad, haciéndose un hueco en los informes y estadísticas internacionales. Además, la agencia de policías de Europa (Europol) reveló que las mafias que “compran” niños mendigos ganan hasta 160.000 euros por cada uno, de ahí que reclutan a niños desde los 5 años, que proceden mayoritariamente de Rumanía, Bulgaria y Marruecos; (Castaño & Pérez, 2017)

En Colombia el aumento de menores dedicados a la mendicidad obedece a que conjuntan varios factores. De un lado la pobreza, la crisis migratoria, el desempleo y la falta de educación, entre otras circunstancias, provoca que niños, niñas y adolescentes carezcan de educación, recreación y alimentación y deambulen por las calles en procura de conseguir unos pocos pesos para la subsistencia de ellos y sus parientes. Del otro las condiciones socioeconómicas de sus familias, la trata de personas y las presiones de los adultos que los fuerzan y se lucran a sus costas. Todo esto frustra el desarrollo de esa población, cuya cotidianidad está plagada de privaciones y riesgos.

La pobreza en Colombia, según la revista Dinero, hasta el mes de julio del año 2020 representaba el 26,9% de la población (50.372.424 personas aproximadamente). Para la Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo (2020) afirma que a causa de la cuarentena obligatoria para evitar el contagio masivo del COVID-19 la pobreza aumentará en Colombia a un 42,7% del total de la población, mientras que la pobreza extrema subirá de un 7,4% hasta 16,2% de la población. Sin embargo, los indicadores lograron disminuirse gracias a los subsidios públicos que el Gobierno otorgó en medio de esta crisis, quedando la pobreza en 38% y la pobreza extrema en 11,3%; (Dinero, 2020) los datos siguen siendo desalentadores, porque las poblaciones más vulnerables, como lo son los niños, niñas y adolescentes, serán quienes reciban el mayor impacto de estas problemáticas, lo que seguramente aumentará la cantidad de personas menores de 18 años ejerciendo la mendicidad

Aunado a lo anterior, según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) de la población actual “el 31,02% de la población son niños, niñas y adolescentes”, (2018) es decir, aproximadamente 15.454.633, pero solo 10.020.294 eran estudiantes en alguna de las 53.295 sedes educativas que existen en el territorio nacional, (2018) lo que deja a más de cinco millones de niños, niñas y adolescentes sin acceso al derecho humano de la educación. Lo anterior plantea los niveles de pobreza que afectan a los niños, niñas y adolescentes.

No obstante, no existen cifras exactas del número de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA) que ejercen la mendicidad. Una de las razones para la escasa información es la alta movilidad de estos. Solo se conocen cifras cuando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) realiza acciones de protección y restablecimiento de los derechos. Esta situación es compleja porque en muchas ocasiones están acompañando a un adulto de su familia directa, por lo que no es fácil probar que está siendo utilizado para la mendicidad ajena, esto debido a que muchas familias están en los niveles de pobreza o pobreza extrema. Igualmente se precisa que la mendicidad no es un delito tipificado en Colombia.

Metodología

Esta es una investigación de corte jurídico ya que tiene una finalidad cognoscitiva del estudio del ordenamiento jurídico, así lo ha expresado Carlos Sarlo (2003) al considerar que la metodología de la investigación jurídica se centra en las operaciones lógicas que busca resolver problemáticas sociales desde el saber jurídico que para el caso es conocer los derechos fundamentales de los NNA instrumentalizados mediante la mendicidad infantil. Para ello las fuentes consultadas fueron las normas, la jurisprudencia y textos académicos-

1. La mendicidad y el principio del interés superior del menor.

Como flagelo social la mendicidad ha existido desde el inicio de las sociedades, ya que está unida a la pobreza y a la desigualdad social y económica. El Diccionario de la Lengua Española contempla dos acepciones a la palabra, por un lado, la acción de mendigar y por el otro, el estado o situación de mendigo; (Real Academia Española, 2014)

Cristina Montalvo, Alberto D'Andreis y Hugo Hernández que la mendicidad “es la acción de solicitar en las calles comida, ropa, medicamentos y esencialmente dinero, lo que se conoce como limosna”; (2017, pág. 2) otros autores como Demetrio Casado (1993) expresa que la mendicidad guarda una íntima relación con la pobreza de un territorio, ya que los pobres recurren a ella para autogestionarse en los momentos donde los mecanismos de integración social de solidaridad compuestos por la familia y los amigos, así como el mercado nacional o local, los esfuerzos privados de intervención social y la política pública de carácter social han fallado, dejando a la persona sin medios u otras formas para la subsistencia.

Miguel Fabre, en su tesis doctoral, puntualiza que la mendicidad, específicamente la infantil, se inicia en la vía de la inadaptación y la marginalidad. Desde sus primeros años aprenden a mendigar observando que sus familiares la ejercen cotidianamente. Esto configura su adiestramiento que los condiciona para entender esta práctica como “una tarea normal y una forma más de ganarse la vida”

(2000, pág. 55). Todo este entorno alienta la ignominia que afecta a niños, niñas y adolescentes que a los que se les somete a pedir y desde muy temprano se les expone a ultrajes y vejámenes.

Según Esteban Martínez (2000) la mendicidad de una forma sencilla y entendible como la “situación social de individuos que no poseen trabajo ni ingresos de ninguna clase y viven de la limosna como medio para solucionar sus necesidades más inmediatas” (2000, pág. 43) concepto que claramente solo hace referencia a la mendicidad se realiza en nombre propio y como forma de suplir las necesidades individuales o familiares, excluyendo así la mendicidad forzada o en nombre de otros.

Teniendo como sustrato las definiciones atrás transcritas, afirmamos que la mendicidad no solo es una actividad que realizan quienes carecen de ingresos para subsistir en condiciones dignas, de manera que para mal vivir recurren a la caridad de otras personas, sino, también, un flagelo social que germina en medio de la pobreza, la falta de oportunidades y la ausencia de políticas sociales que logren, si no su erradicación, por le menos su disminución. De esto se aprovecha la delincuencia, que se empecina en perpetuarla, pues son muchos los menores a los que se les fuerza para que pidan con la finalidad de favorecer a otros. Tal constreñimiento atenta contra la dignidad de los infantes y adolescentes y constituye otra modalidad de trata de personas.

Los datos oficiales ratifican nuestro parecer. En efecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) señaló que para mitad del año 2019 se habían identificado cerca de 2 mil niños, niñas y adolescentes en situación de mendicidad. A ellos, aparte de atenderlos, se les inició los procesos para restablecerles sus derechos. La investigación halló no solo que los NNA víctimas eran alquilados por sus familias, sino que eran drogados para controlarlos y mantener la situación de dependencia con su explotador. (RCN Radio, 2019)

1.1. Principio del interés superior del niño

En Colombia es el artículo 44 constitucional el que establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, por lo tanto, los casos en los que estos se vean envueltos deben resolverse en su favor y siempre teniendo en cuenta lo que es mejor para ellos, propiciando así un desarrollo físico, emocional y moral adecuada y que realce la importancia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El principio del Interés Superior del Niño puede ser definido como:

La potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin

primordial el bienestar general del niño o niña. (López-Contreras, 2015, pág. 55)

La prevalencia de los derechos de los menores se sustenta en la necesidad de que el niño se críe en un ambiente apto para su desarrollo, ya que en la infancia y la adolescencia estos se enfrentan a su época de aprendizaje, por lo cual dejarlos expuestos a flagelos como la mendicidad distorsionará las enseñanzas que deben adquirir para su vida de adulto.

Por otro lado, hay quienes señalan que la función de este principio es orientar al juez o autoridad que esté analizando una situación donde se discutan los derechos de un menor, por lo que el ISN vendría a ser una garantía de satisfacción de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. (Cillero, s.f)

El Código de Infancia y Adolescencia por su parte ha definido el interés superior del niño en su artículo 8° bajo los siguientes términos: “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.” (Congreso de la República, 2006)

Partiendo de lo anterior, consideraremos que el ISN es una garantía de la prevalencia de los derechos de los niños, niñas adolescentes, que tiene la finalidad de servir como principio rector de todas las actuaciones en las que esté inmerso un menor, para así asegurar el desarrollo armónico de estos sujetos; máxime cuando sus derechos son universales, prevalentes e interdependientes de acuerdo con la Ley 1098 de 2006.

1.2. Antecedentes internacionales

Se dice que el principio del Interés Superior del Niño (ISN) surgió en el derecho anglosajón como una forma de solucionar los conflictos familiares, no obstante, su antecedente internacional más antiguo se encuentra en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños del 26 de diciembre de 1924. En esta época y mediante esa declaración, la Sociedad de las Naciones reconoció por primera vez que existen derechos específicos en favor de los niños y niñas y que los adultos tienen una responsabilidad para con ellos. La Declaración estableció que “la humanidad debe al niño lo mejor que ésta puede darle”, así mismo, reconoce a los niños el derecho a desarrollarse “de manera normal, material y espiritualmente”, el derecho a ser protegido contra el hambre, el abandono, la enfermedad y la soledad, y, específicamente en su artículo 4 se le reconoce el derecho a estar protegido de la explotación; (La Sociedad de Naciones, s.f, pág. 1) por lo que, a pesar de no ser vinculante, esta Declaración es una primera herramienta de protección a los niños,

niñas y adolescentes, especialmente al incluir el vocablo explotación en el que a nuestro modo de ver incluye la mendicidad.

Posteriormente, en el año 1948 las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del niño, disponiendo como principio segundo que

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959, pág. 2)

Además, respecto al ISN establece que este debe ser un principio rector “de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”, (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959, pág. 3) así como debe ser objeto especial de protección contra el abandono, la crueldad y la explotación, por lo que prohíbe la trata de niños.

Otros tratados internacionales que se han pronunciado respecto al ISN son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – PIDCP: Art. 21.1; que reconoce el derecho de los niños a las medidas de protección que su condición de menor requiere, de parte de la familia, la sociedad y el Estado. (Asamblea General de la ONU, PIDCP, 1966)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC que en su artículo 10.3 establece el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños, niñas y adolescente, así como la protección contra la explotación económica y social. (Asamblea General de la ONU, PIDESC, 1966)

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en los artículos 5° y 16 obliga a los estados a adoptar medidas legislativas que garanticen que el interés de los hijos será primordial en todos los casos respecto a la educación. (Asamblea General de la ONU, 1979)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, establece que todos los niños tienen “derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.” (Organización de Estados Americanos- OEA, 1969, pág. 8)

Por último, el principal cuerpo normativo internacional que protege a los niños, niñas y adolescentes es la Convención sobre los Derechos del niño, misma que en su artículo 3 contempla el principio interés superior del niño y establece la obligación de protección en cabeza de los padres, los tutores, la sociedad y el Estado.

Como se observa, estas disposiciones internacionales tienen en común que todas procuran asegurar el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes desde un enfoque de protección de todas las fuerzas vivas de la sociedad y el estado.

Por su parte la Corte Constitucional de Colombia al referirse a los niños, niñas y adolescentes ha reconocido que estos son sujetos de especial protección constitucional, por lo que la familia, el Estado y la sociedad en general deben garantizar dicha protección, así mismo, al estar consagrada esta protección en el artículo 44 Superior, dicha protección tiene como alcance:

- A. Que se reconozca el carácter fundamental de los derechos de los niños;
 - B. Que se les brinde protección a los menores frente a riesgos prohibidos;
 - C. Que existe corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado en la asistencia y protección de los niños, niñas y adolescentes;
 - D. Se les brinda la garantía para su desarrollo integral; y
 - E. Prevalecerá el interés superior del niño.
- (Sentencia C-569, 2016, pág. 13)

Respecto a este último se ha establecido que se caracteriza por ser concreto, relacional, no excluyente, autónomo y obligatorio para todos.

En otro pronunciamiento esta Corporación señaló que

Los niños, niñas y adolescentes no sólo son sujetos de derechos, sino que sus intereses prevalecen en el ordenamiento jurídico. Así, siempre que se protejan las prerrogativas a su favor, tanto las disposiciones nacionales como las internacionales, deben ser tenidas en cuenta en su integridad, eludiendo la hermenéutica descontextualizada de las normas aisladamente consideradas. (Sentencia T-468, 2018, pág. 25)

Finalmente, el ISN debe aplicarse para procurar que los niños, niñas y adolescentes desarrollen su proyecto de vida, por lo que el Estado, la familia y la sociedad deben velar y proteger, promover y garantizar los derechos de la infancia y la adolescencia en todo el territorio nacional, evitando toda forma de explotación o instrumentalización que impida el desarrollo armónico de estos.

2. Obligaciones del estado colombiano en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes

La norma de normas en nuestro ordenamiento jurídico consagra en su artículo 44 que:

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Estableciendo el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado en la protección y garantía de los derechos de los NNA en específico, sin embargo, otras disposiciones como la protección establecida en el artículo 13 superior le serán aplicables, ya que, por sus condiciones físicas, mentales y a veces económicas, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta frente a otros grupos poblacionales. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Así mismo, le asiste el respeto a su dignidad humana de acuerdo con lo establecido en el artículo 1° constitucional, por lo cual los NNA deben ser tratados acorde con su condición de seres humanos, máxime cuando a dignidad humana es en sí misma un principio fundante del Estado Social de Derecho, un derecho fundamental autónomo y un principio constitucional.

Colombia ratificó mediante la Ley 12 de 1991, la Convención Internacional de los derechos del niño (1979) con base a esta el Estado está en la obligación de implementar las medidas que sean necesarias para proteger y cuidar a los niños, niñas y adolescentes en su territorio, así como adoptar las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos a los niños en la Convención. Cada apartado de ella impone una obligación específica, entre ellas, evitar que los niños sean discriminados, garantizar la supervivencia y desarrollo de estos, proteger y restablecer la identidad del niño, protegerlos contra los malos tratos, velar especialmente por los niños refugiados, y así sucesivamente por cada derecho reconocido a los NNA. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)

En el ordenamiento jurídico colombiano el Código de Infancia y Adolescencia consagra en su Título II Capítulo I las obligaciones que tienen la familia, la sociedad y el Estado para con los niños, niñas y adolescentes (NNA); estableciendo que es deber del Estado garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (Congreso de la República, 2006)

Este destina un capítulo para establecer las obligaciones del Estado, la familia y la sociedad las obligaciones específicas del Estado en todos sus niveles (nacional, departamental, distrital y municipal) están dispuestas en el artículo 41 donde reitera la necesidad de garantizar los derechos consagrados en el artículo 44 de la Constitución Nacional. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

También le impone que debe diseñar y ejecutar políticas públicas sobre infancia y adolescencia que estén orientadas a crear condiciones para que los NNA ejerzan sus derechos y a la vez se protejan estos de cualquier amenaza o afectación. Así mismo debe asignar recursos para el desarrollo de políticas públicas para la infancia y la adolescencia. (Alianza por la Niñez Colombiana, 2011) igualmente debe

restablecer los derechos de los NNA cuando han sido vulnerados (Congreso de la República, 2006) Además debe investigar y sancionar los delitos donde sean víctimas.

Además, esta norma prevé la garantía de derechos económicos sociales y culturales como el derecho a la salud desde el nacimiento, el derecho a la educación condiciones de calidad que aseguren la continuidad en el sistema educativo. (Ministerio de Educación, 2019) de igual manera promover la recreación el deporte y las actividades de esparcimiento, así como la garantía de participación en la vida cultural las artes la creatividad y la producción científica y artística.

Debe prevenir y atender la violencia sexual contra niños niñas y adolescentes, así como el maltrato infantil la violencia intrafamiliar el trabajo infantil y el consumo de sustancias psicoactivas (ICBF, 2020) y en los casos de riesgo vulneración o emergencia atender prioritariamente a esta población para asegurar que no sean expuestos a ninguna forma de explotación.

3. Derechos fundamentales violados a los niños, niñas y adolescentes víctimas de la mendicidad en Colombia

Del análisis de los acápites anteriores consideramos que a los NNA que ejercen la mendicidad se le vulneran los siguientes derechos fundamentales:

El derecho a la salud de los NNA está consagrado en el artículo 44 superior y ha sido reconocido como un derecho fundamental por la Corte Constitucional; cabe recordar que los menores se encuentran en un estado de debilidad manifiesta en razón a su edad por lo cual requieren una mayor protección, de allí que se afirme “sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses.” (Sentencia T-206, 2013)

Tal es el grado de protección de este derecho en los NNA que, en la acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, el juicio de procedibilidad de la acción debe ser flexible, en palabras de la Corte “el juicio de procedibilidad del amparo debe ser menos estricto cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional; (...) en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales”. (Sentencia T-206, 2013)

En casos de mendicidad infantil los NNA ven afectados su derecho a la salud por verse expuestos a las inclemencias del clima, a enfermedades y a la falta de atención médica por no encontrarse afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, especialmente aquellos que consumen drogas psicoactivas que impiden su desarrollo armónico y por tanto afectan su integridad física y psicológica.

Una de las situaciones que expone a infantes y adolescentes a padecimientos irreversibles es la carencia de salud oral, pues de ella deriva desnutrición y vulnerabilidad superior a enfermedades virales o contagiosas, poniendo, además, en riesgo el bien Supremo de la vida.

El derecho a la educación de calidad hace referencia a que la educación debe estar disponible para todos (Sentencia T-306, 2011) En los casos de mendicidad infantil se ve claramente vulnerada, ya que desde el momento que cualquier NNA, sin importar la causa, abandona sus actividades educativas para mendigar en las calles no solo merman sus oportunidades de desarrollo, presentes y futuras, sino que lo mantienen en el círculo de vulnerabilidad y pobreza extrema.

No se puede negar la importancia de la educación en el desarrollo del ciudadano capaz de auto determinarse y definir los cursos de su vida. Es decir, la falta de educación facilita la pérdida de la libertad entendida esta última como la capacidad para elegir el proyecto de vida y vivir como se quiera.

Los NNA tienen derecho a recibir una alimentación balanceada y acorde a las necesidades de su etapa de vida, así se deriva del artículo 44 constitucional como parte integrante del desarrollo integral de los menores; su relevancia es tal que ha sido reconocido en tratados internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que la considera “como un componente del derecho a un nivel de vida adecuado, reconocido en favor de toda persona”; (Sentencia C-017, 2019) mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le tribuye una relación con el nivel de vida adecuado, vinculándosele de esta forma con la dignidad humana.

Los NNA expuestos a la mendicidad infantil se encuentran afectados por el hambre y la malnutrición, lo que afecta su desarrollo físico y mental exponiéndoles a enfermedades y afectando su capacidad de aprendizaje

No se puede concluir que todos los NNA que mendigan adolecen de una vivienda o que son habitantes de la calle, pero, las condiciones de extrema pobreza que los lleva a recurrir a la mendicidad permiten entrever que estas no reúnen las condiciones de dignidad necesarias para la seguridad de quienes la habitan. La vida en las calles somete al infante o adolescente a riesgos contra sus integridad física y sexual. Este derecho es fundamental para el disfrute de otros derechos civiles, en palabras de la Corte Constitucional “implica contar con un lugar, propio o ajeno, que le permita a la persona desarrollarse en unas mínimas condiciones de dignidad y en el cual pueda desarrollar su proyecto de vida”, (Sentencia T-409, 2013).

La mendicidad interrumpe todas las actividades comunes para un niño, niña o adolescente, eso incluye la vida cultural del mismo, al igual que la deportiva o

recreativa. La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce “el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.” (Convención sobre los Derechos del niño, 1989) como un elemento importante para el desarrollo psicológico y social del individuo información atendiendo que es a través del juego que el niño y la niña aprenden socializar y cumplir normas

En las calles los NNA están expuestos a accidentes o ser víctimas de violencia por parte de adultos de modo que su vida e integridad física está en constante riesgo. El derecho a la protección es especialmente importante en infantes y adolescentes que viven de la mendicidad debido a la multiplicidad de vulneraciones que han sufrido.

Con la afectación de todos los derechos fundamentales mencionados anteriormente, resulta obvio la violación también a la dignidad humana de los NNA que se ven obligados a mendigar, ya sea por su extrema pobreza o por ser víctimas de explotación por parte de un adulto. La dignidad humana en su faceta de derecho fundamental es de eficacia directa, por lo que el Estado está llamado a garantizarla al ser uno de los pilares de este.

Discusión

La violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de mendicidad infantil es pluriofensiva y, por tanto, la insatisfacción de uno afecta de manera directa o indirecta el goce efectivo de los demás que en casos puede terminar con la muerte del niño la niña o la adolescente.

Su existencia es una clara manifestación de la incapacidad del Estado para satisfacer todos los derechos de este grupo poblacional. El incumplimiento de las obligaciones contraídas con la comunidad internacional en materia de Derechos Humanos es de extrema gravedad atendiendo que son sujetos de especial protección y por tanto sus derechos deberían ser garantizados de manera contundente y efectiva por el Estado, la familia y la sociedad.

Se observa que el principio del interés superior del niño no direcciona el accionar del Estado, pues su inclusión en las actuaciones estatales implicaría habilitar el andamiaje institucional con todos los recursos económicos, logísticos y operacionales para evitar que los NNA vivan en situación de mendicidad. La existencia del problema evidencia a las claras el desinterés del Estado por los derechos de los niños pobres, que por demás constituye una forma de discriminación institucional.

El principio del interés superior exige que los derechos de este grupo etario sean el fin mismo de la actuación estatal desde un enfoque de prevalencia de sus derechos. Sin embargo, que existan niños y niñas en la calle implica que no existen medidas

eficaces para garantizar la permanencia de los niños en las escuelas. Se sabe que la escuela es un entorno protector que ayuda al individuo a desarrollar capacidades para enfrentar situaciones adversas y a superar el estado de pobreza extrema.

En cuanto al deber de protección cuando los NNA se encuentran en riesgo, es nula si existe la problemática. Esta falla es además visible por la falta de persecución del delito de trata para la mendicidad y porque en sí misma la mendicidad infantil es una afrenta grave a la dignidad humana del sujeto en desarrollo. Esto significa que el ciclo de la violencia se solidifica en la medida que el estado no actúa contra quienes violentan derechos fundamentales de la niñez tal como lo dice la Constitución Política de Colombia.

Por otra parte, la afectación en su etapa de crecimiento y desarrollo repercute así mismo en la construcción de un proyecto de vida propio que le garantice superar la situación de vulnerabilidad que han enfrentado. En este sentido el Estado colombiano es responsable por no garantizar el derecho a la alimentación, la vivienda y la educación de los niños niñas y adolescentes que practican la mendicidad.

Pero el inventario de incumplimientos continúa. En efecto, las autoridades han ignorado lo instituido en la Ley 1098 de 2006, que los obliga tanto a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes, como a protegerlos. En tal sentido se echa de menos la institucionalización de un acápite que contenga los deberes para desarrollar su función protectora. Con la omisión aquí señalada también se vulneran: i) el principio del interés superior, entendido como criterio de valoración y de orientación para actuar en procura de efectivizar los derechos específicos de la niñez y la adolescencia; ii) el derecho y principio de la dignidad humana que es un pilar del Estado Social de Derecho; y, iii) los fines del Estado que le encargan la protección de los colombianos y el cumplimiento de sus deberes sociales.

En cuanto a los tratados internacionales que incluyen derechos humanos, todos han sido incumplidos, especialmente la Convención Sobre los Derechos del Niño que regula específicamente la materia y del cual el Estado Colombiano es parte.

Así las cosas, se tiene que la mendicidad afecta los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes al exponerlos a condiciones de extrema inseguridad para su edad, como se observa en la actualidad que pasa con los NNA que los priva de sus actividades normales, la educación, la recreación y el desarrollo, lo que repercutirá en su papel como adultos en la sociedad, de allí que el Estado deba asegurar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y nacionales con este grupo etario.

Conclusión

Atendiendo la interdependencia de los derechos humanos se observa que los niños niñas y adolescentes en mendicidad sufren particularmente daño en sus derechos económicos sociales y culturales y en consecuencia se afectan derechos civiles como las libertades fundamentales la integridad personal y la vida digna. Lo que conlleva que no exista un proyecto de vida ni expectativas D superar la pobreza extrema.

Las violaciones a estos derechos constituyen un incumplimiento del Estado colombiano a las obligaciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño, si bien, existe una amplia regulación para garantizar la satisfacción de los derechos de la infancia y la adolescencia no es menos cierto que en la aplicación de estas no prima el interés superior del niño. Es cuestionable que el Estado no tenga una aproximación de la problemática lo que implica falencias de cualquier estrategia.

Estas obligaciones adquieren mayor relevancia cuándo la violencia la mendicidad es ejercida en beneficio de un tercero que explota al niño niña o adolescente en ese caso la obligación del Estado de prevenir la trata de personas ha sido insuficiente máxime cuando esta actividad se ejerce en las calles.

Referencias Bibliográficas

Alcaldía Mayor de Bogotá. (2011). *La política de infancia y adolescencia en Bogotá D.C. 2011 - 2021*. Bogotá: Sigma Editores Ltda.

Alianza por la Niñez Colombina. (2011). *Recursos para la infancia y la adolescencia: Una prioridad a nivel territorial*. Obtenido de De Cero a Siempre: <http://www.deceroasiempre.gov.co/QuienesSomos/Documents/Guia-alcaldes-gobernadores-2012.pdf>

Asamblea General de la ONU. (16 de Diciembre de 1966). *PIDCP*. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos : <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Asamblea General de la ONU. (16 de Diciembre de 1966). *PIDESC*. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Asamblea General de la ONU. (18 de Diciembre de 1979). *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. Obtenido de Organización de los Estados Americanos:

<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente. (julio de 12 de 1991). Constitución Política de Colombia. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Temis.

Casado, D. (1993). Sectores y Factores de la pobreza reconceptualizada en España. *Critas*, 143-158.

Castaño, M., & Pérez, A. (2017). *Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España*. Madrid: Huygens Editorial.

Cillero, M. (s.f). *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes: http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf

Congreso de Colombia. (24 de Julio de 2000). *Ley 599 de 2000 - Código Penal*. Obtenido de Vlex: <https://app-vlex-com.ezproxy.cecar.edu.co:2443/#WW/vid/42846002>

Congreso de la República. (08 de Noviembre de 2006). *Ley 1098 de 2006 - Código de Infancia y Adolescencia*. Obtenido de Vlex: <https://app-vlex-com.ezproxy.cecar.edu.co:2443/#WW/vid/42856864>

DANE. (2018). *¿Sabías qué...?* Obtenido de DANE: <https://www.dane.gov.co/files/dane-para-ninos/sabias-que.html>

Díez, M. (2009). La mendicidad infantil. *Dialnet*, 9. Obtenido de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2860452.pdf>

Dinero. (31 de 07 de 2020). Pobreza en Colombia aumentará al 38% de la población en 2020. *Dinero*, págs. <https://www.dinero.com/economia/articulo/impacto-del-coronavirus-en-la-pobreza-de-colombia/294221>.

Estados Parte. (20 de Noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del niño*. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Fabre, M. (2000). *De transeúntes, vagabundos y mendigos: un estudio sociológico de la indigencia en Zaragoza en el tránsito de siglo*. Obtenido de Universidad de Zaragoza: <https://zaguan.unizar.es/record/12688/files/TESIS-2013-135.pdf>

- ICBF. (2020). *Línea de protección de los NNA*. Obtenido de ICBF: <https://www.icbf.gov.co/noticias/linea-141>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (13 de Septiembre de 2018). *ICBF promueve campaña por el buen trato entre los niños y niñas en Meta*. Obtenido de ICBF: <https://www.icbf.gov.co/noticias/icbf-promueve-campana-por-el-buen-trato-entre-los-ninos-y-ninas-en-meta>
- La Sociedad de Naciones. (s.f). *Déclaration de Genève du 26 Septembre 1924*. Obtenido de Humanium: <https://www.humanium.org/es/declaration-de-geneve-du-26-septembre-1924/>
- López-Contreras, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*, 51-70.
- Los Estados Americanos. (7-22 de Noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de OEA: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Malaver, C. (14 de Agosto de 2019). Mendicidad en Bogotá, ¿préstamo de niños o necesidad? *El Tiempo*, págs. <https://www.eltiempo.com/bogota/cifras-de-mendicidad-o-prestamo-de-ninos-en-bogota-400588>.
- Martínez, E. (2000). *Análisis de las Problemáticas Socioeconómicas de América Latina*. Buenos Aires: Kapelus. Obtenido de Universidad Nacional de Loja: [https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/1330/1/TESIS%20\(PA%C3%9AL%20MONTALV%C3%81N\).pdf](https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/1330/1/TESIS%20(PA%C3%9AL%20MONTALV%C3%81N).pdf)
- Ministerio de Educación. (31 de Julio de 2019). *El Ministerio de Educación promueve desde el territorio estrategias de acogida, bienestar y permanencia mediante convocatorias públicas que favorecen el desarrollo integral a miles de niños, jóvenes y adultos*. Obtenido de MinEducacion: https://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-387458.html?_noredirect=1
- Ministerio de Salud. (2020). *Programa Ampliado de Inmunizaciones*. Obtenido de MinSalud: <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/Vacunacion/Paginas/pai.aspx>
- Montalván, P. (2011). *La prevención de la mendicidad de niños, niñas y adolescentes como problema social y jurídico en el Ecuador*. Obtenido de Universidad Nacional de Loja: [https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/1330/1/TESIS%20\(PA%C3%9AL%20MONTALV%C3%81N\).pdf](https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/1330/1/TESIS%20(PA%C3%9AL%20MONTALV%C3%81N).pdf)

- Montalvo, C., D'Andreis, A., & Hernández, H. (2017). El Negocio de la Mendicidad: un estudio en la zona norte del Distrito de Barranquilla - Colombia. *Espacios*, 2-14.
- Montalvo, M. (2009). Los Problemas Sociales y Económicos de la Niñez y la Adolescencia. *Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales*, 43.
- RCN Radio. (25 de Julio de 2019). *ICBF ha atendido en 2019 a más de dos mil niños usados con fines de mendicidad*. Obtenido de RCN: <https://www.rcnradio.com/colombia/icbf-ha-atendido-en-2019-mas-de-dos-mil-ninos-usados-con-fines-de-mendicidad>
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de RAE: <https://dle.rae.es/mendicidad>
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de RAE: <https://dle.rae.es/mendigar?m=form>
- Sarlo, O. (2003). Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional. *Isonomía*, 183-196.
- Sentencia C-017, Expediente D-12703 (Corte Constitucional 23 de Enero de 2019).
- Sentencia de Constitucionalidad, Sentencia C-569/16 (Corte Constitucional 19 de Octubre de 2016).
- Sentencia de Tutela, Sentencia T-740/11 (Corte Constitucional 03 de Octubre de 2011).
- Sentencia de Tutela, Sentencia T-206/13 (Corte Constitucional 15 de Abril de 2013).
- Sentencia de Tutela, Sentencia T-468/18 (Corte Constitucional 07 de Diciembre de 2018).
- Sentencia T-287, Expediente T- 6.669.089 (Corte Constitucional 23 de Julio de 2018).
- Sentencia T-306, Expediente T-2814962 (Corte Constitucional 28 de Abril de 2011).
- Sentencia T-409, Expedientes T-3.782.676, T-3.786.150 y T-3.790.269 (Corte Constitucional 04 de Julio de 2013).
- Sentencia T-428, Expedientes T-3115240, T-3115241 y T-3121736. (Corte Constitucional 08 de Junio de 2012).

UNICEF. (2004). *Protección infantil contra la violencia, la explotación y el abuso*.
Obtenido de UNICEF:
https://www.unicef.org/spanish/protection/57929_20414.html

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA EDUCACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.³

Andrea Candamil ⁴

RESUMEN

Este texto integra la comprensión sobre la relación y aporte de la perspectiva de género en una educación en derechos humanos direccionada a brindar los elementos necesarios para defender, promover y aplicar estos derechos en la vida cotidiana; a través de un método descriptivo y explicativo alrededor del marco conceptual y teórico de la perspectiva de género, siguiendo la lectura de los estándares y normas internacionales sobre la promoción de igualdad de derechos.

Palabras Clave: Perspectiva de género, educación, Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

En las sociedades contemporáneas el papel de la educación ha vuelto la mirada hacia el propósito de formar al sujeto en los contextos de sociedades democráticas, pluralistas y diversas (Retamoso, 2007), para que se encaminen a la acción colectiva que las transforme. Para lograrlo es pertinente contar con sujetos participativos, interesados en indagar y actuar sobre los procesos históricos, culturales y políticos. Estos propósitos implican en sí una dirección ético política de la educación, lo cual han señalado Magendzo y Toledo (2015), es una educación dirigida a enfrentar

³ Producto de investigación del proyecto La Educación en Derechos Humanos para derribar el currículo oculto en la Universidad de Sucre. Grupo de Investigación SODEHUPAZ del programa de Derecho. Universidad de Sucre.

⁴ Integrante del semillero Sodehupaz, del programa de Derecho, Facultad de Educación Universidad de Sucre Correo: candamilandrea@gmail.com.

los temas de la pobreza, la corrupción, la cultura de impunidad, la violencia institucionalizada, la injusticia social, la discriminación y la intolerancia.

La educación en DD.HH. es el camino para construir una democracia participativa que nos lleva a pensar y analizar críticamente la cotidianidad, a proponer alternativas inteligentes ante el autoritarismo y a trabajar por la vigencia plena de los Derechos Humanos en nuestra vida, la sociedad y el mundo (Dirección General de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Trabajo, 1994, pág. 22)

Así, la educación en derechos humanos juega un papel importante en la apuesta por la transformación de la sociedad, contribuyendo a fomentar una cultura respetuosa de la dignidad humana en la comprensión de las relaciones y conflictos sociales. Por eso desde el Programa Mundial para la Educación de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁵ se ha afirmado que una educación en derechos humanos debe estar encaminada a “fomentar los valores fundamentales de los derechos humanos, como el respeto, la igualdad y la justicia, y afirmar la interdependencia, indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos” (Oficina del Alto Comisionado de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ACNUDH y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO, 2017, pag.2), inclinándose hacia la eliminación de prácticas discriminatorias y excluyentes que atentan contra la integridad de las personas y de sus posibilidades de afirmación social.

Igualmente se afirma que una educación en derechos humanos eficaz no sólo proporciona conocimientos sobre los derechos humanos y los mecanismos para protegerlos, sino que, además, desarrolla las aptitudes necesarias en la comunidad para promover, defender y aplicar los derechos humanos en la vida cotidiana. La educación en derechos humanos promueve las actitudes y los comportamientos necesarios para que se respeten los derechos humanos de todos los miembros de la sociedad. (Oficina del Alto Comisionado de Las Naciones Unidas para los Derechos

⁵ El 10 de diciembre de 2004, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó mediante resolución 59/113, el Programa Mundial para la educación en derechos humanos (en curso) con el objeto de promover la aplicación de programas de educación en humanos en todos los sectores.

Humanos ACNUDH Y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO, 2017).

En este sentido, se establece que una educación en derechos humanos comprende la adquisición de conocimientos y técnicas que permitan aprender acerca de los derechos humanos y los mecanismos para su protección, así como adquirir la capacidad de aplicarlos de modo práctico en la vida cotidiana. Desarrollar, promover y afianzar valores, actitudes y comportamientos que respeten los derechos humanos y, además, fomenten la adopción de medidas para defender y promover los derechos humanos. (Oficina del Alto Comisionado de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ACNUDH Y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO, 2017).

METODOLOGÍA

Para el desarrollo de este texto se recurrirá a la revisión documental, cuya finalidad “es examinar la bibliografía publicada y situarla en cierta perspectiva” (Vera,2009, pag.63) ubicándolo como un artículo de revisión que, según Icart y Canela (como se citó en Guirao-Goris, Olmedo y Ferrer, 2008) “es considerado como un estudio detallado, selectivo y crítico que integra la información esencial en una perspectiva unitaria y de conjunto” y que “se puede reconocer como un estudio en sí mismo, en el cual el revisor tiene un interrogante, recoge datos (en la forma de artículos previos), los analiza y extrae una conclusión” (Guirao et al., 2008, pag.3)

Será abordada a través de una perspectiva descriptiva, desde la cual se “proporciona al lector una puesta al día sobre conceptos útiles en áreas en constante evolución. Este tipo de revisiones tienen una gran utilidad en la enseñanza y también interesará a muchas personas de campos afines” (Merino, 2011, pag.36). Para dicho efecto, se hará un acercamiento a la perspectiva de género y seguidamente, un abordaje sobre la incorporación y reconocimiento de la igualdad de género a través de los estándares y normas internacionales de los derechos humanos, que se encargan de su tratamiento y regulación.

Incorporando, además, elementos de tipo explicativo para intentar finalmente mostrar con fundamento en el panorama general expuesto, de qué manera la incorporación de la perspectiva de género contribuye a la educación en derechos humanos como enfoque de educación dirigida a cultivar valores, actitudes y comportamientos que permitan alcanzar un contexto de igualdad y paz social.

La Perspectiva de Género

La perspectiva de género “se trata de una perspectiva teórico-metodológica que se materializa en una forma de conocer o mirar la realidad” (García, 2004, pag.76). Es decir que, es una visión y un enfoque de análisis basada en la teoría de género donde se abordan los fenómenos sociales con una mirada dirigida a descubrir los patrones y reflejos de desigualdad, exclusión y opresión que ha producido la dominación de género bajo el mundo androcéntrico, con el propósito de configurar nuevas prácticas y resignificaciones de la historia, la sociedad, la cultura y la política de la mano de las mujeres (Lagarde,1996,p.1) en una especie de llamado hacia un contrato social renovado en el marco de un nuevo pacto por los derechos y la justicia.

