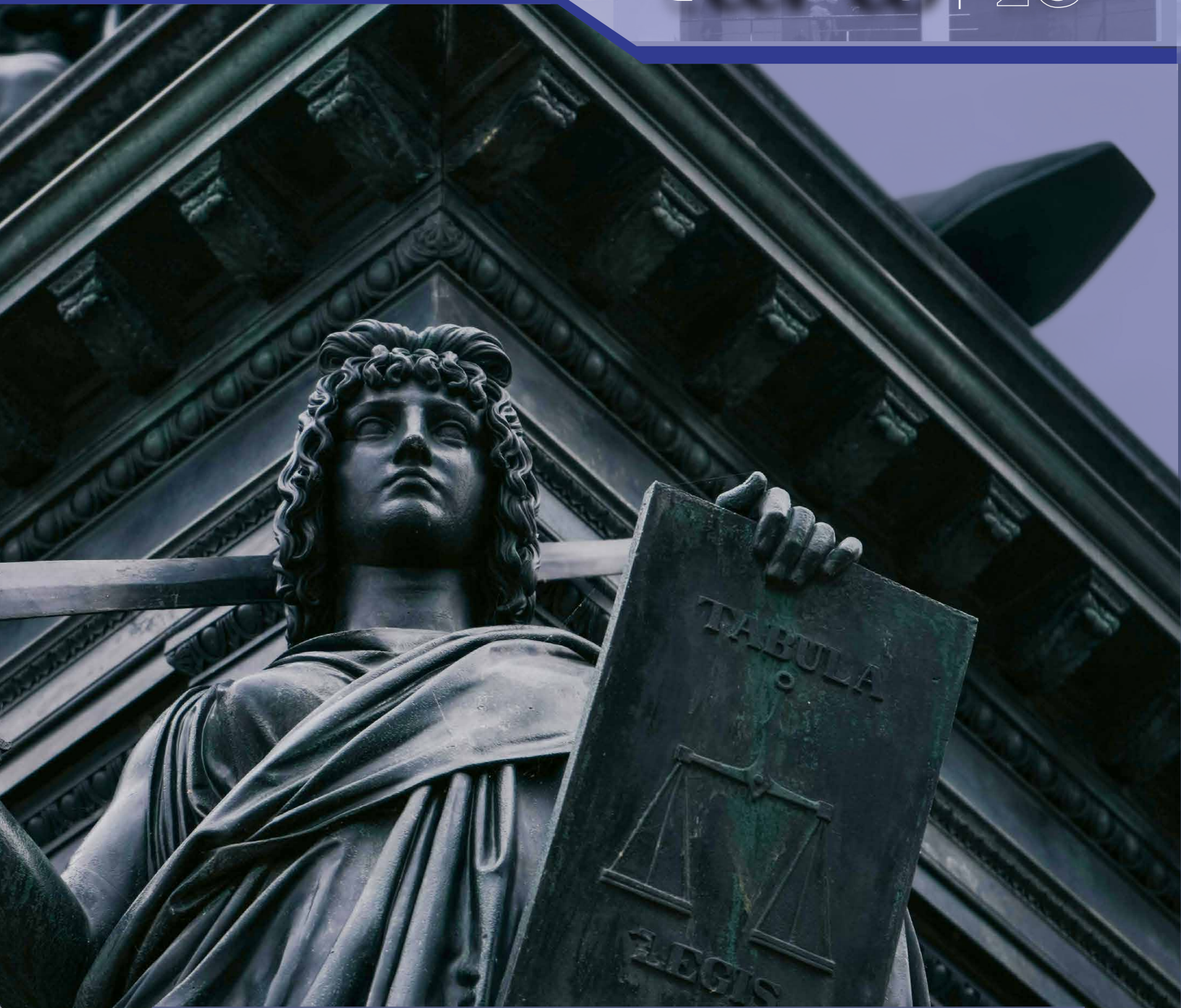


Principia Iuris | 43

ediciones
USTA
UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A



CIS
CENTRO DE
INVESTIGACIONES
SOCIO-JURÍDICAS
USTA / TUNJA



Acreditación de
Alta Calidad
Resolución MEN, No. 3337
del 25 de abril de 2011

<i>Principia IURIS</i>	<i>Tunja, Colombia</i>	<i>Vól. 20</i>	<i>No. 43</i>	<i>pp. 204</i>	<i>Julio Diciembre</i>	<i>2023 – II</i>	<i>ISSN:2463-2007 (En línea)</i> <i>ISSN:0124-2067 (Impreso)</i>
------------------------	----------------------------	----------------	---------------	----------------	----------------------------	------------------	---



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO



REVISTA DE DERECHO PRINCIPIA IURIS

43

Tunja, 2023 - II



OPEN  ACCESS

descarga gratuita

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris>

<i>Principia IURIS</i>	<i>Tunja, Colombia</i>	<i>Vol. 20</i>	<i>No. 43</i>	<i>pp. 204</i>	<i>Julio Diciembre</i>	<i>2023 – II</i>	<i>ISSN: 2463-2007 (En línea) ISSN: 0124-2067 (Impreso)</i>
------------------------	----------------------------	----------------	---------------	----------------	----------------------------	------------------	---

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Editor

Mg. Sergio Andrés López-Zamora

Coeditor

Mg. (c) Farid S. Parra Caro

Número de la revista

Cuarenta y tres (43)
Segundo semestre de 2023

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

2463-2007 (En línea)
0124-2067 (Impreso)

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia
Teléfono: 608 744 0404 Exts.: 31239 – 31231

Correo electrónico

revistaprincipia@ustatunja.edu.co
sergio.lopezz@usantoto.edu.co

Diseño y Diagramación:

Búhos Editores Ltda.

Diseñador Portada:

Departamento de comunicaciones, Universidad Santo Tomás

Corrección de Estilo:

Santiago M. Borda-Malo Echeverri, Ph. D.

Revisión del inglés:

Departamento de idiomas Universidad Santo Tomás

Revisión del francés:

Departamento de idiomas Universidad Santo Tomás

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho en depósito legal.

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA, FACULTAD DE
DERECHO**

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA

Nuestra *Revista Principia Iuris* es la revista institucional dirigida por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, en convocatoria permanente, con periodicidad semestral y que publica trabajos inéditos de investigación de tipo jurídico y socio-jurídico, que reúne autores nacionales e internacionales cuyo objeto es aportar de manera continua a la construcción, deconstrucción, reconstrucción y evolución de las ciencias jurídicas con una visión desde el continente suramericano.

Ph.D. (c) Sergio Andrés López-Zamora
Editor.

DIRECTIVOS

Fr. José Fernando MANCIPE, O.P.
Rector

Fr. José Gregorio HENÁNDEZ TARAZONA, O.P.
Vicerrector Académico

Fr. José Arturo RESTREPO RESTREPO, O.P.
Vicerrector Administrativo-Financiero

Fray Juan Pablo ROMERO CORREA, O.P
Decano de División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Diana Mireya AYALA VALDERRAMA
Directora de la Unidad de Investigación en Innovación

Juan Carlos CANOLES VÁSQUEZ
Director Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación

EDITOR

Ph.D. (c) Sergio A. López Zamora

COEDITOR

Mg. (c) Farid S. Parra Caro



COMITÉ EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD

Ph.D. Eduardo Rozo Acuña

Universidad de Urbino Italia
rozo.acuna@teletur.it

Gille Guglielmi

Universidad de París II, Francia
gilles@guglielmi.fr

COMITÉ EDITORIAL CIENTÍFICO DE LA REVISTA

Ph.D. Carlos María Romeo Casabona

Universidad del País Vasco, España

Ph.D. Carlo Casonato

Universidad de Trento, Italia

Ph.D. Ingrid Brena Sesma

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México

Ph.D. Andrés Bobenrieth Miserda

Universidad de Chile, Chile

Ph.D. Jaime Rodríguez Arana Muñoz

Universidad de La Coruña, España

Ph.D. Pablo Guadarrama

Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur

Universidad de Medellín, Colombia

Ph.D. Cristian Wolffhugel Gutiérrez

Universidad Sergio Arboleda, Colombia



EDITORIAL

En estos tiempos cambiantes y con múltiples desafíos en el ámbito jurídico, la importancia de la investigación y comprensión de asuntos legales nunca había sido tan crucial. En este contexto la revista se convierte en un foro esencial para la exploración de ideas, el análisis crítico y la reflexión profunda.

En el corazón de nuestra misión editorial se encuentra el compromiso con la excelencia académica y la promoción de pensamiento jurídico innovador. Nos esforzamos por brindar a nuestros lectores una visión única de los temas legales contemporáneos con la finalidad de coadyuvar en la continua evolución las ciencias jurídicas.

En esta oportunidad se reúnen en su número 43 (2023-II) ocho (8) artículos que abordan matices que pueden ampliar la perspectiva a fin de llegar a tener un criterio fundado en elementos fácticos y analíticos, orientar la investigación en la construcción de parámetros y conceptos desde la doctrina constitucional. Es una invitación a la reflexión, un estímulo para la innovación y un testimonio de la vitalidad de nuestra comunidad legal. Esperamos que disfruten de la lectura tanto como nosotros disfrutamos al compilarla.

Ph.D. (c) Sergio Andrés López-Zamora
Editor

EDITORIAL

In these changing times and with multiple challenges in the legal field, the importance of researching and understanding legal matters has never been more crucial. In this context, the magazine becomes an essential forum for the exploration of ideas, critical analysis and deep reflection.

At the heart of our editorial mission is a commitment to academic excellence and the promotion of innovative legal thinking. We strive to provide our readers with a unique vision of contemporary legal issues in order to contribute to the continuous evolution of legal sciences.

On this occasion, its number 43 (2023-II) brings together 8 articles that address nuances that can broaden the perspective in order to have a criterion based on factual and analytical elements, guide research in the construction of parameters and concepts from constitutional doctrine is an invitation to reflection, a stimulus for innovation and a testimony to the vitality of our legal community. We hope you enjoy reading it as much as we enjoyed putting it together.

PhD (c) Sergio Andrés López-Zamora
Editor

CONTENIDO

**LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO MECANISMO DE
CONSTRUCCIÓN COLECTIVA DE PAZ Y GOBERNANZA
TERRITORIAL: UNA LECTURA DESDE LOS PROGRAMAS DE
DESARROLLO CON ENFOQUE TERRITORIAL (PDET) Y PLANES DE
ACCIÓN PARA LA TRASFORMACIÓN REGIONAL (PATR)..... 12**

Andrés Felipe Malaver López
Yenny Rocío Echeverría Pulido

**LÍMITES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA A FAVOR DE ANIMALES DE
COMPAÑÍA..... 48**

Carlos Andrés Pérez Calderón

**LIMITACIONES A LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LAS LESIONES
DEPORTIVAS APLICADAS AL DERECHO DEPORTIVO 66**

Daniel Eduardo Ávila Becerra

**LA PROTECCIÓN DE LA SEMILLA TRADICIONAL EN EL CASO
COLOMBIANO 83**

David Ronderos Gaviria

**CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y RESPUESTA DEL ESTADO ANTE
EL INCUMPLIMIENTO POR LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA..... 109**

Fabio Iván Rey Navas
Deiby Alberto Saénz
Darwin Anthony Quintero Herrera
Javier Mauricio Vera Gutiérrez

**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JUSTICIA ENTRE EL SISTEMA
PENAL COLOMBIANO BASADO EN LAS LEYES 599 DE 2000 Y 906 DE
2004, Y TEOLOGÍA CRISTIANA BASADA EN LA BIBLIA 127**

Hernán Felipe Pineda Medina

**EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA APLICACIÓN DE LOS VALORES
DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA 151**

Jairo Andrés Cortés Torres
Aldemar Guzmán Quintero
Juan Carlos Contreras Garibello

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SOBRE ACTUACIONES DE
MANIFESTANTES: EL PARO AGRARIO DENTRO DEL PRISMA
CONSTITUCIONAL..... 161**

Pedro Alejandro Amézquita
Néstor Hernando Moreno

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO
MECANISMO DE CONSTRUCCIÓN COLECTIVA
DE PAZ Y GOBERNANZA TERRITORIAL:
UNA LECTURA DESDE LOS PROGRAMAS DE
DESARROLLO CON ENFOQUE TERRITORIAL
(PDET) Y PLANES DE ACCIÓN PARA LA
TRANSFORMACIÓN REGIONAL (PATR)

CITIZEN PARTICIPATION AS A MECHANISM
FOR COLLECTIVE CONSTRUCTION OF PEACE
AND TERRITORIAL GOVERNANCE: A READING
FROM THE DEVELOPMENT PROGRAMS WITH A
TERRITORIAL APPROACH (PDET) AND ACTION
PLANS FOR REGIONAL TRANSFORMATION
(PATR)

Recibido: 11 de mayo de 2023

Aceptado: 10 de julio de 2023

Andrés Felipe Malaver López¹
Yenny Rocío Echeverría Pulido²

1 Abogado - USTA Tunja - Especialista en Derecho Administrativo - USTA Tunja. Abogado litigante independiente.
Contactos: Cel. 3103942199 – email: fmalaverlopezabogado@gmail.com

2 Abogada - USTA Tunja - Especialista en Derecho Administrativo- USTA Tunja. Abogado litigante independiente.
Contactos: Cel. 3222677576 – email: rosyen@hotmail.es

Resumen

A casi seis años de la firma del Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP (24 de noviembre de 2016), es razonable realizar una lectura pertinente con el enfoque participativo y territorial establecido en el punto 1 de dicho *Acuerdo Final*, la Reforma Rural Integral (RRI), cuyos componentes transversales son los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), como “instrumentos de reconciliación en el que todos sus actores trabajan en la construcción del bien supremo de la paz, derecho y deber de obligatorio cumplimiento”, según el Decreto Ley 893 de 2017 (Presidencia de la República, 2017); consolidándose como mecanismos de orden jurídico y comunitario, vital para la plena implementación de lo pactado, toda vez que articula los distintos enfoques del *Acuerdo* como: el enfoque participativo, el territorial, el étnico, de género, el reparador y el diferencial.

A partir del citado Decreto Ley, en este artículo se hace una revisión sobre la importancia y finalidad de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) para la construcción de la paz territorial sobre las zonas priorizadas, así como la herramienta para su operacionalización, los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) con los cuales se materializan los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), precisando el potencial de la participación ciudadana transformadora como mecanismo de construcción colectiva para fortalecer la gobernanza territorial, en la etapa del *postconflicto* colombiano.

Para resolver la pregunta central formulada por los autores *-¿cuál ha sido el papel y la efectividad de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) como mecanismos de participación ciudadana para la construcción colectiva y gobernanza territorial en el escenario del postconflicto colombiano?*, se realizó una investigación de tipo socio-jurídica, recolectando la información relevante en fuentes primarias para el gobierno colombiano y secundarias en la literatura, normativa, doctrina y jurisprudencia.