Desde esta perspectiva se comprende al género como una categoría socialmente construida como producto de la diferencia sexual que compone a cada uno de los sexos, es decir, que la diferencia biológica relacionada con los rasgos físicos, fisiológicos y reproductivos que constituye al hombre y a la mujer han servido de base para la asignación de los roles y comportamientos que la sociedad atribuye para cada uno de ellos, en ese sentido (Jaramillo, 2000) afirma que:

El sexo, como parámetro para crear categorías, distingue entre hombres y mujeres o, en otras palabras, entre machos y hembras de la especie humana. Género, por el contrario, se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo. Los atributos de género son, entonces, femeninos o masculinos. (p.105)

El género, asumido como un constructo social y no natural, refleja un sistema de creencias, prácticas, y cosmovisiones propias de la cultura de los grupos sociales,

cuyas representaciones simbólicas dotan de sentido todo aquello que los constituye y que forman la base social y política sobre la que se asientan, esto ha permitido afirmar que no existe una esencia natural de ser mujer u hombre, sino que los atributos y calificaciones que radican en cada uno de ellos, es el producto de un entramado histórico y cultural. En ese sentido, Lamas (2000) ha señalado que:

La nueva acepción de género se refiere al conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres (Lamas). Por esta clasificación cultural se definen no sólo la división del trabajo, las prácticas rituales y el ejercicio del poder, sino que se atribuyen características exclusivas a uno y otro sexo en materia de moral, psicología y afectividad. La cultura marca a los sexos con el género y el género marca la percepción de todo lo demás: lo social, lo político, lo religioso, lo cotidiano. Por eso, para desentrañar la red de interrelaciones e interacciones sociales del orden simbólico vigente se requiere comprender el esquema cultural de género. (pp. 3 -4)

La cultura, por tanto, como asentamiento en el que se cultivan los imaginarios sociales configuran atribuciones estereotipadas de hombres y mujeres que responden a los comportamientos socialmente esperados, discursos que además provienen de distintas instituciones como el Estado, la religión, la educación, la ciencia etc., erigidos sobre un sistema patriarcal que justifica una sistemática y estructural dominación de la mujer, bajo prácticas normalizadas y naturalizadas producto de una supuesta inferioridad biológica de las mujeres, invisibilizando el sexismo y la violencia que ello instituye y reproduce. (Facio y Fries, 2005).

Esta construcción específica y concreta de lo femenino y lo masculino se ha diseminado por todos los aspectos de la vida práctica y cotidiana del ser humano “usado para justificar la discriminación por sexo (sexismo) y por prácticas sexuales (homofobia)” (Lamas, 2000, p.4), prácticas discriminatorias que en muchas ocasiones

constituyen actos de violencias dado que el “género es también una forma de control y poder en las relaciones distintivas a partir de los sexos” (Arce, 2006, p. 78).

Razón por la que desde el feminismo se ha hecho el llamado a “construir ahora un mundo que sea la casa acogedora y propia de mujeres y hombres quienes, de manera paritaria, puedan reunirse, dialogar, pactar, intercambiar y compartir para coexistir (Lagunas, Beltrán y Ortega, 2016). Cuyo propósito pasa por desmotar los imaginarios sociales que conllevan a prácticas, actos de violencia y discriminación que van en contra de un contexto de paz, partiendo de la producción de nuevos significantes por fuera de “esa dualidad cultural desde la cual construimos nuestra percepción de la realidad, es la voz masculina la que dirige los signos y elementos que le dan cohesión ideológica a ese supuesto, esa estructura social lleva el nombre de patriarcado” (Calvo, 2014, p.7).

En conclusión, la perspectiva de género es aquella que visibiliza “los distintos efectos de la construcción social de los géneros. Ponen al descubierto cómo el hombre y lo masculino son el referente de la mayoría de las explicaciones de la realidad en detrimento de las mujeres y de los valores asociados con lo femenino, y sugieren nuevas formas de construir los géneros que no estén basadas en la discriminación” (Facio, 2002, pag.59).

La Igualdad de Género en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

Los Derechos Humanos corresponden a un catálogo de prerrogativas y garantías de contenido humanista que nacen como respuesta en primer lugar al movimiento de protección de los derechos de las minorías contenidos en los Tratados de Versalles de 1918-19, y en segundo lugar al movimiento derechos humanos originado en razón a los actos atroces ocurrido en el Holocausto Nazi, constituyendo un entramado normativo internacional, originado en el consenso mundial mediado por el compromiso ético y político (Spector, 2001) que se vio inaplazable entorno al

respeto preeminente de la dignidad humana como un valor fundamental en la construcción de sociedad.

En ese orden mundial, el reconocimiento de la igualdad de los derechos quedó recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, de la siguiente manera:

En el artículo 1.º Se consagró expresamente que:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

En el artículo 2.º Se señaló el derecho a la no discriminación:

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Declaración que junto con los posteriores instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conforman la Carta Internacional de los Derechos Humanos y en ambos se garantiza a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos que en ellas se proclama (art.3)

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se garantiza entre otros derechos, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, de ser sometidos a tratos crueles y degradantes, igualdad ante la ley, derecho a la participación política, el derecho a la libertad de expresión, la protección de la familia y el libre consentimiento de hombres y mujeres para unirse en matrimonio, entre otros. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho al trabajo en condiciones dignas, la protección de la familia y de las mujeres en estado de embarazo, derecho a la educación, la libre asociación sindical y demás.

El primer instrumento jurídico internacional diseñado para la protección de los derechos de la mujer es la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, de 7 de noviembre de 1967, reconociendo en su artículo 1º expresamente que “La discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana”, es así como en sus artículos 2º y 3º sugiere la adopción de las medidas apropiadas para abolir leyes, costumbres y prácticas existentes que constituyan una discriminación en contra de la mujer, así como las medidas para educar a la opinión pública hacia la eliminación de los prejuicios y la abolición de las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad de la mujer.

Posteriormente surgió la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), esta vez como un instrumento jurídico de carácter vinculante, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1981. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014)

La CEDAW es el texto internacional más amplio relativo a los derechos humanos de las mujeres y tiene como objetivo fundamental la eliminación de cualquier tipo de discriminación. Ha sido ratificada por todos los países iberoamericanos y la mayoría de Los estados de otras regiones del mundo (Bareiro, 2018)

En dicha convención se establece la obligación para los Estado de promover la igualdad de la mujer en todos los ámbitos de la sociedad eliminado las prácticas, normas y patrones de discriminatorias a fin de garantizarle un cúmulo básico de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y una vida libre de discriminación promoviendo la igualdad tanto en el ámbito público como privado, y se contempla la adopción de medidas necesarias para eliminar los estereotipos de género. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014)

Concretamente el Artículo 5 establece que los Estados deben promover la modificación de patrones socioculturales y prácticas históricas que se basan en la

inferioridad de los de uno de los sexos, así como en los estereotipos que imponen roles diferenciados a hombres y mujeres

En el artículo 10 referente al derecho a la educación se contempla que:

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza

Esta Convención también se caracteriza por instar a la adopción de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, las cuales permanecerán hasta tanto pueda asegurarse que se han alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato, como se señala en el artículo 4 de la convención.

En el sistema interamericano encontramos que en el artículo 3 literal I de la Carta de la Organización de Estados Americanos, y el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se proclaman los derechos y libertades fundamentales de la persona sin distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

Pero es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) la que directamente establece obligaciones en aras de eliminar todas las formas de violencia contra la mujer, esto es, la violencia física, sexual y psicológica, conforme lo que preceptúa su artículo 1.

De acuerdo con el artículo 6 de la Convención el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación

En el artículo 8 se prescribe la aplicación de medidas especiales de carácter formativo y educativo en las acciones tendientes a eliminar las prácticas de violencia contra la mujer. Para ello insta a que se fomente el conocimiento de los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia a fin de que se modifiquen los patrones socioculturales que perpetúan la discriminación y las distintas formas de violencia contra las féminas. Exige además acciones para superar los imaginarios de superioridad y los prejuicios asociados al sexo femenino.

Igualmente promueve la educación y capacitación de los administradores de Justicia y otros funcionarios que administran la ley para que en sus prácticas incorporen el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres libres de estereotipos de género que afecten el acceso a la justicia. En cuanto a la atención que debe prestar el sistema judicial propone que se suministren los servicios y la atención necesaria cuando ha sido víctima de violación de sus derechos.

Lo anterior implica educar y concientizar a la sociedad sobre el problema de la violencia contra la mujer, así como las rutas legales y administrativas existentes para su protección y la de sus hijos. Eso incluye además programas de rehabilitación de la condición ciudadana de las mujeres para la participación en la vida pública privada y social. En este compromiso el Estado debe involucrar a los medios de comunicación para que sean vehículos que contribuyan a erradicar todas las formas de violencia.

De igual manera le exige garantizar investigaciones eficaces y mantener estadísticas sobre las causas y consecuencias de las violencias contra las mujeres a fin de que sirvan como soporte para programas de prevención y atención frente a la violencia ejercida contra ellas.

Asimismo, se encuentran otro tipo de Convenciones e instrumentos normativos internacionales relacionados que prohíben la discriminación por sexo como son La

Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 7) prohíben igualmente la discriminación por motivos de sexo.

La situación de las mujeres con discapacidad es abordada ampliamente en el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 6) para lo que dispone que los Estados parte deben remediarlas adoptando Medidas que garanticen a las mujeres mayor desarrollo en los planos económicos y sociales dado que los niveles de vulnerabilidad de ellas son mayores cuando además se encuentra en situación de discapacidad.

Por su parte, las dimensiones de discriminación por género están igualmente presente en la discriminación racial (RG No 25, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 2000) por lo que los estados deben tener en cuenta estos factores al momento de analizar y gestionar la atención de las víctimas de esta modalidad.

Por otra parte, en 1993 tuvo lugar la Declaración y Programa de Acción de Viena en cabeza de las Naciones Unidas. En ella se reitera que los derechos de las mujeres son inalienables, integrante e indivisible de los Derechos Humanos, y, por tanto, invita a los Estados a eliminar los prejuicios sexistas en la administración de justicia, a abolir todas las formas de discriminación contra las mujeres, estableciendo como medida preventiva la difusión de los tratados que divulgan los derechos de las mujeres (Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, 2015.)

Adicionalmente, se han llevado a cabo cuatro conferencias mundiales con relación a los compromisos políticos en favor de la igualdad y los derechos de la mujer. En 1975 tuvo lugar primera conferencia en Ciudad de México; en 1980 se llevó a cabo la Conferencia internacional en Copenhague, la siguiente en 1985 en Nairobi y en Beijing en 1995, esta última representa un paso importante en el marco del reconocimiento de los derechos humanos de la mujer y la agenda mundial por la igualdad de género con el surgimiento de “La Declaración y plataforma de Acción de Beijing”

En el seguimiento que se ha hecho posterior a la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, se ha expresado que “Sigue habiendo en muchos lugares violaciones graves de los derechos humanos de las mujeres y las niñas. Las mujeres y las niñas que se rebelan contra esas violaciones corren el riesgo de ser objeto de violencia, acoso e intimidación constantes (párrafo 367, Informe E/CN.6/2015/3)

En consecuencia, se afirmó que se requiere voluntad política y decisiones firmes al interior de los estados para garantizar el goce efectivo De todos los derechos humanos de las mujeres y las niñas. Estableciendo que es necesario el acceso al desarrollo eliminando los factores estructurales que perpetúan las desigualdades entre hombres y mujeres facilitando la pobreza y la vulnerabilidad de las féminas

Discusión Sobre la Perspectiva de Género en la Educación de los Derechos Humanos

La igualdad de derechos de hombres y mujeres ha sido un principio orientador en la regulación en el sistema internacional de derechos, y así quedó consignado desde las primeras proclamas de los derechos universales en 1945 que supuso un gran giro para la humanidad abrazar el propósito de la paz, la libertad, la justicia y la dignidad humana con el fin de evitar futuros proyectos degradantes para la integridad del ser humano, para ello se han desarrollado variados instrumentos jurídicos internacionales, locales y regionales en los que han sido acogidos, incluida la protección específica de los derechos de la mujer.

Según las disposiciones normativas reseñadas, gran parte de los esfuerzos por la lucha contra la discriminación de la mujer está basada en la eliminación de los estereotipos de género, los cuales constituyen dispositivos sociales que se encuentran arraigados como parte de las cosmovisiones culturales y que llegan a consolidarse como parte de una realidad naturalizada y normalizada, acentuando un orden social categorizado por concepciones arbitrarias que han dado lugar a la

desigualdad e inferioridad de la mujer y que lleva la marca de la mirada androcéntrica y patriarcal de la organización social y de la forma de vida en el mundo.

En ese sentido, desentrañar los estereotipos de género del marco de acción social abriría una puerta hacia la plena realización de los derechos de la mujer, ya que no basta con la sola positivización de ellos, sino que se garantice que la sociedad en general esté siendo encaminada a alcanzar una real igualdad de género, esto significaría romper con las prácticas cotidianas que encuentra sus raíces en un sistema desigual que discrimina y oprime a la mujer, contexto en el cual los derechos encontrarán frecuentemente obstáculos para su realización.

De hecho, apostarle a la igualdad de derechos representa un reto mucho más profundo, y es que, siguiendo la explicación esbozada en apartados anteriores, con la aplicación de la perspectiva de género no se buscaría lograr un estado de equiparación de la mujer al hombre, si no de replantear la estructura social existente que permita a los seres humanos reconfigurar y resignificar el valor de lo diferente y lo diverso, y que la universalidad de los derechos y la igualdad puedan incorporarse a la vida auténtica y natural de ser y comprender el mundo, hasta el punto de poder alcanzar otro modo de vida.

Como fue explicado por Simone de Beauvoir en su libro *el Segundo Sexo* (2014) “la mujer se determina y se diferencia con relación al hombre, y no éste con relación a ella; la mujer es lo inesencial frente a lo esencial. Él es el Sujeto, él es lo Absoluto; ella es lo Otro” (pag.18), esta forma estructurada del pensamiento hace propicia la adopción de prácticas excluyentes en el plano de la alteridad, es decir, cualifica las condiciones en que se entablaran las relaciones con el entorno, esto conduce a generar ciertos patrones en el orden material de las cosas, el cual viene precedido por los esquemas del pensamiento que luego serán productores de discursos validados en la realidad.

De manera que la perspectiva de género podría implicar para la enseñanza de los derechos humanos, ir en búsqueda de generar posibilidades reales de transformación de la realidad, de comprender y despertar conciencia sobre la estructura epistémica binaria, dualista, colonizadora y excluyente de nuestra forma de

categorizar y representar lo que nos rodea, propender por la desconstrucción del sujeto activo y participativo y con ello fomentar un orden de relaciones sociales no discriminatorias y que puedan estar basadas en la libertad.

Precisamente, ante la observancia de los patrones de violencia y discriminación que persisten, siguiendo a Ahlert (2007) es necesario ir más allá de los derechos y que sea el contexto y el fundamento social el aliciente hacia una relectura de los derechos del ser humano y los principios y valores que los sustentan, para que estos derechos pasen del ideal hacia lo real y pueda penetrar en lo cotidiano de todas las personas.

En ese contexto, se identifican posiciones académicas que han producido una lectura crítica del enfoque tradicional de los derechos humanos, abogando por una transición de derechos encaminados a su reinención.

A pesar de la enorme importancia de las normas que intentan garantizar la efectividad de los derechos a nivel internacional, estos no pueden reducirse a las mismas. Tal reducción supone, en primer lugar, una falaz concepción de la naturaleza de lo jurídico; y, en segundo lugar, una tautología lógica de graves consecuencias sociales, económicas, culturales y políticas, los Derechos Humanos no podrían, por tanto, reducirse a cuerpo normativo de aplicación formal sino como herramienta dirigida a la transformación y a la producción de ciertas materialidades que permiten un real acceso a los derechos. (Herrera, 2008, pág. 11)

Si atendemos las críticas jurídicas feministas respecto a los derechos humanos, es posible identificar que de larga data se ha puesto de presente el modelo masculino sobre el que ha quedado inserto los derechos humanos en gran parte de los instrumentos internacionales, regionales y nacionales

El sesgo androcéntrico en la teoría y práctica de los derechos humanos internacionales tenía que ser develada. Esto no se empezó a dar sino hacía el final de los años ochenta, cuando las pensadoras feministas iniciaron su crítica del paradigma de los derechos humanos y a proponer uno más inclusivo,

género sensitivo, que incluyera mujeres de todos los colores, edades, capacidades, regiones, y prácticas sexuales, religiosas y culturales. (Facio, 2003, pag.20)

Sin embargo, aunque hoy en día existan derechos reconocidos para las mujeres y hombres no implica que esta mirada haya desaparecido, una muestra de ello es que aún no se ha alcanzado la igualdad de género en el mundo, por eso en el plano de reconocimientos de derecho, las banderas de los movimientos feministas siguen en pie, y en el plano de la aplicación de los derechos todavía se siguen implementando medidas especiales temporales que se han diseñado a efectos de alcanzar la igualdad de facto entre hombres y mujeres como lo señala la CEDAW, en una especie de fórmula jurídica temporal que puede ser calificada de problemática en tanto busca la igualdad a través de un trato diferenciado o especial en un medio en el que no se han derribado las nociones estereotipadas de género.

De las apuestas históricas fundamentales del movimiento feminista ha sido la denuncia sobre el contenido parcial del derecho a la igualdad, por haber quedado las mujeres excluidas del proyecto de la ilustración que dio vida a la Revolución francesa en el siglo XVIII, en donde fueron consignados derechos de carácter universal bajo el nombre *de derechos del hombre y del ciudadano*, situación que también conllevó de esa manera al cuestionamiento del contenido androcéntrico de la universalidad como universo excluyente de las mujeres (de las Heras, 2009).

Bajo la mirada androcéntrica, los derechos también pueden parecer adoptados con un contenido neutro, como el derecho a la paz, la justicia o a la libertad, sin embargo su contenido aparentemente abstracto y general a la luz del enfoque de género adquirirían un contenido más amplio, universal e integrador, encontrándose también en juego su alcance y resignificación de conformidad con la teoría feminista encaminadas hacia la construcción de una nueva humanidad a la luz de los retos que presenta la bandera de la igualdad de género.

Estos procesos de tensiones en el reconocimiento y resignificaciones revelan según Facio (2003) el carácter dinámico de los derechos humanos:

Esto quiere decir que, aunque una gama de derechos humanos fundamentales ya tiene reconocimiento jurídico, nada excluye la posibilidad de darles una interpretación más amplia o de luchar para que la comunidad internacional acepte, en cualquier momento, derechos adicionales. De esta forma, los derechos humanos van adquiriendo nuevos significados y dimensiones. (pag.3)

Pero no sería posible imaginar la dinamización de los derechos humanos en un contexto donde el sujeto no adquiriera un papel fundamental en la búsqueda de sentido y de significaciones, con lo cual se enriquecería no solo el proceso de enseñanza de los derechos humanos sino de la práctica de los mismos, en donde los fines de paz, igualdad y respeto por la dignidad humana harían parte del compromiso que, en palabras de Paulo Freire, constituirían una *educación liberadora* implicada en la reflexión, la crítica y encaminada hacia la transformación social.

Esto significa propender por una enseñanza donde la cultura de los derechos humanos se ponga en órbita y “se prolongue a lo largo de la vida de la persona, conformando un *ethos* o cultura de los mismos” (Fuentes, 2013, pág.4) concibiéndose desde una óptica descentrada del orden androcéntrico, lo cual lleva ínsito su reformulación, su tratamiento y transmisión atendiendo a los cambios estructurales y denodados que demandan los giros liderados por las conquistas históricas en la humanidad.

En el plano de la igualdad de género, la materialización de los derechos al toparse con las concepciones, prejuicios y estereotipos que socialmente han sido designados a los géneros, se requeriría además enfocar una educación de posibilidades disruptivas para el sistema de creencias, códigos de lenguajes, actividades y prácticas que se legitiman e interiorizan en los sujetos como verdades excluyentes.

Comprender el género y a éste inmerso dentro de la cultura patriarcal nos permite concebir a la humanidad y a cada quien (sic) en sus dimensiones: biológica, psicológica, histórica, social y cultural, y descubrir y plantear líneas de acción para elaborar procedimientos para eliminar de nuestras vidas la

desigualdad y la inequidad que han marcado y determinado a la humanidad desde siglos atrás, y que siguen haciéndolo en el presente. La perspectiva de género permite entender que la vida y sus circunstancias y escenarios se pueden transformar en busca de sociedades donde ponderen, ante todo, la igualdad, la equidad y la justicia. (Calvo, 2014, pág.13)

Lo dicho sugiere entonces que es posible desaprender lo inculcado desde la cultura, pero que además las jerarquías y categorías sociales bajo el influjo del sistema cultural no constituyen marcos inamovibles, si se tiene en cuenta que la cultura en tanto vinculada de manera dialéctica con lo orgánico y lo artificial, no es estática sino que es el resultado de interacciones en los diferentes intereses, produciendo resistencias y concesiones en las constantes maniobras de los seres humanos que son productores y a la vez producto de las fuerzas encontradas (Eagleton, 2001) manifestada en este caso por una actitud de develamiento y lectura a contrapelo del organización social patriarcal y androcéntrica hacia una visión de mundo con enfoque de género.

La naturaleza social, política, ética y filosófica de los postulados y retos que se erigen de la propuesta teórica feminista reflejan que la perspectiva de género no es una mirada a favor de la mujer, si no que el género como categoría planteada en el ámbito sociocultural, es un llamado colectivo a introducir discursos fuera de la lógica patriarcal y androcéntrica marcando un periodo actual de gestación que permite concluir “ que el momento histórico en que vivimos ahora, está en procura de recuperar algunas dimensiones de las relaciones humanas distorsionadas o negadas en el patriarcado...que se traslada del puro conocimiento y crítica a la práctica en la convivencia, en busca del respeto a lo humano.” (Calvo, 2014, pág. 12)

CONCLUSIONES

La educación en derechos humanos a la luz de la perspectiva de género contribuiría al cuestionamiento introspectivo del sujeto en los roles que juega en cada uno de los ámbitos y esferas sociales (ciudadano, profesional, familiar e.t.c).

La educación en derechos humanos es una aliada de la perspectiva de género en la búsqueda de renovar las prácticas y comportamientos devenidos del aprendizaje sociocultural, contribuyendo a desmontar la discriminación contra las mujeres y las niñas

Dotar de herramientas para la práctica de los derechos humanos en consonancia con la igualdad de género requeriría un esfuerzo de parte de las instituciones, educadores y/o capacitadores en derechos humanos, que incluye, la autoformación de estos a fin de derribar los propios sesgos de género. Lo que sentaría las bases para la transformación social desde una perspectiva de reconocimiento de los derechos específicos de las mujeres.

Referencias

- Ahlert, A. (2007). **Ética y Derechos Humanos: principios educacionales para una sociedad democrática.** *Polis*, (16). 1-12. Recuperado de [file:///C:/Users/USER/Downloads/polis-4663%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/polis-4663%20(1).pdf)
- Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer (2015). **Manual de Territorialización de los Lineamientos de Política Pública para la Prevención de Riesgos, la Protección y Garantía de los Derechos de las Mujeres Víctimas del Conflicto Armado.** Recuperado de <http://www.equidadmujer.gov.co/ejes/Documents/mvca/Marco-normativo-derechos-mujeres.pdf>
- Arce-Rodríguez, M. (2006). **Género y violencia. Agricultura, Sociedad y Desarrollo**, 3(1). 77.-90. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-54722006000100005.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de febrero de 2004). **Programa Mundial para la educación en derechos humanos.** Resolución A/RES/59/113 de 17 de febrero de 2005. Recuperado de <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/59/113>
- Bareiro, L. (2018) **Entre la igualdad legal y la discriminación de hecho.** CEPAL Recuperado de https://www.cepal.org/sites/default/files/project/files/entre_la_igualdad_legal_y_la_discriminacion_de_hecho_0.pdf.
- Calvo, M. (2014). **El péndulo oscila hacia ambos lados: género, patriarcado y equidad.** *Revista Estudios*, (29), 1-17. doi: 10.15517/RE.V0I29.17832.
- "CEDAW" (1979). **Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (2015) Informe del Secretario General **E/CN.6/2015/3 (Párrafos 367 y 368) Examen y evaluación de la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.** Recuperado de <https://undocs.org/es/E/CN.6/2015/3>.
- "Convención De Belem Do Para" (1994). **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**
- De Beauvoir, S. (2014). **El segundo sexo.** [Traducido al español de *Le deuxième sexe*]. Bogotá, Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial.

De las Heras, S. (2009). **Una aproximación a las teorías feministas**. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (9), 45-82. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8876/aproximacion_heras_RU_2009.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Dirección General de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Trabajo. (1994). **Enseñanza práctica de los derechos humanos**. Recuperado de <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1929/ensenanza-practica-de-los-dh-1994.pdf>.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1945)

Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer. (1967)

Declaración y programa de acción de Viena. (1993)

Eagleton, T. (2001). **La idea de cultura: una mirada política sobre los conflictos culturales**. Recuperado de https://www.academia.edu/28952264/Eagleton_Terry_La_Idea_de_Cultura_Una_Mirada_Politica_Sobre_Los_Conflictos_Culturales.

Facio, A. (2002). **Engenerando Nuestras Perspectivas**. *Otras Miradas*, 2 (2). 49-79. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18320201>.

Facio, A. (2003). **Los Derechos Humanos desde una perspectiva de género y las políticas pública**. *Otras Miradas*, 3 (1), 15-26. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18330102>.

Facio, A. y Fries, L. (2005). **Feminismo, género y patriarcado**. *Revista sobre enseñanza del derecho*, (6), 259-294. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-ensenanza-derecho/article/viewFile/33861/30820>.

Fuertes-Planas, C. (2013). **Cultura y transmisión de los derechos humanos**. *Universidad Complutense de Madrid*, 19 (especial), 187-194. doi: [10.5209/rev_ESMP.2013.v19.42024](https://doi.org/10.5209/rev_ESMP.2013.v19.42024).

García, S. (2004). II. El marco teórico: la perspectiva de género y la protección internacional de los derechos humanos. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro por la Justicia y el derecho Internacional (Ed), *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional De la formación a la acción*. (71- 169) San José, Costa Rica: Servicio Editorial del IIDH. Recuperado de

https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/los_derechos_humanos_de_las_mujeres_0.pdf.

Guirao-Goris,S., Olmedo, A. y Ferrer, E. (2008). **El artículo de revisión**. *Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria*, 1(1) 1-26. Recuperado de https://www.uv.es/joguigo/valencia/Recerca_files/el_articulo_de_revision.pdf.

Herrera, J. (2008). **La reinención de los derechos humanos**. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-reinencion-de-los-derechos-humanos.pdf>.

Jaramillo, I. (2000). **La crítica feminista al derecho**. Recuperado de <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/8cea4f9e033316e.pdf>.

Lagarde, M. (1996). **Género y feminismo: desarrollo humano y democracia**. Recuperado de <file:///C:/Users/USER/Downloads/RCIEM226.pdf>.

Lamas, M. (2000). **Diferencias de sexo, género y diferencia sexual**. *Cuicuilco*, 7 (18) 2- 24. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/351/35101807.pdf>.

Magendzo, A., y Toledo, M. (2015) **Educación en derechos humanos: Estrategia pedagógica-didáctica centrada en la controversia**. *Revista Electrónica Educare*, 19(3), 1-16. doi:10.15359/ree.19-3.2.

Merino, A. (2011). **Como escribir documentos científicos** (Parte 3). *Salud en Tabasco*, 17(1-2), 36-40. Recuperado de <https://www.redalyc.org/arti>.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2014). **Los derechos de la mujer son derechos humanos**. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-2_SP.pdf.

Oficina del Alto Comisionado de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2017). **Plan de acción Programa Mundial Para La Educación En Derechos Humanos Tercera etapa**. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/ThirdPhaseWPHREducation_S P.pdf.

ONU Mujeres, Conferencias mundiales sobre la mujer (22/07/2020). Recuperado de <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1996).

Retamoso, G. (2007). **Educación y Sociedad. Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas**, 7 (12), 171-186. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/1002/100220305012.pdf>.

Spector, H. (2001). **La filosofía de los derechos humanos. Isonomía**, (15), 7-53. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182001000200007.

Vera, O. (2009) **Artículos de revisión. Med La Paz**, 15(1), 63-69. Recuperado de http://www.scielo.org.bo/pdf/rmcmlp/v15n1/v15n1_a10.pdf.

EL MECANISMO DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.

Por: Carlos Iván Payares Tapia - Antonio Carlos Cabeza Gallo ⁶

RESUMEN.

La extensión de la jurisprudencia y las sentencias de unificación integran el conjunto de las innovaciones que la Ley 1437 de 2011, en sus artículos 10 y 102, incorporó en el ordenamiento jurídico patrio. Con ellas el legislador procuró que a los precedentes judicial se le dé una correcta aplicación. Son, en consecuencia, figuras para agilizar los procesos que se adelantan ante los jueces de la República y el desenvolvimiento de la administración pública, en aras de salvaguardar los derechos de los administrados con fundamento en los principios constitucionales y legales del debido proceso, igualdad, legalidad, buena fe, economía procesal y eficacia.

El nuevo mecanismo de extensión de la Jurisprudencia no solo apareja que las decisiones del Consejo de Estado se tornan vinculantes, sino que implica para los jueces el deber de aplicar con uniformidad las normas cuya interpretación ha sido fijada por el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Con esto se espera que la descongestión de los despachos judiciales se haga realidad, se acentúe la seguridad Jurídica y fortalezca la confianza en la jurisdicción.

Tal deber comprende también a los funcionarios administrativos, de manera que a ellos les corresponde extender los efectos de una sentencia de unificación a los administrados que lo soliciten, a condición de que acrediten los mismos supuestos facticos y jurídicos que sirvieron de base a los consejeros de estado para adoptarla.

PALABRAS CLAVES: Extensión de la jurisprudencia, sentencias de unificación, igualdad, seguridad jurídica.

⁶ *Carlos Iván Payares Tapia*, Abogado, Esp. En Derecho Administrativo y Docencia Universitaria, carlos.payares@unisucree.edu.co – *Antonio Carlos cabeza Gallo* - Abogado Especialista en Derecho Administrativo – Docente Universitario - ancar-22@hotmail.com

ABSTRACT

The extension of the jurisprudence, and the judgments of Unification Jurisprudential articles 10 and 102 are two new legal figures that incorporated the Law 1437 of 2011, in order to give a correct application to the judicial precedent in contentious administrative matters and thus advance in the procedures in the administration of justice and in the same development of the public administration, in order to safeguard the rights of the administered ones based on the constitutional and legal principles of due process, equality, legality, good faith, procedural economy and efficiency.

The novelty of the mechanism of extension of the Jurisprudence, has immersed the duty of uniform application of rules and jurisprudence as a binding element, which seeks to achieve in part judicial decongestion, legal security and strengthen the strength and the binding nature of the desiones Judicial of the Council of State,

There is a clear duty to give a uniform application to unification judgments, and extend those effects to third parties who request it before the administration with prior accreditation of the same factual and legal assumptions.

INTRODUCCION

Entre las novedades que en materias administrativa y contenciosa administrativa introdujo la Ley 1437 de 2011 en el ordenamiento jurídico patrio se cuentan la extensión de los efectos de las jurisprudencias de unificación que profiera el Consejo de Estado y las sentencias de unificación. Con estas figuras se procura: i) lograr una correcta interpretación de las normas a través de la aplicación de precedente judicial, ii) contrarrestar la congestión de los despachos judiciales, iii) agilizar los trámites que se adelantan ante las autoridades administrativas. Además, y, iv) salvaguardar los derechos de los administrados con fundamento en los principios constitucionales y legales del debido proceso, legalidad, buena fe, economía procesal y eficacia.

La ley 1437 de 2011, o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, desarrolla en su capítulo II, artículo 10, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de aquellas situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos y que conciernan a los administrados que lo soliciten. Además, es menester indicar que tanto en el Título VII, capítulo I, artículo 269, se reglamentó lo concerniente a la extensión y unificación jurisprudencial, como al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (artículo 256), del que solo mencionaremos apartes por no ser objeto principal de este estudio.

Con la entronización de estos instrumentos se dotó a los administrados de una herramienta que les permita, sin tener que acudir ante la autoridad jurisdiccional, obtener el reconocimiento, respeto y satisfacción sus derechos dada la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* de las sentencias de Unificación del Consejo de Estado. No obstante, es mandatorio precisar que la prosperidad de tales solicitudes debe ajustarse a estos requisitos: i) hallarse en una situación fáctica similar a la que demostró el demandante favorecido con la sentencia de unificación; y, ii) que para resolver la situación sea indispensable aplicar la misma normatividad que se tuvo en cuenta para desatar el litigio. En últimas, que se trate de un caso particular y análogo.

De esta manera los administrados cuentan con una prerrogativa para exigir de las autoridades la efectividad de sus derechos sin tener que acudir ante un juez.

A través del presente artículo de investigación se analizarán los orígenes, los lineamientos estructurales de la unificación y extensión jurisprudencial, su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, las ventajas y posibles desventajas que se puedan derivar de su aplicación. A la par de hacer una mirada crítica y constructiva del mecanismo como una relación interdependiente entre la administración pública y el máximo órgano de lo contencioso administrativo, que en ultimas es este el que tomará una decisión ante la negativa de la administración de actuar y evitar que el ciudadano ejerza el medio de control idóneo.

La implementación de estos mecanismos

Antes se aclaró que la extensión de la jurisprudencia de unificación beneficiará tanto a los administrados que estén en condiciones de merecer el reconocimiento de derechos dada la similitud que su caso tiene con el que antes se resolvió por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y que sirve de base para su petición, como a la jurisdicción y a la administración, todo porque la creación de estos mecanismo mermará la congestión de los despachos judiciales y acelerará los procesos administrativos.

Para que la jurisprudencia de unificación se aplique en sede administrativa, al administrado ajeno a la litis debe poner en consideración de la administración la situación fáctica y jurídica en que se halla inmerso, que, no está de más decir, debe coincidir con los supuestos facticos y jurídicos que se tuvieron en cuenta para proferir la sentencia unificada. El artículo 102 en su inciso 1° señala, de forma concreta y clara, que “Las Autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos facticos y Jurídicos”. Esto se deberá entender e interpretar en conjunto con lo planteado por las sentencias de la corte Constitucional C-816 de 2011, que condiciono el deber de observar y tener en cuenta preferentemente las interpretaciones de la Corte Constitucional en lo referente a las normas constitucionales aplicables al asunto en mención.

Podemos señalar que este mecanismo de extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros comienza por instaurar la fuerza vinculante que tanto la Jurisprudencia como la doctrina enfatizan en el *precedente judicial*. Queda de cierto modo instituido formalmente un tipo especial de procedimiento en sede

administrativa, que buscaría hacer efectivo la aplicación uniforme de los derechos de las personas que acuden a ella.

Con esta aplicación uniforme e igualitaria, lo que se quiere es disminuir en gran medida la gran cantidad de asuntos y procesos que se repiten tanto en temas como pretensiones, y que llegan a la sede judicial el funcionamiento razonable de la actividad de los juzgados; y que son asuntos que ya presenta una línea clara de decisiones en el Consejo de Estado de una forma unificada, que ha sido tenida pacífica y regularmente aceptada por la alta corporación de lo contencioso administrativo, Vemos que se busca en gran medida perseguir de forma unánime darle celeridad a los temas y asuntos que debe resolver la administración, al ser de conocimiento claro y que se presentan con gran sistematicidad, Más aun creemos firmemente que la extensión de la jurisprudencia, las sentencias de unificación y el recurso extraordinario de Unificación en cierta medida, reflejan fielmente la protección de los derechos de los administrados por contar con un instrumento para que se resuelvan sus peticiones de una forma rápida y en derecho.

Esto deja ver como se realizaron esfuerzos para buscar la tan anhelada estabilidad jurídica especialmente en la aplicación del precedente judicial, en caso particular del área del derecho administrativo fueron el decreto 528 de 1964, la ley 11 de 1975 y la ley 448 de 1998, las que dieron piso a la aplicación de las decisiones judiciales en el aparato jurisdiccional, para dotar al ciudadano de seguridad e igualdad de trato en sus asuntos; por los lados de la administración Pública con la ley 1395 de 2010 se trató que las autoridades fueran consecuentes con las decisiones reiterativas de los despachos judiciales, pero que no se lograron los fines perseguidos para tratar de resolver los asuntos y peticiones que el ciudadano reclamaba.

Con la expedición de la sentencia C-113/1993- , podemos inferir que se empieza a establecer la llegada de la teoría del Precedente, con el estudio del decreto 2067 de 199, al indicar los efectos de las sentencias directamente relacionados con las partes intervinientes. Juntos a esta decisión se sucedieron un sin número de providencias como fueron las C- 083/1995 M.P Carlos Gaviria Díaz, que fueron formando la teoría del Precedente de carácter vinculante.

Como lo establece (Bernal 2005) se abre paso la necesidad de llenar vacíos en la ley mediante la propia Constitución, caracterizada por tener elementos que

amplían su campo de acción, como los valores y principios; Vemos como la fortaleza que toma la decisión de la corte constitucional arrastra una interpretación que a nuestro modo de ver es una guía que el operador Jurídico debe tener en cuenta al momento de tomar la decisión del caso bajo estudio.

Por otra parte, los preceptos de los artículos 10 y 102 de la ley 1437 de 2011 buscan aplicar de una manera pacífica las sentencias de Unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, con lo cual creemos que se reconoce la importancia jurídica de tales decisiones. Que lo que se quiere es cerrar discusiones sobre problemas jurídicos que señalen una mejor seguridad Jurídica y eficiente aplicación de justicia.

Al respecto (Arboleda 2014) manifiesta que en cierta circunstancia si se llegase a separar de la decisión tomada en las sentencias de unificación, las autoridades podrían llegar a desconocer la norma jurídica. Un punto central y que nos aclara el grado de vinculatoriedad lo encontramos en (Ospina 2013) en lo referido por la Corte Constitucional al considerar que es un elemento vinculante más no obligatorio pues para entender la vinculatoriedad al momento de decidir se deben tener en cuenta las normas obligatorias. Al fin de cuentas podemos afirmar que lo Obligatorio es la Interpretación contenida en la jurisprudencia bajo análisis. Es de recordar que la Corte Constitucional estableció que esta vinculatoriedad de las sentencias de unificación también se extiende a las jurisprudencias de las demás cortes, y que se deberán observar preferentemente las emitidas por ella, como guardiana de la carta política.

Con el avance en el estudio de la figura de la extensión de la jurisprudencia a terceros, podemos llegar descubrir su inmenso potencial, en la búsqueda de una aplicación uniforme del derecho, del principio de igualdad y seguridad jurídica, que lograr una mayor eficiencia con caras a ciudadano que en últimas es el beneficiario de la actividad judicial.

El papel importante y de primera línea en el advenimiento del precedente jurisprudencial, como una fuerza creadora de fuente del derecho. (Montaña 2014). Creando en ultimas normas de aplicación y respeto, comprendiendo que las normas no pueden por más que el operador y el intérprete pretenda aplicarla en su sentido más amplio al caso, buscar una aplicación más especial acorde a las condiciones de tiempo modo y lugar.