Se concluyó que no ha sido posible obtener la efectividad esperada de los mecanismos de participación ciudadana, debido a los vaivenes, sesgos y talanqueras que desde el gobierno nacional ha impedido el cumplimiento de los compromisos pactados en el Acuerdo de Paz (en especial el primero), frente al cambio dado por la Consejería para la Estabilización y la Consolidación, desde donde se planificó casi todo respecto a los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), en conjunto con la Agencia de Renovación del Territorio (ATR), pero con un bajo nivel de ejecución real. Desde otra arista, los elevados niveles de violencia, inseguridad y asesinato permanente de líderes sociales y defensores de derechos humanos confabulados con la impunidad e indiferencia del aparato estatal, ha diezmando la participación ciudadana e impedido la consolidación de las comunidades en su propósito de alcanzar una gobernanza territorial que dignifique la calidad de vida de la población.

Palabras Claves: Participación ciudadana, Programas de desarrollo con enfoque territorial, Acuerdo final de paz, Planes de acción para la transformación regional, Reforma rural integral, Paz territorial, Gobernanza territorial.

Abstract

Five years after the signing of the Peace Agreement between the Government of Colombia and the FARC-EP (November 24, 2016), it is reasonable to carry out a pertinent reading with the participatory and territorial approach established in point 1 of said Final Agreement, the Comprehensive Rural Reform (RRI), whose transversal components are the Development Programs with a Territorial Approach (PDET), as “instruments of reconciliation in which all its actors work in the construction of the supreme good of peace, right and mandatory duty compliance”, according to Decree Law 893 of 2017 (Presidency of the Republic, 2017); consolidating itself as legal and community mechanisms, vital for the full implementation of the agreement, since it articulates the different approaches of the Agreement such as: the participatory, territorial, ethnic, gender, reparative and differential approaches.

Based on the aforementioned Decree Law, this article reviews the importance and purpose of the Development Programs with a Territorial Approach (PDET) for the construction of territorial peace in prioritized areas, as well as the tool for its operationalization, the Action Plans for Regional Transformation (PATR) with which the Development Programs with a Territorial Approach (PDET) materialize, specifying the potential of transforming citizen participation as a mechanism of collective construction to strengthen territorial governance, in the Colombian post-conflict stage.

To resolve the central question formulated by the authors: ¿what has been the role and effectiveness of the Development Programs with a Territorial Approach (PDET)s and PATRs as mechanisms of citizen participation for collective construction and territorial governance in the Colombian post-conflict scenario? sociolegal, collecting relevant information in primary sources -for the Colombian government- and secondary in literature, regulations, doctrine and jurisprudence.

It was concluded that it has not been possible to obtain the expected effectiveness of the citizen participation mechanisms, due to the swings, biases, intrigues and obstacles that the national government has prevented from fulfilling the commitments agreed in the Peace Agreement (especially the first), in the face of the given change -bias- of the Ministry for Stabilization and Consolidation, from where almost everything regarding the Development Programs with a Territorial Approach (PDET) was planned -together with the ATR-, but with a low level of real execution. From another angle, the high levels of violence, insecurity and permanent murder of social leaders and human rights defenders in cahoots with the impunity and indifference of the state apparatus, have decimated citizen participation and prevented the consolidation of communities

in their goal of achieving a territorial governance that dignifies the quality of life of the population.

Keywords: Citizen participation, development programs with a territorial approach, final peace agreement, action plans for regional transformation, comprehensive rural reform, territorial peace, territorial governance.

Introducción

En Colombia no existe unificación de criterios para comprender el concepto de la paz, no así sus connotaciones sociales, propósito y escenarios en el posconflicto.

La Corte Constitucional en sus múltiples intervenciones, desde su misma creación, en opinión de Kleber y Pimentel (2016) ha emitido pronunciamientos en los cuales la concepción de paz “varía de derecho a principio, de principio a valor y de valor a deber” (p.43).

La Corte otorgó a la noción jurídica de la paz un triple carácter; de acuerdo con la Carta, porque se le considera como un valor de la sociedad, fundamento del Estado y de los derechos humanos, la concibe como un fin esencial que irradia el Ordenamiento Jurídico Colombiano (OJC) y como principio para direccionar la acción de las autoridades públicas.

La Sentencia C-048 de 2001 definió a la paz como un derecho constitucional, mientras que la Sentencia C-370 de 2006, en el examen de constitucionalidad a la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), acogió el concepto de paz como:

(i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental del Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento” (Corte Constitucional, 2006, p. 241).

En el texto de la Sentencia C-225 de 1995, se determinó que la paz, “no debe ser entendida como la ausencia de conflictos sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente”, dado que su presencia es inevitable para la vida en sociedad.

Frente a lo anterior surge la obligación del Estado respecto a responder por el mantenimiento de la paz, referida al establecimiento de todo tipo de mecanismos e instrumentos jurídicos que permitan que los diversos conflictos sociales tengan espacios

sociales e institucionales para su pacífica resolución, para la preservación del orden público y garantizar la convivencia pacífica. (Moreno, 2014)

De hecho, la Corte reitera que el concepto de paz debe definirse como “ausencia de guerra”, y no como una mera aspiración ni como la expresión de una utopía, sino como una regla de conducta que debe inspirar a todos los ciudadanos y conducir a la solución de los conflictos de manera pacífica, usando dichos mecanismos de participación ciudadana.

En nuestro ordenamiento jurídico, en la Carta Política de 1991, el constituyente primario priorizó la democracia participativa como una vía directa para solución a las diversas las crisis políticas que ha experimentado el país a través del establecimiento de algunas estrategias de consulta y discusión popular directa para generar seguridad jurídica y confianza de los ciudadanos sobre quienes ejercen cargos públicos, y frente a los fenómenos como la manipulación de voluntades, la extralimitación de funciones y la corrupción rampante.

En concordancia con dicho Ordenamiento Jurídico Colombiano (OJC), el *Acuerdo de Paz* firmado entre el Gobierno de Colombia y el grupo armado (de ese momento) FARC-EP, se diseñó a partir de un enfoque participativo de los ciudadanos pero también territorial, que buscaba como principio, la incorporación del binomio comunidad-territorio, con especial énfasis en algunas zonas rurales prioritarias que habían sido mayormente afectadas por el conflicto armado; en suma, proyectando la autogestión y gobernanza, activando los procesos de reconstrucción del tejido social y de superación de las dinámicas sociales, injustamente enmarcadas en la guerra (soslayada como conflicto), la pobreza y la desigualdad.

En este amplio espectro jurídico de la participación ciudadana, el *Acuerdo de Paz* estableció diversos mecanismos participativos que incluyen, por ejemplo, los Consejos Territoriales de Planeación, las veedurías ciudadanas, las radios comunitarias y los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), los cuales fueron regulados por el Decreto Ley 893 de 2017, en donde se definen como instrumentos regionales para la transformación y la paz en los territorios priorizados, en procura de “transformar las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales de estos territorios y sentar así las bases para la construcción de una paz estable y duradera, superar las condiciones que prolongaron el conflicto armado y garantizar su no repetición” (p. 2).

En principio, el *Acuerdo Final* señaló que los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) serían el mecanismo de ejecución en las zonas priorizadas de los diferentes planes nacionales, que el Gobierno Nacional destinará los recursos necesarios para garantizar el diseño y ejecución de los planes de acción para la transformación estructural, con el concurso de las entidades territoriales, señalando además los mecanismos de seguimiento y evaluación local, regional y nacional.

Los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y las acciones tendientes a su implementación están dirigidas a promover la construcción de una paz territorial buscando transformar las dinámicas que generan violencia directa, cultural y estructural en los territorios priorizados, para lo cual se requiere de la formulación de los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR); a su vez, estuvo a cargo de la Agencia de Renovación del Territorio (ART), en su rol de coordinadora de los espacios de participación ciudadana dirigidas a lograr consensos sobre la forma en que se van a desarrollar los territorios desde la fase veredal hasta las instancias subregionales. (CONPES 3932, 2018)

En consecuencia, se diseñaron y previeron todos los elementos para la plena implementación de lo pactado en el documento final, asegurando la efectiva participación de la sociedad civil para potenciar la construcción colectiva y el fortalecimiento de liderazgos locales, así como las metodologías participativas efectivas para la transformación y gobernanza territorial de las comunidades rurales de las áreas priorizadas.

De hecho, el *Acuerdo de Paz* no es simplemente un principio rector abstracto sino una agenda de integración territorial, de relegitimación del Estado y, su enfoque no se restringe sólo a formular la participación ciudadana. El Acuerdo hace una apuesta concreta que, aunque no se olvida de las garantías para la participación de tipo “orgánica” como manifestaciones ciudadanas espontáneas y no institucionalizadas, mantiene su énfasis en la participación de tipo “inducida”, es decir, en la promoción de espacios institucionales a través de los cuales se busca que la ciudadanía se vincule a la gestión gubernamental e insida en los asuntos de interés público, por tanto, promisorio a las acciones de gobernanza territorial.

En la elaboración de este artículo, los autores identificamos y denotamos la existencia de un problema jurídico, debido a que, a pesar de que los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y sus Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) conexos, apuntaban al fortalecimiento de la democracia participativa local, estos se enfocaron en las realidades y necesidades territoriales. No obstante, por múltiples razones de diferente índole, su ejecución no se ha cumplido de manera satisfactoria con las metas estipuladas y ha evidenciado vacíos que reflejan que la participación ciudadana no ha sido efectiva, debido a que su objeto se ha difuminado, porque su abordaje se centró en la deliberación para establecer las problemáticas que sufren los territorios y no en las posibles soluciones a los problemas ya diagnosticados, evidenciados y documentados. Así mismo, la participación ciudadana no ha cumplido con su papel en los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), porque no ha sido suficientemente transformadora, en la medida en que las iniciativas y propuestas desde la ciudadanía terminan siendo condicionadas y priorizadas a la luz de criterios técnicos, que no tienen en cuenta la voz de las comunidades. (Ramírez, 2019, p.4)

Dada la unidad de análisis delimitada en este artículo y en términos de formulación, los autores plantean como pregunta central la siguiente: ¿cuál ha sido el papel y la

efectividad de los *Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET)* y los *Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR)* como mecanismos de participación ciudadana para la construcción colectiva y gobernanza territorial en el escenario del postconflicto colombiano?

Desde lo metodológico, este trabajo se realizó con un enfoque de investigación cualitativa y se abordó desde la metodología sociojurídica (Giraldo y otros, 2005), acudiendo a la recolección de información en fuentes oficiales -primarias para el gobierno colombiano- y secundarias consultadas en seis bases de datos y cinco áreas del conocimiento: jurídica, de gobierno, política pública, ciencias políticas y sociología principalmente, para determinar el estado del arte sobre la normativa, doctrina y jurisprudencia sobre la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), la construcción de paz territorial y su incidencia de la gobernanza de dichos territorios.

Con base en dichas fuentes se realizó el *análisis de contenido documental*, para recabar tanto el sentido como el significado de los hechos, Hernández y otros (2014), a través de normatividad, doctrina y jurisprudencia de la Corte Constitucional, buscando comprender una realidad social a través de la comparación entre lo dispuesto en el *Acuerdo Final*, el PMI, la legislación existente, la literatura y los documentos de política pública relacionados con la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET); lo que en opinión de Gutiérrez (2011), corresponde a la realidad objetiva y como realidad subjetiva, en pro de la resolución de la pregunta central y en torno a las implicaciones en el papel transformador del Estado y su política pública.

En este trabajo, la unidad de análisis se caracterizó mediante las categorías analíticas: i) los mecanismos y herramientas jurídicas de participación en escenarios del postconflicto; ii) procesos políticos para fortalecer una paz estable y duradera; iii) construcción colectiva de la gobernanza territorial.

Cabe agregar que, desde el área del derecho administrativo, el abordaje de esta temática como objeto de estudio tiene como propósito analizar la importancia e incidencia de la participación ciudadana en el país en escenarios del postconflicto.

En consecuencia, su desarrollo se justifica para consolidar el cuerpo teórico y jurídico para el análisis descriptivo de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR), diseñados para contribuir con el objetivo de alcanzar ‘la paz estable y duradera’ mediante la implementación tangible de lo pactado en el *Acuerdo Final* en las regiones priorizadas y lograr la efectiva legitimación del Estado con la seguridad jurídica necesaria a nivel del tejido social, institucional y territorial.

La distribución del texto se presenta en tres secciones referidas al concepto de participación ciudadana transformativa; los planes territoriales ((PDET) y Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR)), su implementación e importancia sobre la realidad social, más allá de lo pactado en el *Acuerdo Final*; y los Programas de

Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR), como mecanismos de participación ciudadana para la construcción colectiva y gobernanza territorial.

1. Marco jurídico-conceptual de participación ciudadana

En la Constitución Política de Colombia, el pueblo como constituyente primario determinó un salto cualitativo en el concepto y figura jurídica “democracia”, porque se pasó de la representativa a la democracia participativa, con lo cual no solo se adquiere el derecho al voto en los diferentes comicios, sino que, el ciudadano tiene injerencia directa en la decisión, ejecución y control de la gestión estatal en sus diversos niveles de gobierno.

La democracia participativa es una figura tanto en teoría como en práctica mucho más real que la representativa en la medida que a través de esta las reales insuficiencias e intereses de las personas se ajustan a la gestión gubernamental y ejercen una incidencia en procesos de autogestión y autodeterminación.

Existen también instrumentos de participación democrática establecidos por la constitución que irradian diferentes campos y esferas de vivir en forma particular, social, en familia y colectivamente, con participación directa como el voto, plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, iniciativas legislativas y revocatoria del mandato; también para los grupos ideológicos legalmente constituidos aseguran su participación en cuerpos colegiados, así como la participación de equipos representativos de ciudadanos con la posibilidad de presentar proyectos de actos legislativos.

A su manera, la participación de la mujer ha jugado un papel “parcialmente determinante”, dado que motivos de un imaginario colectivo y una experiencia histórica de lucha contra estereotipos, esa transición ha sido lenta hacia la verdadera equivalencia, en desarrollo de funciones administrativas.

En el ámbito territorial, la constitución trascendió el principio de la democracia a través de la elección de alcaldes o gobernadores y en los asuntos públicos locales, con la participación ciudadana en los planes municipales y los planes de desarrollo económico y social por parte de las juntas, así como también con la participación de las colectividades de indígenas en su organización, y en general en varias esferas de orden político del Estado.

La participación ciudadana ha sido a lo largo de la historia uno de los hilos conductores que desataron el conflicto en Colombia durante varias décadas debido a su tenue visualización, proclive a los factores determinantes del conflicto como el surgimiento de grupos armados al margen de la ley que optaron por rebelarse contra un Estado que les ignoró ideológicamente la opinión como contraparte, y no les permitió el

ingreso a escenarios constructivos para el debate de ideas para enriquecerlo a partir de lo plural y el disenso.

Diferentes autores convergen en que la participación ciudadana es inseparable del concepto de democracia. Para Bobbio, la comprensión procedimental de la democracia “es el conjunto de reglas que definen la manera a través de la cual las sociedades toman decisiones con el concurso de los ciudadanos” (Bobbio, 2011, citado en Cisneros, 2014).