Esto ha transcurrido de una forma impactante en nuestro ordenamiento jurídico que se puede llegar a plantear como lo señala (Martínez 2011), que el Derecho administrativo en cuanto a la aplicación del precedente llegase a parecerse al *Common Law*, por cuanto y tanto en la labor de resolver problemas jurídicos similares, se trabajan y aplican reglas jurisprudenciales extraídas de la jurisdicción contenciosa.

1.0 Procedimientos de unificación y extensión jurisprudencial.

Una de las novedades que trajo el nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es la unificación y extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuyo articulado fue sometido al control de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional en las Sentencias C-634 y C-816, ambas del año 2011, reiterando las reglas establecidas en la Sentencia C-539 de 2011, ya que a juicio del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, *“el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al dejar de señalar en la norma que las autoridades administrativas deben tener en cuenta a la hora de adoptar una decisión, no solo las sentencias de unificación que adopte el consejo de estado sino también la jurisprudencia de la corte constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto, teniendo en cuenta el principio de supremacía de la constitución y los efectos de la cosa juzgada constitucional, prevaleciendo siempre el precedente de la corte constitucional sobre todo en materia de derechos fundamentales”*.

La extensión de la jurisprudencia y el recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia, se encuentran contenidas en los artículos 10, 102 del Título V, 256 al 268 del Capítulo II y entre los artículos 269 al 271 del título VII Capítulo I de la ley 1437 de 2011; se puede decir que su principal diferencia consiste en que la extensión de la jurisprudencia se presenta en sede administrativa adelantada ante su respectiva autoridad pública competente mientras que la unificación de la jurisprudencia es un recurso extraordinario que se adelanta ante la jurisdicción contenciosa administrativa, es decir, en sede judicial.

Según el artículo 257 de la mentada ley, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia *“procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos. Tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurso procederá siempre que la cuantía de la condena*

o, en su defecto, de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda los montos vigentes” establecidos en el mismo artículo, *“al momento de la interposición del recurso”* ; a su vez el artículo 258 *Ibíd*em, establece que *“Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado”*. Para que proceda el recurso de unificación de jurisprudencia es necesario que se haya dictado sentencia ya sea de única o segunda instancia, siempre y cuando dicha sentencia haya causado un perjuicio a cualquiera de las partes, por la inaplicación de una sentencia de unificación en el fallo.

Por otro lado, el artículo 102 de la plurimentada ley, nos plantea que la solicitud de extensión de la jurisprudencia se incoa para obtener el reconocimiento de un derecho de conformidad con lo establecido en una sentencia de unificación. Ante esto se le impuso al solicitante la carga de demostrar que su caso armoniza o coincide con los mismos supuestos fácticos y jurídicos de la situación resuelta en la sentencia de unificación sobre la que se estructura la petición.

A pesar de que la extensión de la jurisprudencia se da en sede administrativa y el recurso extraordinario de unificación en sede judicial, ambas figuras buscan el mismo objetivo, el cual consiste, en la aplicación de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en pro de darle una correcta aplicación al precedente jurisprudencial en materia contenciosa administrativa, lo cual debe ser aplicado desde la misma actuación administrativa.

Como vemos el cambio de paradigma se acentúa al dejar de ser precaria la jurisprudencia e irse consolidando como una verdadera fuente de derecho, nuestro artículo 230 de la C.P, al asentarse sobre un paradigma de *Civil Law*, otorga facultad preponderante a los poderes legislativo y ejecutivo como actores que elaboran y aplican la ley, dejando al poder judicial su interpretación. (Quinche 2016).

Se ratifica así la convicción de que en el ejercicio jurisdiccional se conocen con anterioridad las normas que se aplicarán para la solución del caso en concreto. Por ello no se estaría creando derecho, pues solo la ley imperaría y la jurisprudencia, la equidad y los principios serían criterio auxiliar.

Esta figura de extensión de jurisprudencia, con su carácter netamente jurídico se perfila como una herramienta clave de descongestión judicial, que ayude en forma clara a detener la congestión que día a día crece en la rama judicial, Como lo señala (Bernal 2016), el mecanismo logro dotar de eficacia y agilidad al sistema, comenzando por el pleno reconocimiento del precedente Jurisprudencial del Consejo de Estado, en lo atinente a sus sentencia de Unificación, pero que a raíz de la Sentencia C-816 de 2011 se tendrán en cuenta también las sentencia de la Corte Constitucional, por lo tanto consideramos que la aplicación del precedente es materia incluyente y vinculante para la administración o las autoridades, teniendo el deber de respetarlo, acatarlo y en los posible ante eventuales solicitudes aplicarlo.

En gran medida señalamos que con la llegada del nuevo Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, lo que se pretendió es de reforzar la constitucionalización del Derecho administrativo, y en especial el trámite de sus procesos tanto en sede administrativa como en sede judicial, llamando para tal fin la aplicación de forma perentoria los principios de celeridad, economía, igualdad y buena fe, otorgándole un poder claro al ciudadano para lograr tener una justicia pronto, expedita y bajo signos de igualdad en sus justas proporciones.

Al respecto (Martínez 2017) señala lo siguiente: el legislador se encontraba en mora con relación al ciudadano facilitándole una figura que le permitiera acceder de una forma rápida y clara a la administración de justicia, junto a las autoridades, bajo el entendido que recibirá un trato igualitario, dándole la importancia y el respeto al precedente judicial en este caso, con la obligación de extender estos efectos a terceros que lo soliciten.

Entonces de este modo la Extensión de la Jurisprudencia es la garantía que puede llegar a tener el administrado en la aplicación inmediata de los principios del derecho y de los derechos fundamentales, contexto este último que es de cabal importancia si pretendemos convivir en una sociedad más justa e igualitaria, que busque llagar a materializar los postulados de la justicia.

Tal cuestión la sostiene (Santofimio 2017) al señalar que en el artículo 3° de la ley 1437 de 2011, se materializa “*el principio jurídico de la Buena administración, entendido como un postulado normativo que ordena, en la mayor medida posible de acuerdo a las condiciones fácticas y jurídicas, que la administración garantice los derechos de los administrados cuando entran en interacción con ella*”.

No debemos perder la atención en que son prometedores los beneficios que tiene potencialmente la figura jurídica de la extensión de la jurisprudencia, ya que es la herramienta que materializa derechos, y sobre todo puede llegar a ser un forma de buscar el reconocimiento de derechos como la seguridad social, en el campo administrativo, puntualmente el reconocimiento de pensiones junto con su reliquidación, el pago de prestaciones sociales, la declaratoria del contrato realidad entre otros temas que rondan la justicia administrativa; y que reafirma el Precedente en este caso sentencias de Unificación del Consejo de estado, según la máxima corte de la jurisdicción administrativa con respecto a la interpretación que le deben dar las autoridades a los efectos de las sentencias se dijo lo siguiente “ *tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional*” (Consejo de Estado, Radicado 11001-, 2013, pág. 20).

1.1 Petición y Requisitos formales.

La ley 1437 de 2011 deja establecido en su artículo 102 que, por medio de una petición, de carácter y configuración especial, puede un ciudadano acudir ante la autoridad legalmente competente para solicitar que se le reconozca el derecho que cree tener de acuerdo con lo definido por la *ratio decidendi* de una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. La prosperidad de tal petición dependerá de que no haya operado el fenómeno de la caducidad del medio de control respectivo y que exista similitud entre los hechos y fundamentos de derecho expuestos en la petición con los que sirvieron de base al Consejo de Estado para su pronunciamiento. Esto obliga a quien aspire a tal beneficio a: i) alegar de una forma clara, concisa y, sobre todo, razonada, los motivos y fundamentos jurídicos que cree se deben aplicar a su caso en concreto; ii) allegar con la petición las pruebas que tiene bajo su poder y/o señalar las que la administración tiene en sus archivos; iii) mencionar las demás pruebas que aduciría en el futuro proceso judicial; y, iv) anexar la copia de la sentencia de unificación o, por lo menos, identificarla en su referencia.

A lo anterior debe agregarse que, si con anterioridad el peticionario hubiera efectuado una petición con idéntico propósito, pero sin haber invocado la aplicación de la sentencia de unificación, el interesado está obligado a informarlo para que, como lo

dispone el inciso tercero del artículo 102 de la ley 1437, al resolverse la solicitud de extensión se entienda resuelta la primera solicitud.

1.2 Trámite y Decisión.

Luego de que se radique la petición de extensión, surge para la administración el deber de solicitarle a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado que emita concepto sobre la viabilidad o no de ella. Tras recibir el oficio o comunicación, la ANDJE cuenta con diez días para informar sobre la intención de rendir el concepto solicitado. Si su respuesta indica que se inclina por emitirlo, tal documento se debe producir dentro de los 20 que siguen a su asentimiento, tal como lo estatuye el artículo 614 del Código General del Proceso.

Como en el inciso quinto del artículo 102 de la Ley 1437 se estableció un plazo de treinta días para que la entidad, órgano u organismo del Estado resuelva la solicitud de extensión de la sentencia de unificación y a partir del surgimiento de la obligación de pedir concepto a la ANDJE, surge la inquietud de precisar el momento desde el cuál se contará ese término. En nuestro entender, se presentará una dualidad de fechas, dependiendo de si la ANDJE manifiesta desinterés por el asunto o si, por el contrario, emite su concepto. Entonces, si no hay pronunciamiento por el sí, el plazo para resolver se iniciará el día siguiente a la recepción del oficio o mensaje en que se exprese tal parecer. En cambio, cuando se emita el concepto, el término dará inicio el día siguiente al que este se recibió.

Después de que se agoten los pasos anteriormente descritos debe proceder la administración a adoptar la decisión que en derecho corresponda, con atención de la verificación de los supuestos facticos y jurídicos analizados expresamente en la sentencia unificada del consejo de estado que es objeto de solicitud, acompañado de las leyes y reglamentos aplicables al caso, llegando a procedencia o no del cumplimiento de todos los supuestos.

Estudiando el inciso 5° del mismo artículo consideramos que la administración puede pronunciarse en algunos de estos tres sentidos: i) abrir, por razones probatorias, un periodo para el recaudo y la práctica de pruebas necesarias para demostrar la carencia del derecho por parte del solicitante de la extensión; ii) entender que las razones fácticas y jurídicas alegadas no son similares o análogas a las circunstancias analizó la sentencia cuya extensión se depreca; y, iii) no

compartir la interpretación que el peticionario hace de la situación. En los tres eventos se advierte la negación de la aspiración del solicitante. Sin embargo, en los dos primeros la administración no desconoce el precedente, contrario a lo que ocurre en el tercer evento.

1.0 Control y trámite Judicial.

El pronunciamiento negativo que haga la autoridad administrativa respecto de una solicitud de extensión de los efectos de una sentencia de unificación no constituye el cierre de la discusión, en tanto que el solicitante, conforme lo habilita el artículo 269 de la ley 1437 (modificado por el artículo 77 de la Ley 2080 de 2021), puede prolongar la controversia. Para ello es menester que, dentro de los treinta días siguientes a la notificación o comunicación de la decisión y por conducto de apoderado, presente ante el Consejo de Estado escrito razonado en el que evidencie que, en lo atinente a hechos y derechos, su situación es similar a la de la persona a la que se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación que invocó en la petición.

Así las cosas, es esta corporación la que determinará si la administración acertó o erró al negar la petición de extensión de los efectos de una sentencia de unificación. En el caso de que el máximo tribunal concluyere que la administración se equivocó, ordenará no solo la aplicación de los efectos negados, sino también el reconocimiento de los derechos a que hubiere lugar. Esto comporta que la decisión contiene los mismos efectos del fallo extendido y que a partir de ese momento el acto administrativo proferido por la autoridad se sustrae de control de legalidad a través de los medios judiciales de impugnación, conforme lo prevé la ley.

El procedimiento que se seguirá es el regulado por los incisos segundo a octavo del pluricitado artículo 269. En primer lugar, se establecen que a la solicitud se anexará copia de la actuación surtida ante la autoridad competente y se manifestará, bajo la gravedad del juramento, que no ha acudido ante un juez de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para pedir que se le reconozca el derecho que pretende. Además, se exige que no hubiere operado la caducidad del medio de control precedente o la prescripción del derecho que se reclama.

Luego de admitida la solicitud por ajustarse a los requisitos ya mencionados, se dará traslado a la entidad ante la cual se solicitó a extensión y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado por el término común de treinta días, dentro de los cuales aportarán las pruebas que estimen pertinentes y solo podrán oponerse a la extensión alegando una o varias de las causales contenidas en el artículo 102 de la Ley 1437.

Finalizado el término del traslado y sin que se requiera auto que lo disponga, tanto el solicitante como las entidades públicas podrán presentar memorial que contenga sus alegatos de conclusión. La decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes.

Lo anterior pone de presente que no es necesario celebrar audiencia de alegatos, salvo cuando a juicio del Consejo de Estado resulte pertinente (inciso octavo del artículo 269 de la Ley 1437, modificado por el 77 de la Ley 2080 de 2021). Si así ocurriere, dentro de ella se adoptará la decisión a que haya lugar. Otra innovación que merece destacarse es que, si se llegare a disponer que se lleve a cabo la audiencia de alegatos, el consejero ponente podrá ordenar la presencia del funcionario de la entidad que tenga la competencia para decidir el asunto, quedando este obligado a asistir so pena de incurrir en falta grave.

2.0. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades.

El artículo 10 de la Ley 1437 impone a las autoridades administrativas que al resolver los asuntos de su competencia apliquen las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para ello seguirán el trámite que establece artículo 102 ibídem cuyo texto establece que ellas “*deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos*”.

Las precitadas normas revisten gran importancia teniendo en cuenta que las autoridades administrativas no solo están sujetas a la constitución y a la ley, sino también a los precedentes jurisprudenciales proferidos por los órganos de cierre, especialmente, por la Corte Constitucional, y su desconocimiento implicaría la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una flagrante transgresión de la

carta política y de la ley, de manera que podría dar lugar a responsabilidades penales, administrativas o disciplinarias por parte de las mencionadas autoridades y a la interposición de acciones judiciales, entre ellas la de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.

La Corte Constitucional a través de varios pronunciamientos ratificó el valor de fuerza vinculante que poseen los fallos de las altas cortes. En efecto, en la sentencia C-816 de 2011 se razonó que *“las autoridades al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.”*

De igual manera cabe memorar que la sentencia C-634 de 2011 se menciona *“el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se funda en el respeto del debido proceso y el principio de legalidad en materia administrativa (Arts. 29, 121 y 122 C.P.); en el hecho que el contenido y alcance normativo de la constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; en que el desconocimiento del precedente y con ello el principio de legalidad, implica la responsabilidad de los servidores públicos (Arts. 6 y 90 C.P.); y en que las decisiones y actuaciones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley(Art. 13 C.P.).*

En caso de concurrencia de una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto, similar o análogo dicha interpretación”. “inclusive en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas cortes”.

De lo transcrito fluye que para que la administración aplique el ordenamiento jurídico no basta con acudir a los textos formales, sino que habrá de consultar la interpretación que sobre el caso particular del que se ocupa hayan realizado las altas cortes. Con tal proceder se busca que las autoridades logren la igualdad entre los ciudadanos encuadrando su gestión dentro de la razonabilidad y seguridad

jurídica que se desprende de los juicios de valor emitidos por los diferentes tribunales de cierre de las distintas jurisdicciones.

En tal sentido el Consejo Estado en sala de lo Contencioso administrativo, Radicado (1101 03 25 000 2013 0064500, 2013) C.P Gustavo Gómez Aranguren, expresó que tal mecanismo de extensión busca en lo posible proteger y maximizar el grado de protección de los Ciudadanos, enfatizando los derechos a la Seguridad Jurídica, acceso a la administración de justicia, tener derecho a la buena fe por parte de los ciudadanos en sus peticiones, direccionar a los jueces en una aplicación uniforme de la ley, con cierto grado de interpretación uniforme de las normas estudiadas, dándole así al ciudadano una estabilidad que siente en el ejercicio de sus derechos.

2.1 Efectos sobre la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros en sede judicial

Antes vimos que cuando la autoridad administrativa niegue total o parcial la petición de extensión o guarde silencio sobre ella, la parte interesada podrá acudir ante el Consejo de Estado para que sea esta corporación la que decida en uno u otro sentido. También señalamos el procedimiento a seguir y los plazos para concurrir y resolver. No obstante, consideramos que esa información deviene irrelevante e incompleta sino abordamos lo atinente a los efectos que produce la decisión que la corporación adopte.

Así, si los jueces arriban a la conclusión de que la petición de extensión debe resolverse en sentido favorable a quien la hizo, la providencia ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que haya lugar. Pero si, por el contrario, se estimare que no hay concordancia entre los supuestos fácticos y jurídicos invocados por el peticionario con los que permitieron estructurar la sentencia de unificación, la decisión, aparte de denegar las súplicas, dispondrá que se envíe el expediente administrativo a la autoridad administrativa para que sea ella la que resuelva el asunto de fondo, salvo que antes se hubiera decidido.

También puede suceder que existiere decisión administrativa y que el medio de control fuera distinto al de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta precisión tiene trascendencia para efectos de establecer en qué momento se reanuda el término para demandar. Este interrogante lo despeja al estatuir que ello acontecerá a partir de la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado conforme a las reglas establecidas para la presentación de la demanda.

Insistimos entonces en que lo anterior se convierte en una pauta insoslayable para la aplicación directa del principio de igualdad incluido en el numeral 2 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conforme al cual las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento y por consiguiente en la concreción procesal del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Así las cosas, la aplicación de extensión de jurisprudencia es la oportunidad con la que cuentan los particulares, inclusive el Estado mismo, para que a través de una actuación administrativa se analice, estudie y decida si procede extender los efectos de una sentencia de unificación por estar en un plano de igualdad los supuestos fácticos y jurídicos que quedaron expuestos en ella, con los que a consideración de la autoridad administrativa presenta el interesado.

2.3 Sentencias de unificación jurisprudencial.

Importancia señalar que desde 1991 la jurisdicción constitucional reivindicó la relevancia jurídica del precedente judicial, fundando estas premisas en los principios y derechos constitucionales.

Con la ley 1437 de 2011, se da transcendencia al precedente jurisprudencial en materia contencioso administrativa, ya que incluso las autoridades administrativas competentes para reconocer derechos a los administrados, al momento de tomar una decisión a favor o en contra, deben abreviar en las sentencias de unificación jurisprudencial tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional, cuando estas interpreten normas constitucionales.

Lo anterior se evidencia de lo previsto en los artículos 10 y 102 de la mencionada ley, que posibilita que la administración extienda las sentencias de unificación jurisprudencial que hayan sido dictadas por el Consejo de Estado.

La Ley 1437 de 2011, en su artículo 270, modificado por el artículo 78 de la Ley 2080 de 2021, estatuye que las sentencias de unificación son las que profiere el Consejo de Estado en consideración a la importancia jurídica del asunto o su transcendencia económica o social. También cuando haya necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación que ameriten la expedición de una sentencia o auto de unificación jurisprudencial. Para ello el máximo tribunal, conforme lo prevé el artículo

271 ibídem, podrá asumir el conocimiento de los asuntos pendientes de fallo o de decisión interlocutoria, ora porque lo haga de oficio, ora por remisión que hagan sus secciones o subsecciones o los tribunales administrativos. También procede abocar el conocimiento cuando medie solicitud de parte, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del Ministerio Público.

1. Aquellas relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la ley 1285 de 2009, que hacen referencia a las sentencias dictadas por Tribunales Administrativos en asuntos que correspondan acciones populares o de grupo y que son objeto de revisión por el Consejo de Estado.

Es oportuno advertir, de acuerdo a Vargas (2012) que: *“la Ley 1437 no definió lo que se entiende por sentencia de unificación jurisprudencial pues se limitó a enunciar cuales sentencias tienen ese carácter (...)”*. Sin embargo, el mismo autor señala la finalidad de las aducidas sentencias, en el sentido de que éstas *“(...) tienen por finalidad garantizar la aplicación de la constitución, la Ley y el reglamento, de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos”*.

Sin embargo, de acuerdo con la norma referida, ellas son:

- 1.- importancia jurídica del asunto
- 2.- trascendencia económica o social del asunto
- 3.- las que se profieran por la necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación
- 4.- las proferidas al decidir los recursos extraordinarios
- 5.- las relativas mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Una vez determinadas cuáles son las sentencias de unificación y cuál es su finalidad, se abordará el trámite que habrá de surtir para que se dicte una sentencia de unificación. Para ello inicialmente se precisará que de acuerdo con el artículo 271, modificado por el artículo 78 de la Ley 2080 de 2021, que la competencia para abocar el conocimiento de los asuntos susceptibles de que se dicte sentencia de unificación jurisprudencial le corresponde tanto a la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, como a las secciones en que ella se divide. Tal labor puede

originarse, como se dejó sentado al empezar el capítulo, por propia iniciativa, es decir, de oficio o por remisión que hagan sus secciones o subsecciones o los tribunales administrativos. Sin embargo, es del caso señalar que no todos los asuntos que conozca un tribunal administrativo pueden ser remitidos al Consejo de Estado para que se profiera sentencia de unificación, dado que la Ley 2080 de 2021, los limitó a los que sean de única o segunda instancia.

De igual manera hay que señalar que la factibilidad de iniciar el trámite de sentencia de unificación cuando medie solicitud de parte, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del Ministerio Público. En estos casos es inevitable que quien pida que se surta indique la importancia o trascendencia económica y social, que determina la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Pero las exigencias no paran ahí, toda vez que a la ANDJE se le contrae a que previamente haya intervenido o se haya hecho parte dentro del proceso y a que, como ocurre también con las personas, la solicitud se presente antes de que se hubiere registrado ponencia de fallo.

El legislador al hacer la ley atinente al tema elevó las decisiones del Consejo de Estado a una categoría especial. Al respecto la honorable Corte Constitucional, en sentencia C-588 de 2012, estableció lo siguiente: (...).*el legislador al limitar las sentencias de Unificación jurisprudencial el mecanismo de extensión de la jurisprudencia, adoptada en el amplio ámbito de su potestad normativa, no viola los preceptos de la constitución que señala el demandante. Por el contrario, al precisar la naturaleza, el sentido y el alcance de dichas sentencias, al igual que los eventos de su aplicación, señalando en detalle el procedimiento que debe observarse para su trámite, está otorgando igualdad de trato a todos los que concurran a su aplicación, (art 13 C.P), y respetando los principios del debido proceso y de la confianza legítima (art 29 y 83 CP).(...*

Como vemos la Corte Constitucional deja con bases jurídica este tipo de decisiones del Consejo de Estado y limita a los ciudadanos a ser estas y solo estas la que debe invocar para dar inicio al trámite a se refieren los artículos 102 y 269 de la ley 1437, que consideramos como un procedimiento *sui generis*.

Por otra parte el Consejo de Estado en sentencia con radicado número: 11001-03-27-000-2012-00028-00(19445), consejero ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, dejó sentado que estas sentencias dejan un derrotero mediante el cual se

puedan encaminar las decisiones, y revisten una gran importancia en la medida en que se está sentando un mismo criterio que se debería tener en cuenta por las demás autoridades judiciales, junto con las autoridades administrativas, donde se estén resolviendo derechos fundamentales de las personas.

CONCLUSIONES

Entre las novedades que introdujo la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), destaca el mecanismo de extensión de la jurisprudencia. Con él se propuso el legislador que: i) los efectos de la *ratio decidendi* de las sentencias de unificación jurisprudencial que profiera el Consejo de Estado cuenten con fuerza vinculante tanto para los jueces como para los funcionarios administrativos; y, ii) se solucionen de igual manera los asuntos en los que haya identidad total entre los fundamentos de derecho y de hecho que expone el peticionario con los que valoró y consideró el Consejo de Estado al proferir el fallo de unificación.

Como consecuencia de lo anterior, las personas naturales o jurídicas, de naturaleza pública o privada, pueden presentar una petición -que en nuestro entender constituye un derecho de petición especial- para que su caso se resuelva de conformidad con los considerandos y parte resolutive de la sentencia de unificación que se hubiere invocado como precedente. Con ello no solo se propende por la agilización de la concesión de los derechos cuyo reconocimiento no admite discusión, sino por lograr la descongestión de los despachos judiciales al evitar que se presenten demandas sobre temas resueltos a través de una sentencia de unificación.

La entronización de este mecanismo causa prima facie la sensación de que se ampliaron las fuentes primarias del Derecho que consagra la Constitución Política, como si a la Constitución y a la Ley se le sumara la jurisprudencia de unificación. No obstante, promover que estamos ante una fuente de derecho nueva es desconocer que ni el legislador ni las altas cortes pueden sustituir a su arbitrio la Constitución Política y que a través de las sentencias de unificación, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, cumplen la tarea de decantar el pensamiento jurídico tras efectuar la valoración de un asunto e interpretar el conjunto de normas aplicables para su resolución, con miras a obtener la materialización de la igualdad jurídica. Por ello es inevitable continuar teniendo a las jurisprudencias como criterios auxiliares, al lado de los principios generales del derecho y la equidad.

Con la creación de la extensión de los efectos de las sentencias de unificación el legislador pretendió garantizarle a las personas, naturales o jurídicas, sus derechos de fundamentales al promover que las autoridades resuelvan las situaciones jurídicas que les compete sin apartarse de los límites del debido proceso y privilegiando la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, sobre todo cuando los precedentes son uniformes y reiterativos. A tal efecto se añade que la aplicación de este instrumento apareja una contribución para lograr la descongestión de los estrados judiciales, pues los conflictos que se resuelvan en sede administrativa no llegarán a la jurisdicción

Si bien a los entes, órganos y organismos del Estado se les permite denegar las peticiones de extensión de los efectos de una sentencia de unificación, a los administrados se les dota de la posibilidad de manifestar su inconformidad para que sea el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sea la que dirima el desacuerdo. Esta alternativa revela un control de legalidad más célere, que armoniza con el propósito de la figura analizada. Así, de no ratificarse la negativa de la administración, el reconocimiento y la efectividad de los derechos no depende de que se trámite un proceso judicial.

Con el afianzamiento de la figura el legislador pretendió conferirle fuerza vinculante al precedente para acentuar la confianza legítima del ciudadano en el ejercicio de sus derechos constitucionales y legales, sin dejar de lado la necesidad de crear un trámite especial, que se inicia a través de una petición que se apoya en una sentencia de Unificación del máximo tribunal de lo contencioso y que puede prolongarse para que sea el Consejo de Estado el que precise de qué lado está la razón.

Así las cosas, la figura de extensión de la jurisprudencia se convierte en instrumento para que la administración, en lo de su competencia, opere como dispensador de derechos de los particulares a partir de una interpretación certera de las normas jurídicas y la aplicación irrestricta de los precedentes. Dicho de otra manera, la administración colaboraría con mayor eficacia con los demás poderes públicos, como, en últimas, lo ordena nuestra carta política.

La consecución de los propósitos arriba enlistados derivará en la humanización de las relaciones que se presenten entre las autoridades y los ciudadanos, fin último de nuestra Constitución Política, en tanto que asistiríamos a un escenario en el que prevalece el interés general, se sirve a la comunidad, se aplican efectivamente los principios de la función administrativa, como son, entre otros, la celeridad, igualdad y eficacia

BIBLIOGRAFIA

1. VARGAS, A. (2012) Sentencias de unificación jurisprudencial. Fuerza vinculante del precedente jurisprudencial. En: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la Luz de la Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado, Banco de la República, 2012.
2. Bernal, C. (2005). El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
3. Enrique Arboleda Perdomo, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Bogotá: Legis, 2014, p. 163.
4. Andrés Ospina, “Comentario al artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Comentado y concordado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, José Luis Benavides (coord.), 2013, pp. 79-80.
5. Manuel Fernando Quinche Ramírez, El precedente judicial y sus reglas, Bogotá: Universidad del Rosario, 2016, p. 7.
6. 100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.), 2014, p. 246.
7. Betty Martínez Cárdenas, “Nueva perspectiva del sistema de derecho continental en Colombia”, *Ius et Praxis*, año 17, n. ° 2, 2011, pp. 25-52. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n2/art03.pdf>.
8. Fanny Marcela Celis Bernal (2016), “Análisis del mecanismo de extensión de sentencias de unificación del Consejo de Estado, Ley 1437 de 2011.
9. Juan Carlos Garzón Martínez (2017), “La extensión de la jurisprudencia como expresión del principio de legalidad de la actuación administrativa”.
10. Parra Vargas, F. A. (27 de 03 de 2015). La Extensión de la jurisprudencia a particulares por parte de las autoridades administrativas, de conformidad con el artículo 102 de la ley 1437 2011: Un análisis respecto del debido proceso ante un posible traslado de la función judicial a la administración. Obtenido de Universidad del Rosario: www.unirosario.edu.co
11. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. (2017) Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. P.147
Constitución Política de Colombia de 1991.
12. Ley Estatutaria 1285 de 2009.

13. Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.
14. Ley 1395 de 2010
15. Decreto 528 de 1964,
16. Ley 11 de 1975 17.
Ley 448 de 1998
18. Sentencia C-816 de 2011, Corte Constitucional
19. Sentencia C-634 de 2011, Corte Constitucional.
20. Sentencia C-539 de 2011, Corte Constitucional.
21. Sentencia T- 588 de 2012, Corte Constitucional.
22. Sentencia T- 762/201, Corte Constitucional.
23. Sentencia C-083/1995 M.P Carlos Gaviria Díaz,
24. Consejo Estado en sala de lo Contencioso administrativo, Radicado (1101 03 25 000 2013 0064500, 2013) C.P Gustavo Gómez Aranguren.
25. Consejo de Estado, auto de del 26 de marzo de 2015, Exp. 42523.
26. Consejo de Estado, Radicado 11001-, 2013, pág. 20.
27. Sentencia con radicado número: 11001-03-27-000-2012-00028-00(19445), consejero ponente magistrado Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

¹ laurensimanca@hotmail.com - emierzu@gmail.com - jairopintob@gmail.com (líder del Semillero de Derecho Procesal y docente derecho Privado)

EL ARBITRAJE COMO HERRAMIENTA PARA LA OPTIMIZACIÓN DE LA JUSTICIA TRADICIONAL.

Lauren Simanca Gómez⁷
Eliecer Mier Zúñiga
Jairo Pinto Buelvas

Semillero de derecho procesal

Introducción

Entre los mecanismos alternativos de solución de conflictos que admite el ordenamiento jurídico en Colombia se cuenta el arbitraje. Su existencia se sustenta y justifica en la relevancia que se da a la autonomía de las personas y la celeridad de la resolución de los conflictos que a través de él se dirimen. Por tanto, a las personas que se les habilita para que, a través de un acuerdo de voluntades -previo o posterior al surgimiento de la controversia-, designen a un tercero, que la ley denomina árbitro, para que dirima el conflicto que se suscitó entre ellas. Pero también se les impone un deber: acatar la decisión con la que se ponga fin al trámite, pues ella produce los mismos efectos que una sentencia judicial.

⁷ laurensimanca@hotmail.com - emierzu@gmail.com - jairopintob@gmail.com (líder del Semillero de Derecho Procesal y docente derecho Privado)

Prima facie se advierte que el arbitraje privilegia intereses personales. Tal hecho nos llevó a cuestionar, teniendo como guía la función social, no solo si la justicia arbitral ha contribuido a fortalecer las instituciones, sino, hasta qué punto con ella se cumplen los objetivos del desarrollo sostenible, fundamento de la teoría de justicia social.

Otra inquietud que se acomete con este trabajo es establecer si basta el gravamen que por medio del Plan Nacional de Desarrollo se le impuso al arbitraje en la búsqueda del fortalecimiento de la administración de justicia o si por el contrario se necesita crear gravámenes adicionales.

1. Arbitraje: una alternativa de justicia.

En la Grecia de la antigüedad sus pensadores más connotados anunciaron sus simpatías por el arbitraje. Aristóteles en su *“Retórica”* se inclinó por “preferir un arbitraje que un conflicto ante el tribunal”. Justificó su pensar en que mientras el árbitro cuida la equidad, el juez lo hace con la ley. Platón, en su obra *De Légibus*, develó sus preferencias por los árbitros al propugnar porque los primeros jueces sean los que el demandado y el demandante escojan por mutuo acuerdo. Al coincidir en lo benéfico que resulta para el individuo que se le habilite para que exprese su preferencia respecto del juez que se ocupará de dispensar el derecho en la causa en la que él se interesa, los pensadores citados sentaron los fundamentos para definir el arbitraje. Dentro de esos parámetros podemos afirmar que se trata de un “instituto mediante el cual se le otorga facultad a quienes se encuentran en controversia para designar los jueces que la resolverán y para establecer los mecanismos con que éstos deberán actuar para lograrlo,

quedando las partes obligadas por imperio de la ley a respetar el fallo que dicten” (Gabaldón. E; 1987, p. 15).

En igual sentido se expresan Cantuarias y Aramburú definen el arbitraje cuando definen el arbitraje como “(...) un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión” (Cantuarias Salaverry & Aramburú Yzaga, 1994, pág. 39).

En síntesis, es un procedimiento extrajudicial en el que, por acuerdo entre las partes, se le confía a un tercero, denominado árbitro, la potestad de resolver un conflicto específico. Así las cosas, los árbitros, que pueden ser escogidos por las partes o por un tercero que para el efecto ellas deleguen, participan como particulares investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia. Entre nosotros el arbitraje halla soporte en lo previsto por el artículo 116 de la Constitución Nacional.

En el artículo 2 de la ley 1563 de 2012 se estableció que el arbitraje puede ser *Ad Hoc*, si conducción está a cargo de los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje. Pero, precisa la norma, si en la cláusula compromisoria o en el pacto arbitral las partes guardan silencio al respecto, el arbitraje será institucional, al igual si se refiere a controversias surgidas de los contratos celebrados por las entidades públicas o quien desempeñe sus funciones administrativas.

La norma citada precisa que los procesos arbitrales serán de mayor cuantía cuando las pretensiones patrimoniales sean superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 SMLMV) y de menor cuantía, los demás. Es decir, para que sea mayor cuantía las pretensiones del asunto deben equivaler a \$351.121.200 en moneda colombiana y a corte 2020.

Pero, en todo caso, quien convoque a un tribunal de arbitramento habrá de asumir, conjuntamente con el convocado, los costos que su instalación y funcionamiento exijan, incluidos los honorarios de los árbitros y secretario, así como los gastos de administración.

Lo hasta aquí dicho deja ver que estamos ante un mecanismo hetero-compositivo, excepcional y oneroso.

2. Honorarios de los árbitros y secretarios y su relación con el derecho tributario.

Dada la onerosidad de los tribunales de arbitramento y la búsqueda de establecer si ella incide en favor de la marcha de la administración de justicia, importa abordar el tema de los honorarios que perciben los árbitros y los secretarios y su relación con el

gravamen establecido por los artículos 16 de las Leyes 1743 de 2015 y 362 de la ley 1955 del 2019, que modificó los artículos 17, 18, 19, 20 y 22 de la primera Ley.

2.1.- Tarifa de honorarios y contribución especial arbitral

Respecto de los honorarios se advierte que el establecimiento de la tarifa la defirió el legislador al ejecutivo, con la única limitación de que en ningún caso la suma correspondiente podría superar el equivalente a mil salarios mínimos legales vigentes (artículo 26 la ley 1563 del 2012), lo que implica que ningún secretario puede recibir más de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues sus honorarios solo pueden alcanzar un monto igual a la mitad de lo que recibirá el árbitro.

En ejercicio de tal facultad, el Gobierno expidió el Decreto 1069 de 26 de mayo de 2015, que en el artículo 2.2.4.2.6.2.1. precisó los porcentajes que las partes debían pagar tanto por concepto de honorarios de árbitros y secretarios como por gastos de administración. En ese mismo artículo, en sus párrafos, se indica que la tarifa del árbitro único se podrá incrementar hasta en un 50%. Igual ocurriría con los honorarios del secretario y los gastos que cobraría el centro de arbitraje.

A lo expuesto se agrega que el legislador, a través del artículo 16 de las Leyes 1743 de 2015, creó la contribución especial arbitral como una contribución parafiscal a

cargo de los centros de arbitraje y de los árbitros, con destino a la Nación - Rama Judicial. Ella tiene como sujeto activo al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y como sujetos pasivos a los Centros de Arbitraje, los árbitros y los secretarios, a cuyo cargo está el pago de la contribución. No obstante, es de aclarar que la exigibilidad para su pago tiene momentos distintos, dependiendo del rol que se cumpla dentro del proceso arbitral. En efecto, mientras para el centro de arbitraje cuenta con tres días a partir del momento en que recibe el valor de los gastos fijados dentro del proceso, para los árbitros y secretarios la obligación surge luego de que se profiera el laudo arbitral y es el árbitro único o el presidente del tribunal al que le corresponde tal deber.

Al gravamen atrás señalado se le unió la contribución especial para laudos arbitrales de contenido económico contenido en el artículo 130 de la ley 1955 del 2019 (Plan Nacional de Desarrollo – PND, 2018 - 2022). La norma determinó que quien resulte vencedor en un proceso arbitral está obligado a contribuir con un 2% del monto de pretensiones que le sean reconocidas, a condición de que su monto supere el equivalente a 73 salarios mínimos legales mensuales. Esta contribución tiene como destino la financiación del sector Justicia y la Rama Judicial y su tope es igual al equivalente a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Un ejemplo para ilustrar la situación lo constituye el caso de Lucrecia Mendoza y Juana Ospino, quienes suscribieron un contrato con Building Street Company,

distribuidora de Maquinaria pesada para la construcción y reparación de edificaciones de grandes magnitudes con tecnología de punta. En él, aparte de acordar tanto que el precio de los servicios y materiales equivalía a cien mil millones de pesos (\$100.000.000.0000.00) como que su entrega debía realizarse el 15 de marzo de 2020, se incluyó la cláusula compromisoria. La vendedora, en la fecha pactada, cumplió a plenitud sus compromisos. Las compradoras, en cambio, no sufragaron el valor de las más de mil máquinas. Ante esto la parte cumplida solicitó la constitución del tribunal de arbitramento, que desarrolló su labor hasta proferir el laudo arbitral que acogió las súplicas de la demanda, declarando el incumplimiento del contrato y la consecuente condena a indemnizar al contratante cumplido, la que se fijó en la cantidad mil ciento diez millones de pesos (\$1.110.000.000.00).

Ante el valor de la condena, el gravamen de que trata el artículo 130 de la Ley 1955 del 2019 equivale a \$22.000.000.00, los que se causarán cuando se haga el pago voluntario o por ejecución forzosa del correspondiente laudo.

En cuanto a los honorarios de los árbitros, para el ejemplo que se maneja, ascenderían a \$17.500.000.00, dado que, al dividir la suma reclamada, que debemos tener en cuenta para fijar la cuantía, entre el valor del salario mínimo arroja la cantidad de 1.100.68 smlm. A este rango le corresponde el porcentaje del 1.75% de la suma en que se fijó la cuantía. De ahí que al multiplicar el porcentaje por la suma reclamada arroje el valor de \$17.500.000.00 para cada árbitro y la mitad de ellos para el secretario y el

centro de arbitraje. Conforme con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 1743, al presidente del Tribunal le corresponde retener el 2% al momento de efectuar el pago del segundo contado de los honorarios de los árbitros y del secretario y consignará dicha suma a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura. En el caso, asumiendo que fueron tres los árbitros que intervinieron, el presidente debió consignar a favor del sujeto activo la suma de \$1.225.000.00.

2.2.- Del arbitraje y su relación con el derecho tributario.

Al ordenamiento jurídico se incorporaron las Leyes 1563 de 2012 y la ley 1743 de 2014. La primera, acogiendo criterios jurisprudenciales, determinó la vigilancia y control de los procedimientos de arbitraje y de la ejecución de sus laudos, a los que se dotó con la misma entidad y validez de una sentencia. Así, se superó el criterio contractual en que se basaba la voluntad de las partes. La segunda ley, por su parte, creó la contribución especial arbitral como un recaudo parafiscal cuya beneficiaria era la Nación-Rama Judicial, a través del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con destino al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia. Tal gravamen, que equivale al 2% del valor de los gastos de administración y honorarios, en principio estuvo a cargo de los centros de arbitraje y de los árbitros o, en el evento de que funcionara un tribunal arbitral *Ad Hoc*, de los árbitros. Sin embargo, a partir del momento en que entró a regir la ley 1819 de

2016, se amplificó el conjunto de sujetos obligados a pagarla, dado que en él se incluyó a los secretarios de tribunal de arbitramento.

Es así como la nueva ley dispuso que los secretarios de los tribunales arbitrales también estaban obligados a pagar el 2% del valor de sus honorarios por concepto de la contribución especial. Aparte de gravar a los secretarios con la contribución especial arbitral, la Ley 1819 creó, en su artículo 364, la contribución especial para laudos arbitrales de contenido económico, a cargo las personas naturales o jurídicas o los patrimonios autónomos a cuyo se reconozca y pague una indemnización superior a setenta y tres (73) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuyo monte equivalía al 2% de la suma que recibiera con ocasión del cumplimiento del laudo arbitral.

Pero la vigencia de esta norma no pasó del 27 de febrero de 2019, dado que, mediante la sentencia C-084 de esa fecha, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 364 de la Ley 1819 de 2016, en razón a que “la Sala encontró que la regla sobre la contribución especial para laudos arbitrales de contenido económico, como lo exige el artículo 157 de la C. P., no había sido objeto de deliberación y votación en primer debate y, si bien guarda relación con las materias discutidas y votadas en esa instancia legislativa, es una materia de regulación autónoma y separable, sobre la cual no se ocuparon las comisiones conjuntas de Senado y Cámara”.

Pero prontamente se volvió a incorporar en el ordenamiento jurídico la contribución especial para laudos arbitrales de contenido económico. En esta ocasión se hizo a través del artículo 130 de la ley 1955 del 2019 (Plan Nacional de Desarrollo – PND, 2018 - 2022) y con ello renació la condición de sujeto pasivo de la contribución especial para laudos arbitrales de contenido económico para las persona naturales o jurídicas y a los patrimonios autónomos que hubieren sido favorecidos con decisiones arbitrales que superen los setenta y tres (73) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así, en la actualidad y relacionadas con la actividad que despliegan los tribunales de arbitramento que se instalan en Colombia, se identifican dos contribuciones especiales a causa a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, con destino a la financiación del Sector Justicia y de la Rama Judicial. Los honorarios de los Centros de Arbitraje, los árbitros y los secretarios, se genera cuando les sean pagados los gastos fijados en cada proceso y para los árbitros y secretarios cuando se profiera el laudo que ponga fin al proceso.

Para los Centros de Arbitraje, la base gravable de la Contribución Especial Arbitral será el monto de lo recibido por los Centros de Arbitraje por concepto de gastos de funcionamiento del tribunal arbitral respectivo. Para los tribunales arbitrales *Ad Hoc* la base gravable estará compuesta por el monto recaudado por concepto de gastos de funcionamiento y honorarios percibidos. , cabe resaltar que esto no es un indicativo de

capacidad contributiva, el hecho generador del tributo es la emisión de un laudo arbitral que incorpore una prestación económica superior a los 73 SMLMV, cuyo acreedor será al mismo tiempo el sujeto pasivo del tributo. La base gravable es la suma reconocida en el laudo, sin que a la misma sea posible deducir los altos costos de transacción que implica acceder a la administración de justicia arbitral.

La tarifa es del 2 %, con un límite de 1000 SMLMV aplicable sobre el monto a pagar. La causación es concomitante con la ejecución forzosa o voluntaria de la obligación incorporada al laudo. El producto del recaudo debe destinarse al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Rama Judicial. La Corte Constitucional en sentencia C-109 del 2020 estableció que el artículo 130 de la Ley 1955 de 2019 no viola el mandato de trato igual y de equidad tributaria al establecer una contribución que grava las condenas establecidas en laudos arbitrales de contenido económico, a pesar de que ello no se encuentra previsto para las providencias judiciales adoptadas por la justicia estatal, por tanto, decide declararlo exequible. Por ello, esa misma corporación judicial en su Boletín No. 34, Expediente D-13283, declara que: no puede desconocerse que la justicia arbitral es un privilegio, que debe pagarse y costearse, mientras que la administración de justicia estatal, se financia vía impuestos generales. Por ello quienes acuden a una y otra forma de administrar justicia, no están en la misma situación. La Corte reiteró que, de conformidad con la Constitución, el Congreso de la República tiene la competencia para establecer los diferentes tributos. Ello le permite fijar la política fiscal mediante la creación, modificación, disminución, aumento o eliminación de impuestos, tasas y contribuciones. Entonces, que la

contribución examinada y su destinación al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia, es un instrumento para financiarse y en esa dirección destacó el fortalecimiento de la Rama Judicial que no es asunto aparte para la justicia arbitral en tanto existen relaciones de múltiple naturaleza reconocidas en la regulación vigente entre las instituciones y procedimientos de la justicia estatal y el arbitraje

4. La justicia e igualdad arbitral.

A pesar de que desde el inicio de la civilización el hombre ha reflexionado acerca de lo que significa justicia, todavía hoy hay discrepancias. En efecto, en los últimos tiempos surgieron dos corrientes del derecho que en ocasiones antagonizan. Ellas son el iusnaturalismo e iuspositivismo. Ambas se esfuerzan por responder ¿qué es el derecho? o ¿qué es el derecho justo? Esta discusión se centra en determinar la relación que existe entre derecho y moral, o, planteado de otra manera, si existe o no fundamentación moral en el derecho.

Aristóteles indagó acerca de justicia, distinguiendo la justicia universal de la justicia particular. Mientras a la primera la ubicó dentro del concepto de ordenamiento jurídico, a la segunda en concepto de respeto a la igualdad. Tal diferenciación persiste hasta hoy, de manera que pensadores como Radbruch, influenciado por Aristóteles, indica que “la igualdad representa la forma de la justicia,” (Alexy, 1986). En esta

aseveración, vemos que existe una relación de la justicia con el concepto de igualdad, en el entendido de que la materialización de la justicia es la forma de la igualdad.

Al abordar el tema de la igualdad en la justicia, inevitablemente nos remontamos a las corrientes clásicas y modernas de la filosofía política. Aristóteles, por ejemplo, afirmó que el hombre pertenecía a *la polis*. Eso explica la célebre frase de “El hombre es un animal político”. Otro de las temáticas a la que se refirió el filósofo fue la finalidad de *la polis*. Al respecto, en el célebre libro “*Ética a Nicómaco*”, expresó que el fin último de *las polis* es alcanzar la felicidad, lo que implica una labor del Estado: educar al individuo, es decir, desarrollar en él una conciencia moral.

En la actualidad impera la filosofía política (liberal) del Estado. Ella desarrolla el concepto de justicia social como “el conjunto de principios que rigen la definición y la repartición equitativa de derechos y deberes entre los miembros de la sociedad” (Ansperger & Van Parijs, 2000). Un análisis deja ver su propensión por determinar la justicia como el conjunto de “principios” que brindan una “repartición equitativa”. Además, prohíja la idea de igualdad (entre los miembros una sociedad). Esto denota que la concepción aristotélica establecía que el fin del hombre es encontrar la felicidad dentro del Estado, enfatizando la primacía del individuo, la justicia liberal entiende que la finalidad del Estado no es la mera superación del individuo, sino la comunión de este con la sociedad.

Ahora bien, “La Teoría de la Justicia Social” no estudia los comportamientos de los individuos, sino el proceder de las instituciones sociales. De ellas le interesa determinar si son “justas” en el sentido material. Sobre este particular encontramos un inconveniente: identificar ¿qué es lo socialmente justo? Al respecto Arthur Kautmann dice “el principio de igualdad, es predominantemente formal. Para determinar lo que es justo, se requiere de un principio material... Aquello que sirve al máximo bienestar común” (Kaufmann, 1999, pág. 309). Siguiendo la corriente de justicia social, una forma de medir lo justo es determinado en qué medida ayuda al bienestar de la colectividad. La materialización de la justicia es la igualdad, es decir, lo que fomenta el bienestar de todos.

El profesor Juan José Botero, citando a Rawls, amplía la idea de justicia social definiéndola en dos principios: el de igualdad-libertad, que refiere que “el funcionamiento de las instituciones debe ser tal que toda persona tenga un derecho igual al conjunto más amplio de libertades fundamentales iguales que sea compatible con un conjunto semejante de libertades para todos” (Botero, 2005, pág. 21); y, el otro, el de las eventuales desigualdades sociales y económicas generadas en el marco de estas instituciones. Este último se entiende aplicando el principio de diferencia e igualdad equitativa de oportunidades. Para justificar sus principios, Rawls va a decir que estos deben verse a través de un velo de ignorancia, de tal forma que puedan expresarse racionalmente las demandas de la equidad. Por ello invita a una justicia donde las desigualdades sean vistas en función de mejorar las condiciones y posibilidades provechosas para todos.

La implementación de la justicia arbitral ha demostrado que estamos frente a un mecanismo al que solo accede una minoría que, en vez de hallarse en estado de vulnerabilidad, cuenta con recursos para gestionar la defensa de sus intereses. Ello descarta la posibilidad de una justicia pública accesible a todos. En cambio, relieves una justicia de carácter privado y exclusiva. Este contraste nos habilita para preguntar ¿hasta qué punto la justicia arbitral promueve o aporta a la justicia social? La respuesta para este interrogante requiere definir las formas en que la justicia arbitral puede ayudar al cumplimiento de las premisas de la justicia social. De no acaecer así, las actuaciones arbitrales deben considerarse desiguales por ser de uso exclusivo de quienes poseen la capacidad económica para disfrutarla.

Conforme a lo anterior, se ha gestado a nivel internacional, bajo la consigna del desarrollo sostenible, el tema de justicia social, en cuyo objetivo de Desarrollo sostenible, inciso 10.3, se establece que como presupuesto el “garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto”.

A pesar de que se hacen esfuerzos por lograr una mayor igualdad en las diferentes esferas de las sociedades, todavía se evidencia disparidad entre lo ideal con lo material, en particular en ámbitos económicos, sociales y de justicia. Ahora bien, hay

que analizar con detenimiento la intención del inciso 10, pues en él se cuestiona no solo si existen políticas, prácticas y legislaciones que promuevan que la justicia arbitral apoye a la justicia ordinaria; sino ¿cuál es la relación de la justicia mediacional y el objetivo 10 del desarrollo sostenible? De ello se desprende que el mencionado objetivo busca, por un lado, “*igualdad de oportunidades*” y, por el otro, “*reducir la desigualdad de resultados*”. Lograrlo depende que se eliminen leyes discriminatorias y se promueva la instauración de legislaciones adecuadas.

Así las cosas, la justicia arbitral resulta un obstáculo que debe derruirse o removerse, pues su implementación y desarrollo, en cuanto representa una justicia privada, atenta contra la existencia de una justicia social más eficiente. De ahí que al patrocinar su permanencia en el ordenamiento jurídico se incumpla con el objetivo 10 de desarrollo sostenible que, precisamente, busca reducir desigualdades.

Luego de desentrañar el propósito del desarrollo sostenible que atrás se mencionó, es insoslayable aclarar que la justicia arbitral, como se concibió y desarrolla, no contribuye a alcanzar la justicia social, pues con ello se desatiende que la función social de la propiedad debe servir para establecer políticas de apoyo al más débil y no entenderse como un texto aislado en la Constitución Política de Colombia.

Con el mantenimiento de la normatividad que regula el funcionamiento de la justicia arbitral se pone en entredicho la justicia social, se acentúa la desigualdad social,

se menoscaba el orden democrático y participativo y el acceso a la administración de justicia de las personas más vulnerables, a contra pelo del resto de instituciones que se crearon para establecer un nivel de equilibrio entre los distintos actores de nuestra sociedad, pues bota por la borda todo esfuerzo por dotar a la ciudadanía de instrumentos que instituciones eficientes que logren reconocer y materializar sus derechos.

Ante esto se impone adelantar una actividad académica y pedagógica al interior de las facultades de derecho para visibilizar la justicia social como la posibilidad para que las personas carentes de recursos accedan al derecho constitucional a la justicia, de manera que el radio de acción de la justicia arbitral se irradie a todos los grupos sociales. Solo así, la justicia arbitral se convertiría en un aliado de la justicia social.

Conclusiones.

De las reflexiones que se expusieron dimana que el arbitraje es un procedimiento que se practica desde la antigüedad y se incluye dentro de las alternativas que habilita el ordenamiento jurídico para la resolución de conflictos.

El arbitraje depende del consenso entre las partes que se hallan involucradas en un conflicto de intereses, las que, con anterioridad o concomitante al desacuerdo, pactan que sean terceros los diriman las diferencias que los enfrentan

La instalación y funcionamiento de un tribunal de arbitramento implica erogaciones para cubrir el valor de los honorarios de los árbitros, el secretario del tribunal y los gastos de administración, lo que explica porque a este mecanismo solo puede acceder una minoría con capacidad económica.

A pesar de la discriminación que supone el mecanismo del arbitraje, su arraigo es tal que difícilmente será abolido del ordenamiento jurídico.

El legislador patrio, intento paliar tal discriminación, gravó con una contribución especial tanto a los árbitros, secretarios y centros arbitrales, como a quien resultare vencedor y obtuviere el reconocimiento y pago de indemnizaciones superiores a 73 salarios mínimos mensuales vigentes.

El tributo especial en tratándose de árbitros, secretarios y centros de arbitraje recibe el nombre de contribución especial arbitral, mientras que el atinente a la parte favorecida con el laudo recibe la denominación de contribución especial para laudos arbitrales de contenido económico. No obstante, existe similitud en el porcentaje con que

deben contribuir los sujetos pasivos de los gravámenes mencionados: 2% del valor de los honorarios o del monto de las condenas.

El eje de la tributación lo componen las Leyes 1743 de 2014, 1819 y 1995.

Existe una limitación en favor de los sujetos pasivos en tanto que la ley fijó como tope máximo de la contribución la suma equivalente a 1.000 smlmv, dejando de lado que la cuantía de las pretensiones que satisfizo la parte que fue condenada permitiera deducir una suma superior. Tal situación rompe el principio de justicia social.

Aunque existe un gravamen el 2% de la contribución no es una suma alta, cuando se trata de litigios de grandes cuantías, como suele ocurrir en el arbitraje, la parte a la que está a cargo de la contribución para fortalecer la justicia realiza un aporte que resulta insuficiente, dado que su beneficio radica en la celeridad con la que se dirime su conflicto, diferencia que se torna en injusticia respecto a la mora con la que funcionan las jurisdicciones ordinaria y especiales, a pesar de que con la contribución se pretenda aplicar el principio de solidaridad como valor complementario de la justicia, uno de los pilares del estado Social de derecho.

El individualismo ha predominado como criterio orientador del ordenamiento jurídico y soporte de los derechos particulares, a los que en ocasiones se le pone contención. Una de sus manifestaciones es la justicia arbitral, la cual fue acogida dentro del El Estado Social de Derecho, cuyo fin estriba en imponer la cultura de la solidaridad, de modo que a la par de que se ampare los derechos y prerrogativas de cada individuo, se advierta las necesidades del resto de conciudadanos, en especial los que se hallen en condiciones de inferioridad o vulnerabilidad, una de las premisas que pregonaba

Carnelutti cuando enfatizó en la “necesidad de sustituir el egoísmo por el altruismo, es decir, el reinado del yo por el tú” (Carnelutti, 2015). Dado lo anterior se explica la imposición de contribuciones especiales.

A pesar de que puede y debe poner a disposición de la población menos favorecida el mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado arbitraje, el Estado nada o poco hace para ello, a pesar de que el Estatuto de Arbitraje le impone la obligación de promover jornadas de arbitraje social para prestación del servicio de solución de controversias de forma gratuita a todos los centros de arbitraje del país.

Dicho esto podemos concluir que el arbitraje social es un procedimiento poco conocido por la ciudadanía y los centros de arbitraje no están cumpliendo con su labor de promover las campañas para que en Colombia se cree la cultura del arbitraje social; la solución no sería volver el arbitraje del todo social, sino que se optimicen las formas en cómo está establecida con políticas de acceso al arbitraje social para la población vulnerable, así igualmente para el caso del arbitraje institucional se necesita que haya más ayudas a partir de la contribución especial que se le hace a la rama judicial para su optimización, que así como se grava a la parte favorecida en el litigio con el 2% del valor total del laudo, también se le imponga al juez árbitro ,bajo el principio de solidaridad con la justicia, el gravamen a sus honorarios, se podría dar el tópico que los abogados que realizan la labor de árbitros desistan por el gravamen. Si bien, los árbitros, a diferencia de un juez de la República, administran justicia en virtud de la habilitación otorgada en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, sin embargo, el desarrollo de sus funciones se rige por los principios, reglas y exigencias propias de la función pública institucional que es inherente al Estado, por lo tanto, no debería existir distancia entre

los fines de una y otra. Es decir, así como el Estado hace méritos para buscar el mejoramiento en la administración de la justicia, el arbitraje, y en efecto, los árbitros, deben perseguir ese fin común.

Bibliografía

Alexy, R. (1985). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid- España: Centro de estudios Constitucionales.

Alonso, N. (2016). *El Arbitraje Social en Colombia*. 2016, mayo 16, de COLVYAP
Recuperado de <http://www.colvyap.com/2016/05/el-arbitraje-social-en-colombia.html>.

Ansperger, Ch & Van Parijs, Ph. (2002). *Ética económica y social*. Barcelona. Paidós.
pág. 19.

Botero, J. (2005). *Rawls, la filosofía política contemporánea y al ideal de sociedad justa*.
Universidad Nacional.

Cantarias Salaverry, F., & Aramburú Yzaga, M. (1994). *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J Bustamante De la fuente.

Carnelutti, F. (2015). *Cómo nace el derecho*. Cuarta reimpresión de la cuarta edición.
Bogotá. Colombia. Editorial Temis S.A.

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012) Arts. 2 y art. 11. [Ley 1563 de 2012] Diario
Oficial No. 48.489.

Congreso de Colombia. (26 de diciembre del 2014) Arts. 16, 17 y 18. [Ley 1743 de 2014]
Diario Oficial No. 49.376.

Congreso de Colombia. (25 de mayo de 2019). [Ley 1955 de 2019] Diario Oficial No.
50.964

Constitución Política de Colombia (1991). Título V. De la Organización del Estado, cap.
1. De la Estructura del Estado. Bogotá, Colombia, art. 116.

Corte Constitucional. (27 de febrero de 2019) Sentencia C-084-19 [Magistrado Ponente.
Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Corte Constitucional. (11 de marzo de 2020) Sentencia C-109-20 [Magistrado Ponente.
José Fernando Reyes Cuartas]

Corte Constitucional. (14 de marzo de 2007) Sentencia SU 174 de 2007 [Magistrado
Ponente. Manuel José Cepeda Espinosa]

Gabaldón, F. (1987). *El arbitraje en el código de procedimiento civil*. Caracas. Paredes
editores.

Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia.

Naciones Unidas (2018). *La agenda 2030 y los Objetivos del Desarrollo Sostenible: Una
oportunidad para América Latina y el Caribe*. (LC/G.2681-P/Rev.3). Santiago.
Chile. pág. 47.

Presidencia de la República. (27 de agosto de 2013) Art 37. Decreto 1829 de 2013. Diario
Oficial No. 48.895.

EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA EN LA ERA DE LA DIGITALIZACIÓN : UNA PROPUESTA PARA LA FASE PROCESAL INTRODUCTORIA.

- 1. Lauris Galvis**
 - 2. Nicol Silva**
 - 3. María José González**
- Integrantes del Semillero Derecho Procesal**

RESUMEN

El mundo moderno ha obligado a los diferentes sistemas que rigen en los países a cambiar la forma en cómo se aplica el derecho; entre esos nació la necesidad de unificación de este, ejemplo claro es el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del año 1988, cuyo fin es servir de guía a las naciones en la forma en cómo se administra justicia. Sin embargo, en la actualidad se ha dificultado su aplicación, especialmente en los actos procesales introductorios, debido a que, desde su circulación, la tecnología ha avanzado en gran manera y este se ha quedado rezagado. La digitalización hoy en día se encuentra en todos los aspectos de la vida de las personas, incluyendo la administración de justicia, ya que ayuda a la celeridad y economía de esta rama; por esa razón, se propone hacer los actos procesales introductorios digitalmente, es decir, por medio de correo electrónico; reuniendo los distintos controles que debe hacer el juez en uno solo, como lo son los requisitos formales de la demanda y el control legal de la misma. Es indispensable recalcar las posibles críticas que pueda tener la propuesta presentada, por cual se brindan respuesta y una posible solución.

ABSTRACT

The modern world has forced the different systems that govern countries to change the way the law is applied; Among these was the need for its unification, a clear example is the 1988 Model Civil Procedure Code for Ibero-America, whose purpose is to serve as a guide for nations in the way justice is administered. However, at present, its application has been hampered, especially in the introductory procedural acts, since, since its circulation, the technology has advanced a lot and it has lagged behind. Digitization today is found in all aspects of people's lives, including the administration of justice, since it helps the speed and economy of this branch; For this reason, it is proposed to carry out the introductory procedural acts digitally, that is, by email; gather the different controls that the judge must do in one, such as the formal requirements of the lawsuit and the legal control of the same. It is essential to emphasize the possible criticisms that the proposal may have, for which an answer and a possible solution are provided.

PALABRAS CLAVES

Actos introductorios del proceso, tecnología, actualización.

INTRODUCCION

Desde la época primitiva hasta los últimos días, la sociedad ha sufrido muchas variaciones propias de la evolución del ser humano, con la que se desarrolla el pensamiento crítico y expansionista del conocimiento. Por lo que, se evidencia una gran transformación en todos los ámbitos influyentes de las personas.

Así se puede demostrar específicamente en el derecho, como quiera que, al ser el regulador de la mayoría de las relaciones dadas en una sociedad, está puesto a ser cambiante de manera constante, conforme a los conglomerados que regula; e igualmente a tratar de hacer lazos que logren integrar unas naciones con otras dando como resultado el mejoramiento de distintos aspectos como la economía, normas, y de una forma muy general, a toda la colectividad.

Muestra de ello es el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, el cual se encuentra vigente y tiene como fin lograr una integración de esta rama del derecho, para optimizar la administración de justicia en esta parte del mundo. Es vital señalar que este Código no tiene como aspiración la inclusión absoluta de este en los sistemas jurídicos de los países que conforman Iberoamérica; por el contrario, se plantea como una forma de guía y como una herramienta.

A pesar del positivo propósito de este y lo útil que pudo ser en siglo pasado, hoy se ha quedado corto cuando de su aplicación se trata, debido a que no ha recibido ninguna actualización o reforma desde su tránsito para estar a la vanguardia, principalmente cuando se trata de los actos procesales introductorios; donde a partir del artículo 110 y posteriores se establecen las reglas de estos.

En esta etapa procesal no se gozan de los beneficios aportados por el universo digital, porque claramente no existían en aquella época y también, por consecuencia de la no actualización del Código. Herramienta fundamental que no se está teniendo en cuenta para adquirir por medio de ella el mejoramiento de los procesos.

En el planeta se está mirando hacia la virtualidad, es decir, poco a poco se incluye la digitalización en la vida humana, especialmente en el derecho, donde siempre se están pensando nuevas formas de garantizar más eficazmente el acceso a la justicia; con lo que la tecnología es un gran instrumento; porque ayuda a la celeridad, economía procesal, entre otros.

Por esta razón, se plantean una nueva apuesta tendiente a reformulación de los actos introductorios del proceso, consignados en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, recalcando fundamentalmente que se deben aplicar los principios de economía procesal y celeridad, para una mayor eficacia de la actuación procesal.

Esta propuesta que pretende establecer una nueva regulación de los actos procesales introductorios en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, bajo la égida de la flexibilidad y la utilización de los medios tecnológicos, no es ajeno a posturas críticas, para lo cual desde la reflexión y reconociendo que no es un proyecto acabado se le da una respuesta a los principales cuestionamientos que se pueden llegar a elucidar hasta el momento.

METODOLOGIA.

La siguiente es una investigación de tipo jurídica, cuyo objetivo es realizar un análisis del código procesal civil modelo para Iberoamérica en lo referente a los actos introductorios del proceso (presentación de la demanda y contestación) con el fin de proponer una actualización de los métodos utilizados en este tipo de procedimientos, dicho enfoque es cualitativo, es decir, cuyo propósito es la descripción, en este caso del tema a desarrollar teniendo en cuenta la visión que se le quiere dar al mismo, para el desarrollo de la misma se realizaron investigaciones documentales, de las cuales se extrajeron herramientas conceptuales y jurídicas que nos permitieron darle un desenvolvimiento a esta investigación, tal y como se presentara en las páginas que prosiguen.

DESARROLLO Y DISCUSION DE LA TEMATICA.

En la actualidad el mundo es conocido de una manera muy distinta a como se miraba con anterioridad, gracias al fenómeno de la globalización; ya que abrió la posibilidad y avance que se dio con el surgimiento del internet (1983) y diversos desarrollos tecnológicos, con el que todo el planeta tierra se mantiene conectado desde diversos ámbitos. La globalización “se manifiesta en los campos económico, cultural, político, poblacional, tecno-científico y jurídico; cada uno de estos campos con su propia lógica y racionalidad” (Barbosa, 2008).

En lo concerniente al derecho, la globalización ha tenido grandes efectos, desplegando un enfoque hacia la unificación de este. Es claro, como a través de la historia se ha ido reafirmando el posicionamiento de un derecho internacional, creándose por medio de este, rupturas jurídicas internas en cada Estado como lo estipula Contreras (2000), las cuales son fundamentales para el progreso jurídico de cada país, sin dejar a un lado su esencia propiamente dicha.

Como muestra de la universalidad del derecho, se fueron implementando numerosos tratados y organizaciones, mayormente en materia de derechos humanos y derecho mercantil en Iberoamérica, como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1959), la Comunidad Andina de Naciones (1969), entre otros.

Siguiendo con lo anterior, el derecho procesal civil en Iberoamérica no fue la excepción a este querer masificado, por lo que se creó un código modelo en el año 1988 bajo la dirección del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el cual, desde su fundación en 1957, tuvo una serie de jornadas a lo largo y ancho de Latinoamérica que tenían como fundamento, los inconvenientes e innovaciones del derecho procesal en esta región o localidad.

Dentro de múltiples jornadas realizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el número IV que tuvo lugar en Colombia (1970), se habló sobre crear unas “Bases uniformes para la legislación procesal penal de los países latinoamericanos”, a cargo de los profesores argentinos Alfredo Vélez Maricondó y Jorge Andrés Ciari Olmedo; “Bases uniformes para la legislación procesal civil de los países latinoamericanos” por los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi, a los que posteriormente se les sumaría el profesor Luis Torello (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1998, p.5).

En las Jornadas VII y VIII ejecutadas en Guatemala y Ecuador en los años 1981 y 1982 respectivamente, fueron dedicadas únicamente a la discusión de los Anteproyectos de los Códigos Procesales Modelos penal y civil para Iberoamérica. Para finalmente, aprobar el Código Modelo durante la Jornada XI (Rio de Janeiro, 1988).

Las bases del Código Procesal Civil Modelo se infundieron en los Códigos existentes de cada país, adicionalmente en la doctrina y jurisprudencia Iberoamericana. Vescovi, uno de los profesores que trabajó en estas bases uniformes, llevó a cabo un análisis comparativo por medio de un trabajo de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, con el propósito de reunir un mayor instrumental para la preparación del Anteproyecto, según Berizonce, R. (2011)

También, para establecer las bases de dicho código, se fijaron dos ejes temáticos, teniendo de presente la grave dificultad latente en los procesos debido a su lentitud, así como el planteamiento a sus prontas soluciones; y las generalidades inmiscuidas en los códigos procesales civiles de América Latina.

Es indispensable destacar que este Código Modelo se inició con la finalidad de buscar el mejoramiento y efectividad de la justicia en Iberoamérica bajo un plano de integración. Por otro lado, el Código no fue pensado para que se aplicara de forma definitiva en los países Iberoamericanos, sino para “que sirvieran de base a las reformas de los diferentes países y de instrumento a la integración y a la necesaria cooperación judicial que se busca (también) por otras vías” (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1998, p.11)

En este, todo su contenido fue desarrollado bajo unos *principios rectores* dados en la sección de explicación de motivos. Enfocándose principalmente en la oralidad y en los procesos dados por audiencias; organización de la magistratura; poderes, deberes y responsabilidades del juez y de las partes (Berizonce, 2011)

Si bien el Código fue pensado para llevar a Iberoamérica hacia un proceso más actualizado y mejorado, se quedó precario al momento de querer implementarlo en la actualidad. En el año 1988, época donde empezó a circular, era visto como una innovación; hoy, es el sinónimo de atraso en lo concerniente al derecho procesal civil en Iberoamérica.

Han pasado un poco más de tres décadas desde la implementación del Código Modelo; esto quiere decir que, con el paso de los años el mundo se transmutó abismalmente, modernizándose y pensando siempre en el progreso y el futuro.

El derecho, siendo regulador de las relaciones humanas dadas en una sociedad, debe estar constantemente cambiando y progresando a la par de las civilizaciones. Para tener un buen sistema procesal, es preciso que este siempre esté a la vanguardia. Por esta razón, es indispensable que, en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, se vea el progreso social y, además, el de cada código procesal de los países que conforman Iberoamérica.

En los últimos años se han venido generando distintos fenómenos jurídicos, que dieron como producto una serie de mutaciones en la base de los sistemas legales de los distintos países del sur del continente. Dado por la búsqueda constante de soluciones a los impases por los que muchas veces atraviesan los regímenes de impartición de justicia.

Las distintas convenciones internacionales y las transformaciones de las constituciones han tenido gran incidencia en el derecho, sobre todo, en la forma de administrar justicia. Ejemplo de aspirar a visionar y optimizar el ámbito jurídico por medio de reformas, son las constituciones de “Brasil (Constitución Federal de 1988 y las sucesivas Enmiendas, especialmente la N.º 45/2004), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (última reforma de 1994), Venezuela (1999), México (1994 y posteriores), Bolivia (2009), Ecuador (2008), entre otras” (Berizonce, 2011, p.108).

“En este sentido, se incluyeron garantías en cada ordenamiento jurídico; como la tutela, habeas corpus y una de las más importantes; hacer valer sus propios derechos” (Álvaro, 2008). Estas nuevas garantías representan un reto no solo para los legisladores, sino, igualmente para los jueces; ya que deben implementar herramientas procesales

distintas para que se logre la efectiva materialización de los derechos y garantías contenidos en las nuevas constituciones.

Debido a esto, se hace necesario plantear una reestructuración del Código Procesal vigente en Iberoamérica, para así circunscribir los nuevos planteamientos e implementaciones dadas en el mundo y, sobre todo, en América del Sur. Teniendo como principio rector los nuevos pensamientos en las doctrinas y jurisprudencias de estos.

Indiscutiblemente, el modo estipulado por el que deben darse los procesos civiles, según este Código, es la oralidad, siendo esta una generalidad; pero que, a pesar de ello, en algunos trámites dados en el recorrido del proceso, se aplica escritura. Situación que representa una complicación al instante de que los países quieran implementarlo, ya que, la mayoría de estos funcionan de manera más progresiva a la hora de aplicar estos modos dados en el proceso, para hacer de este un sistema más completo y cómodo.

Empero, Berizonce, R. (2011) no desconoce que, los elementos fundamentales del Código aún son un componente primordial al momento de querer lograr el fin mismo de todo proceso civil. Siendo estos; la estructuración por audiencias del proceso (arts. 300-302, 303), la forma en cómo se integra de carácter monocrático y unipersonal el órgano de primer grado (arts. 17, 304), los poderes judiciales dados para un orden e instrucción del trámite (arts. 33-35) y, la regulación de los procesos que gozan de una estructura monitoria (arts. 311-316).

Como bien lo dice Devis Echandía, los actos procesales están supremamente ligados a los actos jurídicos, que dan lugar al inicio, progreso o cumplimiento de una decisión judicial dada en el proceso. En la etapa inicial de todo proceso civil se dan los actos procesales introductorios; que como su nombre bien lo señala, dan inauguración al proceso judicial.

Con lo anterior, este Código Modelo se encuentra en un indiscutible atraso conforme en como avanzó el derecho y los conglomerados sociales. Evidenciándose concretamente en los actos procesales introductorios planteados en este Código, esto debido a que estos actos están resumidos a un mero trámite de escritura; por lo cual serán el centro del debate y discusión más adelante. El reto reside en replantear las reglas, principios y procedimientos dados en el proceso civil, específicamente en los actos introductorios; establecidos en el Código para que estos pueden adaptarse oportunamente a las nuevas exigencias sociales y jurídicas, acarreadas por los nuevos planteamientos; teniendo en cuenta los nuevos derechos debidamente constitucionalizados que le dan una orientación divergente al proceso civil.

Para alcanzar ese fin planteado, en lo que atañe a los actos introductorios del proceso (presentación de la demanda y contestación); se hace necesario primeramente describir como se encuentra positivizado en el Código Procesal Modelo esta fase preliminar del proceso, para ello iniciaremos con los requisitos de la presentación de la demanda consignados en el artículo 110, como lo son; la designación del Tribunal al que va dirigida, datos del actor e igualmente del demandado, narración exacta de los hechos; derecho que se invoca; las pruebas pertinentes según el artículo correspondiente del Código, peritaje debidamente formulado, valor de la causa (en casos en que esta sea determinable), y finalmente, las firmas del demandante o en caso de existir, el del apoderado y del abogado, excepto en casos en que la ley designe lo contrario.

Lógicamente, estos requisitos dados en la formulación de la demanda surgen como actos formales y de control necesarios para que pueda ser admitida por el juez. De lo contrario, esta será rechazada, y el Tribunal encargado estimará un plazo (art. 112), para que, de este modo, la persona que quiera iniciar el proceso, tenga la posibilidad de subsanar los vicios encontrados en esta, y continuar con el desenlace del trámite inmiscuido en el proceso.

La demanda, también irá acompañada de las pruebas que sustenten los hechos. Estas son de suma importancia, porque a ausencia de ellas, no se tendrá ninguna oportunidad para persuadir al juez y que así pueda otorgar el derecho que se alude vulnerado. En el artículo 111 se dice que, generalmente las pruebas serán documentales, cuando no se cuente con estos, de manera excepcional su contenido será reseñado de modo muy preciso dando a conocer el lugar donde estas se encuentran para poder solicitarlas; adicionalmente, se proporcionarán la información pertinente de los testigos. Las pruebas que tratan de esclarecer hechos nuevos o los que menciona la contraparte al momento formular su contestación tendrán la posibilidad de ser propuestas con posterioridad.

Por otro lado, esta etapa cuenta con un mecanismo muy peculiar, ya que, si aún no existe contestación a la demanda, podrá ser cambiada. Si existiere un hecho inédito y este tuviera incidencia directa en el derecho aducido luego de la contestación, las partes podrán invocarlo y probarlo hasta cuando concluya la causa, si lo mencionado se hiciese después, se dará lugar en segunda instancia.

Hablando más precisamente sobre el siguiente acto procesal de introducción, la contestación de la demanda, en la que el demandado deberá pronunciarse sobre los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos que ésta contenga, de igual manera se plantea que la demanda de reconvencción y la contestación de la misma puedan ser presentadas al mismo tiempo y que la pronunciación sobre los

hechos tendrán como resultado la admisión de los mismos, y con respecto a los documentos estos se tendrán por auténticos. (Art. 120 - 120.3)

El demandado en esta fase tiene la opción de tomar distintas vías, como la de amoldarse a la pretensión, proponer excepciones previas, tener una postura expectante, al momento de realizar la contestación si esta sea contradictoria o corregir la reconvencción; si se quisiese adoptar más de una de estas actitudes, éstas deberán hacerse en forma simultánea y en el mismo acto. Asimismo, tendrá la facultad de presentar alrededor de nueve excepciones previas; entre las cuales se pueden mencionar la prescripción o caducidad, incapacidad en la parte demandante o su representante; así como en la carencia de personería de este último y la cosa juzgada, además de otras.

Expuesto como se encuentra, el trámite procesal introductorio marcadamente escritural y teniendo como base los cambios que se han experimentado en el transcurso de los años, los cuales hacen que se requiera una actualización del código procesal civil modelo para Iberoamérica para que esté acorde a la realidad que se vive maximizando así los efectos positivos que trae la aplicación de la tecnología en el proceso judicial, lo cual se traduce en un mejor desarrollo del mismo, se propone el siguiente esquema procesal para la fase preliminar de las tendencias.