Bobbio (2011), Avritzer (2002), Cunill (2004) y Velásquez (2003), se refieren a los mecanismos para la toma de decisiones en una democracia: la representativa y la directa o participativa. El mecanismo representativo hace referencia a que “las deliberaciones que afectan a toda la comunidad son tomadas no directamente por aquellos que forman parte de la misma, sino por personas elegidas para tal propósito”. Dado su carácter jurídico, tradicionalmente este mecanismo se ha denominado participación política, cuyo objetivo primordial es asegurar los ambientes proclives para garantizar la intervención ciudadana en el sistema político, a fin de ratificarlo o modificarlo, mediante la elección de representantes por el mecanismo de sufragio universal y la posibilidad de pertenecer y/o conformar organizaciones políticas como los partidos políticos.

El mecanismo directo o participativo, se define como “el conjunto de procedimientos mediante los que la toma de decisiones se adelanta con la vinculación directa de quienes hacen parte de la comunidad o de sus esquemas asociativos, sin que exista intermediario alguno en las instituciones del Estado” (Bobbio, 2011, p.33). Por tanto, la participación ciudadana posibilita procedimientos para la construcción de consensos, estandarización de debates, motivación en tomar decisiones públicas, establecer prioridades, aportar elementos de interés colectivo en la agenda pública y desde esos escenarios influir en las decisiones gubernamentales, es decir, participan activamente en la construcción colectiva de sociedad.

Desde este marco conceptual, la participación ciudadana se entenderá como una serie de posibles interacciones entre los habitantes del territorio, entre estos y las instituciones públicas, con propósitos de intervención en los asuntos públicos de forma directa o colectiva (mediante formas organizativas), en pro de la autodeterminación comunitaria y territorial.

Sin duda, la presencia de sesgos ha minado la confianza de las personas y comunidades quienes han desarrollado sentimientos encontrados entre apatía e indiferencia, dado la inexorable incursión de los vicios de la política y de las decisiones públicas tergiversadas desde la propia redefinición conceptual de la actual administración para evadir las responsabilidades adquiridas en la administración anterior (gobierno Santos Calderón), a pesar de la naturaleza y seguridad de los mecanismos de participación como los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR). Todo esto aunado a las influencias del clientelismo y corrupción, que se nutren generalmente de un mal imaginario colectivo de décadas

y que usualmente empieza desde los pequeños núcleos políticos territoriales que adquieren matices y dimensiones de fortines politiqueros; fenómenos desencadenantes de los que degenera el verdadero ejercicio participativo de construcción colectiva y se reproducen en nuevos focos de desigualdades e inequidades y, por ende, de violencia, tráfico de estupefacientes y desplazamientos forzados, entre otros.

No obstante, el marco constitucional, normativo y legal, en el ordenamiento jurídico colombiano respecto a la participación ciudadana en los escenarios del posconflicto, es lo suficientemente sólido que inició hace un tiempo con la entrada en vigencia del *Acuerdo Final*, para retomar con mayor fuerza el concepto y mecanismo vinculante de la democracia participativa ciudadana, como el mejor escenario para saldar una deuda de generaciones, que involucren directamente a los ciudadanos del Estado colombiano desde el núcleo territorial básico de ruralidad, como lo son las veredas con limitadas oportunidades como núcleo político, fundado a partir del Decreto Ley 893 de 2016, como bastión para la implementación del Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado colombiano y el grupo FARC-EP, resultado de un minucioso proceso de negociación con el acompañamiento de la comunidad internacional y la Organización de Naciones Unidas (ONU).

En otras palabras, de procesos de negociación que como los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), no surgen como iniciativa de las comunidades y “en los que el Gobierno, en cabeza de la Agencia de Renovación del Territorio (ART), ocupa el rol de facilitador y garante de la implementación, con más tropiezos que aciertos” (Vélez, 2019, p. 8).

Los autores consideramos que ese es el meollo del problema descrito, la real incidencia y los desafíos de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) para conciliar las visiones de desarrollo territorial socioeconómico que surgen *desde lo local*, pero que lamentablemente se redefinió y delimitó desde el ámbito nacional; es decir, los retos que se derivan de la implementación, dada la hasta ahora insuperada brecha que existe entre los acuerdos nacionales y los procesos locales que impactan negativamente sobre la construcción de la paz territorial y la gobernanza rural, bajo mecanismos de conciliación entre las iniciativas gubernamentales y de las propias comunidades; porque es esa la diferencia con otros procesos de paz en el mundo, el enfoque territorial del *Acuerdo Final* que parte de la comprensión de los territorios desde la mirada de quienes los habitan y no solo desde las instituciones gubernamentales o internacionales.

1.1 La relación con otros conflictos en Latinoamérica

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2014), realizó un análisis respecto a cómo se ha promovido la construcción de la paz en Colombia en medio de un conflicto armado de más de cinco décadas, y cuáles fueron los niveles de similitudes o diferencias respecto de los otros 10 casos acaecidos desde mediados del siglo XX en América Latina, encontrando diferencias significativas entre la situación

colombiana y dichos estudios de caso, dado que estos obedecen a diferentes génesis o naturaleza de los conflictos, que ni siempre han sido netamente sociales ni siempre fue unicausal sino un entramado de ellos. Por tanto, se conciben de tipología multicausal en cuanto a necesidades insatisfechas, institucionalidad, regímenes dictatoriales, problemas con grupos étnicos, guerras civiles, explotación de recursos naturales e incluso de colonización, otorgando estatus de complejidad y en ese orden de dimensiones, de diferente tipología respecto a la complejidad en la construcción de la paz. Entre ellos se destacan los conflictos y posteriores procesos de construcción, países como Bolivia, Perú, Honduras, Nicaragua, El Guatemala, Salvador, siendo estos dos últimos los más afines al proceso de paz en Colombia, a juzgar por su problemática en países con división político administrativa y estructura del poder similar y en su desarrollo, por la metodología soportada por Naciones Unidas y la presencia de países internacionales garantes, la construcción de agendas, acuerdos y refrendación de los mismos, razones por las cuales, en este apartado se aborda a título de proceso comparado, en lo sustancial del problema de estudio.

La experiencia internacional indica que no existe una única hoja de ruta para reparar las divisiones profundas que dejan los conflictos armados en la sociedad y, por el contrario, coexisten diversas estrategias de verdad justicia y reparación.

Desde esta mirada, la transformación de conflictos surge de las propias acciones de los actores en los territorios, conducentes a la transformación de las causas estructurales y las consecuencias profundas del mismo, al igual que de la violencia política y social; sus estrategias se encaminan a la edificación de una sociedad que enfrenta, de manera no-violenta, los conflictos sociales, políticos, económicos, culturales y medioambientales. Para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2014), el objetivo principal es construir una paz positiva que se fundamente en el goce del desarrollo humano integral y sostenible en todas sus dimensiones. (p.188)

Según la Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación de la República de Colombia³, el proceso de paz realizado, guarda relaciones de similitud con los casos centroamericanos de Guatemala, El Salvador y Nicaragua, dada una importante comparación que corresponde respectivamente a: duración del conflicto 42, 12 y 28 años; duración de los diálogos 9, 8 y 12 años; participación política directa de los excombatientes excepto en El Salvador; enfoque étnico sólo en Guatemala; con reforma socioeconómica nacional en todas y refrendación popular de los acuerdos, excepto en El Salvador.

Cabe señalar que estos procesos en Centroamérica fueron experiencias fallidas por los sucesos de posconflicto, que fueron redireccionando la seguridad y convivencia para la paz, hacia los esquemas anteriores y en dos de los tres casos, recrudecieron la violencia y la delincuencia, a pesar de los incentivos económicos y sociales que fueron reconocidos para los desmovilizados y guerrilleros a través de Naciones Unidas y

3 <https://www.portalparalapaz.gov.co/publicaciones/164/comparacion---procesos-de-paz-internacionales/>

su Consejo de Seguridad, con base en lo que los equipos negociadores acordaron, para quienes efectivamente dejarán sus armas en manos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), después de los procesos de refrendación según las estrategias acordadas para legitimar los acuerdos respectivos ante la población civil, bien por la vía de plebiscito o referendo de los Parlamentos del país que, para el caso colombiano terminó siendo dual, ante la respuesta negativa en las urnas y la posterior aprobación a través del Congreso.

En Guatemala, por ejemplo, se convocó una consulta popular que refrendara la reforma constitucional propuesta.

Para el caso de Nicaragua, la refrendación popular estuvo marcada por una convocatoria a elecciones, en las que se permitió hacer campaña a los excombatientes sandinistas y contrarrevolucionarios.

En El Salvador, no obstante, no hubo ningún tipo de consulta a la población, sino que las reformas demandadas por el acuerdo de paz fueron tramitadas directamente desde el Congreso.

El Centro de Estudios acota con especial énfasis en el proceso, hechos como que a iniciativa de la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), la negociación incluyó como actor principal al Ejército, aun cuando era parte del Gobierno, se consideró un actor distinto, lo cual fortaleció la mesa de negociación y la consecución de los Acuerdos; de otra parte, la construcción de una agenda de la paz junto a los sectores sociales, incluyó temas de fuerza internacional como los Derechos Humanos, Pueblos Indígenas, desmilitarización, democratización, poder civil, los recursos del estado, el modelo de estado, lo fiscal, verdad histórica; incorporando a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como una entidad neutral internacional, con capacidad de observar, mediar e impulsar el diálogo entre las partes en conflicto y con el papel de la iglesia como intermediario o interlocutor interno, entre las partes en conflicto, fue fundamental para el diálogo y para todo el proceso en general.

Así mismo, la creación de la ASC es una buena práctica, porque, aunque no estaba directamente en la mesa de negociación, tenía peso porque fue el contrapeso al diálogo malicioso de parte del gobierno e iniciativa privada que trataron de bajarle nivel. La ASC enviaba propuestas a la mesa de negociación y posteriormente de concluido el tema, ratificaba los Acuerdos firmados, dando legitimidad al proceso y enriqueciendo el contenido de la mesa de negociaciones.

Finalmente, se destaca que el proceso de distensión militar que se dio a todo nivel, generó grados de confianza, permitió un cese al fuego 8 meses antes de la firma de la paz y ninguna operación en contra de ninguna de las partes.

Colofón. Más allá de diferenciar el propósito final del posconflicto en los diferentes procesos de reconstrucción de la paz en Colombia y los países centroamericanos – pertinente al análisis comparado- cabe reconocer que en ningún caso se buscó replicar la transformación de un conflicto con fórmulas genéricas, sino adaptadas a especificidades y condiciones propias de cada país Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo ((PNUD), 2014, p.6), partiendo por supuesto de las experiencias -fortalezas y debilidades- en los cuales El Salvador fue el país pionero y con las condiciones de mayor similitud del conflicto armado interno *in crescendo* con similar rapidez .

Como punto de partida, desde la denominada categorización de sistemas jurídicos se identifica a que familia jurídica pertenece y esto a su vez permite generar un contraste frente a principios o reglas que comparten como también en los cuales discurren en la República de El Salvador, un país cuya constitución política la determina como un país con un sistema político pluralista, representado y expresado en sus partidos políticos, que son el único medio de representación del pueblo, según lo consagra su Carta Política de 1983 (art. 85).

En forma similar a Colombia, el territorio está dividido en departamentos, y cada uno de estos tiene un gobernador elegido por el poder ejecutivo y se mantiene una relación entre el palacio presidencial y el gobierno local; así mismo, su sistema jurídico denominado derecho continental, que sienta sus bases en principios tales como que la normativa emana de los diferentes poderes legislativo y ejecutivo, permitiendo que de estos órganos surjan normas que son interpretadas por el poder judicial y conceptos como norma jurídica y ley que se aplica por los tribunales de forma concreta en cada caso, sin dejan de lado el papel preponderante de dotar de seguridad jurídica a las instituciones utilizando la jurisprudencia como herramienta de interpretación de la normativa.

Tanto en El Salvador como en Colombia se vivieron durante décadas, episodios de violencia generalizada directa e indirecta, con impactos en las condiciones y derechos humanos, sociales y culturales, aunque en El Salvador se enmarcó en una cuasi-guerra civil, liderado por el grupo armado (tipo guerrilla) afín al partido político de izquierda FMLN; luego de un largo proceso histórico precedido de grandes enfrentamientos, violencia y constantes intentos por acudir al diálogo como herramienta de superación de diferencias mediado por el acuerdo de paz que culminó una etapa de guerra civil.

Similar al Acuerdo de Paz logrado por Colombia en La Habana (Cuba) en 2016, El Salvador en el año 1992 (en Chapultepec, México) le puso punto final al conflicto después de varios intentos de diálogo que se habían malogrado con antelación, desarrollando numerosas rondas de negociación y el acompañamiento trascendental de autoridades internacionales para generar seguridad y garantías internacionales al proceso que se estaba construyendo, en particular de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Los acuerdos de Chapultepec hicieron hincapié en realizar transformaciones trascendentales en algunas instituciones y formas de ejercer la participación, pero siempre en el marco de la prevalencia de derechos humanos enfocados particularmente en aspectos de reintegración a la sociedad civil, fortalecimiento de la institucionalidad, participación de víctimas y el territorio. Aspectos asumidos con cierta prevalencia y preponderancia respecto al caso colombiano en la transformación de factores que tenían que ver con una institución como lo es la fuerza armada en la cual se centró gran parte de las transformaciones plasmadas en el acuerdo final.

En el año 2021 se cumplieron 28 años de la firma de los acuerdos de paz que suscribieron en El Salvador; sin embargo, las cifras de homicidios siguen en aumento en los últimos años y las voces de las víctimas no paran de reclamar garantías a los acuerdos de paz, pues debido a causas como la pobreza, la exclusión y la desigualdad social surgen nuevas formas de delincuencia organizada que impiden y obstaculizan la materialización del concepto de paz en su territorio.

Por su parte, en nuestra República de Colombia, un país en reconstrucción con apenas 5 años de implementación vigente y en desarrollo, se está reparando su tejido social y experimentando la transición de sentimientos de miedo, rencor y desconfianza, pero también hoy millones de colombianos están a la expectativa de la propuesta del pacto de paz, pues al final cualquier proceso de la intensidad y complejidad bajo la denominación de acuerdo de paz experimenta estas dos posiciones.

En común, los dos procesos coinciden en el compromiso de hallar la verdad, la justicia y la reparación para lograr un verdadero escenario de reconciliación, buscando superar los problemas de manera duradera y poder volver a reconstruir las comunidades y los países.

1.2 La mirada internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a cinco años del Acuerdo Final

En concomitancia con la visita que realizó a Colombia el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), António Guterres, entre el 23 y el 24 de noviembre para celebrar el 5º aniversario de la firma del histórico Acuerdo Final de Paz de 2016 entre el Gobierno de Colombia y las antiguas FARC-EP, cabe puntualizar las opiniones del Director de este máximo organismo internacional promotor de la paz, sobre lo tratado en este marco jurídico conceptual, en cuanto a los alcances y cumplimiento de los excombatientes con los compromisos de verdad, justicia y reparación entre las partes firmantes de *Acuerdo*.