Creemos viable la propuesta de que los referenciados actos introductorios relativos a lo que es la presentación de la demanda y contestación se den de manera virtual, siendo así las cosas, se presentaría la demanda acompañada de una constancia donde quedaría sentado que la contraparte ya tiene conocimiento de esta, pues el demandante antes de presentar la demanda deberá darle a conocer al demandado su intención de iniciar un proceso, allegándole la demanda con sus respectivos anexos por medio virtual o de ser necesario a su dirección física, con esto el demandado quedará notificado una vez recibida la demanda.

El juez a quien le sea asignado al caso, procederé a señalar la respectiva fecha de audiencia, indicándole al demandado que podrá contestar la demanda y proponer excepciones hasta antes del quinto día hábil a la fecha en la que se haya fijado la audiencia, de esta forma el juez dictara un primer proveído que consiste en dar programación a la audiencia, salvo que el mismo juez carezca de jurisdicción y/o competencia. En esa misma decisión realizara las respectivas observaciones a la demanda para que sean tenidas en cuenta en la audiencia y ordenara las citaciones de litisconsortes o terceros a que haya lugar. La parte demandante cuenta con los cinco días antes de la audiencia para solicitar nuevas pruebas en caso de ser necesario.

Con esta propuesta claramente sería menos el uso del aparato judicial lo que descongestionaría un poco la administración de justicia y garantizaría un proceso breve

y eficaz, que no se vería afectado por el engorroso trámite que conlleva el auto admisorio de la demanda. Cabe aclarar que si la parte demandante no cuenta con el correo electrónico de quien pretende demandar, pero si con su dirección de domicilio, no habrá otra escapatoria que realizar dichos actos introductorios de la manera en que hoy por hoy se vienen haciendo.

Esta reformulación de los actos procesales introductorios se funda en ciertos principios que son pilares fundamentales para que la administración de justicia se desarrolle como lo es la celeridad procesal y economía procesal, estos a su vez ayudan con el cumplimiento de una de las finalidades que planteó el Código Procesal Civil Modelo Iberoamericano de 1988, como lo es el mejoramiento de la justicia latinoamericana lo que se traduce de cierta forma en la tenencia de procesos más cortos, menos tediosos y con resultados positivos conforme a la ley y a los principios constitucionales. A través del tiempo y de los avances que hemos tenido como sociedad ha quedado expuesto que esto se cumple, pero no en su totalidad, ejemplo de esto son los procesos de única instancia donde en las audiencias concentradas se tramitan varios actos procesales en uno solo, pero al hablar de los actos introductorios del proceso brilla por su ausencia la materialización del principio de economía procesal y el de celeridad debido a que antes de tener una audiencia las partes deben dar trámite a varias actuaciones en diferentes términos, estas actuaciones encuadran dentro de los ya mencionados actos introductorios del proceso, dichas acciones impiden el acatamiento de los principios que aquí hemos mencionamos, por cuanto el proceso en esta fase sufre un estancamiento.

También conviene resaltar que el principio de economía procesal, el cual se entiende principalmente como una garantía con la que cuentan las partes para tener un proceso sin dilataciones innecesarias poniendo en movimiento en la mayor brevedad posible el aparato judicial, por su parte la Corte Constitucional colombiana dentro de sus consideraciones en la sentencia **C 037-98** dijo que “ **El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia**”.

Por otra parte, el principio de celeridad que es uno de los más importantes en materia de derecho procesal, este hace parte de la integridad que conforma el derecho al **DEBIDO PROCESO**, al igual que el principio de economía procesal, pues se desempeñan como una garantía referente al derecho anteriormente mencionado, cabe resaltar este tema de garantías procesales fue tratado en las convenciones realizadas por el instituto iberoamericano de derecho procesal, siendo así las cosas, es esta una razón poderosa para que nuestro sistema procesal latinoamericano vele con recelo su cumplimiento, entonces dentro de esta propuesta también veríamos materializado el principio de celeridad, dejando de lado lo tedioso y la dilatación de los procesos siempre y cuando estos no presenten ningún tipo de complejidad.

En otro ámbito no menos importante tenemos lo relativo a la importancia de los medios electrónicos dentro del desarrollo de la administración de justicia, el ser humano dentro de sus cambios y avances drásticos de manera reiterativa trajo con la tecnología enmarcada desde lo que se ha llamado la globalización, la tecnología ha sido usada por el hombre principalmente como un medio que facilita ciertas actividades cotidianas y absolutamente necesarias dentro del ámbito social. En algún momento de su vida, el hombre social, tendrá la necesidad de acceder a la administración de justicia sea por motivos de carácter familiar, social, laboral e inclusive penal, lo cual significa que el sistema de justicia colapsaría, cosa que ha quedado evidenciada en la actualidad, con la congestión que presentan los distintos despachos por la gran demanda de procesos que a diario son iniciados sea bien por una persona natural o jurídica. Es así como en los últimos veinte años se ha venido gestando en Latinoamérica una reforma judicial en lo concerniente a la implementación de herramientas tecnológicas que facilitan el cumplimiento de la administración de justicia, esto incluye el uso de computadoras, el uso de videoconferencias para declaración de testigos ubicados en otras zonas ajenas a la jurisdicción del tribunal, etc., por lo que el apoyo de las TIC ha influido positivamente en estos procesos de reforma y modernización. En Colombia dentro del plan de desarrollo 2014-2018 se incorporó un capítulo denominado Seguridad, Justicia y Democracia para la Construcción de Paz, que tiene como objetivo la optimización de la gestión judicial, Igualmente, estos expertos aluden al Plan Sectorial de Desarrollo 2015-2018, específicamente el capítulo Política Tecnológica, que tiene como propósito disponer de un modelo que gestione información no solo en datos, sino que ayude con la prestación del servicio de administrar justicia basado en los principios de accesibilidad, celeridad, excelencia y transparencia. Y si todas estas gestiones han sido de buen impacto para la administración de justicia colombiana, pero esto no ha sido suficiente para tener un sistema judicial despejado y sin retrasos innecesarios, aún observamos cómo se colapsa la actividad judicial debido a la cantidad de personas que acceden a la justicia y a medida que pase el tiempo esa cantidad siempre va a aumentar por los diferentes conflictos que se presentan dentro de nuestra sociedad donde es necesario que la actividad judicial intervenga, es aquí donde habría un espacio para que el código civil modelo para Iberoamérica evolucionara en concordancia a la necesidades que se presentan dentro de los procesos en esta ocasión civiles referenciándonos específicamente en los actos introductorios de la demanda, si estos se hiciesen como lo hemos planteado en un nuestra propuesta muy probablemente los sistemas judiciales se liberarán aún más de las cargas que representan cada uno de los procesos que son y podrían ser iniciados, lo que significa un menor uso del aparato judicial por cada proceso y haría que sea mucho más rápido el flujo de soluciones a las diferentes situaciones de derecho por la que las personas deciden iniciar un proceso, también se evitaría el pago de notificaciones que en este caso benefician aquellas personas que son económicamente muy vulnerables.

En ese orden de ideas, esta propuesta hace una apuesta en términos de eficiencia y eficacia de la actuación procesal con el uso de los medios tecnológicos, esto en razón a que es verdad sabida que con la utilización de las tecnologías en parte de los procesos judiciales se ha logrado sacarle un mayor provecho y rendimiento a los mismos, generando un cambio positivo en la administración de justicia, podría pensarse que si estas de igual manera son aplicadas en los actos introductorios del proceso tendrían él mismo efecto, logrando así que la desactualización del instrumento procesal internacional bajo estudio.

Resulta pertinente destacar que la interacción electrónica también provee a los tribunales de la oportunidad de apoyar el acceso a justicia y cumplir con su función de amparo a la ley (Galanter, 1983a) haciendo que el desarrollo de sus funciones sea más eficiente trayendo esto como resultado un mejor desempeño de la administración de justicia.

Por su parte, la Comisión Europea (2008), ha señalado que el uso de las TIC para mejorar el acceso a la justicia, incrementar la cooperación entre autoridades legales y reforzar el sistema judicial, representa una mejora indiscutible que genera una reducción en el tiempo empleado en las labores que diariamente son realizadas en el proceso de administración de justicia.

Gascó et al. (2012:74), “las herramientas electrónicas permiten reflexionar sobre la modernización de la administración pública, adoptando un enfoque de gestión” que facilita y mejora muchos de los aspectos que se encuentran involucrados en la administración de justicia.

Puesta en consideración la propuesta de reformulación de los actos procesales introductorios en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica, fuertemente arraigada al uso de la tecnología con el desarrollo de principios medulares en el orden de lo procesal, como lo son la celeridad y economía procesal, no es ajeno a este desarrollo, ciertos cuestionamientos de orden académico, que desde ya deben ser advertido para proponer una respuesta a los mismos.

Entre tales críticas, que pueden surgir de la reflexión y de la realidad procesal que ahora nos rodea, se puede afirmar que sería un error que en este nuevo esquema procesal, no exista un auto admisorio de la demanda que ejerza un “control sobre los requisitos de formales” y si, dentro de nuestra propuesta no se haría uso del de un pronunciamiento judicial para considerar si la demanda será admitida o no cuando por ejemplo le falte el correo electrónico, dirección de alguna de las partes, entre otras de las formalidades que debe tener una demanda, pero esto no quiere decir que se anule este control, por su parte, el juez no dejaría de asumir su papel de saneado y dentro del mismo auto donde programa la fecha de audiencia se pronunciará y hará las respectivas

observaciones a la parte demandante sobre los documentos u otros requisitos faltantes que sean requeridos para la causa, esto con el fin de que este subsane sin tener que estancar en el tiempo el proceso por la falta de los mismos, una vez llegue la fecha de la audiencia, el juez antes de dar inicio deberá ejercer control sobre si se ha subsanado o no lo que él haya manifestado dentro del auto donde fijó fecha de audiencia y se pronunció sobre las formalidades faltantes, todo lo cual permite para quienes acceden a la administración de justicia un proceso rápido y sin trabas respecto de las formalidades que se presentan en los actos introductorios de la demanda, estas no dejan de ser importantes pero, dentro de una ponderación con las formalidades que necesita un título valor para iniciar un proceso poniendo como ejemplo un ejecutivo civil, serían menos trascendentales las formalidades de la demanda a las del título valor pues aquí es donde se encuentra el derecho y sería la razón por la que una persona iniciaría un proceso, luego entonces las partes contarían con un proceso donde primarían los principios de economía procesal, celeridad y por qué no de prevalencia del derecho sustancial, sin olvidar que nuestro sistema judicial se despejará mucho más lo que quiere decir que tanto Juez como partes se verían beneficiados y se cumpliría a cabalidad con lo que la ley establece.

A raíz de lo expuesto en el párrafo anterior, puede surgir el siguiente interrogante jurídico ¿En qué momento procesal se examinará la caducidad de la acción o la prescripción del derecho? Claramente con esta propuesta solo buscamos mejorar el desarrollo de la actividad judicial, encontrando otros mecanismos donde se pueda cumplir con la norma como realmente debería de ser, rápida y sin complicaciones, pero es evidente que por ser todo lo contrario a eso es que así como hay millones de personas accediendo a la administración de justicia también hay otras miles que literalmente piensan y dicen “de aquí a que eso salga” lo cual causa que estas se cohíben de presentar demandas para la reclamación de sus derechos. Es cierto que no habría un auto admisorio de la demanda, pero también es cierto que nuestro principal objetivo es tener un proceso donde se materialicen correctamente las garantías procesales haciendo referencia en este caso a la celeridad del proceso, en concordancia con esto resaltamos que no pensamos omitir el control de legalidad que deben hacer los jueces dentro de cada proceso, por lo que es estrictamente necesario su espacio para velar porque el proceso no tenga vicios de ningún tipo y este dentro de lo legal según el marco normativo, efectivamente esto se dará dentro de esta propuesta, la diferencia radica en el término o tiempo donde se hará el respectivo pronunciamiento sobre estos fenómenos extintivos, pues consideramos que este podría realizarse en la misma audiencia que habría sido fijada por el juez en un orden secuencial que le permita saber al juez si sigue o no con el proceso, es decir, cerciorarse de que la demanda haya sido presentada antes de que caducara el término o prescribiera el derecho, para luego de esto, en caso de ser posible, seguir con los demás actos procesales.

Ahora bien, otro foco de crítica que se puede presentar, es el tema de que no todas las personas cuentan con acceso a internet, el cual es fundamental para el desarrollo de esta propuesta. En el mundo actualmente más del 58% de personas cuenta con acceso a internet, en Latinoamérica tiene 441 millones de personas que acceden a internet que son el 67% de esta población y en Colombia aproximadamente un 50% de personas tiene conectividad a internet según estudios realizados por distintas plataformas, revistas, etc. Como respuesta a esta situación, consideramos que cada persona que accede a la administración de justicia debe hacerlo a través de un abogado, pues son estos quienes cuentan con el derecho de postulación, el cual es el que les permite actuar en nombre de otras personas ante la justicia, la regla de la experiencia nos deja evidenciado que en su mayoría por no decir que todos, los abogados tiene la facilidad de acceder a internet y es que este es esencial para esta profesión debido a que el derecho desde su naturaleza siempre está en constantes innovación o reforma normativa por los distintos cambios que se presentan dentro del conglomerado social, es decir, el derecho siempre se debe estar adaptando a las necesidades que se presentan en la sociedad, ejemplo claro de esto, es la pandemia por la que estamos atravesando, que además de todo, con el distanciamiento social obligatorio al que no hemos visto sometidos, nos recuerda la importancia de la implementación de los medios tecnológicos dentro de la administración de justicia.

El hecho de que no todas las personas cuenten con conectividad a internet no es impedimento para que los actos introductorios de la demanda se puedan tramitar de forma virtual y conjunta, ya que estos serían presentados por los abogados, quienes están dentro del porcentaje de personas que sí cuentan con acceso a internet, consecuentemente a esto por ética profesional deben los abogados mantener al tanto a sus clientes de lo que sucede con sus procesos, lo que descartaría por completo una desinformación para las partes interesadas. Aunque dentro de la jurisdicción civil hay acciones que no necesariamente deben ser tramitadas por medio de un abogado como los procesos verbales sumarios, estas son un porcentaje mínimo que no le quitaría la viabilidad a esta propuesta, en la cual seguiremos trabajando para no dejar por fuera a estos.

Superadas partes de las posibles críticas que podría experimentar nuestra propuesta, consideramos que es un esbozo o inicio a una forma de ver lo procesal, en su etapa introductoria, en un mundo globalizado donde hace necesario crear fuertes lazos desde la comunidad de los estados que comparten características similares para lograr la creación de nuevas teorías jurídicas en el orden de lo procesal, que velen por una mayor consistencia y estabilidad de nuestra sistema de administración de justicia.

CONCLUSIONES

Luego del desarrollo de este trabajo, es posible concluir que:

1. La creación del código civil procesal modelo para Iberoamérica fue de mucha importancia y utilidad en la época en que se introdujo ya que trajo consigo cambios significativos en la forma de adelantar los trámites judiciales, sin embargo y a la luz de nuevas realidades este ha quedado obsoleto en lo que a su aplicación se refiere, ya que carece de una actualización que se adapte a las diferentes situaciones y necesidades que han surgido en este sector del mundo con el pasar de los años (Iberoamérica)
2. Debido al transcurrir del tiempo y de los avances en los diversos campos que ha tenido la sociedad, se ha evidenciado lo importante que es contar con diversas herramientas digitales dentro de los procesos judiciales, por lo que es necesario tenerlas en cuenta a la hora de pensar en una reforma del código procesal civil modelo para Iberoamérica, en este caso en particular haciendo especial énfasis en los actos introductorios de la demanda.
3. Con este cambio o reforma en cuanto a la forma en que deben tramitarse los actos introductorios de la demanda, se aportaría un avance importante para el cumplimiento de principios constitucionales y legales que tienen una función garantista dentro de los procesos, tales como el principio de celeridad y el principio de economía procesal.
4. Las diferentes críticas que existen para la propuesta tienen una solución dentro de la misma; por un lado no se puede desconocer que si bien hay un pequeño porcentaje que verían una barrera para la aplicabilidad de las nuevas tecnologías en los procesos judiciales, esto no quiere decir que esta opción no sea viable o no resulte eficaz dentro de la jurisdicción civil, este es un tema que debido a su interés se encuentra en constante estudio y desarrollo, para así lograr incluir nuevos medios tecnológicos en los procesos ya existentes lo cual nos permitirá que sea una solución que abarque a todo el conglomerado social sin excepción alguna y de una manera mucho más sólida.

Con la inclusión de los medios tecnológicos en los actos introductorios de la demanda se incluye de forma inherente el tema de la globalización, quien trajo a nuestra sociedad nuevas herramientas tecnológicas, las cuales han sido de gran utilidad para las diferentes necesidades que han ido surgiendo al largo de la evolución de cómo administrar la justicia.

BIBLIOGRAFIA.

- Barbosa, Octavio. 2008. *Globalización y desmedro de la soberanía de los Estados periféricos. El impacto de los males globales*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.
- Contreras, Rebeca E. 2000. *El derecho penal en la globalización: un problema para la investigación jurídica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.
- VESCOVI, Enrique. 1978. *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Berizonce, Roberto. 2011. *Bases para actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica*. Civil procedure review.
- Álvaro, Carlos. 2008. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales en Derecho Procesal*. Perú: XXI Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
- Sentencia C-037-1998 Referencia: Expediente D-1750. Magistrado Ponente: De. Jorge Arango Mejía. 19 de febrero de 1998.

REFLEXIONES SOBRE LOS ACUERDOS DE PAZ Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

*Nadin Madera Arias*⁸

*Tulio Salgado Cáceres*⁹

Resumen

El presente artículo proyecta como objetivo exponer algunas reflexiones sobre el proceso de paz suscrito en Colombia, entre el gobierno legítimamente constituido y el grupo insurgente de las FARC, esto, con la imperativa vinculación del poder constituyente; con la vigencia y con la supremacía de la Constitución Política; el respeto al derecho internacional público y los debates jurídicos (y en ocasiones no tan jurídicos) que emanan de un proceso de transición hacia la paz, nunca antes visto que, por supuesto, amplifica los precedentes — a nivel universal — sobre la resolución de los conflictos armados. Un conflicto armado interno como el colombiano que se ha manifestado en diversas variantes; que ha dejado un saldo en rojo entre la población más vulnerable; donde sus

⁸ Nadin Andrés Madera Arias. Abogado investigador, docente universitario de la Universidad de Sucre, Magíster en Derecho Público. Correo electrónico: nadinmadera@hotmai.com

⁹ Tulio César Salgado Cáceres, investigador independiente, técnico en mantenimiento y ensamble de PC. Correo electrónico: tuxaka@gmail.com

actores han recurrido, incluso, a los crímenes de lesa humanidad y donde los sectores más recalcitrantes de la sociedad se oponen férreamente a su terminación; no obstante, a ruegos del interés general, tal conflicto merece ser sepultado en las páginas de la historia colombiana. Por su naturaleza anacrónica y los intereses por su perpetuación, saltan cuestionamientos acerca de las adiciones, modificaciones o restricciones en el ordenamiento jurídico que implica la obtención de la paz y la finalización del conflicto.

Palabras clave: conflicto, derecho, justicia transicional, paz, proceso.

Abstract

The objective of this article is to present some reflections on the peace process signed in Colombia, between the legitimately constituted government and the insurgent group of the FARC, this, with the imperative linkage of the constituent power; with the validity and supremacy of the Political Constitution; respect for public international law and legal (and sometimes not so legal) debates emanating from a never-before-seen transition process towards peace which, of course, amplifies precedents - at a universal level - on conflict resolution armed. An internal armed conflict like the Colombian one that has manifested itself in various variants; that it has left a red balance among the most vulnerable population; where its actors have even resorted to crimes against humanity and where the most recalcitrant sectors of society are strongly opposed to its termination; However, at the request of the general interest, such a conflict deserves to be buried in the pages

of Colombian history. Due to its anachronistic nature and the interests for its perpetuation, questions arise about the additions, modifications or restrictions in the legal system that implies obtaining peace and ending the conflict.

Keywords: *conflict, law, transitional justice, peace, process.*

Introducción

En la evolución histórico-social de Colombia, desde la colonización pasando por la época hispánica, las gestas libertadoras y la soberanía nacional, hasta nuestros tiempos contemporáneos, ha padecido la Nación, permanentemente, la violencia despiadada de la guerra. El conflicto armado y la paz en Colombia data en sus inicios desde la muerte del caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán el 9 de abril de 1948 (Banco de la República, 2017), pasando por un proceso de paz que culminó en amnistía; otros procesos posteriores lograron la conformación de la Unión Patriótica, la desmovilización de grupos guerrilleros y el proceso constituyente de 1991.

El lamentable recrudecimiento de la guerra tiene asiento con la creación de las auto-defensas, auspiciadas por el Estado colombiano. Luego, según los apuntes del Centro de Memoria, paz y reconciliación (2019), se logra la desmovilización de las mismas en 2002. En total, al tenor de las estimaciones de la Revista Semana (2014), hay cerca de seis (6) millones de víctimas en los registros de la Unidad para las víctimas. En 2013, se inicia un proceso de diálogo con el grupo armado ilegal FARC. Se dispuso, en acuerdo general, de cinco puntos de negociación, a saber: 1.) Desarrollo agrario integral; 2.) Participación política; 3.) Fin del conflicto; 4.) Drogas ilícitas; 5.) Víctimas y; 6.) Implementación, refrendación y verificación (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2019).

De estos preliminares se precisa que, el conflicto armado interno en Colombia, uno de los más asimétricos y complejos de la humanidad, ha degenerado su desarrollo. Tanto así que, la penetración del narcotráfico empeoró la situación de orden público y los factores armados han diversificado sus organizaciones; el ideario de las primeras guerrillas liberales desapareció para dar paso a los delitos de lesa humanidad, y para colmo de males, la asistencia integral de EEUU, siendo la primera potencia del planeta, no ha sido suficiente para mitigar el problema de las drogas ilícitas. En este criterio, el presente estudio reduce como objetivo centrarse sobre los puntos concertados en el *Acuerdo de paz* y su impacto en el sistema normativo colombiano; ante la circunstancia, cabe advertir que, lejos de la presunción, estos renglones no constituyen una opinión vinculante ni esbozan un guion detractor en contra de los acuerdos.

De la paz axiológica al material, con substrato en la implementación

El *Acuerdo de paz* no solo supone la terminación de unas hostilidades, a su vez, está definido para amparar un conjunto de prerrogativas necesarias en el post-conflicto. Es decir, como lo anota el Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de la CEPAL (2019), de la siguiente forma:

Los esfuerzos del Gobierno nacional para alcanzar la paz en Colombia llevaron a la construcción de una agenda, propiciada directamente por la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto. El Acuerdo pretende garantizar el derecho de las víctimas a la verdad, la reparación y no repetición a través de la justicia transicional. También tiene componentes institucionales, económicos, sociales y ambientales enfocados en las zonas más afectadas por el conflicto armado. Para desarrollar el Acuerdo Final se definió un Plan Marco de Implementación (PMI), en el que se establecen indicadores que coinciden con la totalidad de los ODS.

Por los demás, el conflicto armado interno golpeó con mayor dureza a los pobladores de las áreas rurales: campesinos, indígenas, afros, pobladores de la Amazonia y otros; por consiguiente, las medidas a adoptar están colmadas de unos insumos dirigidos hacia el campo y hacia los abandonados por el Estado, así:

También se han establecido los Programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET), creados mediante el Decreto Ley 893 de 2017, para la implementación prioritaria de la Reforma Rural Integral, por ser las zonas más necesitadas y urgidas con base en los siguientes criterios: i) los niveles de pobreza, en particular, de pobreza extrema y de necesidades insatisfechas; ii) el grado de afectación derivado del conflicto; iii) la debilidad de la institucionalidad administrativa y de la capacidad de gestión; y iv) la presencia de cultivos de uso ilícito y de otras economías ilegítimas (*Ídem.*).

En sí, no solo la firma representa el éxito del *Acuerdo de paz*. La implementación de las iniciativas tendientes a resarcir los perjuicios contra las víctimas, por el abandono estatal, será determinante para instituir una paz material que se sintonice con el deber ser de la paz axiológica, dispuesta en las formalidades.

Desarrollo agrario integral

La política agraria es un deber del Estado colombiano. Garantizar la seguridad alimentaria a la Nación es una obligación inquebrantable, asimismo, el fomento a la agroindustria (Reforma Rural Integral, p.16); el uso eficiente de los territorios baldíos, la regulación y/o formalización de tierras¹⁰ (*ibíd.*, p.4); la infraestructura vial óptima¹¹ (*ibíd.*, p.12) y; finalmente, la integralidad de la política agraria va acompañada de seguridad, salud, vivienda digna y educación¹² (*ibíd.*, p.16); estos son los sub puntos discutidos en el Acuerdo en materia agraria.

Cuando se estudian los puntos acordados ¡Parece increíble sostener un conflicto por más de cincuenta (50) años debido a unas políticas que hubiesen sido desarrolladas por el Estado hace ya mucho tiempo!

Las políticas contenidas en el *Acuerdo de paz* son parte inescindible del desarrollo de las funciones propias del Estado, como garantías y deberes señalados, contenidos

¹⁰ Punto 1. Acceso y uso. Tierras Improductivas. Formalización de la propiedad.

¹¹ Punto 3.1. Infraestructuras y adecuación de tierras.

¹² Punto 3.2. Desarrollo social: salud, vivienda, educación, erradicación de la pobreza.

en la Carta Política: Preámbulo y los Títulos I y II. La seguridad, salud, vivienda, educación, industrialización del campo y la seguridad alimentaria son mandatos constitucionales que deben materializarse.

Los artículos 60, 64 y 65 superiores, desarrollan el deber especial del Estado en materia rural y con la seguridad alimentaria. Al sentir, la Corte Constitucional, por su parte en la Sentencia C-644 de 2021, señaló que el campo es un “bien jurídico constitucional de especial protección”.

Aunado a ello, el Estado colombiano, honrando sus compromisos internacionales adquiridos, en virtud del mandato constitucional de los artículos 93 y 94, y delineados sus alcances en la Sentencia hito — C-255 de 1995, al observar la Resolución No. 25 de 2015 proferida por la Asamblea General de la ONU — sobre el bloque de constitucionalidad, se obligó a cumplir el “[o]objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo; [o]objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible”. Esto es, entre otros conjuntos de acuerdos y resoluciones, lo que hace que con o sin *Acuerdo de paz*, se deban cumplir dichas políticas allí contenidas, en virtud del *pacta sunt servanda*. Es

más, el artículo 11 del *Pacto de derechos económicos, sociales y culturales*¹³ eleva como compromiso internacional la seguridad alimentaria y el fomento agro industrial. Entonces, la ejecución del punto agrario del Acuerdo no implica, *per se*, una alteración notable a la Constitución, pero, si un cambio estructural a la legislación sobre políticas agrarias en la República de Colombia.

¹³ Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, [...] 2. [...] reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre [...] a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos [...] b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales...

Participación política

En el segmento de la *Apertura democrática para construir la paz*, es comprobante que: «la construcción y consolidación de la paz, en el marco del fin del conflicto, requiere una ampliación democrática que permita que surjan nuevas fuerzas en el escenario político para enriquecer el debate y la deliberación alrededor de los grandes problemas nacionales» (p.1), es la propuesta conjunta del Gobierno Nacional con las FARC.

Con más de medio siglo en guerra, en razón de las discrepancias políticas y realidades sociales de pobreza innegable, se intenta impregnar un cambio angular en la vida nacional que pasa de la lucha por medio de las armas al mármol del Congreso de la República, es decir, como lo expresa el ex magistrado Humberto Sierra Porto (1998), a la “democracia donde se fundamenta el alcance del poder constituyente del pueblo”. Ello implica, por supuesto, la cultura de la paz irradiada en la sociedad y en el Estado, y la súper valoración de la vigencia de la Constitución como símbolo máximo del respeto entre individuos.

A la par, en el *Acuerdo* se plantea el estatuto de garantías de la oposición política, como “pieza fundamental para la construcción de una democracia amplia, la paz con justicia social y reconciliación nacional”¹⁴ (p.3). Si bien, el compromiso pautado es válido por los trágicos antecedentes históricos de la participación política de líderes políticos y ex militantes de los grupos reinsertados¹⁵, no es menos cierto que, dicho compromiso existe por mandato constitucional en el artículo 112, donde se estableció el *Estatuto de la oposición*. Ahora bien, el sub punto acordado toma especial relevancia en atención a la omisión legislativa absoluta, sobre la materia, pese a la orden del constituyente de legislar la misma materia.

Resulta evidente que, como reza en la Sentencia T-1005 de 2006, la participación política es un derecho de carácter fundamental que se consolida como una garantía estructural del Estado social de Derecho. Más aún, dentro de un proceso de post-conflicto, donde la democracia participativa y la reconciliación nacional juegan un papel determinante. Al particular, “todo este fenómeno de reformas constantes y recurrentes expresan, ante todo, la preocupación y el compromiso de la sociedad colombiana de resolver nuestros problemas a través de cauces jurídico-institucionales” (Sierra, 1998,

¹⁴ Punto 2.1.1.1. Participación Política: Apertura democrática para construir la paz.

¹⁵ Magnicidios de Jorge Eliecer Gaitán (Partido Liberal); Luis Carlos Galán (Partido Liberal); Jaime Pardo Leal (Comité Central del Partido comunista); Carlos Pizarro (Alianza Democrática M-19), Álvaro Gómez Hurtado (Partido conservador), el exterminio de los miembros del partido de Unión Patriótica y los homicidios de otras figuras políticas, con menos alcance mediático, que sentaron posturas diferentes y alternativas a más de 200 años de seguidilla bipartidista.

p.26). Como consecuencia, es obligación del Estado el vincular a todos sus ciudadanos en las decisiones de la Nación, conforme al artículo 40 constitucional. En otra arista, la norma penal colombiana, no contraría esta posición. Toda vez que, quienes cometen delitos políticos pueden participar en política, la pugna surge en los eventos en los que los delitos corresponden a graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario vs justicia transicional.

Las curules de paz en medio de la guerra política

La iniciativa de las curules de paz que vio la luz con la firma del proceso de 2016, ha sido objeto de una intensa pugna entre los defensores del *Acuerdo de paz* y los detractores del mismo. Para el año 2017, la iniciativa se hundió en el Congreso de la República y, más recientemente, estas curules, hallaron una firme oposición en el Ministerio Público, cuya dirección evidencia un sesgo político tendencioso hacia los intereses particulares y partidistas del Ejecutivo.

Otro punto que señaló la Procuraduría es que las razones que fueron expuestas por algunos congresistas en el debate parlamentario de 2017 -en el que se discutió el proyecto- para no apoyar el proyecto “no son arbitrarias, ya que constituyen preocupaciones legítimas, como lo es el derecho de que la normatividad no tiene la vocación de reparar a las víctimas y, en cambio, **facilita la captación de las curules por parte de los victimarios**”. Con base en estas razones, para la procuradora [la doctora Margarita Cabello Blanco], la Corte Constitucional debe abstenerse de intervenir en la controversia (El Espectador, 2021). *[Negritas por fuera del texto original]*.

Al caso, pretender creer que la razón de la Procuraduría deriva de un profundo examen elaborado en torno a las consecuencias de las curules de paz, en el ordenamiento jurídico, es un sinsentido. Según El Espectador (2021), la desaprobación

en 2017 del Proyecto de ley fue obra de los senadores José Obdulio Gaviria, Sofía Alejandra Gaviria, Germán Varón y Álvaro Uribe Vélez, en la opinión unísona de que el proyecto no tenía la vocación para reparar a las víctimas y, en cambio, **las instrumentalizaba pues los victimarios sacarían provecho de esos escaños.**

No es entendible hasta qué extremo político y bajo qué parámetros sería posible aterrizar, en la realidad nacional, esas conclusiones alegadas por los voceros de los partidos dominantes, y ahora, empoderadas por la Procuraduría General de la Nación. Más aun, desde que se desató el ruidoso escándalo de la parapolítica, por allá en el año 2006, nunca antes los victimarios gozaron de un 35% de participación en el Senado de la República¹⁶, sacando provecho, justamente, de esos escaños. Situación que fue probada a partir de unas denuncias penales ante la Corte Suprema de Justicia que, desembocaron en indagaciones e investigaciones de peso, lo cual motivó el juzgamiento de muchos legisladores. Finalmente, ahora el caso, de las curules de paz, está bajo estudio de la Corte Constitucional que tiene la última palabra (El Espectador, abril de 2021).

¹⁶ El primer hecho concreto que les dio impulso a las investigaciones fue la denuncia presentada por la ex candidata a la alcaldía de Bogotá Clara López, integrante del Polo Democrático. López decidió pedirle a la Corte que investigara a los congresistas para establecer si eran ciertas las afirmaciones que años atrás hizo Salvatore Mancuso, según las cuales las autodefensas tenían el control del 35 por ciento del Congreso. Aunque la cuestionada frase había sido rechazada por legisladores de todos los partidos y algunos la incluyeron como prueba en sonados debates de control político, López fue la primera en pedirle a la justicia que investigara el caso. Revista Semana, 9 de abril de 2007. Material disponible en: <https://www.semana.com/on-line/articulo/guia-practica-para-entender-escandalo-para-politica/84455-3/>

Solución al problema de las drogas ilícitas

En este capítulo, dos interrogantes surgen. El primero de ellos, es considerar el narcotráfico como delito conexo al político y, el segundo, la lucha contra el cultivo y el tráfico de las drogas ilícitas. Sobre el primero, en el pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-387 de 2014, el legislador tiene la potestad y el amplio margen de “libertad de configuración legislativa en materia penal”. No obstante, en la Sentencia C-121 de 2012, se aprecia que, “los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite a la potestad”. En esa premisa, es ostensible la facultad del legislador, sin embargo, el estudio debe centrarse en determinar si el narcotráfico, al ser un delito político, limita los compromisos internacionales¹⁷ adquiridos por Colombia en materia de cooperación internacional contra el crimen y si este delito está dentro de la esfera de las graves violaciones a los ddhh y al DIH; en otras palabras, sobreviene la disyuntiva si es constitucional o internacionalmente aplicable.

Sobre el primer cuestionamiento, el Estado colombiano deberá *reformular* las obligaciones adquiridas, obviamente porque el proceso de paz es un factor que transforma radicalmente la vida nacional y esto impregna también la funcionalidad del Estado. En relación con el segundo. Ni el *Estatuto de Roma*, ni los tratados en materia de derecho

¹⁷ 1.) Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. 2.) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. 3.) **Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.**

humanos señalan taxativamente al narcotráfico como un delito que implique graves violaciones al DIH y a los ddhh. Aun así, el narcotráfico financió violaciones al DIH y a los DDHH, de manera que, juega un papel activo.

Acerca del tráfico y cultivo de las drogas ilícitas, es deber del Estado es diseñar un plan estratégico de sustitución de cultivos; una política pública frente al consumo de drogas; unas políticas de sostenibilidad ambiental respecto de las poblaciones cultivadoras y consumidoras para una mayor efectividad. El Acuerdo, igualmente, contempla tales propuestas, es decir, una alternatividad laboral, *“pilar fundamental de una estrategia global de control de drogas”*¹⁸ y una solución a un problema de salud pública.

¹⁸ Oficina de Naciones Unidas Contra la droga y el delito. Yury Fedotov en la apertura del evento paralelo *“Alcance a nuevos agentes en el campo del desarrollo alternativo”* 57 ° CND de 2014. Material disponible en: <http://www.unodc.org/unodc/es/alternative-development/index.html?ref=menuside>

Cultivo y tráfico de drogas ilícitas

Con base a la estadística pública (en el formato de edición de imágenes) del Observatorio de Drogas en Colombia del Ministerio de Justicia y del Derecho, la problemática en oferta de drogas de la Nación, está así:

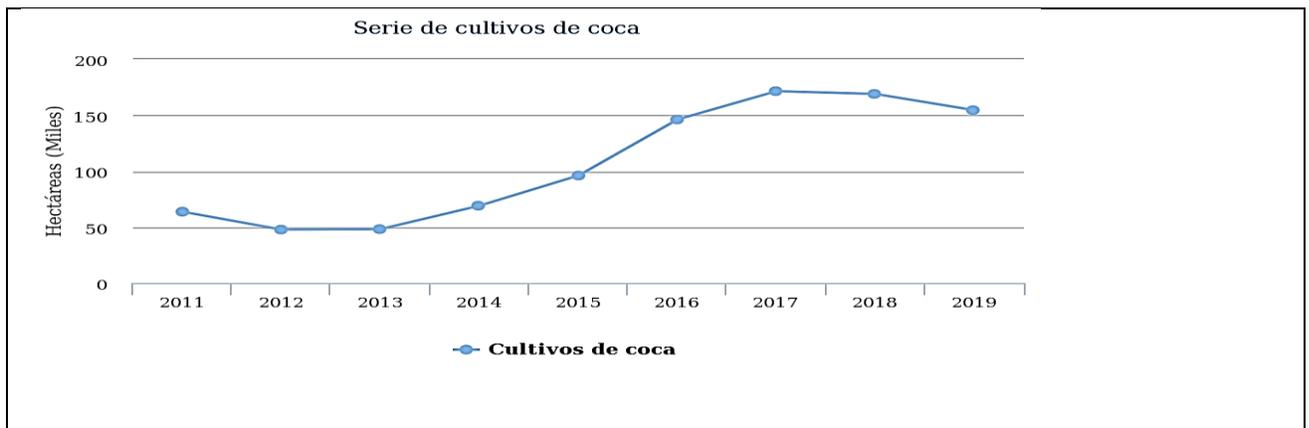


Tabla 1.

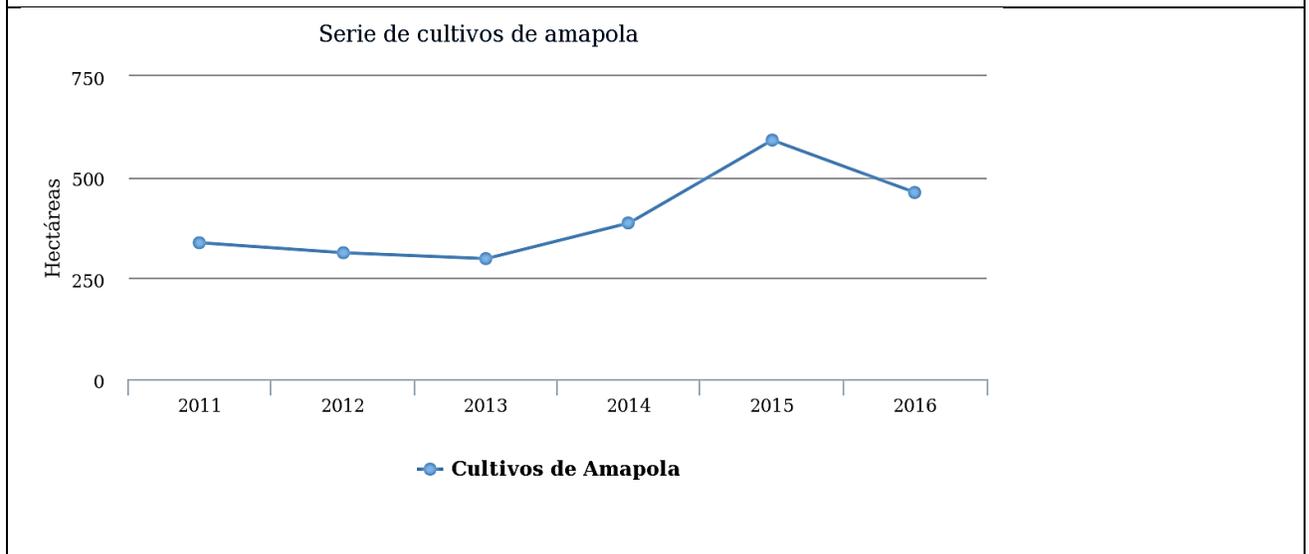
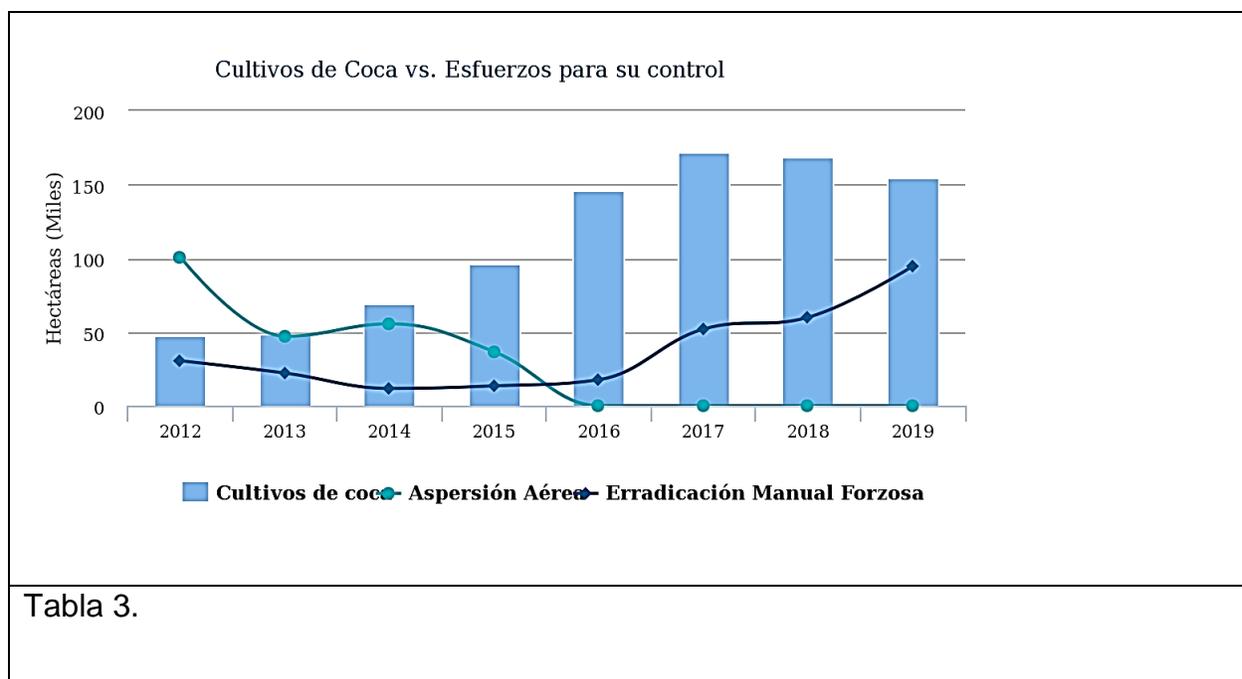


Tabla 2.

Por otra parte, la entidad pública hace énfasis en las acciones y en los controles que se adelantan para contrarrestar esta situación nociva para los intereses nacionales como para las sociedades más allá de las fronteras del Estado.



Esto significa que, a partir del año 2016 la aspersión aérea de los químicos nocivos viene a la baja y, por el contrario, se compensa con la erradicación manual forzosa, para el control de los cultivos ilícitos, mientras que la tendencia de los cultivos de coca permanece estable en la alza. Siendo así, ¿Qué propone y qué justifica el Gobierno Nacional para contrarrestar los cultivos y la producción de coca? Glifosato.

En el pasado, *La declaración de los Secretarios departamentales y distritales de salud, sobre el uso del glifosato*, firmada en Bogotá el 12 de mayo de 2015 y publicada en la página web del Ministerio de Salud (2015), sentaba una postura categórica al respecto.

... conociendo los resultados de la reunión de expertos de la Agencia Internacional para la Investigación en Cáncer IARC publicados en la revista científica *The Lancet Oncology* sobre los posibles efectos carcinogénicos del Glifosato [...] manifestamos nuestra preocupación por las aspersiones aéreas que se realizan con Glifosato para la erradicación de los cultivos ilícitos, los riesgos que el uso de esa sustancia conlleva para la salud humana...

Acerca de la misma preocupación, la Unión Europea (2017), expresó que: “Los países de la UE decidieron el 27 de noviembre renovar por cinco años el permiso de utilización del glifosato. El Parlamento cree que el herbicida debería quedar prohibido en 2022”. Este organismo continental anticipó y puso el dedo en la llaga con los apéndices manipuladores de la multinacional *Monsanto*, a lo cual insistió en esto:

Hay documentos que muestran claramente una historia de engaño por parte de Monsanto, asegura Carey Gillam, una periodista de investigación de “US Right to Know”, una ONG que se centra en asuntos relacionados con los sistemas alimentarios. Gillam sostiene que la compañía ha establecido redes

de científicos estadounidenses y de la UE para manipular a los políticos y presionar en favor del glifosato bajo la apariencia de entidades independientes.

Los representantes de la compañía se negaron a comparecer ante los eurodiputados, con el argumento de que la audiencia no era "un foro apropiado" para abordar el tema. La Conferencia de Presidentes prohibió en consecuencia la presencia de lobistas de Monsanto en el Parlamento.

Los documentos de Monsanto, los correos electrónicos internos y los documentos que la empresa se vio obligada a revelar en los tribunales estadounidenses que investigan los vínculos entre el glifosato y el cáncer de sangre, habían puesto en duda la credibilidad de varios estudios patrocinados por Monsanto, afirmaron los eurodiputados en junio de 2017.

En resumen, es una absoluta contradicción que el actual Gobierno avizore — por medio de una perspectiva miope — para justificar el control efectivo de los cultivos ilícitos con la utilización de sustancias dudosas que no solo impactan en la salud y en la vida de las personas, sino, en todo el medio ambiente, tales presupuestos con una desarrollada protección constitucional.

Víctimas del conflicto

Este ítem, es uno de los más álgidos. Incluso, para el año 2011, el Congreso de la República promulgó la Ley 1448, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno. Por lo demás, con la entrada en vigencia de la Ley 2078 de 2021, la ley anterior se prorrogó por diez (10) años más debido al:

... conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en [su] artículo 3º... dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales (Art. 1º, objeto).

No habiendo de otra, vale mencionar que: “la reparación integral ha sido pautada por Naciones Unidas bajo *Los principios de Joinet*”¹⁹. Al interior de sus postulados, se dispone que la reparación integral versará sobre compensación o restitución, garantía

¹⁹ Principios internacionales sobre la impunidad y reparaciones. ONU. Material disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf

de no repetición, garantía de satisfacción, rehabilitación y obligación de investigar y sancionar. Este criterio seguido y ampliado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y posteriormente adoptado por la Corte constitucional colombiana, el Acuerdo plantea la Jurisdicción Especial de Paz. De la JEP, por sus siglas, emanan una serie de cuestionamientos, por ejemplo, i) la posible afectación del principio de unidad de la materia constitucional; ii) el efecto de la acción de tutela respecto a las decisiones del tribunal de paz; iii) la proporción de las reparaciones individuales; iv) la extradición y; v) el debate sobre el posible fútil contrapeso de la Corte constitucional respecto a la Jurisdicción de Paz están en el tintero del debate jurídico.

Sobre el efecto de las acciones de tutela, en las sentencias emitidas por el Tribunal de paz, es ostensible que, la acción de tutela no puede ser menoscabada cuando esta proceda en defensa de derechos constitucionales fundamentales. Pensar lo contrario implica un grave retroceso constitucional sin precedentes, en ese orden, la potestad de la Corte Constitucional, como encargada de la guarda de la Constitución, se hace más evidente e inquebrantable. Ningún tribunal, sin importar su naturaleza, está por encima del Tribunal Constitucional y de un mandato expreso del poder constituyente.

Las reparaciones no deben, bajo ninguna circunstancia, vulnerar los estándares internacionales básicos en materia de reparación ya considerablemente aceptados. Lo que debe modularse es el monto de las reparaciones económicas, es claro que, para reparar pecuniariamente a más de seis (6) millones de víctimas, e implementar las

políticas de paz, no alcanzaría el presupuesto de la Nación. Por ello debe existir una política especial en materia indemnizatoria, empero, respetuosa de las disposiciones internacionales y nacionales desarrolladas en vías de la jurisprudencia.

Es decir, la facultad por parte del Tribunal sobre extradiciones pone al debate jurídico el efecto de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Al asunto, esta cuestión es posible en virtud del momento especial en la que pueda existir alguna modulación al respecto, que no infrinja unilateralmente, los compromisos de cooperación adquiridos.

Comoquiera, la Corte Constitucional siempre tendrá el deber y la obligación de la «guarda de la Constitución», y analizar cualquier disposición que, al observarse, afrente la Carta Política. Por cierto, la cosa juzgada constitucional no debe sufrir distinciones especiales que generen inseguridad jurídica, con todo, la Corte en innumerables sentencias se ha referido a los efectos de la cosa juzgada, señalando que: “La principal consecuencia de tal precepto, es que una vez que la Corte Constitucional declara inexecutable una determinada norma, no puede volver sobre el asunto...” (Sentencia C-257 de 2014). Estas precedencias, entre otras temáticas, ocupan el dilatado debate de la justicia transicional.

Acuerdo del fin del conflicto y Acuerdo de implementación, verificación y refrendación.

Teleológicamente, lo ulterior efectivo y real del conflicto resulta del cese bilateral de hostilidades; la desmovilización guerrillera (parcial pero mayoritaria); la dejación de armas y; la reincorporación a la vida civil. La implementación se efectúa bajo mutua ayuda, la verificación con presencia de instituciones del Estado y el acompañamiento internacional (la ONU, la CELAC, los países garantes). Otro aspecto a ponderar es, la refrendación. Esta figura, por vía de plebiscito, terminó siendo un aspecto problemático, toda vez que, se pretendía brindar de legitimidad el proceso de paz y hacer sostenible un proceso formalizado, en contraste, la votación fue contraria.

Hablar de las novedades en la implementación

En conclusión, el proceso de paz debe continuar y finalizarse en los mejores términos posibles, «el máximo de justicia que permita la paz». Indudablemente, más de medio siglo de hostilidades y desaciertos políticos, estimulan el avance por el efectivo fin del conflicto y la consagración entera de la paz. Existen, por supuesto, algunos puntos en los cuales debe pensarse detenidamente, sin embargo, la gran mayoría de los puntos acordados están de conformidad con la Constitución, aunque no se desarrollen tácitamente en el mismo. Como colofón, bien apuntó el exmagistrado Humberto Sierra Porto (1998), “la Constitución no puede realizar una reglamentación puntual de cada uno de los temas, sino que, se limita a consagrar principios, valores, los fines que deben orientar la vida social y estatal” (p.9).

Referencias

Banco de la República. (2017). *Ficha Bibliografía de Gaitán Ayala Jorge Eliecer*.

Obtenido de Enciclopedia:

<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/biografias/gaitjorg.htm>

Centro de Memoria, paz y reconciliación. (2019). *Proceso de paz con las auto-defensas*

Unidas de Colombia. Obtenido de Contenido: http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2014/11/Proceso_de_paz_con_las_Autodefensas.pdf

Corte Constitucional, Sentencia C-255 de 1995 (Corte Constitucional 1995).

Corte Constitucional, Sentencia T-1005 de 2006 (Corte Constitucional 2006).

Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2012 (Corte Constitucional 2012).

Corte Constitucional, Sentencia C-121 de 2012 (Corte Constitucional 2012).

Corte Constitucional, Sentencia C-257 de 2014 (Corte Constitucional 2014).

Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 2014 (Corte Constitucional 2014).

El Espectador. (8 de abril de 2021). *Procuraduría pide a la Corte Constitucional no revivir proyecto de las curules de paz*. Obtenido de Judicial:
<https://www.elespectador.com/judicial/procuraduria-pide-a-la-corte-constitucional-no-revivir-proyecto-de-las-curules-de-paz-article/>

Noticias del Parlamento europeo. (28 de noviembre de 2017). *Glifosato: el Parlamento quiere que este herbicida quede prohibido en 2022*. Obtenido de Sociedad: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20171124STO88814/glifosato-el-parlamento-quiere-que-este-herbicida-queda-prohibido-en-2022>

Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo - CEPAL. (2019). *Implementación del Acuerdo de Paz en Colombia*. Obtenido de Red de planificación para el desarrollo: <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/modalidades/implementacion-del-acuerdo-de-paz-en-colombia>

Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (2019). *Acuerdo General de paz*. Obtenido de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/oacp/Pages/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/acuerdo-general-proceso-paz.html>

Reforma Rural Integral, Punto 3.3.2 - Asistencia técnica (Hacia un nuevo campo Colombiano).

Revista Semana. (8 de febrero de 2014). *Seis millones de víctimas deja el conflicto en Colombia*. Obtenido de Conflicto Armado:
<http://www.semana.com/nacion/articulo/victimas-del-conflicto-armado-en-colombia/376494-3>

Secretarios departamentales y distritales de Salud. (2015). Declaración (...) sobre el glifosato. *Biblioteca digital* (pág. 5). Bogotá D.C.:
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/declaracion-secretarios-uso-glifosato.pdf>.

Sierra, H. (1998). *La reforma de la Constitución en el ordenamiento colombiano*.

Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y PROCESO JUDICIAL : UNA MIRADA CRÍTICA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL.

1. Eliécer de Jesús Mier Zúñiga.
2. Lauren Simanca Gómez.
3. María José Londoño Tous.
4. Jairo Alberto Pinto Buelvas.

Semillero de Derecho Procesal

RESUMEN

El objetivo de esta investigación es determinar si la utilización de IA dentro del proceso judicial por una de las partes generaría un rompimiento del principio de igualdad procesal a la contraparte que carece de ella. En tal sentido, se realizó un estudio de la IA desde la óptica de la igualdad procesal partiendo de una perspectiva general del derecho procesal, que se desarrolló sobre tres pilares fundamentales: primero, se realizó un sondeo de máquinas con importantes funciones enfocadas al proceso, luego un análisis de la igualdad desde el ámbito económico y jurídico, y por último, se hizo un enfoque crítico sobre los riesgos que representa el uso de este tipo de tecnologías solo por una de las partes en el procedimiento judicial. Se ha llegado a determinar que es necesario que el Estado aplique la IA para garantizar dicho principio a la parte menuda que no tenga acceso a ella, en aras de evitar la transgresión del principio de igualdad procesal y la integridad de la justicia.

PALABRAS CLAVES

Igualdad, inteligencia artificial, proceso judicial, economía.

ABSTRACT

The objective of this investigation is to determine whether the use AI inside Judicial process by one of the parties would create a breakdown of the principle of procedural equality to the counterparty that lacks it them. In that sense, an AI study was conducted from the perspective of procedural equality on the basis of a general perspective on procedural law, then an analysis of equality from the economic and legal sphere, and finally, a critical approach was made to the risks that can be posed by such technologies only by one of the parties to the judicial proceedings. It has been determined that it is necessary for the State to apply AI in order to ensure that principle for the diminished party who does not have access to it, in order to avoid the transgression of the principle of procedural equality and the integrity of justice.

KEYWORDS

Equality, artificial intelligence, judicial process, economic

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y PROCESO JUDICIAL: UNA MIRADA CRÍTICA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL

“La tecnología es importante, pero lo único que realmente importa es qué hacemos con ella”²⁰.

INTRODUCCIÓN

La Inteligencia Artificial (IA, en adelante) pretende cambiar por completo el mundo en que vivimos a una velocidad sin precedentes, así como en su momento ocurrió con la primera revolución industrial (segunda mitad del siglo XVIII) donde se pasó de una economía rural basada en la

²⁰ YUNUS, Muhammad, economista, emprendedor y líder social, Premio Príncipe de Asturias de la Concordia en 1998, Premio Internacional Simón Bolívar en 1996 y Premio Nobel de la Paz en 2006.

agricultura y el comercio, a una economía urbana, industrial y mecanizada²¹ que avanzaba sobre la máquina de vapor, la cuarta revolución industrial también creará un punto de inflexión en la historia de la humanidad, caracterizada por una fusión de tecnologías actualmente en prueba o en desarrollo, que están desintegramos las fronteras entre las esferas físicas, digital y biológica²², y de esta novedosa revolución la IA es el principal reflejo.

De estas circunstancias nace el hecho de que la IA sea un tema que despierte tanto interés actualmente en todas las áreas del saber humano, entre ellas el derecho, y en efecto el derecho procesal, por lo tanto, se debe analizar desde todos los puntos de vista la aplicabilidad de las “*máquinas que imitan el pensamiento humano*”²³ dentro del mismo, y a tal propósito le da mucho más énfasis las grandes capacidades que posee este tipo de tecnologías, en cuanto a almacenamiento de información y procesamiento de la misma, que realizan a través de lo que se denomina *Big Data*, *Sistemas Expertos*, *Machine Learning*, entre otros. Sin embargo, no todos los tipos de IA tienen tanta influencia, como la llamada “*IA débil*” que se crea para abordar tareas específicas con un alcance limitado de acción, tales como buscadores de leyes o jurisprudencia a los cuales fácilmente podríamos tener acceso, pero para efectos de esta ponencia el análisis se centrará en lo que consideramos “*IA propiamente dicha*” que mediante sus algoritmos es capaz de emitir argumentos, analizar pruebas y armar teorías del caso complejas, así como una persona experta en una rama del derecho, e incluso, superándola en cuanto a velocidad y precisión, y que a medida que van actuando “*aprenden*”.

Bajo ese entendido, el objetivo es determinar si estas máquinas de IA vulneran o no el principio de igualdad procesal en el evento en que solo una de las partes de un litigio cuenta con estas máquinas, situación que sin duda se va a presentar, por lo menos, mientras se hace tránsito a una regulación exhaustiva sobre la materia. En este punto surgen preguntas problemas como ¿existirá realmente una vulneración a la parte más frágil dentro de la relación jurídico–procesal si solo una de ellas posee IA para utilizarla a su favor?, ¿Será que sólo quien tenga capacidad económica podrá acceder a los beneficios que poseen estas máquinas?, ¿Qué pasará si el juez no cuenta tampoco con estas tecnologías? Todos estos interrogantes se indagarán a lo largo de esta ponencia, para luego expresar unas conclusiones y propuestas obtenidas luego de un análisis integral y crítico, no sólo de estas nuevas tecnologías sino también de los mercados y su papel en el aumento de las desigualdades.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Para escribir la presente ponencia, desarrollamos una investigación teórico–dogmática con un carácter jurídico–proyectivo²⁴, centrada en plantear un análisis cualitativo de índole jurídico y reflexivo frente al uso de la inteligencia artificial en el marco del proceso y las consecuencias negativas que el uso indiscriminado de este tipo de tecnologías traería, teniendo en cuenta que su implementación sumada a un contexto social y económico desigual generará muy seguramente problemas asociados a la materialización de desigualdades en el proceso judicial, como se demostrará en las siguientes páginas. Para abordar esta cuestión se hizo un estudio sistemático de carácter documental sobre diferentes libros y artículos de índole científica, académica e investigativa de diversas disciplinas que estudian la temática, especialmente los respectivos escritos de los diferentes doctrinantes del campo del derecho acerca del tema, en pro de obtener suficientes elementos de análisis, de realidades y herramientas conceptuales idóneas para plantear las reflexiones, críticas y propuestas que suscita esta problemática, en

²¹ CHAVES PALACIO, Julián, “Desarrollo tecnológico en la primera revolución industrial”, *Revista de Historia*, 2004, p. 17.

²² SCHWAB, Klaus, “The Fourth Industrial Revolution: what it means and how to respond”, *World Economic Forum*, 2016, Disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>

²³ NIEVA FENOLL, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Barcelona, 2018, p. 20.

²⁴ En términos de: CÁCERES, D., MEZA, D. & MORENO, D., en *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2014.

especial, sobre la necesaria intervención del Estado para regular la situación y defender la igualdad material de las personas que acuden al proceso judicial.

La estrategia cualitativa resulta idónea puesto que es usada principalmente en las ciencias sociales se fundamenta en cortes metodológicos cimentados en principios teóricos tales como la fenomenología, la hermenéutica, la interacción social utilizando diferentes instrumentos para recolección de datos e información diferentes de los meramente cuantitativos, de esta forma logra examinar las relaciones sociales e interpretar la realidad en la misma forma como la viven los sujetos estudiados". (Clavijo, Guerra y Yáñez. 2012)

1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PLANO DEL DERECHO

La aplicación de la IA en materia jurídica comenzó en la década de 1960 con el procesamiento de textos con utilización de la **Bibliometría**²⁵ y la **Jurimetria**²⁶, con las cuales se empezaron a desarrollar diversos estudios científicos, como el que realizaron en 1970 Buchanan y Headrick²⁷ denominado "*Some Speculation About A.I. Reasoning*" donde se estudia la posibilidad de computar o no el razonamiento jurídico bajo cuatro enfoques: búsquedas en bases de datos legales y jurisprudenciales, gestión y redacción documental, formulación de dictámenes, resolución de casos y elaboración de teorías, dogmas y sistemas jurídicos. Siguiendo la tendencia, en los años setenta y ochenta se desarrollaron ideas en torno a las tecnologías de almacenamiento de datos, la estructura informática jurídica y la probabilidad algorítmica para tomar una decisión legal, todo ello bajo el entendido que, a pesar de las particularidades de cada caso, los asuntos legales guardan similitudes con casos anteriores, las cuales podría utilizar un aparato tecnológico para predecir decisiones o argumentos y lograr un resultado deseado para quien lo maneje. Por ejemplo, el sistema **Hypo** (1987)²⁸, un sistema de razonamiento basado en casos que cumple el papel de generar argumentos legales que citan en casos anteriores para justificar quién debería ganar en la resolución de una disputa jurídica concerniente a la ley de secreto comercial. Cabe resaltar que estos primeros años se caracterizaron por gran abundancia de desarrollo teórico sobre IA aplicada al derecho, sin embargo, a medida que avanzaban los estudios científicos, en el camino se iban encontrando dificultades relacionadas principalmente con la facultad de comprender el lenguaje natural de la consulta, disponer y relacionar las reglas de derecho aplicables a la consulta, incapacidad de enfrentarse a casos difíciles y su campo de aplicación limitado, debido a que su desarrollo era enfocado a un tipo singular de problemas. No obstante a lo anterior, es innegable que, en comparación con la actualidad, esas barreras se han ido mitigando paulatinamente, y como prueba de ello ya existen herramientas como **Watson**²⁹ de la empresa IBM, capaz de dar sentido a conjuntos de datos y comprender el lenguaje natural para dar recomendaciones, hacer predicciones y automatizar el trabajo; de la misma manera **Lex Machina**³⁰, que entre millones de datos legales extrae información clave para los abogados en litigios sobre propiedad intelectual y con miras a implementar sus *legal*

²⁵ Aplicación de métodos cuantitativos, probabilísticos y estadísticos para estudiar y analizar, por lo general, la literatura científica.

²⁶ Aplicación de métodos cuantitativos, de probabilidad y estadística para estudiar y analizar la ley.

²⁷ **BUCHANAN, Bruce G & HEADRICK, Thomas E**, "Some Speculation About Artificial Intelligence and Legal Reasoning. AIM-123", *Stanford Artificial Intelligence Laboratory records, 1963-2009*, 1970, California, Stanford University Libraries Department of Special Collections and University Archives.

²⁸ **ASHLEY, K.D.**, "Modeling Legal Argument: Reasoning with cases and hypothetical", *MIT Press*, Cambridge, 1987.

²⁹ **THOMAS, R**, IBM Watson: Reflections and Projections. *IBM*. 2019 Recuperado de: <https://www.ibm.com/blogs/think/2019/10/what-is-watson/>

³⁰ **BENTON, Brian**. "Lex Machina: 'Law Machine' ayuda a los abogados a predecir los resultados del caso". *Parche Palo Alto*. 2012. Obtenido de: <https://patch.com/california/paloalto/lex-machina-a-law-machine-that-helps-lawyers-predict-7091607ea1>

analytics para el resto de la ley; también vale mencionar la interesante herramienta **LawGeex**³¹, enfocada a la revisión y aprobación de contratos de manera precisa, coherente y rápida, que en 2018 fue puesta a prueba contra un grupo de veinte abogados experimentados en materia de contratos, a quienes derrotó al realizar su análisis en solo 26 segundos con una precisión del 95%, en comparación con los expertos humanos que tardaron 92 minutos con 85% de precisión. Estas máquinas hacen notar que la IA tiene un futuro asegurado dentro del derecho, el interrogante sería qué tanta será su influencia y hasta qué punto, pero en todo caso, el ejercicio de los actores del proceso debe adaptarse a las nuevas tecnologías y el primer paso para ello es conociéndolas.

1.1 Inteligencia artificial dentro del proceso judicial

Para efectos de analizar la influencia de la IA con más rigor, es oportuno mencionar a continuación algunas de las máquinas más importantes que actualmente tienen injerencia dentro del proceso judicial en dos de los aspectos más importantes para su desarrollo: la prueba y la argumentación.

1.1.1 En la prueba

La prueba es la piedra angular del proceso judicial, representa una parte fundamental, en palabras de Carnelutti “*la prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el problema del corazón del pensamiento*”³², y según Jeremías Bentham “*el arte del proceso no es esencialmente otro que el arte de administrar pruebas*”³³. La palabra prueba tiene diversas acepciones, según Eduardo J. Couture “*en sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento judicial acerca de los hechos que son indispensables para la resolución del conflicto sometido a proceso*”³⁴, entendiendo el cercioramiento como un criterio sólidamente fundado que trata de acercarse, lo más posible, a la verdad, y lo hace a través de unos instrumentos llamados medios de prueba, con los cuales se pretende probar. El conocimiento del juez no se forma, por lo regular, por un solo medio de prueba, sino que es producto de una elaboración mental de reconstrucción mediante la confrontación de los distintos elementos de juicio que las partes suministran. También hay un conjunto de principios aplicables a todo tipo de procesos, lo que no significa el desconocimiento de las particularidades de cada régimen probatorio, es decir, la prueba recibe un tratamiento legislativo que tiene ciertas características, pero son irrelevantes a su orden y unidad. Tanta es la importancia de la prueba, que es equiparable a conceptos tales como los de acción, jurisdicción y proceso, tanto así, que no se puede concebir un proceso sin pruebas³⁵.

La IA se ha ganado su lugar en el ámbito jurídico–probatorio gracias a adelantos científicos en máquinas, como por ejemplo, **Alibi**³⁶ que ante un hecho delictivo realiza un pronóstico del comportamiento que ha podido tener el reo, mediante un programa que descompone acciones de manera jerárquica, como un árbol de acciones hasta las más elementales; otra máquina influyente en materia probatoria es **Stevie**³⁷, una herramienta informática enfocada en la prueba que apoya a la investigación criminal construyendo historias coherentes a partir de los datos preexistentes, como una destilación de información con historias coherentes que son reconstrucciones hipotéticas de lo que pudo haber sucedido, y que se definen como una

³¹ CHIN, M, An AI Just beat to lawyers at their own game, *Mashable*, 2018. Recuperado de:

<https://mashable.com/2018/02/26/aibeatshumansatcontracts/?from=singlemessage&isappinstalled=0#DsEymiQ6IkqK>

³² CARNELLUTI, Francesco, *La prueba civil*. (Alcalá Zamora, Niceto; trad.), Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1955, p. 18.

³³ BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo I. Obra compilada de los manuscritos de su autor por E. Dumont, (Ossorio Flonit, Manuel; trad.), Buenos Aires, Editorial Ejea, 1959, p. 10.

³⁴ COUTURE, Eduardo J, Teoría general de la prueba. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Núm. 93 –94, enero–junio de 1974, pp. 273–302.

³⁵ *Ibidem*, p. 48.

³⁶ NISSAN, Ephraim, “Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement”, *AI & Society* 441–464, 2015, pp. 451–452.

³⁷ *Ibidem*, p. 449.

colección de reclamos, autodefensa y libre de conflictos que, además, es temporalmente consistente; también cabe mencionar la máquina **Echo**³⁸ (1989) desarrollada por Paul Thagard, una herramienta basada en redes neuronales artificiales que construye conjuntos de proposiciones, que incluyen elementos de pruebas, hipótesis de enjuiciamiento y de defensa, y para llevar a cabo una simulación del comportamiento del jurado; asimismo **Peirce-Igitt**³⁹ que hace parte de “*Integrated Generic Task Toolset*”, que básicamente reúne los datos más antiguos con los más recientes para escoger los de mejor explicación, de manera que, cada una que se acepte es una hipótesis que se asume como una conclusión, contraponiendo las consecuencias de esa aceptación utilizando el conocimiento hipótesis–hipótesis, dependiendo de si la explicación supera a lo de los expertos o no⁴⁰; por otro lado, se encuentra **Data Mining**⁴¹, cuyas herramientas recuperan posibles escenarios del crimen basándose en escenas de crímenes anteriores en donde podría haber mayor incidencia a que se cometan delitos, representa un progreso para el investigador promedio. De la misma manera, hay IA para los Sistemas de Apoyo a la Decisión Jurídica (Legal Decisión Support Systems), por ejemplo, el sistema **Get Aid**⁴² capaz de predecir el posible resultado de una controversia jurídica, y determinar si una solicitud de asistencia legal procede o no; igualmente **Justiniano**⁴³ prototipo de sistema experto en el ámbito de los derechos humanos que se ha desarrollado en el IJ de la UNAM, dentro del proyecto *Conacyt*.

También, existen estudios científicos en la materia que han demostrado que la aplicabilidad de la IA también sería importante para evaluar la credibilidad de la declaración de personas⁴⁴ en el proceso judicial, mediante la valoración de circunstancias situacionales que recientes estudios de psicología han demostrado su influencia en la memoria humana y son objetivables, tales como la distancia, iluminación e intervalo de tiempo que se presenciaron los hechos, raza del observador, debido a que se dificulta más recordar una cara que no es de su raza, si el sujeto es atacado con un arma es más complejo que pueda recordar la cara del sujeto debido a que su vista se enfoca en el arma, cuando el sujeto ha padecido estrés o ha consumido sustancias se alteran sus recuerdos, entre otras. Sin embargo, estos parámetros no tienen precisión matemática y deben someterse a valoración con las demás pruebas. Un ejemplo de lo mencionado anteriormente es la herramienta **Advokate**⁴⁵, que tiene como finalidad evaluar la credibilidad del testigo según la distancia, visibilidad, conocimiento previo entre el testigo y el observador, tiempo de observación, edad, capacidad mental y errores en la descripción del acusado; pero tampoco puede garantizar precisión de sus resultados, y menos si de su análisis se desprenden diversas alternativas.

También merece ser mencionado el denominado **Expertius**⁴⁶ (Sistema basado en el modelo constructivista y redes neuronales), un sistema experto de apoyo a la toma de decisiones judiciales en el juicio de alimentos, desarrollado por el Departamento de Inteligencia Artificial aplicada al Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. En el mismo sentido el Sistema Experto de Sentencias –**SIES**– ideado para apoyar a los jueces de familia a emitir sentencias en los juicios de divorcio necesario, y en los juicios de patria potestad y alimentos, constituido por un prototipo de sentencia cuya base de conocimiento está integrada por los requisitos de forma y

³⁸ *Ibidem*, p. 451.

³⁹ **MACCRIMMON, Marilyn; TILLERS, Peter.** *The Dynamics of Judicial Proof: Computation, Logic, and Common Sense*, Physica–Verlag Heidelberg, 2002, p. 300.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 298.

⁴¹ **NIEVA FENOLL, Jordi.** *Op. Cit.*, 2018, p. 26.

⁴² **CÁCERES, Enrique,** “Inteligencia Artificial, derecho E-Justice (El proyecto IJ-Conacyt)”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. XXXIX, núm. 116, mayo–agosto, 2006, pp. 593–611.

⁴³ *Ídem*.

⁴⁴ **NIEVA FENOLL, Jordi.** *Op. cit.*, pp. 80–81.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 82.

⁴⁶ **MARTÍNEZ BAHENA, G.C.** “Inteligencia Artificial y su aplicación en el derecho”, *Alegatos–Revista jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, Septiembre–Diciembre de 2012, pp. 827–846.

fondo de una sentencia de derecho familiar, su estructura implica bases de datos del procedimiento judicial, así como de los datos de la demanda, contestación y análisis de las pruebas documental, confesional, testimonial y presuncional⁴⁷. También **Arpo-2**, creado en 1996 por Jesús Cardeñosa y Pilar Lasala, y su dominio es el incumplimiento de los contratos de construcción, para ello determina tres cuestiones al respecto: si existe o no un contrato de construcción, si hubo un incumplimiento en el contrato, o si la construcción se realizó, pero se presentaron daños o vicios ocultos, dicho sistema fue desarrollado con la colaboración de la facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza en España y de un magistrado de la Corte de Justicia de Aragón⁴⁸.

1.1.2 En la argumentación

La argumentación jurídica es uno de los campos en donde la utilización de herramientas de IA dentro del proceso judicial ha tenido más influencia, por ello, es necesario reconocer que la manera en que se desarrolla la actividad judicial en este tópico va a cambiar notoriamente. Argumentar se entiende como una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar, esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectados entre sí de muy variadas formas⁴⁹. La dimensión argumentativa ha adquirido especial relevancia con el desarrollo de la democracia dentro del Estado Social de Derecho, porque exige a las personas una mayor capacidad de argumentación, desde las decisiones de los órganos públicos hasta las de la vida diaria. La actividad del derecho, con base en el moderno paradigma del constitucionalismo, es cada día más práctica, lo que implica que deba destacarse la dimensión argumentativa en la enseñanza y la praxis jurídica, por lo tanto la argumentación jurídica es de vital importancia dentro del proceso judicial porque con la aplicación de esta herramienta conceptual y lingüística se obtienen los razonamientos necesarios para demostrar, persuadir o impugnar las proposiciones a favor del litigante y su cliente, o la resolución de un caso por parte del juzgador.

En consonancia con lo que se resalta anteriormente, se han desarrollado aplicaciones que permiten estructurar argumentos jurídicos y como consecuencia mejores resultados en la decisión judicial, entre ellas podemos mencionar **ArguMed**⁵⁰, una herramienta para obtener argumentos a través de movimientos de socavación de ideas, partiendo de una pregunta crítica que ataca el vínculo inferencial entre las premisas y la conclusión del argumento original, y por lo tanto, requiere la retracción de la conclusión original en un diagrama. Otra máquina aplicada en la materia es **QuestMap**⁵¹, una herramienta informática para soportar argumentación basadas en el IBIS –sistema de información basado en problemas, identifica el problema colaborativo y da una resolución–, media la discusión, apoya la argumentación colaborativa y crea información de mapas argumentativos, en el contexto jurídico. **Argument Maker**⁵² también contiene funciones que se destacan, presenta ejemplos de argumentación e interactúa con los estudiantes, a través del “*IssueBased Argument Window*” para la presentación de ejemplos de argumentación de casos complejos.

Por otra parte, el **IBM’s Watson Debater**⁵³ se ha desarrollado como una herramienta argumentativa que parte de un tema en debate haciendo una contraposición con lo analizado de textos en la web sobre la materia, a partir de ahí, analiza los argumentos más sólidos y los transforma en un lenguaje natural, esto mismo lo desarrolla, pero con una base de datos

⁴⁷ *Ibidem*, p. 844.

⁴⁸ SANDOVAL FLORES, F. G., *Minería de Texto para Búsqueda de Fundamentos Jurídicos en Sentencias*, México: Instituto Politécnico Nacional, México D.F., 2015. p. 8.

⁴⁹ ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luis, *Argumentación Constitucional. Teoría y práctica*. Editorial Porrúa. México D.F., 2011, p. 19.

⁵⁰ ASHLEY, K.D., “Evaluating a Learning Environment for Case-Based Argumentation Skills”, *ICAAIL*, 1997, pp. 170 y ss.

⁵¹ *Ídem*.

⁵² *Ídem*.

⁵³ SEKULITS, Clarisa, “Las 'legaltech' revolucionan el negocio de los abogados”. 2017, *Expansión*, recuperado: <https://www.expansion.com/emprendedoresempleo/emprendedores/2017/10/06/59d7925b22601de0658b45b3.html>

especializada en derecho, la máquina **Ross Intelligence**⁵⁴ que hace una labor parecida sugiriendo información precisa sobre el caso o calculando tasas de éxitos, esta IA es contratada por el despacho estadounidense *Baker & Hostetler*, realizando tareas de análisis de jurisprudencia en atención a las consultas que le hacen sus compañeros, y cabe añadir como dato interesante, que recientemente fue demandada por la empresa Thomson Reuters alegando que habían extraído ilegalmente información patentada de su base de datos⁵⁵, lo que puso en tela de juicio ante la luz pública los mecanismos para la recolección de información que utilizan estas empresas para el funcionamiento de sus software. Otra de las herramientas argumentativas que se identifica es **Taxman II**⁵⁶ desarrollada por McCarty, en la Rutgers University (Estados Unidos), prototipo de investigación que provee una estructura idónea para la representación de los conceptos jurídicos y una metodología para relacionarlos, contiene una sofisticada representación del conocimiento jurídico y se ocupa de un sector popular en el ámbito del derecho fiscal de los Estados Unidos, que podría llevar a cabo una forma básica de razonamiento jurídico mediante la clasificación de los casos en una categoría particular de las normas estatutarias, en el área de la ley, y en relación con la organización corporativa.