- Acerca del balance de la implementación del Proceso de Paz, consideró que lo más importante es que este está vivo y que pese a muchos problemas, retrasos y enfrenta desafíos de seguridad, como los atentados y asesinatos a líderes de la sociedad civil o excombatientes, está avanzando pese a todas esas dificultades.

- El impacto de las instituciones de justicia transicional ha sido fundamental y permanece activo con gran determinación para acelerar la inversión en todas las áreas que son problemáticas, a pesar de las muchas áreas existentes en Colombia sin una presencia efectiva del Estado, con muchos retos complicados y dificultades de implementación en distintas áreas, pero reafirmando que Colombia es hoy un símbolo de paz en el mundo.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), considera que Colombia es un ejemplo de democracia, en un mundo en el que hay divisiones geopolíticas, conflictos interminables, multiplicación de nuevas guerras, porque no sólo apuesta sino invierte recursos de todo tipo en la consecución de la paz y con la participación ciudadana e institucional, con disenso en lo político pero un adecuado consenso sobre el proceso de paz, que se alargó muy sustancialmente.

- Respecto a la implementación del proceso de paz de cara a las elecciones presidenciales de 2022 en Colombia y su futura administración, el Señor Guterres es optimista en el logro de su bienestar, la paz, el fin de la violencia y seguro que proseguirá la implementación del Acuerdo de Paz y, en la medida de lo posible, acelerar los distintos procesos y perfeccionar los mecanismos de participación ciudadana y la protección de las personas amenazadas por la violencia.

- Desde la parte comparativa, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), considera que la situación de hoy es sustancialmente mejor que la de hace 10 años, por lo cual se prevé un escenario de esperanza y mejora permanente.

- El mandato de la Misión de Naciones Unidas en Colombia se amplió y se va a verificar también el cumplimiento de las penas de la justicia transicional, por las características del Sistema Integral para la Paz, innovador y muy interesante con potencial para ser replicado en otros países.

Ahora bien, desde la mirada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Colombia está en deuda con acciones de retribución, reparación, servicio a la comunidad o servicio integral y reparación a las víctimas, lo cual exige fortalecer los mecanismos de implementación; pero con algunas condiciones de castigo donde las personas que no reconozcan su responsabilidad en hechos de violencia o que no digan la verdad, sean sometidos a penas privativas de la libertad. Por lo tanto, los mecanismos de justicia transicional deben ser el complemento ideal para cualquier mecanismo de participación ciudadana e institucional cuya funcionalidad se dé y trascienda lo más rápido posible y para que el pueblo y las víctimas vean las sanciones y al mismo tiempo se den las respectivas reparaciones.

2. Los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR)

Un Programa de Desarrollo con Enfoque Territorial es una “estrategia participativa, política, institucional, social y económica que apunta a la transformación estructural, de una manera ágil y efectiva de los territorios más rezagados y con mayor vulnerabilidad, que cumplen con diferentes criterios de priorización” (Penagos y otros, 2016).

Los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), son una vital herramienta diseñada desde el *Acuerdo de Paz* con el objetivo de implementar temas de trascendencia como la transformación rural integral y la sustitución de cultivos ilícitos (punto 1 y 4 del Acuerdo), y son especialmente los instrumentos que articulan las estrategias de participación para lograr materializar lo pactado en la etapa de ejecución del acuerdo. Lo interesante de esta herramienta es que de forma prioritaria y con celeridad busca impactar algunos territorios que se distinguen por su gran afectación de factores como la violencia, las economías ilícitas, la debilidad institucional y la pobreza y así contribuir a desarrollar y potenciar estos lugares.

Los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), están concebidos para 16 regiones que reúnen a 170 municipios que poseen de acuerdo a estándares de proyección de datos e información un alto índice de desarrollo y evolución del conflicto armado, la implementación y la ejecución de estos planes en articulación y de forma coordinada por parte de la ART, así como también consideran construir e implementar las otras herramientas como los Planes de Acción para la Transformación Regional PATR. (Decreto 893 de 2017)

Mediante los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), se recomienda precisar las necesidades de la zona priorizada, consensuar sus prioridades y determinar los medios de implementación de las soluciones prioritarias para la participación comunitaria en el plan nacional: caminos, esquemas relacionados con fuentes hídricas, agua potable, servicios básicos eléctricos, conexiones es decir conectividad y redes, salud, temas de educación y de vivienda.

De otra parte, los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) deben articularse con los planes de desarrollo y los planes nacionales existentes. Mientras la validez del Programa de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), es 10 años, la de los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) es de 5 años. El éxito de estas medidas depende de forma trascendental de la capacidad y gestión de las instituciones públicas para involucrar a los ciudadanos en sus planes, implementación y monitoreo / evaluación.

2.1 Implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y los Planes de Acción para la Transformación Regional (PTAR)

Los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) prevén una ruta de planificación participativa desde abajo hacia arriba, en donde las discusiones iniciales se llevarán a cabo en un Consejo Comunitario compuesto por las veredas, que definirá el primer grupo de representantes. Estos formarán la organización municipal, y luego la organización regional. De esta manera, representantes de las veredas más pequeñas de la comunidad aparecerán en los órganos de toma de decisiones en diferentes regiones.

Los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), incluyen estrategias para monitorear y supervisar proyectos prioritarios y asegurar la participación de la comunidad en la implementación de proyectos. El acuerdo también estipula que cuando las áreas afectadas por cultivos ilícitos se superponen con las 16 áreas que los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), priorizan, se deben integrar planes alternativos y Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) en lugar de sus métodos participativos (Mesa de Negociación, 2016, punto 4).

Desde el punto de vista teórico, la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), tienen un enorme impacto en términos de la autodeterminación y la gestión del propio desarrollo local para las comunidades priorizadas, en este sentido se entiende que un proceso de reconfiguración local carece de éxito sino se cuenta con el concurso de sus ciudadanos (Vegas, 2015).

En el artículo de revisión realizado por García (2020), se hace referencia a la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), citando la opinión y experticia de diferentes autores, sobre las experiencias adquiridas, entre los cuales vale destacar:

Para la Misión de Observación Electoral MOE (2018), la implementación de estos instrumentos de planificación no siempre se ha traducido en experiencias positivas, dado que la oferta estatal ha llegado de manera desarticulada a los territorios priorizados, porque las expectativas creadas por la oferta estatal dirigida a los territorios, rápidamente se convirtieron en decepción, al no ver materializada la implementación de los acuerdos de los Plan de Acción para la Transformación Regional (PATR).

Para Mora (2020), la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), pasan por serios problemas de financiación debido a las limitaciones presupuestales de un plan nacional de desarrollo que los minusvaloró en materia de inversión

El desfinanciamiento de la RRI y de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), han incidido en la implementación del Plan Marco de Implementación PMI del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una ‘paz estable y duradera’, es decir, no se ha materializado de forma efectiva, siendo el mayor obstáculo a la paz territorial y la consolidación de la gobernanza territorial.

Más aún, Mora (2020) encontró que hay un ejercicio de doble contabilidad, que no permite la llegada de recursos adicionales para la puesta en marcha de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), porque el Gobierno Nacional está asumiendo y proyectando los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones (SGP) como recursos propios de la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), en el marco del cumplimiento del PMI, cuando estos tienen destinación específica y ya están asegurados para los municipios y departamentos desde la Constitución de 1991; además, porque los municipios y departamentos al no poder administrar autónomamente los recursos provenientes del SGP, no pueden sustentar ni financiar los enfoques territoriales y participativos contenidos en el Acuerdo, limitando su capacidad para cumplir lo pactado con las comunidades en los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR).

En este orden de ideas, para Sánchez y Sánchez. (2019) la implementación del enfoque territorial en la implementación del Acuerdo Final no posee una estructura de gasto adecuada para afrontar las realidades desde *lo local* y las necesidades de las subregiones priorizadas, porque los recursos se concentran en el orden nacional o central del Estado, haciendo casi imposible el desarrollo territorial previsto.

Para Naranjo y otros (2020), existen tres grandes problemáticas que no permiten consolidar el enfoque ni el desarrollo territorial en la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET): i) las dificultades para garantizar una participación efectiva en la etapa de formulación de los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR); ii) el cambio generado por la administración Duque Márquez en la noción de desarrollo rural, por una intervención que privilegia una perspectiva de seguridad que da preponderancia a la presencia militar en los territorios; iii) la intención del Gobierno Nacional de circunscribir la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) al orden municipal, lo que contradice la visión regional y territorial que se construyó en los ejercicios participativos de formulación de los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR).

Para Trejos, Badillo, & Irreño (2019), la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) en las 4 subregiones priorizadas en el Caribe colombiano, asumió una alta incidencia de la violencia armada en zonas priorizadas como el Sur de Bolívar y el Sur de Córdoba, mientras que en las subregiones de Montes de María y Sierra Nevada-Perijá, los autores encuentran que los retos principales para la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET),

son de tipo consensual y no de orden público, producto de la heterogeneidad étnica y racial entre las comunidades de los territorios que componen estas subregiones.

La articulación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), al desarrollo socioeconómico en la Región de la Amazonía, se ha efectuado a través de “Visión Amazonía” bajo el liderazgo del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) para orientar los ajustes a los Esquemas de Ordenamiento Territorial (EOT), pertinentes con los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).

Ante todo, es importante señalar que “Visión Amazonía” es una iniciativa del gobierno de Colombia que, con el apoyo financiero del Reino de Noruega, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Federal de Alemania a través del banco KfW, busca reducir las emisiones provenientes de la deforestación en la Amazonía colombiana.

Los EOT son los instrumentos de planificación que permiten orientar el proceso de ocupación y transformación del territorio, es decir, herramientas para que los alcaldes puedan ejecutar su plan de desarrollo municipal bajo los principios de equidad, sostenibilidad y competitividad, así como la orientación articulada con los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial (MADS, 2020).

Los 15 municipios que reciben este acompañamiento son Uribe, Macarena, Mapiripán, Vista Hermosa y Puerto Rico en el Departamento del Meta; San José, El Retorno, Calamar y Miraflores en el Departamento de Guaviare; Solano, San Vicente, Puerto Rico y Cartagena del Chairá en el Departamento de Caquetá, Puerto Leguizamo y Puerto Guzmán en el Departamento del Putumayo.

La Sentencia STC 4360 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia declaró que la Región de la Amazonía es sujeto de derechos y contempla que las entidades territoriales municipales deben ajustar sus planes de ordenamiento territorial y, por ende, de desarrollo territorial con dos propósitos muy ambiciosos y complejos: evitar la deforestación y adaptarse al cambio climático.

Esta sentencia ordena el ajuste de los EOT, no sólo para acatar el marco jurídico y legal para evitar sanciones, sino también para consolidar un modelo de desarrollo sostenible, en consonancia con el Modelo de Ordenamiento Territorial para la Amazonía (MOTRA) y las necesidades específicas de la región para alcanzar un desarrollo y una ocupación del territorio diferenciales (MADS, 2020).

En consecuencia, existen las suficientes garantías jurídicas para que los EOT funjan como Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), en los territorios de la región amazónica y para los alcaldes los retos indelegables de cumplir con su plan de desarrollo municipal y con su instrumento de ordenamiento territorial, articulados con todos los instrumentos de política existentes para tener una visión de conjunto

en la que quepan todos los actores sociales, institucionales y locales, incluyendo a las comunidades indígenas, que habitan la región, con el propósito de consolidar la conectividad ecológica, fomentar la reconversión del modelo productivo y propiciar un modelo de desarrollo sostenible como el forestal. Todo ello con y por el respeto de las comunidades indígenas dueñas de la mayor parte del territorio amazónico, que adquieren un gran valor para consolidar una propuesta donde la reconversión del modelo productivo, con perspectivas sólidas para que, su desarrollo socioeconómico territorial sea una oportunidad para el turismo de Naturaleza, los negocios verdes, los servicios ambientales y, sobre todo, la necesidad de estabilizar la frontera agropecuaria.

2.2 Los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) en la construcción de la paz territorial

Ante todo, es necesario partir del hecho que, no existe un significado homogéneo sobre el concepto ‘paz territorial’; sin embargo, autores como Cairo y Ríos (2019) plantean que la paz territorial como concepto está dotado de un amplio proceso de identificación abierto y dinámico, soportado por unos imaginarios sociales que conllevan a que este se transforme en un producto político de la relación existente entre la estructura social, territorial y los actores de las mismas.

Desde ese punto de vista, asumiremos el concepto de ‘paz territorial’ con carácter polisémico, cuyo uso es heterogéneo en los discursos y narrativas políticas de los diferentes sectores de las élites políticas colombianas con respecto a la implementación del *Acuerdo Final*.

La *paz territorial* puede abordarse como un medio para la prevención de nuevos ciclos de violencia, partiendo de la transformación de aspectos estructurales que originaron y han permitido la perduración del conflicto armado colombiano; así mismo, como un medio para visibilizar las demandas y participación de los grupos que han sido tradicionalmente excluidos y poco representados, basándose en el fortalecimiento de la participación ciudadana, la institucionalidad y empoderamiento de las comunidades, y la movilización social. Aunque podría entenderse como “una forma de entregar legalmente los territorios a la extinta guerrilla de las FARC en favor de la continuación de las actividades criminales, la pérdida de la soberanía e imperio de la ley por parte del Estado” (Cairo y Ríos, 2019).

Para Sergio Jaramillo, ex alto Comisionado para la Paz, al igual que ex negociador del Gobierno Nacional en el proceso con las FARC-EP y el Gobierno colombiano, la paz territorial conlleva a una comprensión espacial y geográfica del conflicto, en la medida que unos territorios fueron más afectados que otros por el conflicto armado (Jaramillo, 2016). Por tanto, el accionar estatal debe atender las realidades de cada territorio, basado en la aplicación de un enfoque de derechos que garantice los derechos fundamentales

de la población rural, la garantía de no repetición del conflicto, la erradicación de la violencia y la movilización de las comunidades alrededor de la construcción de paz bajo un paradigma de desarrollo y bienestar territorial.

Para Ríos y Gago (2018), la paz territorial supone una actuación estatal y social contextualizada con las dinámicas locales, para lograr la desactivación de la violencia directa y una intervención en los aspectos que conllevan a la existencia y perduración de la violencia estructural y cultural que confluyen en un territorio.

Ahora bien, la relación existente entre la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y los procesos estatales y comunitarios direccionados a la construcción de paz territorial, requieren de un abordaje de la violencia directa, cultural y estructural, en el entendido que estos instrumentos de planificación buscan primordialmente la transformación de las condiciones estructurales que generan exclusión y pobreza en las zonas priorizadas en el Decreto 893 de 2017.

Es por ello que el Estado colombiano, durante las administraciones Santos Calderón y Duque Márquez, concibió a los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), como un mecanismo de prevención de nuevas violencias en los territorios, aunque con un alcance diferenciado en cada gobierno; de hecho con el sofisma usado en el gobierno nacional actual asumió que la política de “Paz con Legalidad” concibe la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) como un asunto de justicia y seguridad nacional, buscando eliminar las dinámicas que permiten la perduración de la violencia en las zonas más afectadas por el conflicto armado y en ese orden la actual mirada es mucho más limitada en cuanto al alcance de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) como instrumentos de paz y transformación del conflicto, dado que la circunscribe o limita, la creación de condiciones de paz por ausencia de violencia directa en los territorios, desde una perspectiva que otorga preponderancia a la seguridad por encima del desarrollo socioeconómico integral y territorial de las zonas priorizadas en el *Acuerdo Final*.