Una de las máquinas de IA más conocidas es **Compas**⁵⁷ (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) producido por la compañía *Northpointe Inc.*, es un algoritmo para evaluar el riesgo potencial de reincidencia creado a partir de escalas de riesgo para reincidencia general y violenta, y para mala conducta previa al juicio, las escalas se diseñaron utilizando construcciones conductuales y psicológicas de muy alta relevancia para la reincidencia y las carreras criminales.

Aquí conviene detenerse un momento a fin de manifestar que **si el Estado tuviese a su cargo el uso de la IA, no existiría ninguna vulneración al principio de igualdad procesal, muy por el contrario, estaríamos en un panorama donde podríamos hablar de mejor justicia porque la IA estaría entrando al proceso por medio del juez**, y no hay mejor situación que un juez hércules, respaldado por la ciencia para resolver litigios lo más cercano a la justicia; de manera que mientras el Estado no sea pionero en IA, a causa de los efectos del libre mercado, las partes se van a apropiarse de estas tecnologías y ocurrirá dicha desigualdad, y dadas las circunstancias, como en este momento el Estado no ha reaccionado ante esta eventualidad, a continuación se denotará concretamente cómo el neoliberalismo (modelo económico imperante actualmente) crearía las condiciones propicias para provocar la desigualdad procesal.

2. LA ECONOMÍA COMO FOCO DE DESIGUALDADES

2.1 Noción de igualdad

Existen muchas formas de definir la igualdad dependiendo del autor y del contexto socio-histórico de la definición, la RAE, por ejemplo, la define como *“principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones”*⁵⁸, y aunque dicha definición sirve provisionalmente para introducir el tema, se podría decir que existen dos formas de entender dicho concepto, concibiendo la primera como igualdad formal y la segunda como igualdad material; el primer tipo de igualdad es aquella que comúnmente conocemos como igualdad ante la ley, es decir, ante el ordenamiento jurídico y la institucionalidad, ello se manifiesta en que no exista ningún tipo de trato desigual injustificado entre los miembros de la sociedad por parte del aparato estatal. Refiriéndonos a la segunda forma de concebir la igualdad,

⁵⁴ Es un sistema de Inteligencia Artificial creado por IBM a partir de su plataforma de inteligencia cognitiva Watson, que usa el software específicamente para asuntos jurídicos. *Ibidem*.

⁵⁵ **LANCASTER, Alania**, “Thomson Reuters Sues ROSS Intelligence, Claims AI-Powered Bot Hijacked Westlaw Data”, *Law.com/LegaltechNews*, Obtenido de: <https://www.law.com/legaltechnews/2020/05/06/thomson-reuters-claims-competitors-ai-powered-bothijacked-westlaw-data-397-33836/>

⁵⁶ **THORNE MCCARTY, L.** “Reflections on ‘Taxman’: An Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning”, *Harvard Law Review*, Vol. 90, N° 5 (March, 1977), pp. 837–893, Obtenido de: <http://www.jstor.org/stable/1340132>

⁵⁷ **NORTHPOINTE INC**, “Practitioner’s Guide to COMPAS Core”, *Northpointe*, 2015, p. 27.

⁵⁸ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**: Diccionario de la lengua española, 23ª ed., 2020 versión 23.3 en línea. <https://dle.rae.es>.

parte de la idea de que si bien es necesario que se elimine el trato desigual en razón de la persona en las dinámicas institucionales (ser iguales ante la ley), también se hace necesario considerar que de nada vale afirmar ser iguales ante el ordenamiento jurídico, si frente a la realidad social y económica se ciernen barreras impenetrables que impidan hacer valer tal afirmación, ello a la luz de los derechos humanos y al concepto de dignidad humana implica que necesariamente junto a la perspectiva formal de la igualdad es necesario abogar por la aplicación de una justicia de carácter social que permita las condiciones materiales mínimas y plantee modos en que sea posible la reivindicación de los desfavorecidos. Esto implica también que ambas caras del concepto de igualdad deben estar compenetradas, puesto que “*debemos entenderlas de manera holística, es decir, en función de la integración de sus dimensiones*”⁵⁹.

2.2 Efectos nocivos de la economía neoliberal sobre la igualdad

Luego de abordado el concepto de igualdad, en aras de entender la desigualdad materializada en términos jurídicos a la que hacemos referencia, es congruente enunciar brevemente aspectos concernientes con la economía, precisamente acerca de las nociones propias del modelo neoliberal del Estado, esto porque dicho modelo implica una comprensión distinta del principio de igualdad en todos los sentidos, desde el nivel social hasta el jurídico–procesal, puesto que el modelo neoliberal ve de manera distinta la igualdad respecto al modelo de Estado Social de Derecho, debido a que aborda la definición desde el punto de vista de la competencia y la no intervención, esto conlleva a hablar del neoliberalismo como paradigma y como perspectiva.

El neoliberalismo es una corriente de pensamiento económico y político consolidado en la década de los ochenta que “*surge como reacción directa al pensamiento keynesiano, en el que el Estado toma una posición participativa (incluso solidaria) en torno al comportamiento de los mercados, mediante la inyección de recursos y la búsqueda de un ‘Estado de bienestar’ como finalidad social de la institucionalidad*”⁶⁰. Esta corriente económica plantea como bandera del progreso el respeto por la libre competencia y la reivindicación del derecho de propiedad privada como cláusula inalienable en una sociedad democrática, lo que básicamente se puede resumir en la búsqueda de reivindicación de la libertad en su dimensión negativa, es decir, en la ausencia de regulaciones que invadan o intervengan en la esfera de libertad del individuo, ello implica, claramente, retrotraer todas aquellas políticas que se fundan en el asistencialismo y las diferentes formas de solidaridad institucionalizada, que sacrifican la eficiencia y la eficacia en las dinámicas propias del mercado, y aunque nace con la finalidad de defender los derechos individuales, comprende cierto grado de *reificación* del ser humano, lo cual se traduce en muchos casos y como se verá más adelante en anteponer la defensa de ese tipo de libertad frente a la igualdad material de las personas, puesto que el mercado no es capaz de equilibrar los desvaríos que la realidad social y económica impone en ocasiones sobre individuos y colectividades que están inmersos en determinadas condiciones dentro de una sociedad y que van a afectar la manera en que estos viven, no solamente en aspectos económicos y sociales, sino que también van a afectar las relaciones entre dichos individuos o colectivos con los diferentes organismos estatales (como el sistema de justicia).

Según Wendy Brown⁶¹, **el neoliberalismo satura a la democracia con contenidos de mercado, y ataca los principios, las prácticas, sujetos e instituciones de una democracia real entre personas iguales**, por ello no debe ser concebido exclusivamente como un mero sistema de ideas ni como un paquete de medidas económicas, sino como una “*racionalidad normativa*” que se ha convertido en la racionalidad dominante, a tal punto que extiende su

⁵⁹ MARTÍNEZ, José, “De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar”, *Derechos y libertades* (36), 2017, recuperado: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26203/DyL-2017-36-seco.pdf?sequence=1>

⁶⁰ CALVENTO, Mariana, “Fundamentos teóricos del neoliberalismo: su vinculación con las temáticas sociales y sus efectos en América Latina”, *Convergencia* [online]. 2006, vol.13, n.41, pp.41-59. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140514352006000200002&lng=es&nrm=iso. ISSN 2448-5799.

⁶¹ BROWN, Wendy, *El pueblo sin atributos: La secreta revolución del neoliberalismo*. Primera edición. (Altamirano, Víctor; trad.) Barcelona. Malpaso Ediciones S. L. U. 2015. p. 4.

alcance hasta todos y cada uno de los dominios de la existencia humana, convirtiendo cada ámbito humano y cada empresa, incluso al mismo ser humano, de acuerdo a una función específica dentro de la dinámica económica, dejando una única dimensión en prelación, la económica. Entonces **toda conducta es entendida como una conducta económica**, todas las esferas de la existencia se enmarcan y miden a partir de términos y medidas económicas, inclusive, “*aquellas esferas y prácticas humanas que hasta entonces no eran economizables*”⁶². La mejor forma de entender el neoliberalismo es verlo como una ideología que **convierte todas las necesidades de los seres humanos en una empresa rentable**.

Por todo lo anterior, se puede decir en resumidas cuentas que ante la racionalidad neoliberal sólo somos *homo oeconomicus*⁶³, siendo distinto a la concepción de Adam Smith impulsada por un deseo natural de “permutar, trocar e intercambiar”, el *homo oeconomicus* actual es visto como pequeños capitales, no dueños o trabajadores, que compiten entre sí, en lugar de intercambiar unos a otros. La razón neoliberal, en efecto, sería asimismo un dispositivo de producción de sujetos a través de la instauración de un sentido común según el cual la competencia reemplaza al intercambio como principio definitorio del mercado y, por ende, como norma rectora de la vida social. La racionalidad neoliberal disemina el modelo de mercado a todas las esferas de la vida, involucrando en todas al dinero, así, la vida amorosa desde la perspectiva de un inversionista hasta una actividad de caridad enriquece a la persona.

Bajo ese entendido, la racionalidad neoliberal anula todos los elementos básicos de la democracia, convierte el carácter político de la democracia en algo económico, y esta razón se inserta en el gobierno, en las instituciones, en las actividades cotidianas. Demuestra cómo la democracia puede destruirse desde adentro, construye a los Estados y las personas sobre el modelo de una empresa, plasmando como objetivo maximizar su valor de capital, y los objetivos del Estado se convierten en un proceso gerencial y no de gobierno, el marco económico supera el marco de lo político.

Lo anterior encausa a que cuando las personas se convierten en capital humano que compite constantemente, **la igualdad deja de ser una realidad deseable, la desigualdad se convierte en lo normal, y la democracia se convierte en un campo de ganadores y perdedores, en donde solo importa el crecimiento económico, la competitividad global y el mantenimiento del dinero, siendo una preocupación menor, la de la justicia**, por ejemplo; en este sentido, el capital financiero crea desigualdades, debido a que quien cuente con los recursos suficientes, obtendrá mayores y mejores medios de defensa.

Ya se ha denunciado que las desigualdades económicas, llevan implícitas en materia de justicia un tinte de desnivel, debido a que en cierta manera el capital económico llega ser un punto definitorio en la decisión judicial dentro del pensamiento neoliberal, por ello, habiendo hecho mención del neoliberalismo conviene ahora revisar algunas otras de las críticas más ilustrativas al neoliberalismo, que encontramos en lo que Michael Sandel⁶⁴ llama “*las sociedades de consumo*”, en dichas sociedades, los intereses económicos están por encima del bienestar común, lo que quiere decir que si el dinero rige el acceso a los ingredientes esenciales de la buena vida (educación, salud, política, justicia, etc.), **dicha marketización de la vida de los seres humanos hace que se agudicen las desigualdades**, en otras palabras, si el diseño de la economía (y la justicia) se resume y limita solo al aspecto económico, dicho sistema se considera desigual. Por otro lado, es preciso señalar, que el eje principal del liberalismo económico, se basa en la libertad de mercado y la acumulación de riqueza como parte de las libertades del individuo, **dichos derechos son considerados inalienables, lo cual hace que dichas premisas sean legitimadas dentro del Estado**, dejando de lado los asuntos pertinentes a la igualdad social.

⁶² *Ibidem*. p. 21.

⁶³ *Ibidem*. p. 23.

⁶⁴ **SANDEL, Michael**, *Lo que el dinero no puede comprar* (video de YouTube), Conferencia realizada en 2014 en el marco del *Hay Festival* realizado en Cartagena. Publicado por Reddebibliotecas. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Tux4hPaMEdE>

De modo que estos autores plantean que estamos envueltos en un modelo de dominación, donde el Estado, no solo es quien posee la información, sino los medios. Así mismo, no es descabellado pensar que el control del poder estatal podría estar en manos de los poderosos y que de esa manera se mercantilice el uso de la IA en el proceso con el fin de obtener intereses personales, por ejemplo, en una decisión judicial, en la utilización de elementos que ayuden a la obtención de pruebas o alegatos como la Inteligencia Artificial, e incluso hasta ofrecer este tipo de tecnologías como producto en sus empresas.

Como se ha trabajado a lo largo de esta ponencia se debe armonizar la igualdad procesal entre las partes a pesar de las barreras económicas, sociales o culturales, para que todos tengamos las mismas oportunidades de acceder a la justicia, sin embargo, existen situaciones en las que se desajusta esta garantía, dando paso a lo que se denomina desigualdad procesal, esta desigualdad puede evidenciarse en distintos aspectos y en distintas etapas del proceso.

Para entender dicho fenómeno y la íntima relación con la defensa técnica de los intereses de las partes es conveniente revisar la materialización del principio de igualdad, realizar un análisis de cómo se conceptualiza dicho principio en la defensa técnica, donde el derecho de defensa está íntimamente ligado al principio de contradicción que poseen todos los ciudadanos para controvertir una situación en donde se atentan sus intereses, que en palabras de Héctor Fix-Zamudio⁶⁵, “*es el medio, para garantizar algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado*”; en materia procesal, es el Estado quien tiene el deber legal de garantizar el acceso a la defensa de las partes, dicho derecho, constitucional y fundamental, debe ser permanente y continuo durante toda la actuación procesal.

3. APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL DESDE LA ÓPTICA DE LA IGUALDAD PROCESAL

3.1 La IA como causa generadora de desigualdades procesales

Sin duda, la utilización de IA ofrece un futuro prometedor e interesante en todos los ámbitos de la vida de los seres humanos, y eso justifica tanto interés por utilizarla, lo mismo ocurre en el campo del derecho en donde, a primera vista, se muestra como una gran oportunidad para solucionar problemas que vienen de antaño como la congestión judicial, por ejemplo; sin embargo, “no todo lo que brilla es oro”, y aplicar la IA al proceso judicial sin que antes se tomen medidas para regular su utilización traería consigo una nueva forma de incremento de las desigualdades entre las partes, **máxime que Colombia es uno de los países más desiguales del mundo.**

Si bien es cierto que los seres humanos no somos iguales en el sentido estricto de la palabra debido a diversos factores, no obstante, se deben generar situaciones en donde la igualdad real sea la bandera que guíe la dinámica procesal. No son pocas las veces en las que lo plasmado en el papel no es más que meras formalidades, porque la realidad se desvincula completamente de ellas, un ejemplo que ilustra tal situación dentro de la temática de esta ponencia sería un caso en el cual una de las partes que debate en un litigio dentro del proceso judicial, apoyada de sus recursos económicos obtenga mejores argumentos y pruebas gracias a la utilización de un software de IA especializado en la materia, pero su contraparte no ostente esa misma condición, e incluso, todo lo contrario, se vería casi que destinada a recibir una sentencia en contra.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, como repercusión de la utilización de IA por una de las partes resultaría el rompimiento del principio de igualdad procesal, debido a que las capacidades de estas máquinas son visiblemente superiores a las de un ser humano en los diversos ámbitos del proceso judicial, como se señala, una de las partes dentro del proceso tendría una situación más ventajosa respecto a su contraparte. Ahora bien, esto podría ser una afirmación anticipada porque el uso de la IA por las partes no está tan arraigado, pero el

⁶⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional*, Derecho procesal constitucional, 4ª ed., México, D.F., Porrúa., 2003, t. I, p. 273.

pronóstico apunta a que será dentro de muy poco; lo cierto es que si estas herramientas tecnológicas exclusivamente están en manos de particulares que limiten su uso sólo a quienes posean la capacidad económica suficiente para contratar o comprar uno de estos artefactos, **se estarían agigantando aún más las desigualdades** que se podrían presentar dentro del proceso judicial, empero, muy diferente sería el panorama si todas las partes tuvieran acceso a éstas o si su uso estuviera controlado y vigilado por el Estado o si este mismo, a través de los jueces, fuese garante del principio de igualdad equiparando las cargas a favor de la parte en condición desventajosa cuando una de las partes utilice este tipo de tecnologías, no habría desigualdad procesal entre las partes y no tendría ningún sentido escribir esta ponencia, pero la realidad habla por sí sola. Por otro lado, se deja presente que muchas son las ocasiones donde las partes cuentan escasamente con los recursos económicos para proveerse la defensa de un abogado, por lo tanto, mucho menos tendrían, por ejemplo, para financiar una defensa realizada por una prestigiosa firma de abogados que utilice IA, situación que restringe el acceso a un gran sector de la población a todas las capacidades que tienen este tipo de tecnologías.

En este punto del análisis, es interesante traer a colación lo que están haciendo países como China sobre el uso de la inteligencia artificial a través de **XiaoFa** (en español “derecho pequeño”), implantado en las Cortes de Nanjing, Xi’an y Guangzhou, su formación está enfocada en transformar el lenguaje jurídico a uno natural, el cotidiano, teniendo un gran campo de conocimiento en varias áreas de derecho, lo que le permite responder las preguntas que le son realizadas; lo que representa un paso más para la creación de “*Cortes Inteligentes*”⁶⁶, y que le ha permitido a ese país que continúe funcionando la administración de justicia, incluso ahora que las medidas sanitarias adoptadas a raíz de la pandemia nos obligan al distanciamiento físico, situación opuesta a la que acontece en países como el nuestro, en los cuales se tuvo que detener la actividad jurisdiccional por varios meses, dejando un fuerte presagio sobre un relevante incremento en la congestión judicial. Retomando la idea, la intención del gigante asiático representa un gran cambio, uno bastante novedoso, evidencia el interés palpable de un Estado por descongestionar y agilizar la justicia, sin embargo, esa solo es una cara de la moneda, la otra, se ve mucho más desalentadora desde el punto de vista donde un Estado puede estar interesado en implementar esta nueva manera de IA en su territorio, pero no es lo suficientemente fuerte para controlarla.

Con todo este apartado, es menester resaltar la importancia de que las partes estén en igualdad de armas, así como lo apuntan Andolina y Vignera cuando expresan que es “*la obligación del legislador colocar a las partes del proceso en una posición de paridad, asegurándole un mismo tratamiento normativo y la titularidad de poderes, deberes y facultades simétricamente iguales y mutuamente relacionadas*”⁶⁷, lo dispuesto señala entonces la posición que debe asumir el legislador en lo que concierne el derecho de defensa, salvo casos excepcionales, donde el equilibrio no pueda mantenerse sino con un trato desigualitario⁶⁸, casos en los cuales, el juez debe propiciar que las partes gocen de condiciones equilibradas, donde se articulen las posibilidades de acción y de defensa, para uno u otro litigante, por ello, su deber es el de asumir un rol más activo cuando se evidencie un plano de desigualdad dentro del proceso judicial cuando una de las partes utilice IA a su favor, proposición que coincide con los dichos de Michele Tarruffo el cual expone que “*para que esta desigualdad no distorsione la obtención de la verdad por ser la parte más ‘fuerte’ la única económicamente capaz de suministrar el material probatorio, es necesario dotar al juez de un rol activo, tanto en la clarificación de los hechos como en la*

⁶⁶ ARÁNGUIZ VILLAGRÁN, Matías, Jueces e inteligencia artificial en China: ¿podríamos implementar un Xiaofa? 2018, de: <https://idealex.press/opinion/columnas/xiaofa-jueces-e-inteligencia-artificial-en-china/>

⁶⁷ VIGNERA, Giuseppe; ANDOLINA, Italo “I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano”, Giappicchelli, Torino, 1997, p. 118.

⁶⁸ HUNTER AMPUERO, Iván, “La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de Código Procesal Civil”, *Revista Ius et Praxis*, N° 2, 2011, pp. 53–76.

*producción de la prueba*⁶⁹, y de igual forma esa actitud debe verse reflejada en los demás eventos que propicien transgresiones al principio de igualdad procesal.

Bajo el entendido de las líneas precedentes, el maestro Devis Echandía menciona sobre la actividad probatoria que debe asumir el juez para apaciguar tales desigualdades que "*la consecución del principio de igualdad de armas se alcanza adjudicándole poderes para que triunfe la verdad y no la habilidad o el poder económico de una de las partes*"⁷⁰, con base en estas ideas del ilustre maestro, se le debería proporcionar IA al juzgador o una defensa de IA a la parte que carezca de ella para equiparar las condiciones con respecto a la contraparte que utiliza estas tecnologías dentro del proceso judicial, debido a que la posición económica no debe ser obstáculo para que se pueda llegar a una verdad justa, sin ser violatoria al principio de igualdad de las partes o en todo caso categorizar el tipo de IA que se permitiría en el proceso. Pero otorgar dicha defensa con IA para la parte en posición desventajosa no sería viable debido a la importante inversión (para adquisición de las máquinas, de personal calificado para manipularlas, en el control del funcionamiento de las mismas, entre otras) que debería hacerse con el fin de dotarse con las máquinas suficientes para satisfacer la gran demanda que habría, que de no ser así, podría convertirse en una fuente generadora de represamiento en los procesos judiciales, y aunado a lo anterior, el problema de la desfinanciación que presenta la administración de justicia que le impide resolver algunos problemas que padece actualmente, por lo que sería absurdo asumir semejante responsabilidad como solución para salvaguardar la igualdad procesal; también es notable su inviabilidad porque habrán ocasiones en las cuales ni siquiera se sabría, por ejemplo, que se está argumentando con IA, más ilógico aún sería considerar esa posibilidad para la parte en desventaja, antes que para el juez quien posee facultades para hacer efectiva la igualdad de las partes dentro del proceso, y el hecho de que este último también carezca de ella conllevaría a tener un juez atado ante la utilización de IA, donde incluso su propio razonamiento se verá en aprietos en cuanto al análisis de prueba o argumentación obtenidas cuando de estas herramientas se trate.

3.2 Acceso restringido a las capacidades de la IA

Es una realidad innegable que la IA no está al alcance de todos, actualmente solo la usan firmas de abogados que tienen dos características comunes: dinero suficiente para comprar o contratar estas máquinas y clientes con recursos económicos bastantes para acceder a ello, cuestiones que la hacen inaccesible para el litigante promedio, y tal situación obedece a una conducta de mercado generada por el interés que despiertan muchos litigios cuantiosos que son el móvil para que las empresas inviertan millonarias sumas en la creación de máquinas con IA aplicativas al proceso judicial en aras de obtener ganancias, y esa injerencia del mercado conlleva a que sobrevenga la desigualdad procesal. Ahora bien, cierto es que históricamente el acceso a los servicios legales depende de los recursos económicos, entre más dinero mejores abogados, pero con el advenimiento del uso de la IA en las condiciones mentadas se empeoraría esta situación, los ricos se apoyarían en los software más avanzados mientras los pobres tendrían que utilizar abogados humanos con memoria y procesamiento limitados, o también podría ocurrir que estos últimos puedan acceder a una máquina de IA pero sería de baja calidad, y todo ello apuntalaría una mayor desigualdad.

Desconocer las ventajas de la IA y no aplicarlas al proceso judicial sería desaprovechar una gran oportunidad, porque podría utilizarse, inclusive, en favor de la igualdad procesal, pero **peor aún sería permitir que su uso por particulares sea un amplificador de desigualdades** procesales para las personas en condiciones de vulnerabilidad que acuden ante la jurisdicción rogando justicia. La lógica nos lleva a considerar que la solución más práctica a esta problemática sería que el Estado realice una fuerte regulación en la materia respetando los principios rectores del

⁶⁹ TARRUFFO, Michele, "Investigación judicial y producción de prueba por las partes", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XV, N° 2, 2003, p. 210.

⁷⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "La iniciativa probatoria del juez en el proceso contemporáneo", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* N° 4, 1967, pp. 664 y ss.

procedimiento, y sin perjuicio de la influencia del pensamiento neoliberal, debido a sus efectos nocivos como se mencionó anteriormente.

Hay que dejar sentado que en esta ponencia no se pretende coartar a la parte que tenga posibilidades de utilizar IA su derecho a la defensa o la libertad probatoria, como tampoco se busca que el Estado monopolice la utilización de la IA dentro del proceso judicial porque atentaría contra los principios que rigen el Estado Social de Derecho, y mucho menos que sea plausible la imposición de límites en su utilización para la parte que tiene acceso a ellas, porque por mucho que se quiera garantizar la integridad del principio de igualdad procesal, el Estado no puede restringir la intención de quienes quieran recurrir a la IA para demostrar las tesis que alegan dentro de un proceso judicial, situación con la cual se deja en evidencia que la manera adecuada para combatir este fenómeno es que el Estado se concentre en los intereses de sus asociados de cara a la justicia y ejecute acciones urgentes tendientes a la adquisición de máquinas con IA, con el propósito de que, **a través del juez, sea garante del principio procesal amenazado con respecto a la parte menguada**; pero cabe aclarar, que sería totalmente inaceptable que escudándose en los derechos a la defensa y libertad probatoria de la parte que puede aprovecharse de la IA y que la pone en una posición ventajosa, se permita semejante infracción a la igualdad procesal que desnaturalizaría el fin último del proceso judicial: la justicia.

3.3 Influencia de la IA en la decisión del juez

El poder de convencimiento que tiene la IA en el juez posee la trascendencia suficiente para inclinar la balanza a favor de quien la utiliza debido a todas las capacidades que tiene de cara a la decisión que va a tomar el juez, verbigracia, por mencionar algunas la máquina **LawGeex** que derrotó a 20 abogados expertos en el análisis de contratos en cuanto a tiempo y precisión, esta última del 95%, o **Stevie** que construye historias coherentes a partir de una gran base de datos preexistentes para apoyar una investigación criminal, o **Taxman II** que realiza un razonamiento jurídico mediante la clasificación de los casos en una categoría particular de las normas estatutarias, en el área de la ley, y en relación con la organización corporativa, las cuales al arrojar como resultados una prueba o alegato en comparación con las realizadas por un ser humano, generaría un fuerte impacto en el razonamiento del juzgador al momento de proferir un fallo.

En este contexto, es válido subrayar que la IA aplicada al proceso judicial, además de los anteriormente señalados, adolece un problema delicado con respecto al tipo de información que se le suministra para su programación, y con ello quiero referirme al software **Compas**, a la cual se le realizó una investigación de la que se obtuvo que sus algoritmos están programados con un sesgo racial contra la raza afrodescendiente con respecto a la raza blanca, al indicar incorrectamente que los primeros eran considerados de mayor riesgo de reincidencia, mientras que las personas blancas eran acusados de menor reincidencia o menor riesgo⁷¹. Esto no es un problema menor, porque genera una gran incógnita sobre la credibilidad de la IA dadas las creencias particulares de quienes hayan sido sus programadores, lo que lleva a pensar que por capricho de unos pocos se estaría definiendo el futuro de la justicia, por lo cual debería idearse un mecanismo democrático para elegir a quienes tendrían la mentada tarea, cuestión que no se analizará aquí porque ello sería tema de discusión para desarrollar otra ponencia.

Como se ha dicho, la falta de una adecuada regulación estatal para la utilización por particulares de IA desarrollada para desempeñarse dentro del proceso judicial, sería un motivo generador de desigualdad procesal para quien se enfrente en un litigio sin estas herramientas tecnológicas frente a quien si las posee. Dicha regulación, debe ser **lo suficientemente sólida para garantizar todos los principios procesales** frente a los avances tecnológicos que seguirán surgiendo en el transcurso del tiempo, pero en caso de que el Estado no tome la iniciativa para anticiparse a los hechos, ocurrirá una desigualdad procesal que distorsionaría la teleología del

⁷¹ **LARSON, Jeff, MATTU, Surya, et al**, "How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm", 2016, Recuperado de: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>

proceso, tal como se ha mostrado a lo largo de esta ponencia. Pero en el evento de que ocurriese, dicha desigualdad no sería perpetua, dicho de otra manera, sería transitoria, porque en el momento en que suceda tal eventualidad, el quebrantamiento de la igualdad procesal sería tan evidente que tarde o temprano tendría que regularse esa injusticia; pero también juega un papel muy importante el momento en que se tomen estas medidas, porque las capacidades de la IA siguen avanzando y el Estado entre menos compromiso tenga va a estar más marcada la desigualdad, debido a que la IA utiliza tecnologías como el *Machine Learning* que le permiten engrandecer sus bases de datos, y en efecto, su campo de aplicación, a medida que va desempeñando sus funciones, por lo que va a ir aumentando sus capacidades y a su vez, aumentando la desigualdad procesal.

En este punto de las reflexiones, es evidente que en aquellos casos donde la IA sea utilizada exclusivamente por una de las partes da lugar a desigualdades procesales, por tal razón, el Estado a través de sus jueces, valiéndose de este tipo de tecnologías y utilizando sus facultades, debe hacer efectiva la igualdad procesal para la parte que se encuentra en posición desventajosa, lo que conlleva a decir de cara a un futuro, que la IA y la justicia están condenadas a entenderse.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. La implementación de la IA en el derecho, y en especial en el proceso judicial, es una realidad cada más palpable, lo que significa que, esto por desequilibrar la balanza de las partes en torno a la igualdad, sea argumentando o valorando la prueba, debido a que esta misma no está al alcance de todas las partes en el proceso, ya sea porque no pueden obtenerla o carecen de los recursos económicos para contratarla, a pesar de ser tan beneficiosa.

2. Se ha evidenciado que el que tiene la batuta sobre el sistema económico también lo tendrá del sistema judicial, el que domina puede imponer, quitar o deshacer. La frágil democracia se ve envenenada de un neoliberalismo dispuesto a quitar hasta el más céntimo a un Estado ignorante, por ello, el imprimir el respetar los principios y normas propias del Estado Social de Derecho, son pilar ejemplar para que la justicia no sea mercalizada.

3. El control estatal es de suma importancia en la vigilancia de este tipo de tecnologías, así como un control de constitucionalidad, pero enfocado en la IA y su desarrollo en el proceso judicial. Por esa razón, no puede haber desentendimiento por parte de este organismo.

CONCLUSIONES

1. La utilización de la IA por una de las partes dentro del proceso judicial, ya sea aplicada a la prueba o la argumentación, afecta el derecho a la igualdad procesal de la parte que no posee estas máquinas, pues en esos eventos quien se vale de la IA se encuentra en una posición ventajosa, dadas las capacidades de este tipo de tecnología.

2. La IA ofrece muchas ventajas dentro del proceso judicial, pero también tiene desventajas, y una de las más notorias es que no está al alcance de todos, y mucho menos de quienes no poseen recursos económicos suficientes para beneficiarse de ella.

3. Debido a que actualmente la democracia está malograda por el neoliberalismo, ya ocurre y seguirá ocurriendo con cada vez más rigor tal desigualdad procesal por la utilización de IA por una de las partes si no se toman las acciones pertinentes para evitarlo.

4. Si todas las partes tuvieran acceso a la IA, o el Estado, a través de los jueces, controle y vigile su utilización dentro del proceso judicial, o utilice la IA para equiparar el derecho a la igualdad procesal con respecto a la parte que se está valiendo de ella, no ocurriría tal desigualdad.

5. En caso de que no se realicen actos tendientes para evitar la materialización de dicha desigualdad de manera urgente, ésta ocurriría de manera transitoria, porque en ese momento sería tan evidente el quebrantamiento de la igualdad procesal que se deberían tomar medidas

urgentes para sanear ese error, pero no sería conveniente esperar hasta ese momento para actuar.

6. El diseño e implementación de las máquinas de IA que sean puestas en práctica deben respetar los principios y normas propias del Estado Social de Derecho, que son los pilares básicos que constituyen el contenido del ordenamiento jurídico de un país democrático, entre los cuales se encuentra el principio de igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert**, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993.
- ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luis**, *Argumentación Constitucional. Teoría y práctica*. Editorial Porrúa. México D.F., 2011, p. 19.
- BENTHAM, Jeremías**, *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo I. Obra compilada de los manuscritos de su autor por E. Dumont, (Ossorio Flonit, Manuel; trad.), Buenos Aires, Editorial Ejea, 1959.
- BROWN, Wendy**, *El pueblo sin atributos: La secreta revolución del neoliberalismo*. Primera edición. (Altamirano, Víctor, trad.) Barcelona, Malpaso Ediciones S. L. U, 2015.
- CARNELLUTI, Francesco**, *La prueba civil*, (Alcalá Zamora, Niceto; trad.), Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1955.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor & FERRER MAC-GREGOR, Eduardo** (coord.), *Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derechos procesal constitucional*, Tomo I, Derecho procesal constitucional, 4a. ed., México, D.F., Porrúa, 2003.
- MACCRIMMON, Marilyn; TILLERS, Peter**, *The Dynamics of Judicial Proof: Computation, Logic, and Common Sense*, Physica-Verlag Heidelberg, 2002, p. 300.
- NIEVA FENOLL, Jordi**, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, 2018.
- SANDOVAL FLORES, F. G.**, *Minería de Texto para Búsqueda de Fundamentos Jurídicos en Sentencias.*, México: Instituto Politécnico Nacional, México D.F, 2015. p. 8.
- ASHLEY, K.D.**, "Evaluating a Learning Environment for Case-Based Argumentation Skills", *ICAIL*, 1997.
- , "Modeling Legal Argument: Reasoning with cases and hypothetical", *MIT Press*, Cambridge, 1987.
- BUCHANAN, Bruce G & HEADRICK, Thomas E**, "Some Speculation About Artificial Intelligence and Legal Reasoning. AIM-123", *Stanford Artificial Intelligence Laboratory records*, 1963-2009, 1970, California, Stanford University Libraries Department of Special Collections and University Archives.
- CÁCERES, Enrique**, "Inteligencia Artificial, derecho E-Justice (El proyecto IJJ-Conacyt)", *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. XXXIX, nro. 116, mayo-agosto, 2006.
- CALVENTO, Mariana**, "Fundamentos teóricos del neoliberalismo: su vinculación con las temáticas sociales y sus efectos en América Latina". *Convergencia*. Vol. 13, 2006.
- CHAVES PALACIO, Julián**, "Desarrollo tecnológico en la primera revolución industrial", *Revista de Historia*, 2004.
- COUTURE, Eduardo J**, "Teoría general de la prueba". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Núm. 93 -94, enero-junio de 1974.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando**, "La iniciativa probatoria del juez en el proceso contemporáneo", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* N° 4, 1967.
- HUNTER AMPUERO, Iván**, "La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de Código Procesal Civil", *Revista Ius et Praxis*, N° 2, 2011, pp. 53-76.
- MARTÍNEZ BAHENA, G.C.**, "Inteligencia Artificial y su aplicación en el derecho", *Alegatos-Revista jurídica de la Universidad autónoma Metropolitana*, Septiembre-diciembre de 2012.

- MARTÍNEZ, José**, “De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar”, *Derechos y libertades* (36), 2017.
- NISSAN, Ephraim**, “Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement”, *AI & Society*, 441–464, 2015.
- SERRANO, Enrique**, “La teoría aristotélica de la justicia”, *Isonomía*, (22),p.123-160. 2005.
- THORNE MCCARTY, L**, “Reflections on ‘Taxman’: An Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning”, *Harvard Law Review*, Vol. 90, N° 5, 1977.
- TURING, A. M.**, “Computing machinery and intelligence”, *Mind*, 49, 1950.
- WERNER KIINZEI-HEIKO, Cornelius**, “El Ars Generalis Ultima de Ramón Llull (Estudios sobre un origen secreto de la teoría computacional)” (Baz, Luis; trad.), *Revista Española de Filosofía Medieval*, Vol. 5, 1998, Palma de Mallorca.
- VIGNERA, Giuseppe; ANDOLINA, Italo** “I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano”, *Giappicchelli*, Torino, 1997.
- TARUFFO, Michele**, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XV, N° 2, 2003, p. 210.
- ARÁNGUIZ VILLAGRÁN, Matías**, Jueces e inteligencia artificial en China: ¿podríamos implementar un Xiaofa? 2018, de: <https://idealex.press/opinion/columnas/xiaofa-jueces-e-inteligencia-artificial-en-china/>
- CHIN, M**, An AI Just beast to lawyers at their own game, Mashable. 2018. Recuperado de: <https://mashable.com/2018/02/26/aibeatshumansatcontracts/?from=singlemessage&isappinstalled=0#DsEymiQ6lkqK>
- LANCASTER, Alania**, “Thomson Reuters Sues ROSS Intelligence, Claims AI-Powered Bot Hijacked Westlaw Data”, *Law.com|LegaltechNews*, Obtenido de: <https://www.law.com/legaltechnews/2020/05/06/thomson-reuters-claims-competitors-ai-powered-bothijacked-westlaw-data-397-33836/>
- LARSON, Jeff, MATTU, Surya, et al**, How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm, 2016, Recuperado de: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**: Diccionario de la lengua española, 23ª ed., 2020 versión 23.3 en línea. <https://dle.rae.es>.
- SANDEL, Michael**, *Lo que el dinero no puede comprar* (video de Youtube), Conferencia realizada en 2014 en el marco del Hay Festival realizado en Cartagena. Publicado por Reddebibliotecas. Disponible: <https://www.youtube.com/watch?v=Tux4hPaMEdE>
- SCHWAB, Klaus**, “The Fourth Industrial Revolution: what it means and how to respond”, World Economic Forum, 2016, Disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>
- SEKULITS, Clarisa**, Las 'legaltech' revolucionan el negocio de los abogados. 2017, Obtenido: <https://www.expansion.com/emprendedoresempleo/emprendedores/2017/10/06/59d7925b22601de0>

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL Y EL CORONAVIRUS : UN PROBLEMA DE ACTUALIDAD.

THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION AND THE CORONAVIRUS : A CURRENT PROBLEM.