En cuanto a la transformación de los patrones de violencia estructural relacionados con la implementación del Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), uno de los problemas evidenciados está relacionado con los retrasos en el desarrollo de obras de infraestructura de alto impacto en los municipios priorizados, dado que el Gobierno Nacional solo ha desarrollado obras de pequeña envergadura e impacto, diferente a las denominadas por la Agencia Rural Territorial como “pequeñas infraestructuras comunitarias”, que además del desarrollo integral puedan contribuir con la transformación de los patrones de violencia estructural en el propósito del cierre de brechas socio económicas entre campo y ciudad, para reducir las condiciones de desigualdad producto de la violencia estructural asociada a la pobreza rural.

A esa construcción colectiva de la paz, le corresponde generar un alto impacto con la suficiente inyección de recursos y obras de pavimentación de vías terciarias,

infraestructura educativa y hospitalaria, distritos de riego, infraestructura eléctrica, infraestructura de acueducto y saneamiento, vivienda rural y adecuación de tierras, aspectos que contribuirían a reducir la Incidencia de la Pobreza Multidimensional (IPM) y las Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) de la población beneficiaria.

La dimensión territorial de la paz debe ajustarse de manera gradual a las condiciones locales de las comunidades, atendiendo los sistemas existentes de autoridad y regulación social que operan en cada territorio, para así fundamentar una paz territorial en un ejercicio de gobernanza dirigido a establecer regulaciones a nivel comunitario que mejoren el funcionamiento del orden en *lo local*, en la medida que se atiendan efectivamente las necesidades de las poblaciones.

En este proceso de construcción de paz territorial, González (2016) plantea que se deben promover formas de gobernanza híbridas que permitan reconocer la importancia de las formas de regulación estatal y no estatal, lo cual sería muy necesario (aunque no suficiente) para lograr una articulación de los poderes locales y regionales con las dinámicas del Estado y el gobierno central.

En ese sentido, la integración de los órdenes locales a la institucionalidad central en las zonas Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), parte de la idea de una debilidad institucional manifiesta en los municipios y subregiones priorizadas, la cual necesita ser complementada por sistemas de autoridad y regulación a nivel comunitario. Estos sistemas y regulaciones deben ser reconocidos como legítimos para facilitar una gobernanza efectiva en los territorios, que por supuesto se autogestione desde la base misma de las comunidades.

A lo anterior, los autores planteamos la actitud compromisoria de los actores y los agentes de transformación desde estructuras aplanadas (no burocráticas impuestas), que incluyan una mayor sensibilidad y comprensión de las condiciones locales, identificando los intereses, aspiraciones y necesidades de las comunidades locales como baluarte direccionado a lograr la transformación de un conflicto, donde la institucionalidad responda en forma objetiva y efectiva a esas realidades locales para poner los cimientos colectivamente en un proyecto de construcción de paz territorial, cuya prioridad sea romper con las actuales estructuras de violencia y desigualdad, articulando las políticas nacionales con las acciones colectivas y agendas desarrolladas para cada región, con la participación de fuerzas sociales que conozcan las dinámicas propias de los territorios y las dinámicas institucionales.

En consecuencia, el establecimiento de procesos de gobernanza territorial híbrida surge, según González (2016), como condición fundamental para la construcción de paz territorial, integrando otras herramientas y mecanismos de participación ciudadana como los espacios de veeduría ciudadana donde la ART y las autoridades de los entes nacionales y territoriales presenten la rendición de cuentas, que en opinión de la misión del Kroc Institute (2019), dé cuenta minuciosa a la ciudadanía sobre los avances,

disponibilidad y ejecución de recursos dirigidos a los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) de forma transversal para su implementación, buscando el ejercicio pleno de una ciudadanía activa y el empoderamiento de las comunidades para su autogestión y gobernanza territorial.

3. ¿Se ha cumplido con el papel y la efectividad de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) como mecanismos de participación ciudadana?

En el Acuerdo de Paz, la participación ciudadana con enfoque territorial corresponde a las exigencias normativas de democratizar y optimizar los procesos de planeación, ejecución y seguimiento de las políticas públicas a nivel local; “la participación, por una parte, fortalece la igualdad política de los ciudadanos, permitiéndoles expresar y contrastar sus opiniones públicamente, e incidir en el contenido de las decisiones que los afectan” (Buritica-Arango y Garzón Correa, 2021, p.3). Por tanto, se esperaba que la implementación efectiva de los mecanismos de participación en el posconflicto contribuyera a legitimar el ejercicio del poder político y a generar desarrollo y bienestar en los territorios (p.4), ayudando a desactivar algunos de los problemas que a menudo se citan como causas de la violencia y el subdesarrollo de algunos territorios, como la centralización, la exclusión política, la ausencia de Estado, la corrupción y la falta de transparencia.

3.1 Punto de vista del gobierno sobre la efectividad de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET)

De acuerdo con el informe “Estabilización en los municipios Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET)”, presentado en mayo de 2022 por la Agencia de Renovación del Territorio (ART), como rendición de cuentas del gobierno saliente de Iván Duque Márquez, reitera que los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), son un instrumento especial de planificación y gestión que tiene como objetivo implementar con mayor celeridad el desarrollo rural y la transformación estructural del campo, sobre la base de un plan construido de manera participativa desde el territorio.

Bajo esas consideraciones se priorizaron 170 municipios agrupados en 16 subregiones, a partir de cuatro criterios: **i)** Niveles de pobreza, en particular de pobreza extrema y de necesidades básicas insatisfechas; **ii)** el grado de afectación derivado del conflicto; **iii)** la debilidad de la institucionalidad administrativa y de capacidad de gestión; **iv)** la presencia de cultivos de uso ilícito y de otras economías ilegales.

La acción focalizada en estas regiones permitió *cinco logros* importantes: **i)** integralidad en la intervención del estado y la implementación de los componentes del Programas

de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), una vez se logren las condiciones de seguridad necesarias; **ii**) transformar las economías de ilegalidad en desarrollo económico acordes con las dinámicas territoriales; **iii**) garantizar la presencia estatal y fortalecer la institucionalidad en estos territorios; **iv**) prevenir la reproducción de ciclos de violencia; **v**) proteger la integridad de quienes habitan estos territorios a través de esfuerzos unificados y coordinados; **vi**) aprovechar las potencialidades productivas, económicas y naturales, a través de las capacidades de los territorios.

Mediante un proceso de identificación y priorización de necesidades de abajo hacia arriba construido de manera participativa, amplia e incluyente, que, además, tuvo en cuenta los diferentes planes, instancias e instrumentos de planificación existentes en el territorio, el Gobierno Nacional llevó a cabo la planeación *en tres niveles*: **i**) nivel subregional (19 departamentos) que constituyó un escenario donde convergieron actores regionales, que identificaron proyectos estratégicos consignados en el plan de acción para la transformación regional; **ii**) nivel municipal (170 municipios) a partir del cual surgió un pacto municipal que contiene la visión compartida y la identificación de las principales demandas a gestionar; **iii**) nivel veredal (11.000 veredas) cuyo resultado fue un pacto comunitario construido por los habitantes de las comunidades de las veredas, resguardos y consejos comunitarios de cada municipio.

La ruta metodológica de planeación participativa finalizó con 16 Planes de Acción para la Transformación Regional, 14 de los cuales fueron firmados en el presente gobierno; en total, los Planes contienen 32.808 iniciativas organizados en los 8 pilares temáticos mostrados en la figura 1, agrupadas con indicadores de logro.



Fuente: Agencia de Renovación del Territorio ART, 2022.

En los 14 Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) finalizados participaron más de 200.000 personas, de las cuales el 25% correspondieron a grupos étnicos con quienes se definieron 116 rutas diferenciales en las regiones Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET). La participación por género fue del 41% de mujeres en los procesos de participación ciudadana.

Los resultados contaron con la participación activa de comunidades, organizaciones sociales, comunales y comunitarias, grupos étnicos, víctimas, sociedad civil, sector privado, academia, gobiernos municipales y departamentales, entre otros actores, plasmaron y priorizaron sus necesidades para la transformación de sus territorios y construyeron una visión de desarrollo conjunta.

El proceso de formulación con la comunidad de los Plan de Acción para la Transformación Regional (PATR), permitió la generación de un espacio de concertación incluyente que contó con la participación de grupos étnicos, población víctima, hombres y mujeres habitantes de los territorios, bajo el enfoque de género, en torno a plantear posibles soluciones al rezago socioeconómico que dichos grupos poblacionales han presentado históricamente en los municipios Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET). Durante la fase de formulación durante este programa, la participación de grupos étnicos, población víctima y el enfoque de género fueron ejes transversales en aras de recoger las diferentes visiones y centrar los esfuerzos de desarrollo con una perspectiva incluyente.

En este sentido, el balance del gobierno nacional fue que, se identificaron 8.381 iniciativas “ruta étnica”, 4.606 iniciativas marcación de “género y mujer rural” y 4.248 iniciativas que benefician a población víctima del conflicto; con lo cual la administración contaría con información de las necesidades reales en las zonas rurales dispersas del país y, a través de la identificación de las casi 33 mil iniciativas en los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), para lograr la estabilización de estos territorios.

Los resultados que fungen como indicadores de logro o efectividad se describen a continuación:

- La inversión en los municipios Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), a través de las fuentes movilizadoras, asciende a \$13,58 billones. De estos, 79,2% de los recursos se han aprobado a través de dos mecanismos: OCAD Paz y Trazador Paz PGN. Por un lado, mediante el OCAD Paz, se han aprobado 565 proyectos en municipios Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), con una inversión cercana a los \$6,26 billones, donde resaltan las inversiones dirigidas a los sectores de Transporte, Minas y Energía y Vivienda, Ciudad y Territorio.

- Se marcaron 113 proyectos a través del Trazador Paz – PGN por un valor de \$4,49 billones, donde resaltan los sectores de Inclusión Social y Reconciliación, Trabajo y Educación.

- El 20,8% restante de los recursos dirigidos a los municipios Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), se encuentran distribuidos entre proyectos de la Agencia de Renovación del Territorio, el Fondo Colombia en Paz y el Departamento Nacional de Planeación, el mecanismo de Obras por Impuestos y la Cooperación Internacional. El primero, compuesto por las Obras Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) – ART, los Proyectos Productivos ART, los Proyectos de Intervención Territorial y los Proyectos de Colombia Sostenible, mediante los cuales se han aprobado 2.204 proyectos que ascienden a una inversión de \$1,3 billones. Por su parte, a través del mecanismo de Obras por Impuestos, se han vinculado 58 empresas a través de 77 proyectos por \$611.433 millones y, finalmente, a través de la Cooperación Internacional se han aprobado 399 proyectos por \$919.536 millones.

- En el Órgano Colegiado de Administración y Decisión (OCAD), los resultados fueron: 565 proyectos aprobados en municipios Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y No programas de desarrollo territorial (NPDET) con una inversión de \$6,26 billones distribuidos en 164 municipios Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET). De este total, en el 2018 fueron aprobados 32 proyectos por \$149.294 millones; durante el 2019 se aprobaron 88 proyectos por \$755.004 millones y en la vigencia 2020 se aprobaron 105 por \$887.734 millones, lo que representa un incremento del 20% respecto al año inmediatamente anterior. Ahora bien, durante el 2021 se aprobaron 338 proyectos por \$4,5 billones. En el 2022, con corte en el mes de mayo se han aprobado 2 proyectos por \$5.538 millones.

- De los 565 proyectos aprobados, el 16,5% se encuentran sin contratar, el 67,6% en ejecución y el 15,9% ya están terminados.

- Los 565 proyectos se encuentran distribuidos en 13 sectores, de los cuales 3 de cada 4 se encuentran en los sectores de Transporte, Minas y Energía y Vivienda, Acueducto y Saneamiento Básico, los cuales concentran el 79,7% de la inversión de los recursos aprobados.

3.2 Punto de vista de las organizaciones no gubernamentales

Tras la firma del Acuerdo, las problemáticas que amenazan la implementación de los mecanismos han desencadenado una serie de nuevos retos a las instituciones públicas, “frente a la violencia que se ejerce todos los días contra los líderes sociales, los defensores de derechos humanos, las autoridades indígenas y los miembros de los medios de comunicación alternativos obstaculizan el ejercicio del liderazgo social”, requerido para que “la participación ciudadana en los territorios y tanto su presencia como gestión para la gobernanza territorial sea exitosa” (Buriticá-Arango y Garzón Correa, 2021, p.8). Porque, de hecho, la estructura del Estado, ha producido que la planificación territorial y participativa pierda autonomía frente a las entidades públicas del orden nacional.

De otra parte, los mecanismos de participación que suponen un marcado carácter territorial y multisectorial, ha permitido la presencia de las comunidades regionales o locales para discutir la problemática, logrando que el rol de las autoridades nacionales se redujera al menos idealmente, a labores de coordinación, financiación y apoyo técnico a las entidades territoriales.

Muchos mecanismos promueven, además, la participación multisectorial, mediante la cual el ciudadano no sólo ejercita sus derechos de participación a título personal, “sino también en calidad representante de sectores sociales diversos, entre los cuales se encuentran los campesinos, indígenas, afrodescendientes, víctimas del conflicto armado, defensores de derechos humanos, empresarios, estudiantes, servidores públicos, comunidades religiosas, sindicalistas, entre otros” (Buriticá-Arango y Garzón Correa, 2021, p.6).

La efectividad de los mecanismos de participación puede observarse en el hecho que solo el Consejo Nacional de Paz, Reconciliación y Convivencia, creado por el Decreto 885 de 2017, incluye entre sus miembros a los representantes de más de 100 sectores de la sociedad civil y del Estado.

Se percibe un fracaso de la política de gestión del territorio que se evidencia en la profundización de los conflictos territoriales, existiendo una ruptura entre los objetivos planteados y las acciones emprendidas, en muchas ocasiones, debido a la captación del Estado por parte de actores legales e ilegales, y a través de prácticas clientelistas y/o violentas.

Ese fracaso es dramático porque está representado en asuntos como la informalidad de la propiedad rural, la elevada concentración de tierras, la minería ilegal, los cultivos ilícitos, los altos índices de pobreza, el poco acceso a la educación e instrucción de la población, la ausencia de servicios básicos y el atraso en infraestructura que auspician el surgimiento de numerosos actores ilegales que, amparados en ocasiones por el Estado, se disputan violentamente los recursos (Defensoría del Pueblo, 2018, p. 12; Rojas-Naranjo, 2016).

Esta deficiente gestión de territorio está relacionada sin duda con la incapacidad del Estado de monopolizar la creación y ejecución de las políticas públicas, que conlleven a la gobernanza territorial, lo cual ha sido considerada por diversos autores, como una de las causas históricas del conflicto.

Sin duda, el mayor riesgo para la implementación de los mecanismos de participación ciudadana en el posconflicto ha sido la violencia ejercida contra los líderes sociales en todo el territorio nacional, especialmente en las zonas más golpeadas por el narcotráfico, la minería ilegal, la extorsión, el despojo de tierras y el tráfico de migrantes.

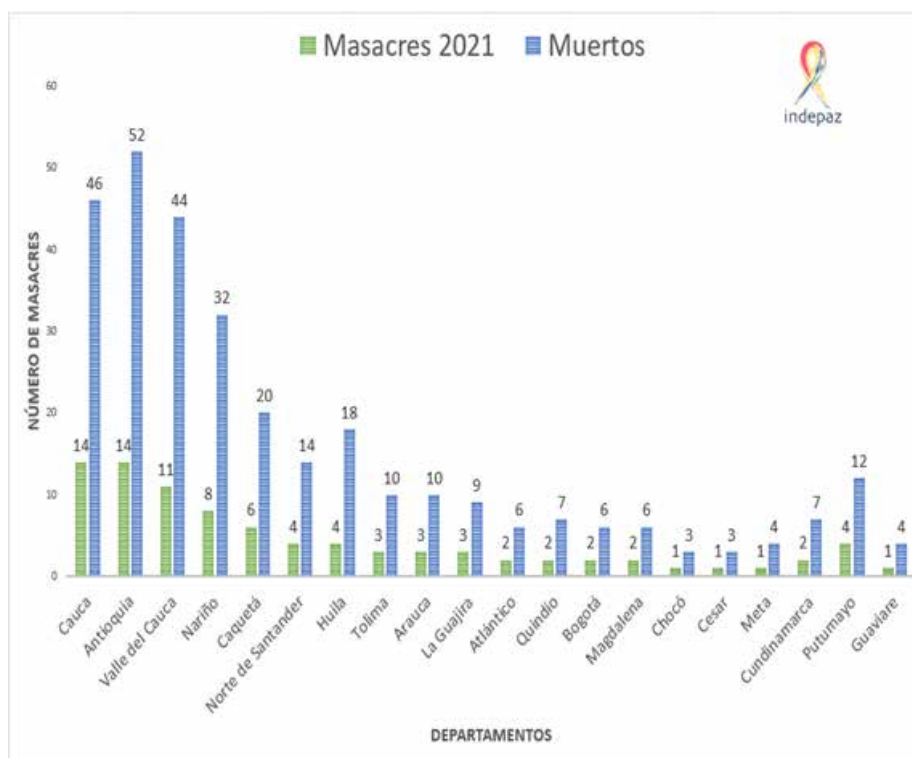
Según Indepaz, Marcha Patriótica y Cumbre Agraria (2019, p. 1), entre noviembre de 2016 y julio de 2019 habían sido asesinados en Colombia un total de 623 líderes sociales y defensores de derechos humanos, de los cuales 21 fueron asesinados en 2016, 208 en 2017, 282 en 2018 y 80 durante el primer semestre de 2019. Además,

en el mismo periodo fueron asesinados 137 excombatientes de las FARC-EP firmantes del Acuerdo. A estas cifras se suman, en 2020, 287 líderes y defensores de derechos humanos asesinados, así como 137 excombatientes (Indepaz, 2020).

En contraste, las cifras presentadas por el Gobierno Nacional como cifras de líderes asesinados son muy inferiores, lo cual evidencia un nivel de mayor victimización y tragedia que padece el liderazgo social en Colombia: 289 líderes y defensores de derechos humanos asesinados entre enero de 2016 y julio de 2019, de los cuales 61 fueron asesinados en 2016, 84 en 2017, 114 en 2018 y 30 en el primer semestre de 2019 (Consejería Presidencial para los derechos humanos y asuntos internacionales, 2019, p. 10).

Según el registro obtenido por la Fundación Paz y Reconciliación “Pares” (2022), se realiza con información directa e inmediata de las organizaciones sociales a lo largo y ancho de Colombia que reivindican a estas personas como líderes sociales y/o defensores de Derechos Humanos, a través de la coordinación del Observatorio de Conflictividades de Indepaz, cuyos organismos reportan que, con corte al 31 de diciembre de 2021 hubo 96 masacres (no homicidios colectivos) con 338 víctimas letales, mientras que, con corte al 30 de septiembre de 2022, hubo 81 masacres con 257 víctimas letales.

La figura 2 presenta los indicadores de masacres y asesinatos, discriminados por Departamentos, en el año de 2021.



Fuente: Indepaz, 2022 (citado por Pares, 2002).

De los anteriores indicadores se concluye que, el efecto inmediato de la violencia es dejar a los mecanismos de participación sin los liderazgos necesarios para convertirlos en instrumentos efectivos en la terminación del conflicto, la consolidación de la paz y la generación de desarrollo en los territorios.

A corto y mediano plazo, la violencia contra los líderes impidió el surgimiento de nuevos liderazgos, aumentando la desconfianza de la ciudadanía en las instituciones públicas y frustrando el propósito de consolidarla, tal como lo establecen Organizaciones No Gubernamentales como: la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz (CIJP), Corporación Jurídica Libertad (CJL), Fundación Forjando Futuros (FFF) e Instituto Popular de Capacitación.

Para las ONGs dedicadas en Colombia y fuera de ella -como Human Rights Watch International- a estudios, análisis e investigaciones del conflicto armado y el posconflicto colombiano, consideran que el Gobierno Duque Márquez no alcanzó un balance mínimamente favorable en su responsabilidad de construir paz en cumplimiento del Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Estado y las FARC-EP; tampoco en la consolidación de un marco estructural que desde la democracia radical provea a los ciudadanos y a las instituciones, escenarios de justicia y garantías de no repetición y convivencia; ante la falta de apoyo a instituciones como la JEP y la Comisión de la Verdad, y además por la incapacidad para erradicar el patrón de eliminación, criminalización, estigmatización de los liderazgos locales y territoriales en los que se ha basado la acumulación de riquezas para unos pocos, especialmente en corrupción administrativa y por contratación- derivado del aparato estatal, también de la impunidad rampante, sea cual fuere las razones de fondo -acción o de omisión, en otras palabras con o sin intencionalidad de entorpecer el proceso.

Conclusiones

La participación ciudadana es el baluarte en la formulación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), mediante metodologías participativas que permitan generar relaciones de confianza entre los actores transformadores, las instituciones del Estado y las comunidades rurales, con el fin de priorizar las acciones estatales de acuerdo con las necesidades territoriales, *desde lo local* para potenciar el desarrollo socioeconómico territorial.

Los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), fueron concebidos a partir del Acuerdo Final de Paz en Colombia, como la herramienta que buscaría lograr una transformación estructural del campo y de las relaciones entre las comunidades y el Estado, con el objetivo de generar un cierre en las brechas de desarrollo existentes entre campo y ciudad privilegiando un enfoque participativo en el que se busca que las acciones estatales para el desarrollo de la economía campesina y territorial, al acceso integral a la tierra y a la creación de condiciones adecuadas para la convivencia pacífica. Sin embargo, el propósito de promover la construcción de una paz territorial para

transformar las dinámicas que generan violencia directa, cultural y estructural en los territorios priorizado, no se ha logrado generando con ello el continuismo del mercado atraso socioeconómico del campo colombiano, que en opinión de Uribe-López (2013) es consecuencia del *sesgo anti-campesino* presente en las políticas de desarrollo del país y del alto impacto del conflicto armado en los sectores rurales.

La construcción y formulación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y en la Región Amazonía los Esquemas de Ordenamiento Territorial (EOT), contra todo pronóstico eleva la finalidad del Estado a la participación ciudadana como pilar de su actuar, mediada por un cambio en el paradigma con relación a las formas tradicionales que ha tenido el Estado colombiano para relacionarse con las comunidades rurales gravemente afectadas por el conflicto, enfocándose en la formulación de los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR), a través de ejercicios amplios de participación ciudadana que permitieran la construcción de una visión de desarrollo socioeconómico territorial, basado en las necesidades y características de las poblaciones que habitan las subregiones y municipios Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET); así mismo los Esquemas de Ordenamiento Territorial (EOT) en la Amazonía.

Sin duda, la construcción de paz territorial debe pasar por el concepto y la operacionalización de un proceso de gobernanza híbrida que articule el accionar estatal en todos los niveles territoriales para atender efectiva y oportunamente las necesidades y expectativas locales en cuanto al desarrollo del territorio desde el mismo, *desde lo local*; a pesar de la falta de articulación entre los entes estatales nacionales y territoriales, para lograr un mayor grado de implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y las obras e iniciativas estipuladas en los Plan de Acción para la Transformación Regional (PATR).

La importancia de los procesos de construcción participativa se proyecta a escenarios para posibilitar el cierre de la brecha vertical que se da entre los acuerdos de paz, diseñados en el nivel nacional, y los procesos *de abajo hacia arriba* que construyen los actores comunitarios cuando realizan acciones de autogestión y gobernanza territorial para solucionar las problemáticas de su territorio y, desde luego, permitir tejer redes y construir relaciones y espacios que sean legitimados y que permitan un diálogo permanente entre las comunidades, las instituciones y sus territorios.

Existe un valor intrínseco, a través del ejercicio participativo que se profundiza en conceptos como democracia, de modo que la distancia entre los ciudadanos y las instituciones sea más cercana, participando en temas de interés general, y a su vez ayudan a incentivar el valor de la confianza. Posicionarse en este espacio social implica reconocer que a través de estrategias estandarizadas y no contextualizadas desde el nivel central al descentralizado se debilitan las conexiones comunitarias y no se promover la participación ciudadana contraria, es decir, desde el nivel local hasta el nacional,

por tanto, no existe un real ensamble y articulación de los actores potencialmente transformadores del desarrollo regional con gobernanza territorial.

Los mecanismos de participación ciudadana fortalecen los principios de igualdad, autonomía política y organización de los ciudadanos o gobernanza territorial y pueden contribuir en condiciones adecuadas a disminuir los fenómenos de conflictividad social, a mejorar los índices de desarrollo territorial y en consecuencia, a consolidar la gobernabilidad democrática local.

En el posconflicto colombiano, la implementación de los mecanismos de participación ha afrontado una serie de dificultades que ponen en riesgo el logro de los objetivos del Acuerdo de Paz, debido a los vaivenes, sesgos, obstáculos y talanqueras que durante la Administración Duque Márquez se produjeron para el avance en el cabal cumplimiento de los compromisos allí pactados (en especial el primero); aunado a las agresiones, las intimidaciones, el incesante desplazamiento forzado, niveles de violencia y el asesinato permanente de líderes sociales y defensores de derechos humanos confabulados con la impunidad e indiferencia del aparato estatal, se menoscaba y deja en entredicho la real efectividad de la participación ciudadana, frente a la sustracción de materia de insumo principal -el liderazgo social- en los territorios y el jalonamiento de los vitales procesos de gobernanza territorial en escenarios del postconflicto.

Los indicadores presentados demuestran que la no adecuada implementación que se ha dado a los compromisos del Acuerdo, pone en riesgo la construcción de la paz “desde abajo”, es decir, la creación de planes y programas de desarrollo, paz, reconciliación y convivencia por y para la deseada gobernanza de los territorios; en otras palabras que en la relación lo planificado vs lo ejecutado en los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR), esté soportada y empoderada para proteger dichos procesos políticos en pro de construir una ciudadanía, así como comunidades activas que posibiliten la gobernanza territorial, lo cual no se ha logrado ante la ausencia de las autoridades del orden nacional para cumplir con el papel que le corresponde: apoyar a los territorios con recursos, conocimientos y capacidades para que construyan autónomamente la paz y el desarrollo sostenible por lo demás.

Finalmente, para la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana, los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR), han sido un *monstruo policéfalo*, dada su enorme y pesada estructura administrativa de infinita burocracia y corrupción, también de la dispersión y su alcance meramente formal, con una absurda e inalcanzable meta en la oferta participativa de la contratación para la inversión pública de zonas y municipios, en donde los niveles de adjudicación fueron superiores al 80% de lo planificado, pero no más del 15% ejecutado y en funcionamiento. Todo lo cual no deja de ser una experiencia significativa en materia de reto para las autoridades locales y nacionales a fin de racionalizar la oferta participativa, e incentivar la implementación de los mecanismos en los procesos de creación, implementación y seguimiento de las políticas públicas.

Referencias Bibliográficas

- Agencia de Renovación del Territorio (2022). Estabilización en los municipios Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET). Recuperado de: <https://www.portalparalapaz.gov.co/loader.php?lServicio=Tools2&lTipo=descargas&lFuncion=descargar&lIdFile=707>
- Buriticá-Arango, E. & Garzón Correa, C. (2021). “La participación ciudadana en el posconflicto: alcances y retos de la democratización territorial en Colombia”. *Revista Estudios de Derecho Universidad de Antioquia* (edición 14 de julio). Recuperado de: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/346793/20805924>
- Cairo, H. & Ríos, J. (2019). “Las élites políticas y la paz territorial en Colombia: Un análisis de discurso en torno al Acuerdo de Paz”. *Revista Española de Ciencia Política*, 50, 91-113. Recuperado de <https://doi.org/10.21308/recp.50.04>
- Centro de Estudios de Guatemala (CEG) (2016). “Proceso de paz en Guatemala: un estudio de caso sobre la negociación y el proceso de diálogo nacional en Guatemala”. Recuperado de: https://www.swisspeace.ch/fileadmin/user_upload/pdf/Mediation/Estudio_de_caso_sobre_Proceso_de_paz_en_Guatemala.pdf
- Cisneros, I.H. (2014). “Norbert Bobbio, de la razón de Estado al gobierno democrático. Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco”. Recuperado de: https://www.iepcjalisco.org.mx/sites/default/files/unidad-editorial/publicaciones/norberto_bobbio_de_la_razon_de_estado_al_gobierno_democratico.pdf
- Congreso de la República. (2016, 7 de julio). *Acto Legislativo 01 de 2016*. Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Diario Oficial No. 49.927. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2016.html
- Congreso de la República. (2017, 11 de mayo). *Acto Legislativo 02 de 2017*. Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Diario Oficial No. 50.230. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2017.html
- Congreso de la República. (2017a, 8 de septiembre). *Acto Legislativo 04 de 2017*. Por el cual se adiciona el artículo 361 de la Constitución Política., Diario Oficial No.