Lauren Simanca

Vanessa Salas

Pedro Alvis

Maria Jose Londoño

Integrante del Semillero Derecho Procesal

RESUMEN

El objetivo de este estudio investigativo es reconocer el estado actual de un porcentaje de la mano de obra laboral que con ocasión a la pandemia provocada por el covid-19 ha atendido sus horas laborales por teletrabajo y, en razón a ello se han vulnerado sus derechos como lo son el derecho a la desconexión digital, a la intimidad, a la recreación aun cuando se trate recrearse en plataformas digitales; en la medida que han estado atendiendo asuntos de trabajo aún terminada la jornada laboral, para ello, como método de estudio utilizamos un estudio cronológico, detallado e integrado de las posiciones jurídicas desarrolladas como la planteada por las altas cortes colombianas, lo dicho por la OIT, libros y artículos científicos. Como resultado obtuvimos que, en esta nueva forma de trabajo, si bien hace tiempo se venía usando, y esta pandemia solo ha acelerado el proceso, ha sido poco desarrollada, a pesar de la realidad laboral por la que atraviesan una parte de los trabajadores con ocasión a la pandemia.

PALABRAS CLAVES: Covid-19, Teletrabajo, Normatividad, Desconexión.

ABSTRACT

The objective of this research study is to recognize the current state of a percentage of the labor force that on the occasion of the pandemic caused by covid-19 has attended their working hours by telework and their rights, such as the right to digital disconnection, to privacy and to recreation, have been infringed even when it comes to recreating themselves on digital platforms; in so far as they have been dealing with matters relating to work which has not yet been completed, to this end, as a method of study we use a chronological, detailed and integrated study of the legal positions developed such as that proposed by the Colombian high courts, as stated by the ILO, books and scientific articles. As a result we obtained that in this new form of work, although it had been used for some time, and this pandemic has only accelerated the process, it has been little developed, despite the work reality that some of the workers go through during the pandemic.

KEYWORDS: Covid-19, Teleworking, Regulations, Disconnection.

INTRODUCCIÓN

La repentina pandemia ocasionada por el COVID-19 planteó nuevas situaciones en todos los sectores de la humanidad, alterando de esta manera la forma en que se solía llevar una "cotidianidad", la adaptación a una nueva forma de vivir fue la que más ha costado para las personas y los Estados, sobre todo a saber cómo manejar sus conflictos en medio de la contingencia, como por ejemplo las discordias que nacen del seno de la relación laboral existente entre trabajadores y empleadores, en la que se ven sometidos los trabajadores, esto en razón a que la forma de mantener y realizar el trabajo, ha tenido mayor exigencia para el empleado, Puesto que con ocasión a la pandemia las jornadas laborales se cumplen por medios electrónicos, porque estar interconectados desde casa permite el hecho de seguir utilizando al trabajador después de culminado su horario laboral preestablecido y en algunos casos desconocer el reconocimiento salarial por esas horas extras prestadas, con lo anterior el Estado colombiano en la medida ha tratado de afrontar esta contingencia que ha representado el aislamiento y sobre todo cómo manejar adecuadamente todas las esferas que le competen, entre ellas, un mayor desarrollo del marco jurídico-legal del derecho a la desconexión, poniendo de base el hecho, de que en la actualidad el uso de las TIC'S han demostrado un verdadero impacto para la forma en que se desenvuelven los trabajadores en el cumplimiento de sus tareas, con la comprensión de que cada vez es mayor el uso que se le da a estas nuevas tecnologías, resaltando con esto que debe haber más leyes sobre la regulación del derecho a la desconexión, siendo uno fundamental extra sistémico y autónomo, este ejercido fuera de las horas laborales en las que se encuentra el empleado.

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra, en el artículo 23⁴, el derecho de toda persona al trabajo, a la libre elección del mismo, a la protección contra el desempleo, a salario igual por trabajo igual, a condiciones equitativas y satisfactorias en el trabajo y a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador y su familia una vida digna.

⁴ Véase en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL Y EL CORONAVIRUS : UN PROBLEMA DE ACTUALIDAD

Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia -aún de su concepción - y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. De este modo la Corte Constitucional en sentencia T -571 de 1992 ha dicho que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional, sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, al trabajo, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable.

Sin embargo, a partir de la crisis ocasionada a raíz del covid-19, que nos ha tomado por sorpresa a todos, se están viendo afectadas estas garantías en las diferentes ramas de actividades productivas no solo a nivel local o regional, sino que también a nivel mundial. Enfrentar la crisis ha resultado un proceso complejo y más teniendo en cuenta la falta de preparación de los gobiernos para asumir un desafío de esta magnitud, uno de los sectores más golpeados, sin duda alguna han sido los trabajadores, ya que se han perdido millones de puestos de trabajo según informa la OIT en *“OIT: La pérdida del empleo se dispara y casi la mitad de la población activa mundial podría llegar a perder los medios de vida”*^{5.72}

Debido a que no toda la fuerza laboral fue despedida con ocasión a la pandemia es aquí donde se asume otro de los grandes retos, que es seguir con la producción, ya que las empresas y la economía no pueden estar suspendidas indefinidamente, en este sentido, lo que se debe buscar es evitar a toda costa salir

⁷² Véase en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_743056/lang--es/index.htm

del hogar para actividades que no sea indispensables, en razón a que las estadísticas de contagios no son alentadoras, por lo que evitar la presencialidad se hace necesario, lo que da como resultado que para volver a tener un ritmo de trabajo similar al que se tenía antes de la pandemia, tengamos que recurrir a nuevas alternativas como lo son el Teletrabajo, es decir priorizar el trabajo desde cualquier casa con herramientas tecnológicas, que nos permitan estar interconectados y desarrollar nuestras actividades con la mayor eficacia posible, sin duda en teoría pareciera la solución predilecta, pero en la práctica trae mucho más implicaciones, como lo son los espacios en los que se labora, ya que no todos poseen un espacio óptimo para desarrollar las labores encomendadas, tampoco se tiene la certeza o seguridad de que todos los trabajadores cuenten con dispositivos que les permitan esa interconexión, dichas cargas que trae consigo el trabajo de una nueva era que de manera forzosa tuvo que adaptarse a un nuevo estilo de vida al que no se vislumbraba ni en los sueños de los mayores visionarios tecnológicos.

Se puede decir que este confinamiento trajo para el mundo laboral un nuevo escenario, en donde el trabajador se encuentra 100% intercomunicado en la red, atendiendo de esta manera la vida laboral que se acostumbraba llevar antes de la pandemia. Con relación a lo anterior, se ha exigido una mayor disposición por parte de los trabajadores, es decir, estos están teniendo más horas laborales de las estipuladas, las cuales, si bien no están obligados a cubrir, al no ser su horario habitual, puede que lo hagan por miedo a perder el empleo, lo cual abre puertas a que se atente de esta manera contra su integridad física y mental, con su derecho a la privacidad, y generando un mayor número de horas extras laborales no remuneradas. También se puede llegar a observar una flexibilidad laboral siendo esta una crítica permanente sobre la regulación de la relación de trabajo y de la misma prestación del servicio, con el fin de adaptarlas a las siempre cambiantes necesidades y exigencias del sistema productivo, que se plasma en normas jurídicas y genera la individualización de la relación de trabajo⁶, con ello en mente, se pondría entredicho los derechos del trabajador como un sueldo digno,

⁶ Fernández Rocha, Andrés Felipe, La Flexibilización Laboral. [Consulta: 15 de julio, 2020]. Disponible en: <http://derechopublicomd.blogspot.mx/2014/09/la-flexibilizacion-laboral.html>

un horario decente o que no esté expuesto a la explotación laboral por parte de sus empleadores.

Conforme a como se ha ido desarrollando el mundo laboral dentro del marco digital y aunando las circunstancias ocasionadas por el coronavirus y las medidas adoptadas por los gobiernos, que exigen mayor digitalidad dado que las medidas sanitarias así lo dictan, por ello se hace pertinente hablar del derecho a la desconexión digital como derecho fundamental extra-sistemático y autónomo, por parte de los trabajadores de las diferentes actividades económicas fuera de la jornada laboral, tema que ha sido debatido en escenarios anteriores a la pandemia y con mayor razón, debe retomarse dicho debate en estos tiempos de crisis mundial. En palabras de Cristóbal Molina⁷, a medida que los empleadores usen medios digitales para enviar órdenes de trabajo incluso en días y horas de descanso, se deberá debatir acerca de este derecho que tiene dos objetivos principales el primero proteger la salud psicosocial de los empleados, y el segundo facilitar la vida personal libre de intromisión fuera del lugar de trabajo. Un caso que ilustra esta situación es el de Corea del sur, puesto que, según las estadísticas en el año 2014, los trabajadores surcoreanos registraron 2.124 horas de trabajo, una de las cifras más altas de los países miembros de la OCDE.

Al respecto Byung Chul-Han plantea que, con el desarrollo sistematizado de las nuevas tecnologías nos aproximamos a la era de la psicopolítica digital, que coarta nuestra libertad y libre desarrollo, mediante programas digitales y máquinas que hacen el futuro predecible y controlable, mediante los volúmenes de datos denominados BIG DATA. La psicopolítica digital transforma la persona misma positivizada en cosa, que es cuantificable, mensurable y controlable. De esta manera, ninguna cosa es libre, pero nadie se da cuenta de su estado de dominación “El Big Data anuncia el fin de la persona y de la voluntad libre” (Byung- Chul Han, 2014)⁸. De esta manera el autor surcoreano vaticina la transformación

⁷ Para mayor información, véase en: Molina Navarrete, C. (2017). EL TIEMPO DE LOS DERECHOS EN UN MUNDO DIGITAL: ¿EXISTE UN NUEVO “DERECHO HUMANO A LA DESCONEXIÓN” DE LOS TRABAJADORES FUERA DE JORNADA? Revista de la Facultad de Derecho

⁸ Para mayor véase en: Byung-Chul Han. (10/2014). Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder. Barcelona: Herder Editorial.

de las formas tradicionales de vulneración de los derechos laborales del trabajador, siendo una de sus manifestaciones el sometimiento digitalizado del trabajador; Situación que se pone de manifiesto estando confinados en tiempo del covid-19.

Para el caso de Corea del Sur en un estudio realizado por el Instituto de Trabajo y Sociedad de Corea concluyó que los empleados trabajan alrededor de 11 horas extras a la semana usando “dispositivos electrónicos”; dejando como costumbre trabajar hasta los fines de semana. Según la encuesta 8 de cada 10 trabajadores usa sus dispositivos electrónicos para trabajar después de las horas oficiales de trabajo, esto es solo un ejemplo de lo que sucede en cada país del mundo, por ello empresas de manera unilateral como LG PLUS en Francia prohíbe enviar mensajes a los trabajadores después de terminada su jornada laboral, en países como Filipinas se promueven medias de carácter legislativo, en donde se busca establecer un límite en el que se pueda enviar o contestar mensajes de textos con fines laborales, en palabras del secretario de estado de trabajo de Filipinas “hay un tiempo para la conexión (trabajo) y otro tiempo para la desconexión (vida privada)”, por su parte en Alemania en el año 2014 se inició un gran debate acerca del estrés generado por la sobre carga del trabajo generado por los medios de comunicación a distancia. En Bélgica según Revista del MEYSS en el año 2017, en el país se sancionó la Ley de 5 de marzo de 2017, “ley del trabajo realizable y manejable” que buscaba reordenar el tiempo de trabajo establecido en el contexto de una sociedad que ha cambiado, y que exigiría nuevos equilibrios entre los intereses en juego por parte del empleador y su empleado⁹.

En nuestro país aún es poco el contenido legislativo acerca del derecho a la desconexión digital, por lo pronto podemos encontrar contenido jurisprudencial surgido a partir de un fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia SL5584-

⁹ La síntesis de la Revista del MEYSS Actualidad internacional sociolaboral, núm. 211, abril de 2017, pp.138 y ss. Consultado en: <<http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista211/138.pdf>>. También sugerentes los comentarios en el blog de E. Rojo Torrecilla. Consultado en:

<<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/06/una-breve-nota-de-la-ley-belga-de-5-de.html>>e México, 67(269), 891-920.

2017 Radicación N° 43641 en el año 2017 que lo reconoce como un derecho fundamental extra-sistemático y autónomo, y en palabras de la corte definiéndolo como: el simple sometimiento del asalariado a tener disponibilidad y a estar atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, sin encontrarse dentro del horario establecido dentro de la jornada laboral¹⁰. En razón a lo planteado en la sentencia T-552 de 1997, la Corte manifestó: “El derecho a la intimidad implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas. Algunos tratadistas han definido este derecho como el control sobre la información que nos concierne”¹¹⁷³

En este contexto, el derecho fundamental a la intimidad ha sido concebido como la posibilidad de rechazar cualquier intromisión arbitraria sobre el ámbito protegido que su titular ejerce. Por tanto, la intromisión en la intimidad de la persona

⁷³ 10 Consultado en internet:
<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bjun2017/SL5584-2017.pdf>

¹¹ Véase en la página web de la corte constitucional colombiana:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t55297.htm#:~:text=T%2D552%2D97%20Corte%20Cons titucional%20de%20Colombia&text=El%20derecho%20a%20la%20intimidad,otros%20optar% C3%ADan%20p or%20mantener%20reservadas>

¹² para el desarrollo de esta idea, véase: "Distopia y literatura: De 1984 de George Orwell a los juegos del hambre de Suzanne Collins" de Cindy Lorena Roa Devia.

¹³ PLANT, James. (2009). Monografías.com. Recuperado el 15 de Agosto

de 2016, de <http://www.monografias.com/trabajos82/algunasconsideraciones-recreacion/algunas-consideracionesrecreacion2.shtml>

sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado, como un aspecto puramente material, físico, objetivo, independientemente de que lo encontrado en dicho interior sea dado a conocer o de los efectos que tal intrusión conlleve. Así pues, el individuo no puede estar sujeto de manera permanente a la observación o a la intromisión de sus semejantes, y en principio, tiene el derecho a reclamar el respeto de espacios excluidos del escrutinio público en donde pueda desarrollarse en plena libertad.

Según la OIT “COVID-19 y el mundo del trabajo” ante la precarización de esta fuerza laboral y los tiempos de crisis que vivimos, debemos hacer lo necesario para la instauración de nuevos sistemas y sobre todo a las tecnologías que sin lugar a duda tomarán un rol protagónico en el futuro próximo, por lo cual la necesidad de regulación se intensificaría, porque si no logramos tutelar los

Derechos mínimos a las personas detrás de las plataformas virtuales, estaríamos en un escenario oscuro y una realidad perversa u orwelliana¹², en la que se consideraría al ser humano como un medio y no un fin en sí mismo, que no padecen enfermedades y tampoco tienen accidentes. Ahora, en los tiempos del covid-19, esta regularización se hace aún más necesaria en nuestro país. A sabiendas de que el Estado se califica y define en función a su capacidad para proteger la libertad y promover la igualdad, la efectiva realización y el ejercicio de los derechos por parte de todos los miembros de la sociedad. El Estado Social de Derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. Entendiendo que el trabajador debe disponer de su tiempo libre para su recreación, incluso si esta es estar en sus redes sociales como Facebook, Instagram o Twitter. Los trabajadores como todo ser humano tienen la necesidad de tomar un descanso o por lo mucho recrearse dentro de sus horarios libres según Plant, James (2009, Pág. 3)

La recreación es una experiencia integradora para el individuo porque capta, fortalece y proyecta su propio ritmo, es un instrumento para mejorar la mente, desarrollar el carácter, adquirir habilidades, mejorar la salud o la aptitud física,

aumentar la productividad o la moral de los trabajadores, contribuye también al desarrollo personal y al de la comunidad.¹³ (PLANT, James. (2009))

En esta medida, se entiende como parte fundamental del ser humano sus horarios libres para poder realizar actividades que le construyan para ser mejor ciudadano, en razón a ello, debe garantizar esos tiempos de los que dispone sin tener la presión por parte del empleador de realizar alguna actividad relacionada con el trabajo o el servicio que presta. Por ello, en la sentencia C-449/03 de la Corte constitucional colombiana, respecto al aprovechamiento del tiempo libre, opina que:

(...) Tienen como finalidad la formación integral de las personas y preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano, se integran en los derechos a la educación y a la salud y entonces comparten la garantía y protección que a éstos son constitucionalmente debidos, entre ellos el de formar parte del gasto social. En esa misma sentencia menciona que la recreación es una actividad inherente al ser humano y necesaria tanto para su desarrollo individual y social como para su evolución. Consiste, en un sentido etimológico, en volver a crear¹⁴.

La principal propuesta a la que deriva este trabajo es a la capacitación de los trabajadores, horarios flexibles y acompañamiento debido al estrés derivado no solo de las actividades que realizan sino también debido a la crisis. La implementación de las nuevas tecnologías llegó para quedarse y tendremos que acostumbrarnos a este nuevo tipo de economía y a los cambios que vendrán con ella, impedir el avance de la tecnología sería un absurdo y replegarse de ella aún más.

CONCLUSIÓN

En síntesis, la crisis económica y sanitaria ha llevado a la ocurrencia de cambios estructurales en todas las esferas de la sociedad en la que se incluye el mundo laboral, como mencionamos a lo largo de la ponencia, de manera hay que buscar soluciones a cada una de ellas siendo la principal guardar los protocolos de Bioseguridad tal como lo establecen la organización mundial de salud (OMS) y las medidas establecidas por los gobiernos locales, favoreciendo principalmente el trabajo en casa, pero brindándole garantías no solo a la actividad realizada por los trabajadores sino protegiendo también al derecho que poseen estos a la desconexión digital, porque el trabajo en casa en muchas ocasiones puede crear en el trabajador un alto índice de estrés, esto debido a que muchas veces no hay un horario laboral claramente definido, que tenga en cuenta los espacios, las otras actividades inherentes a la vida doméstica, el acceso y manejo de dispositivos que les faciliten cumplir sus funciones.

Uno de los trabajos que comparte esta línea de pensamiento es “la Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017” (núm. 205)¹⁵, en donde se le insta a respetar los derechos y tratados suscritos por los diferentes países en relación a los derechos de los trabajadores, pautas que se deberán seguir acompañadas de demás protocolos de Bioseguridad, resaltando que, sin embargo, es poco el desarrollo jurídico frente al tema.

Teniendo en cuenta todo lo desarrollado y a fin de concluir la presente ponencia resulta conveniente compartir las observaciones a las que se llegó en su desarrollo, al respecto Daniel Peña Valenzuela afirma que, la cuarta revolución industrial llegó con la promesa del desarrollo de la datificación del mundo y del posible encuentro de tecnologías avanzadas y emergentes, la influencia de estas se hace evidente en la digitalización de las empresas, de la cultura, el arte y la sociedad en general, estando el derecho en el centro de esta situación, pues es

este el encargado de la estructura normativa de conductas sociales, instituciones y de concreción de principios y valores sociales¹⁶, a este entender resulta imperativo mencionar que el uso de máquinas inteligentes ha facilitado los medios de trabajos, de modo que se hacía necesaria una estructura jurídica, de este modo, conforme avanzó el uso de tecnologías de la información, así mismo las estructuras de estos nuevos modos de trabajo, dicha situación, ante la actual pandemia que ha acelerado el uso de las máquinas y digitalizado el trabajo, cumpliendo las horas laborales por teletrabajo, permitió conocer la poca regularización jurídica materia de teletrabajo. Teniendo en cuenta que la era de la digitalización vino para quedarse, lo cual se ve claramente reflejado en las circunstancias actuales, lo más lógico es pensar que dicho fenómeno debe llevarse con cuidado, porque con su entrada asumimos muchos retos, no solo los concernientes al espacio y herramientas que utilizamos como ya se mencionó anteriormente, sino también al exceso de trabajo generado por el confinamiento, de manera que con ello se vulnera el derecho a la intimidad y a la recreación de los trabajadores, esto sumando al poco manejo y experiencia que se tiene del tema y a la poca capacitación de quienes asumen este reto, hace necesaria la búsqueda de prontas soluciones al asunto, como diría Peña Valenzuela, el diálogo entre el derecho y la tecnología debe ser muy cercano, pues es lo que de fondo haría que la relación entre ambos sea moldeada teniendo como núcleo fundamental los derechos de los seres humanos y los valores democráticos, el estado como ente garantista debe plantear soluciones jurídicas que salvaguarden los derechos del trabajador ante esta nuevo modo de trabajo. Por todo lo dicho se hace un llamado al Estado sobre la necesidad de una mayor y mejor regularización de dichos escenarios, para cumplir su papel de garante para con los más vulnerables, en este caso los trabajadores, con relación a esto planteado, existe la necesidad de que haya además un compromiso de todos los agentes económicos de mano productiva, estableciendo varios escenarios de actuación, para que haya una garantía real.

REFERENCIAS

Molina Navarrete, C. (2017). El Tiempo De Los Derechos En Un Mundo Digital:

¿Existe Un Nuevo “Derecho Humano A La Desconexión” De Los Trabajadores Fuera De Jornada? Revista de la Facultad de Derecho.

Byung-Chul Han. (10/2014). Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder. Barcelona: Herder Editorial.

Peña Valenzuela, D. (2018). Prospectiva de la cuarta revolución industrial en las facultades de Derecho. Colombia. Recuperado de internet: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/prospectiva/prospectiva-de-la-cuarta-revolucion-industrial-en-las-facultades-de-derecho/>

La síntesis de la Revista del MEYSS Actualidad internacional sociolaboral, núm. 211, abril de 2017, pp.138 y ss. Recuperado de: <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista211/138.pdf>.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-571-92.htm>

Distopia y literatura: De 1984 de George Orwell a los juegos del hambre de Suzanne Collins" de Cindy Lorena Roa Devia. Recuperado de: <https://www.culturagenial.com/es/novela-1984-de-george-orwell/>

Declaración Universal de los derechos humanos. Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN, (2017). Recuperado de: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/relatorias/la/bjun2017/SL5584-2017.pdf>

Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, (1997). Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-552-97.htm#:~:text=T%2D552%2D97%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20derecho%20a%20la%20intimidad,otros%20optar%C3%ADan%20por%20mantener%20reservadas.>

PLANT, James. (2009). Monografías.com. Recuperado el 15 de Agosto de 2016, de <http://www.monografias.com/trabajos82/algunasconsideraciones-recreacion/algunas-consideracionesrecreacion2.shtml>

Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS (2003). Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-449-03.htm>

(Frente A La Pandemia: Garantizar La Seguridad Y Salud En Trabajo, Oit Pag. 15)
Copyright Organización Internacional Del Trabajo 2020 Primera Edición (2020)

R205 - Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205). Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_I_LO_CODE:R205

ENSAYO

Suspensión de contrato de trabajo para personas en condición de discapacidad en tiempos de pandemia.

**CLINICA
JURIDICA
CLUB DE
REVISTA**

PRESENTADO POR

Jeisy Archila

Jorge Mario Leguia

Natali Sierra Narváez

Nathalie Andrea Maya Martínez

Carlos Alberto Morales Ramírez

Hernis Vergara Acosta

María Alejandra Hernández Romero

Juan Pablo Pineda Benavides

Luisa Mercedes Tovar Mendoza MONITOR

Rafael Holguín Zapata

ASIGNATURA

Consultorio Jurídico Programa de Derecho

El covid-19, una pandemia que ha tocado bruscamente el mundo hoy por hoy, y que ha afectado la vida de las personas en los diferentes ámbitos en que se desarrolla su diario vivir. Este suceso inesperado ha ocasionado múltiples problemas e incluso ha generado la propagación de crisis económicas y de salubridad que en consecuencia provocan un cambio en la vida de relación de las personas; Como consecuencia de ello se ha venido afectando tanto la economía nacional como la economía de los distintos núcleos familiares que componen nuestro territorio. Los distintos gobiernos y en tratándose del nuestro ha optado por impulsar diversas medidas que en lo posibles busquen garantizar o aminorar el impacto que tal virus ha generado. Dentro de tales cambios podemos identificar los ocasionados en el ámbito laboral de las personas. La generación y la estabilidad de empleos han ido en declive, así pues, con las estrategias del gobierno se han buscado implementar herramientas para afrontar la contingencia presentada frente a los trabajadores como a las empresas. A partir de entonces nos hemos adentrado en una vida de digitalización en aras de dar cumplimiento con las distintas estrategias que nuestros gobiernos han implementados para restringir las relaciones que con anterioridad se llevaban a cabo entre los grupos sociales, esto con la intención de evitar mayor expansión de tal suceso. La digitalización ha provocado una disminución en el trabajo humano produciéndose transformaciones que van correlativamente a la destrucción de empleos. Si bien es cierto los gobiernos locales y nacional se ha esforzados para en lo posible aminorar los estragos producto de tal problemática de salubridad para salvaguardar los derechos de las personas a partir de la implementación de disposiciones que pretenden ajustar el ordenamiento en tales circunstancias. El covid-19 sin duda alguna ha generado un impacto trascendental en el ámbito laboral, que es a partir de entonces que podemos mencionar algunas de las múltiples consecuencias que desde este enfoque y con este fenómeno se han generado. Así pues, vemos que los índices de desempleo son altos, la informalidad va en aumento y los contratos de trabajo también han sufrido drásticas variaciones hasta el grado de generarse una suspensión de este.

Sin lugar a duda, una de las principales preocupaciones de los efectos del Covid-19 es el impacto en el mercado laboral. Las cifras de desempleo, informalidad y afectaciones a los contratos de trabajo, en especial las suspensiones, aumentaron radicalmente como consecuencia de los aislamientos preventivos obligatorios, teniendo un impacto negativo sin precedentes en los ingresos de muchos

colombianos. En efecto, las declaratorias de emergencia sanitaria, emergencia social económica y ambiental, así como la orden de realizar aislamientos preventivos obligatorios por parte del Gobierno Nacional y las autoridades locales, han generado múltiples dificultades para empleadores y trabajadores en sus labores ordinarias. Tal situación ha sido el caldo de cultivo propicio para encender la discusión sobre la posibilidad de suspender los contratos de trabajo vigentes, invocando la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito que impide temporalmente la ejecución del trabajo en los términos del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo

Sumado a esto muchas poblaciones se han visto afectadas como es el caso de las personas en condición de discapacidad que si bien nuestra constitución política ha establecido que el estado debe llevar a cabo todas las medidas necesarias que permitan garantizar la seguridad y la protección de ellas en las situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales. Si bien conocemos, este grupo poblacional a lo largo de la historia ha presentado ciertos índices de desigualdad y así mismo el gobierno ha implementado normatividades en aras de dar cumplimiento a lo estipulado en nuestra constitución nacional, que se traduce en la igualdad de oportunidades. Sin embargo, la realidad es otra. Las empresas se han visto en la necesidad de desemplear trabajadores, creando una gran brecha entre estos. De este modo, por medio de este escrito se pretende estudiar y abordar las situaciones giradas entorno a la suspensión del contrato laboral en las personas en condición de discapacidad en un momento tan caótico como el producido por el covid-19.

Si bien es cierto nuestra normatividad laboral taxativamente manifiesta las causales por medio de las cuales un contrato de trabajo puede ser foco de suspensión con el objeto de evitar que de forma arbitraria, inoportuna o extemporánea los empleadores cierren la unidad por medio de la cual se genera sostenimiento de los trabajadores y de su núcleo familiar. Así pues, la suspensión del contrato debe emanar de situaciones excepcionales y sobre todo tratándose de personas con discapacidad. De manera que podemos establecer un interrogante: ¿Cómo es la aplicabilidad en este caso de la fuerza mayor y caso fortuito en la suspensión de contratos laborales en las personas en condición de discapacidad al estar sumidos en una situación caracterizada por la aparición de una pandemia?

Si bien la corte Suprema de justicia aduce como causal de suspensión una fuerza mayor o caso fortuito con fundamento en las órdenes, del gobierno Nacional, con respecto a la serie de aislamientos preventivo obligatorio siempre y cuando se dé una imposibilidad absoluta para la ejecución del contrato de trabajo. Por esta razón es necesario revisar cada uno de los decretos gubernamentales que afectan el funcionamiento las empresas colombianas.

Por regla general el carácter de fuerza mayor o caso fortuito se les atribuye a fenómenos de la corta duración, en el marco del derecho laboral, que tiene como objetivo la estabilidad del contrato y los derechos del trabajador.

Por el contrario, existe protección laboral negativa cuando en aplicación de la Ley, la persona con discapacidad no puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin que medie una autorización de la Oficina de Trabajo.

En tercer lugar, la Corte Constitucional en la Sentencia C-744 de 2012, declaró inexecutable el artículo 137 del Decreto 19 de 2012, llamado antitrámites, que suprimía la autorización previa del Ministerio del Trabajo, para terminar unilateralmente los contratos de trabajo de las personas con discapacidad.

Es decir, que el párrafo 1º del artículo 75 de la Ley 1474 de 2011, no facultaba al presidente para modificar el artículo 26 de La Ley 361 de 1997, puesto que éste no contenía trámites innecesarios, sino verdaderos derechos para garantizar la inclusión social de las personas con discapacidad.

Para la CSJ, no todas las causas legales de terminación del contrato de trabajo constituyen una causa objetiva. La terminación no puede estar amparada, por ejemplo, en el simple vencimiento del plazo pactado, en la medida en que se requiere de la voluntad de las partes para prorrogar o no el contrato de trabajo suscrito, lo cual, reviste claramente de subjetividad.

La decisión de terminar los contratos a término fijo vendría a constituir una causa objetiva y legal cuando la misma está fundamentada en la extinción o inexistencia de la labor o actividades para las cuales fue contratado el trabajador, caso en el cual, la terminación es procedente y no se requiere de previa autorización de un inspector del trabajo.

Por esto al momento de evaluar el impacto de la pandemia del Covid-19, se deben evaluar estos temas ya que en un determinado contrato de trabajo; y como bien lo establece el derecho, que la fuerza mayor o caso Fortuito se le realiza o aplica a situaciones particulares, llegando así a ser el operador jurídico quien realice la diferencia en qué sectores estuvieron exceptuados de las medidas de aislamiento obligatorio y aquellos que aún siguen prohibidos.

El Ministerio del Trabajo, mediante Concepto No. 05EE2020120300000034830, unificó las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional durante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, para la protección del empleo. Dentro de estas medidas se encuentran: (i) el trabajo en casa; (ii) el teletrabajo; (iii) vacaciones anuales, anticipadas y colectivas; (iv) licencias remuneradas compensables; (v) modificación de la jornada laboral y concertación del salario; (vi) modificación o suspensión de beneficios extralegales; (vii) jornadas laborales flexibles, o (viii) concertación de beneficios convencionales, entre otros.

En conclusión, se puede decir que no es la dificultad de dar cumplimiento lo que constituye la fuerza mayor o caso fortuito si no la insistencia material de las condiciones fácticas que permiten el cumplimiento de la obligación.

Por esta situación y otros factores, el Ministerio del Trabajo se ha pronunciado a través de expedición la Circular 022, reiterando que la cartera laboral no ha emitido autorización alguna de despido colectivo de trabajadores, ni de suspensión de contratos laborales, debido a la crisis por la que atraviesa el país con la pandemia del COVID-19, razones que alegaban los empleadores para despedir a sus trabajadores vulnerables. Por esta razón, MinTrabajo adoptó la figura de fiscalización laboral rigurosa, a través de la Unidad de Investigaciones Especiales de la entidad, quien tomaría estrictas medidas de inspección, vigilancia y control sobre las decisiones que adopten empleadores del sector privado en relación con los contratos de trabajo durante la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y la declaratoria de emergencia social, económica y ecológica hecha por el Presidente de la República, Iván Duque Márquez.

Pese a dichos esfuerzo, tanto el sector público y privado siguen cometiendo faltas y vulnerando los derechos de las personas con discapacidad. La Defensoría del Pueblo de la ciudad de Bogotá señaló su preocupación por las faltas en las que se están incurriendo, como el despido injustificado, la vulneración de la cuota de empleo para personas con discapacidad, la limitación en el acceso a derechos conexos al empleo (como a la seguridad social y a la igualdad de oportunidades de promoción), y la creciente discriminación laboral por condición de discapacidad. En ese sentido, se resaltan dos puntos claves: la ausencia de un enfoque de discapacidad en la implementación y ejecución de políticas públicas por el Estado Colombiano que permitan transformar de fondo el sistema laboral, no solo de manera transitoria y; las decisiones de los gobiernos locales en promoción y aplicación de políticas que permitan disposiciones de prevención y protección a las personas con discapacidad durante la emergencia, incluyendo medidas para la accesibilidad al trabajo remoto o licencia remunerada para ellas y sus familiares, cuando estos sean apoyo de la persona con discapacidad, con diagnóstico de COVID-19 o de un grupo de riesgo.

Regulación Legal sobre los Derechos de la Comunidad Lgbtttiq en Colombia

Autores:

Jair Diaz Pulgarín, Fabian Sierra Garay, Julio Vergara Hernández, Jorge Elías Arroyo Gómez, Lili Johana Hadechini Chávez, Karol Lucia Rosales Pérez, Luz

María Acuña Cuesta, Valeria Ramos Ortega, Cesar Humberto Arrieta Trejo, José Alfredo Borjas Paternina, Gladys Alicia Herrera Sajayo, Sharon Carolina Redondo Anaya, Elías David Gómez Siciliani, Yulezka Santos Mercado, Isaura María Baldovino Merlano, Marcela Lucia Blanco Garay, Milton José Borrero Galván, Lina María Arroyo Vergara, Danis María Montes Gómez, Verónica Mishel Assia Monterrosa, Daira Judith García Tamara, Carlos Alberto Medina Lara, Rita Elena Polo Mejía, María Isabel Beltrán Paternina, María José Flores Atencia, María Emma Luna Serpa, Inés Carolina Cuello Ortega, Juan Esteban Domínguez Salcedo, Andrés Felipe Gonzales Arroyo, Beatriz Elena Fernández Álvarez, Jesús David Hernández Alquerque, Laura María Gamarra Díaz, Valentina Sofia Mercado Robles, Marcos David Vitola Rodríguez, Graciela Calle Galindo, Leonardo José García Pizarro, Dianorge Manuel Leguía Mejía, y Jeison Fabián Herrera Baldovino

Consultorio Jurídico, Universidad de Sucre

Clínica jurídica de derecho privado

Gustavo Adolfo Pulgar Granados - Docente Asesor

La comunidad lgbtttiq en Colombia, ha puesto muchos muertos en su lucha por la búsqueda de garantías sociales y jurídicas, pero esa sangre derramada no ha sido en vano, ya que la corte constitucional con su sentencia hito C-075 de 2007, reconoció algunos efectos patrimoniales a las parejas homoparentales, lo cual sirvió como punto de partida para que, hasta la fecha, gran parte de sus derechos hayan sido equiparados a los de las parejas heterosexuales. Contrario sensu, ha sido la posición excluyente del congreso de la república en materia legislativa, referente a

la ausencia de expedición de normas en beneficio de esta comunidad, sin poder entender como sociedad, el porqué de la presunta negligencia del legislador, pero que presumiblemente sea como consecuencia de prejuicios de tipo religioso, social, moral, o, de que un gran número de sus miembros sean excesivamente conservadores de los lineamientos emanados de la religión católica, a sabiendas de que con este actuar irían en contra vía de la constitución de 1991, sobre todo, en lo relacionado con que Colombia es un país laico y no se debe profesar ideales de una religión en particular. La realidad colombiana, nos indica que está distante de la formalidad de la constitución, lo que acarrea que de alguna forma el congreso se aparte de su función misional, la cual consiste en crear leyes para todos los miembros de la comunidad sin distingo alguno, que vayan en sintonía con la evolución de la sociedad y del mismo ser humano como tal.

Colombia en términos de reconocimiento de derechos a personas lgbtttiq, es uno de los países más progresistas del mundo, prohibiendo muchas formas de discriminación en muchos ámbitos de la vida, gracias al amparo de la corte constitucional, vía jurisprudencia, producto de la omisión legislativa relativa del congreso de la república sobre la materia. Es por lo anterior, que es necesario plantearnos si hay o no una verdadera protección o garantías legales que resguarden la dignidad e integridad de esta población, surgiendo como interrogante si ¿Existe o no, ausencia de regulación legal sobre los derechos de las Personas con orientación e identidad de género diversa en Colombia?

No existe en Colombia un compendio de leyes que regulen los derechos de la población con identidad de género no hegemónica, nuestros senadores y

representantes, no les han brindado garantías legales, sumiéndolas en una incertidumbre sobre un desarrollo legislativo armónico con nuestra carta política, la cual, en su artículo 13, define el derecho a la igualdad sin distinción alguna. La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-586 del año 2016, hace algunas consideraciones y aclara la expresión “todas las personas”, haciendo referencia a un destinatario universal que incluye a nacionales, extranjero, personas naturales, y personas jurídicas, manifestando que no se trata de ser igual al otro, sino de ser tratados todos por igual ante la ley, imponiendo así el mandato de prohibición de trato discriminado, que es el eje del derecho a la igual interpretación y aplicación de la ley.

Es hora de que nuestros padres de la patria intervengan de forma proactiva, y presenten soluciones concernientes al tema, que se traduciría en leyes de la república para este sector poblacional, lo cual vendría como anillo al dedo en aras de la transformación, de la reconciliación, del perdón y de poder avanzar, para pagar la deuda que durante años han tenido con esa población discriminada. Qué bueno sería que el congreso como lugar de nacimiento de nuestras leyes, como caja de resonancia de la sociedad, donde la voz del pueblo se manifiesta, tomara con seriedad este tema en pro de estimular la armonía, la seguridad jurídica y respeto a la diferencia, en donde pasemos de lo dogmático, del discurso y de la retórica, a la realidad, para poder empoderar a esta comunidad de referentes legales que les permitan la inclusión y visibilización, y de esa forma, poder cerrar las brechas de equidad.

Nuestros legisladores tienen que replantear la actitud displicente que tienen respecto a esta comunidad, para hacer posible una cultura y unas prácticas inclusivas reales, deben entender con humildad que su gran poder de libertad de regulación normativa conlleva a una gran responsabilidad, deben reconocer que están en mora de mejorar como cuerpo colegiado, de hacer ajustes, de incorporar nuevas leyes en el ordenamiento jurídico, no deben cerrarse al debate, a la discusión de una situación real, deben mirar la valía de estas personas, no pueden seguirlos tratando como ciudadanos de segunda, ni condenándolos a una vida aún más difícil de la que ya cada uno enfrenta; el llamado desde la academia, es a que entiendan que en nuestro país hay fisuras muy grandes en el tema, por la falta de visualizar a aquel que se considera diferente, y que por considerarlos así, los tienen por fuera de la agenda legislativa.

Bibliografía

República de Colombia. (2021). Consultado el 8 de mayo de 2021 en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-811-07.htm>

República de Colombia. (2021). Consultado el 8 de mayo de 2021 en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-586-16.htm>