50.350. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_04_2017.html

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (2018). Lineamientos para la articulación del Plan Marco de Implementación del Acuerdo Final con los Instrumentos de planeación, programación y seguimiento a políticas públicas del orden nacional y territorial CONPES 3932. Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3932.pdf>

Congreso de la República Colombia (31 de diciembre, 2019). Constitución Política. Recuperado de: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Congreso de la República Colombia (2019). Ley 1955 de 2019. *Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, pacto por la equidad*. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30036488>

Congreso de la República. (2019). “¿En qué va el Acuerdo de Paz a un año del gobierno Duque? Retos y recomendaciones”. Recuperado de: https://docs.wixstatic.com/ugd/883ff8_65cb9590aead4a1dba52704146147f18.pdf

Corte Constitucional de Colombia (2001, 24 de enero). Sentencia C-048 de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-048-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia (2004, 22 de enero). Sentencia T-025 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

Corte Constitucional (2006, 18 de mayo). Sentencia C-370 de 2006. Sala Plena, Examen de constitucionalidad a la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil (abril 4 de 2018). Sentencia STC 4360 de 2018. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. Recuperado de: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>

Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2018). “Plan Marco de Implementación del Acuerdo Final”. Recuperado de: [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3932_Anexo%20B_Plan%20Marco%20de%20Implementaci%C3%B3n%20\(PMI\).pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3932_Anexo%20B_Plan%20Marco%20de%20Implementaci%C3%B3n%20(PMI).pdf)

- Fundación Paz y Reconciliación (Pares). (2022). “Violencia homicida en Colombia: Informe sobre tendencias asociadas al homicidio 2021-2022”. <https://www.pares.com.co/post/violencia-homicida-en-colombia-informe-sobre-tendencias-asociadas-al-homicidio-2021-2022#:~:text=En%20Colombia%20la%20tasa%20de,se%20han%20registrado%207.827%20homicidios>.
- García Giraldo, J.P. (2020). “Implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial y construcción de paz territorial en Colombia: avances y desafíos”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50(133), 454-481. [En línea]. <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a10>
- Giraldo, Á., Giraldo, M., & Giraldo, A. (2005). “Metodología y técnica de la investigación sociojurídica”. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda.
- González González, F.E. (2016). “¿Gobernabilidades híbridas o gobernanza institucionalizada en Colombia? Elementos para pensar la paz territorial en un escenario de transición”. *Controversia*, 206, 17-60.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, M.P. (2014). “Metodología de la investigación” (6ª ed). México: McGraw-Hill.
- Jaramillo, S. (2016). *La Paz Territorial*. Oficina Alto Comisionado para la Paz en Colombia. <https://interaktive-demokratie.org/files/downloads/La-Paz-Territorial.pdf>
- Kleber Martínez, M.J & Pimentel Castilla, J. (2016). “La diversidad en la significación del concepto de paz en la jurisprudencia constitucional colombiana y sus implicaciones”. *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Norte*, 9, 24-51. Recuperado de: [https://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/13176647/Actualidad-juridica-9-final-42-51.pdf/bdd47f6d-35d2-4df6-98ec-c7f53371e176#:~:text=\(Corte%20Constitucional%2C%20Sentencia%20C%2D048%20de%202001\).&text=Con%20respecto%20a%20qu%C3%A9%20debe,58\)](https://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/13176647/Actualidad-juridica-9-final-42-51.pdf/bdd47f6d-35d2-4df6-98ec-c7f53371e176#:~:text=(Corte%20Constitucional%2C%20Sentencia%20C%2D048%20de%202001).&text=Con%20respecto%20a%20qu%C3%A9%20debe,58)).
- Kroc Institute for International Peace Studies. (2019). “Estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz de Colombia 2 años de implementación”. Informe No. 3. años 2016-2018. University of Notre Dame. Recuperado de https://kroc.nd.edu/assets/321729/190523_informe_3_final_final.pdf
- Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Territorial (MADS). (16 de octubre de 2020). En “15 municipios de la Amazonía avanzan en los ajustes de los Esquemas de Ordenamiento Territorial (EOTS)”. Recuperado de: <https://visionamazonia.minambiente.gov.co/news/en-15-municipios-de-la-amazonia-avanzan-en-los-ajustes-de-los-esquemas-de-ordenamiento-territorial-eots/>

- Mora Cortés, A. F. (2020). “El financiamiento de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial: Simulación, impactos e inconsistencias”. *Centro de Pensamiento y Diálogo Político*, 18. Recuperado de: [https://cepdipo.org/portfolio/simulacion-inconsistenciasfinanciacion-Programas-de-Desarrollo-con-Enfoque-Territorial-\(PDET\)](https://cepdipo.org/portfolio/simulacion-inconsistenciasfinanciacion-Programas-de-Desarrollo-con-Enfoque-Territorial-(PDET))
- Moreno Millán, F. (2014). “El concepto de Paz en la Constitución Política de Colombia de 1991: Reconstrucción de su significado a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 21(2), 305-346. doi: 10.4067/S0718-97532014000200009
- Naranjo Aristizábal, S., Machuca Pérez, D., Valencia Toro, M. (2020). “La Reforma Rural Integral en deuda”. *Gentes del Común y Centro de Pensamiento y Diálogo Político*, 18. Recuperado de: https://cepdipo.org/wp-content/uploads/2020/06/Coleccio%CC%81n_web_06_La-reforma-rural-integral-en-deuda.pdf
- Penagos, A., Barrera, C., Umaña, M. y Bustamante, J. (2016). “Lineamientos Operativos para los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial”. Serie documento de trabajo 207. Recuperado de: http://rimisp.org/wp-content/files_mf/1482796603LineamientosOperativosparalosProgramasdeDesarrolloconEnfoqueTerritorial.pdf
- Presidencia República de Colombia. (2017, 28 de mayo). *Decreto Ley 893 de 2017*. Por el cual se crean los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial PROGRAMAS DE DESARROLLO CON ENFOQUE TERRITORIAL (PDET). Recuperado de: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20893%20DEL%2028%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD, Colombia]. (2014). “Conflictos y Construcción de Paz en América Latina”. Recuperado de: <https://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/Democratic%20Governance/UNDP-RBLAC-Curso-paz-AL.pdf>
- Ramírez Sarmiento, D.M. (2019). “Hacia una participación ciudadana transformadora: posibles soluciones para una participación efectiva en los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET)”. Ponencia, en X Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, de la Asociación Latinoamericana de Ciencias Políticas (ALACIP). Julio 31 - agosto 3 de 2019. Recuperado de: <https://alacip.org/cong19/281-ramirez-19.pdf>
- Ríos Sierra, J. & Gago Anton, E. (2018). “Realidades y desafíos de la paz territorial en Colombia”. *Papers*, 103(2), 281-302. Recuperado de: <https://doi.org/10.5565/rev/papers.2361>

- Sánchez Iglesias, E. y Sánchez Jiménez, V. (2019). “El enfoque territorial en el proceso y el Acuerdo de Paz colombiano”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, 121, 67-90. doi.org/10.24241/rcai.2019.121.1.67
- Trejos, L., Badillo, R. e Irreño, Y. (2019). “El Caribe colombiano: Entre la construcción de paz y la persistencia del conflicto”. *Jurídicas CUC*, 15(1), 9-46. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.15.1.2019.01>
- Torres Macho, M. J. (2009). “La importancia de los Derechos Humanos en la Consolidación de: la Paz en Guatemala”. *Revista América Latina Hoy: Derechos Humanos*, 20. <https://doi.org/10.14201/alh.2632>
- Torres Martínez, J. (25 de noviembre, 2021). “Colombia es hoy un símbolo de paz para el mundo”. António Guterres. El Tiempo, edición 25 de noviembre de 2021. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/antonio-guterres-entrevista-y-detalles-de-su-visita-a-colombia-634688>
- Uribe López, M. (2013). “Estilo de desarrollo y sesgo anticampesino en Colombia”. *Cuadernos de Economía*, 32(60), 505-535.
- Vegas, H. (2015). *Gestión pública local, gobernanza y participación: Una visión a partir del discurso de los actores sociales en Venezuela*. Tesis Doctoral en Ciencias Administrativas y Gerenciales (Universidad de Carabobo). Recuperado de: <http://mriuc.bc.uc.edu.ve/bitstream/handle/123456789/2119/hvegas.pdf?sequence=1>
- Vélez Zapata, S. (2019). *Paz desde lo local. La fase veredal del PROGRAMAS DE DESARROLLO CON ENFOQUE TERRITORIAL (PDET) en El Bagre: voz sin decisión*. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo, Universidad de los Andes.

LÍMITES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA A FAVOR DE ANIMALES DE COMPAÑÍA¹

LIMITS OF SELF-DEFENSE IN FAVOR OF COMPANION ANIMALS

Recibido: 13 de junio de 2023

Aceptado: 01 de agosto de 2023

Carlos Andrés Pérez Calderón²

1 Artículo de revisión presentado como requisito de grado en la Especialización de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia. Aceptado el 25 de abril y subido al Repositorio el 11 de julio de 2022. <https://hdl.handle.net/10901/22802>

2 ²Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia, Bogotá, D.C. Contacto: carlosapcalderon@gmail.com. ID: 0009-0005-2682-7385.

Resumen

La procedencia de la legítima defensa como causal justificante de la antijuridicidad dentro de la teoría del delito, requiere el cumplimiento de ciertos presupuestos los cuales varían dependiendo del ordenamiento penal a examinar, más exactamente de la afiliación dogmática en que dicho ordenamiento se sustente y los objetivos en política criminal proyectados, sin perjuicio de otros aspectos determinantes. A propósito de la Ley 1774 de 2016 mediante la cual se penaliza el maltrato animal, Colombia avanzó en sintonía con la tendencia generalizada a nivel mundial sobre el reconocimiento de derechos subjetivos a los animales, considerándoles seres sintientes y por tanto atribuyéndoles prerrogativas susceptibles de protección incluso a través del derecho penal. Esta norma, aparte de constituirse en una auténtica herramienta jurídica propia de un estado social de derecho, sugiere cuestionamientos propios de la dogmática penal, como por ejemplo la viabilidad del ejercicio de la legítima defensa en favor de una mascota y los interrogantes que subyacen a la aplicación de dicha causal eximente, a propósito de una jurisprudencia proferida por un tribunal penal alemán en el año 2018 y expuesta por el profesor Luis Greco (2019), quien plantea tal discusión.

De esta manera, se revisará la importancia sobre el reconocimiento constitucional y legal del bien jurídico que protege de maltrato y sufrimiento causado por los humanos sobre los animales, analizando la legítima defensa como un instituto extensivo de esa protección sobre las mascotas, y se realizará una exploración dogmática sobre los requisitos de procedencia de la legítima defensa con el propósito de determinar hasta dónde resulta admisible el ejercicio de la causal justificante en favor de una mascota.

Palabras clave: Legítima defensa, animales de compañía, necesidad racional, medio menos lesivo.

Abstract

The validity of self-defense as a justifying cause of unlawfulness within the theory of crime requires the fulfillment of certain assumptions which vary depending on the criminal system to be examined, more precisely on the dogmatic affiliation on which such system is based and the criminal policy objectives projected, without prejudice to other determining aspects. Regarding Law 1774 of 2016 by which animal abuse is criminalized, Colombia advanced in line with the generalized worldwide trend on the recognition of subjective rights to animals, considering them sentient beings and therefore attributing to them prerogatives susceptible of protection even through criminal law. This norm, apart from constituting an authentic legal tool proper of a social state of law, suggests questions proper of criminal dogmatics, such as, for example, the viability of the exercise of self-defense in favor of a pet and the questions underlying the application of such exculpatory ground, apropos of a jurisprudence

rendered by a German criminal court in 2018 and exposed by Professor Luis Greco (2019), who raises such discussion.

In this way, the importance of the constitutional and legal recognition of the legal good that protects from mistreatment and suffering caused by humans on animals will be reviewed, analyzing self-defense as an extensive institute of that protection on pets, and a dogmatic exploration will be made on the requirements for the admissibility of self-defense with the purpose of determining to what extent the exercise of the justifying cause in favor of a pet is admissible.

Key words: Legitimate defense, companion animals, rational necessity, least harmful means.

Introducción

Entendiendo la institución jurídica de la legítima defensa como un derecho fundamental (Gómez, 1997, p. 298), el mismo a partir de la Constitución Política de Colombia presenta dos componentes: uno individual y otro social. Tal noción puede verse explícita en el artículo 32 numeral 6° del código penal colombiano, en donde el carácter personal de la justificante surge de la necesidad de defender de agresiones un derecho propio, mientras que el factor social de la legítima defensa corresponde al ejercicio de la misma con el propósito de proteger bienes jurídicos de terceros, en atención al principio constitucional de solidaridad social -artículos 1 y 95 sup.- como fundamento del estado social de derecho. En ese orden deberá comprenderse la defensa de intereses de terceros como un deber social con sustento constitucional y legal.

Las mascotas, entendidas como aquellos animales para la convivencia que, sin perjuicio de exclusión de los demás animales domésticos, tienen como fin exclusivo acompañar a las personas, sugieren una interrelación mediada por la dependencia la cual demanda de los tenedores el cuidado y la protección suficientes para garantizar al animal su ciclo vital normal, libre de maltrato y crueldad.

La idea de que a favor de los animales pudiera aplicarse la causal justificante de la legítima defensa al parecer surge a partir de jurisprudencia alemana del año 2017, donde el Tribunal de Magdeburgo resuelve un caso sometido a su conocimiento considerando posible ejercer la defensa legítima en favor de unos animales de granja, justificando de esa forma la violación a la morada ajena en que los defensores incurrieron para lograr material filmico que probara el maltrato sobre los animales de granja, puntualizando que éstos deben ser entendidos como sujetos de derechos defendibles desde la legítima defensa en favor de terceros.

Como resultado de la reflexión, surgen cuestionamientos sobre la misma naturaleza jurídica de la legítima defensa y la posibilidad de darse contradicciones dogmáticas que impidan asimilar, los derechos de los animales como bienes jurídicos susceptibles de protección, con la posibilidad de ser defendidos por un tercero justificado penalmente. Y ese en realidad es el punto de partida en cuanto al abordaje de la temática: la verificación de que al sistema jurídico determinado le asiste interés en proteger a través del derecho penal a los animales, positivizando un bien jurídico que se establece como el derecho ajeno a guardar mediante el justificante punitivo de la legítima defensa.

En consecuencia, el análisis debe proseguir en atención a examinar los requisitos que la doctrina penal ha decantado y que de entrada se asume no uniforme y por tanto está dada la posibilidad de examinar algunas posiciones y manifestar algún tipo de adherencia o inclinación hacia las mismas. Concretamente, uno de los propósitos de esta revisión documental es determinar cuáles pueden ser los condicionantes de la acción defensiva desde una mirada de la dogmática penal frente a la injusta arremetida de un agresor sobre una mascota -animal de compañía- por ejemplo. Además, para el caso colombiano, conviene revisar el estado actual de la defensa legítima y el tratamiento punitivo que implica el exceso en la justificante y los criterios para determinarlo. Finalmente se recogerá una interesante postura que señala, dentro de uno de los requisitos que por doctrina válida la legítima defensa y es la necesidad racional de la misma, lo que se ve concretizado en la exigencia de que quien ejerce defensa de un ataque antijurídico, deberá elegir el medio menos lesivo, y tal exigencia puede convertirse en una limitante del acceso a la figura justificante según las particularidades del caso, a partir de lo cual permite concluir que es erróneo condicionar la legítima defensa mediante una equivalencia proporcional de bienes jurídicos en conflicto, y por tanto la acción defensiva podría incluso hasta causar la muerte del agresor y seguir amparada por sus efectos justificantes.

Método

La indagación de fuentes que le dieran soporte y contenido argumental al tema propuesto estuvo determinada por el hallazgo de un artículo académico que el profesor alemán Luis Greco publicara en el año 2018, en el cual se abordaba un tema bastante sugerente: Legítima defensa de animales.

Con el propósito de hallar compatibilidad práctica entre la mencionada temática principal y la norma sustantiva penal colombiana, la búsqueda de fuentes fue inclinándose hacia el examen de los criterios de corte normativo y dogmático de la institución de la legítima defensa, descubriendo que aunque al respecto no es mucho lo que se ha escrito y con razón dado lo novísimo del debate, la cuestión puntual que se presenta en este artículo puede representar una modesta contribución al respecto.

Además de la recopilación y revisión documental hallada en bases de datos de la Universidad Libre, *Google Académico*, y algunos Repositorios de universidades nacionales,

se nos revela el estado incipiente de la temática particular de estudio, la proposición de un problema jurídico respecto de los alcances de la legítima defensa sobre animales nos sugiere la correlación entre los planteamientos exclusivamente dogmáticos y el proyecto político criminal que tiene siempre a la vista las consecuencias sociales de cada posición teórica traducida en práctica judicial, pues finalmente las decisiones de los jueces no se profieren solamente por su adecuación lógica, también por su contenido axiológico.

Discusión

Animales como sujetos de derechos protegidos por la norma penal

Previo al análisis de procedencia de la legítima defensa en favor de animales como una figura jurídica de aplicación viable, ineludiblemente debe atenderse al asunto del reconocimiento que determinado ordenamiento realice sobre los derechos de los animales y los comprenda como bienes de interés jurídico penal que tienen que ser protegidos.

Así lo entiende el profesor Greco (2019), quien aborda el tema afirmando de forma preliminar y desde las prescripciones del código penal alemán, que la defensa se establecerá a partir de una agresión sobre un bien jurídico estrictamente individual, y por tanto se podría actuar en defensa de los animales si estos se hallan reconocidos como sujetos de derechos.

El profesor afirma que el tipo penal que castiga la muerte y el maltrato injustificado de un animal vertebrado en Alemania goza de una legitimidad casi absoluta, es decir que no es objeto de reparo alguno, y la razón obedece a que los animales son considerados, en total armonía constitucional, sujetos de valor en sí mismos, respeto desprovisto de cualquier reconocimiento mediado o derivado, que obedece a postulados de la razón, la reflexión y la lógica jurídica.

En esa misma línea, se afirma que es la capacidad de experimentar estados mentales, sumado al ya señalado valor propio, que los animales se reportan como sujetos de derechos subjetivos. Y son precisamente estos elementos los que permiten una suerte de autodeterminación que aunque sea básica, y además de la posibilidad de ser determinados por otro, que configuran circunstancias que generan la posibilidad de un ataque antijurídico sobre el animal.

El profesor Greco de forma concluyente afirma que, para el propósito temático, es suficiente con decir que los derechos con que cuentan los animales tienen un carácter rudimentario, correspondientes a no ser privados de la vida injustificadamente, y a vivir libres de sufrimiento y dolores. Tales derechos no atribuyen a su sujeto capacidad de percibirlos, y precisan de alguien capaz para que los ejerza por ellos, y de esta forma surge el derecho a la defensa del animal, configurándose la defensa legítima de un

tercero. Se constituye de esa forma como un derecho secundario, que se desprende del derecho a defenderse del directo violentado.

Por su parte, dentro del debate de la procedencia de la legítima defensa en animales, la doctora argentina Nadia Espina (2020) centra su análisis a partir del reconocimiento de determinadas prerrogativas a los animales no humanos, enfocándose en precisar el titular del bien jurídico en los delitos de maltrato animal.

Refiere la Dra. Espina, del libro *La pachamama y el humano* del maestro E. Raúl Zaffaroni, que concebir el maltrato sobre los animales como un punible en contra los seres humanos, es decir, desde una mirada antropocéntrica, pasa por considerar que el bien jurídico en tal caso está fundado en el interés moral de la comunidad y como afrenta al medio ambiente. Pero lo cierto, y acorde con la posición del maestro Zaffaroni sobre la posibilidad de bienes jurídicos en cabeza de sujetos no humanos, es que a partir del reconocimiento del animal como un ser susceptible de percibir entre otras cosas dolor, sobresale la necesidad de determinar que en el delito de crueldad o maltrato sobre los animales el bien jurídico corresponde al mismo ser animal, por lo que se hace imperioso su comprensión como sujeto de derechos. (Zaffaroni 2012, 51 y ss.).

De esta manera se plantea que al reconocer que el animal es un ser dotado de capacidad para sentir entre otras sensaciones la de dolor, surge la necesidad de precisar que el bien tutelado en el delito de maltrato o crueldad animal es el derecho del mismo animal a no ser objeto de la crueldad del humano, para lo cual es imperioso reconocerle el estatus de sujeto de derechos. En tal dirección, la Dra. Espina adhiere a Roxin, manifestando que ante un punible de maltrato animal no hay que renunciar a la defensa de los bienes objeto de tutela jurídica, sino por el contrario hay que extender su ámbito de protección a través de la ampliación del contrato social a otros seres vivos, lo que permite inferir que el núcleo del bien jurídico radica en los derechos a la vida e integridad de los animales en sí mismos. (Roxin 2016, 446).

En una revisión sobre el estado de la situación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, Vásquez Rodas (2020) identifica que la respuesta en esta latitud parte de una previa consideración sobre si los animales a los cuales se estaría defendiendo son propiedad del mismo defensor, esto por el hecho de que en el código civil ecuatoriano los animales reciben un tratamiento de muebles semovientes, y bajo ese entendido la defensa legítima se entendería sobre el derecho de propiedad. Pero lo problemático se asoma al analizar si opera la legítima defensa sobre aquel que intercede por un animal que no es de su propiedad.

Y la conclusión, en sintonía con las tendencias normativas de los estados sociales y humanistas de derecho, es que a partir de la misma constitución del Ecuador, decisiones de derecho internacional y doctrina concordante, los animales pueden ser sujetos de derechos que posibilitan su defensa legítima por un tercero. Puntualmente, el artículo

249 del código orgánico integral penal³ prescribe en un párrafo único no un delito, pero sí una contravención como consecuencia al maltrato y/o muerte de mascotas o animales de compañía, lo cual permite inferir la existencia de un bien jurídico que pretende ser protegido por la ley penal.

Caso Colombiano: Ley 1774 de 2016

El derecho penal, en general, a partir de sus principios de subsidiariedad y fragmentariedad, protege bienes jurídicos que requieren de especial tutela dada la sociedad y la política criminal que lo determine, eso sí, bienes que por tradición han estado exclusivamente bajo la titularidad de los seres humanos.

En Colombia, la incorporación de la Ley 1774 del 6 de enero de 2016 significó un progreso en el objetivo trazado desde el Estatuto Nacional de Protección de los Animales⁴ frente a la proscripción del maltrato animal. Esta norma del 2016 se constituye como un conjunto de herramientas jurídicas con vocación de incidencia material que habrán de garantizar para los animales protección contra el maltrato, el dolor y la crueldad: modificó el Código Civil de 1887, reconociendo a los animales como seres que sienten, fijando una principalística y unos objetivos que regularán el ordenamiento colombiano en diversos ámbitos en relación con los animales, y tipificó como conducta punible el maltrato animal consagrando además unos tipos agravados de maltrato, estableciendo también un procedimiento sancionatorio en lo policivo y lo jurisdiccional.

Es mediante el artículo 5 de la Ley 1774 que se incorpora a la Ley 599 de 2000 el Título XI-A: *DE LOS DELITOS CONTRA LOS ANIMALES*. En un capítulo único, se explicita el bien jurídico que se incorpora al catálogo de prerrogativas de más valía para el legislador colombiano, el mismo que busca proteger el código sustantivo penal: delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales. De esta forma resulta palmario el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico penal colombiano de los derechos vitales de los animales y de su carácter intrínseco como titulares de los mismos. El artículo 339 del Código Penal prescribe:

Artículo 339A. El que, por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

3 Código Orgánico Integral Penal. (2020). Registro oficial. Ecuador: Asamblea Nacional.

4 Ley 84 de 1989.

El tipo penal anterior incluye además de los animales de compañía o domésticos, a los salvajes o silvestres que se hallen en territorio colombiano, a diferencia de otras legislaciones penales que penalizan el maltrato solo cuando se inflige contra animales domésticos que no se encuentren en estado salvaje, como en el caso de España⁵.

También se puede concluir de un examen objetivo del tipo que la exigencia del maltrato debe implicar un resultado material consistente en muerte o en lesión grave que afecte la salud o la integridad física del animal o mascota, de lo contrario se estaría frente a una conducta atípica que ya no interesaría a la norma penal, pero que de todas formas la misma Ley 1774 modificó el artículo 10 del Estatuto Nacional de Protección Animal, determinando para los actos perjudiciales y de crueldad contra los animales distintos a los descritos en el artículo 339A del C.P. sanciones de multa de 5 a 50 smlmv.

Frente a las circunstancias de agravación punitiva incluidas por la Ley 1774, su artículo 339B prescribe un aumento punitivo sobre el fijado para el tipo penal cuando el mismo se ejecute con sevicia, cuando una o varias de las conductas mencionadas se perpetren en vía o sitio público, valiéndose de inimputables o de menores de edad o en presencia de aquellos, cuando se cometan actos sexuales con los animales, y cuando alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores se cometiere por servidor público o quien ejerza funciones públicas.

De la misma forma, también existen algunas actividades contenidas en el parágrafo 3° del artículo 339A del C.P.⁶ que por remisión sugiere al artículo 7° del Estatuto Nacional de Protección Animal - Ley 84 de 1989:

Artículo 7. Quedan exceptuados de lo expuesto en el inciso 1, en los literales a), d), e), f) y g) del artículo anterior, el rejoneo, coleo, las corridas de toros, las novilladas, corralejas, becerradas y tientas así, como las riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos.

Tales actividades, aunque no constituyen el tipo penal analizado, la Ley 1774 y el E.N.P.A. los sigue considerando como actos dañinos y crueles que implican maltrato en contra de los animales que se usan con estos fines de “espectáculo y entretenimiento”.

Otra excepción al maltrato penalizado por la Ley 1774 de 2016 son las prácticas de buen manejo de animales según las normas vigentes, con destinación al cuidado, reproducción, cría adiestramiento, mantenimiento, prácticas de beneficio y procesamiento que tengan que ver con la producción de alimentos y actividades de entrenamiento para competencias legalmente aceptadas, en atención al primer parágrafo del artículo 339A del C.P. Una última excepción al tipo penal se da frente a las personas autorizadas

5 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

6 Incorporado por el artículo 5° de la Ley 1774 de 2016.

legalmente para ejecutar medidas de salubridad pública con fines de control epidémico y transmisión de enfermedades zoonóticas.

Legítima defensa en favor de animales: Aspectos fundamentales para determinar su alcance

Frente a este particular, y habiendo establecido que la legítima defensa a favor de un tercero puede considerarse como una institución jurídica aplicable en razón al reconocimiento que un ordenamiento interno, también en armonía con el derecho internacional, realice sobre la vida y el bienestar de los animales como bienes objeto de tutela jurídica por la legislación penal respectiva, corresponde revisar los requisitos doctrinarios para la aplicación de la excluyente de la antijuridicidad. De esa forma, el profesor Greco afina su análisis, frente al tema de los límites, en una cuestión: *La necesidad de la defensa*, en relación con la posibilidad de evitación del ataque.

Concluye básicamente que no hay ni debe haber una obligación a evitar la agresión antijurídica, máxime cuando el agredido no es la misma persona que recibe el ataque, es un tercero y es una mascota, y se desecha la posibilidad de evaluar la capacidad de evitar del animal, por obvias razones. Más allá de argumentos como que la obligación de evitación resulta transgresora de otros derechos individuales como el honor, o la salvaguarda del ordenamiento jurídico en el entendido que el derecho no tiene por qué retroceder ante el injusto, circunstancias que no son aceptables frente a la obligación de la evitación de la agresión, asume una postura sincrética y más funcional: la libertad de la actuación general, en el sentido que si la persona evita un ataque antijurídico, abandona su derecho a quedarse -una suerte de constreñimiento ilegal-, renunciando a defender sus derechos no sólo cuando no es posible la retirada.

En suma, resulta inaceptable la obligación de evitación o huida frente a ataques en contra de animales que requieren defensa de terceros, porque el derecho a quedarse -falta de obligación de atacar- hace parte fundamental del bien jurídico atacado. Por otro lado, el derecho a la defensa fundamentado a partir del derecho individual o subjetivo agredido, no se aplicaría de forma absoluta, sino que estaría limitado por el interés general, en la medida que el ordenamiento jurídico deontológicamente debería perseguir la paz.

El profesor Greco (2019) particulariza como *estable y crónico* aquel maltrato animal, evidentemente contrario a derecho, que se realiza de forma duradera o por omisión como el que se puede encontrar en las granjas industriales de cría intensiva de animales. Aquí resalta la limitación de la defensa, consistente en equiparar el daño ocasionado y la acción defensiva, determinando hasta en lesiones graves a las personas, y la generación de algunos daños menores colaterales.

De la misma forma, existen ataques *puntuales y actuales*, aquellos acaecidos sobre una mascota de compañía, por ejemplo, ilustrando el profesor a un vecino que maltrata cruelmente a su mascota en el apartamento del lado. Afirma que, en circunstancias razonablemente similares, una lesión grave del agresor estaría justificada, en principio. Surge el problema de la desproporción, la cual, si se observa teniendo en cuenta los bienes jurídicos en colisión, la integridad de una mascota y la de un ser humano, la asimetría parece ostensible. Pero en la posición que en principio defiende el profesor Greco, deben excluirse limitaciones a la legítima defensa con base en la desproporción extrema, limitaciones que sí serían admisibles en atención al bien común y a la preservación de la juridicidad alineadas con el propósito de paz y armonía sociales, esto en el sentido de que un ordenamiento con tal aspiración superior, implicaría una serie de obligaciones jurídicas de soportar un injusto. Así, advierte que desde una visión eminentemente antropocéntrica que además parece no compartir del todo, defender a una mascota de compañía de maltratos agudos y puntuales de ninguna forma justificaría la muerte de un ser humano, es decir, se permite incluso hasta la generación de lesiones graves, pero no la muerte del agresor.

En esta misma línea temática la Dra. Nadia Espina (2020) parte de la relevancia que implica el reconocimiento en el seno de un ordenamiento, del derecho del animal mismo a no ser sujeto de maltrato humano, postura distante del narcisismo antropocéntrico basado en sentimientos de compasión de los hombres. También deja claro que en la actualidad es definitiva la inclinación de la doctrina en general al considerar que cualquier derecho individual es susceptible de ser defendido legítimamente, y la Argentina no es la excepción.

En el código penal argentino en su artículo 34⁷, se encuentra dentro de los eximentes de responsabilidad penal a la legítima defensa, exponiendo que la misma se justifica a partir del factor necesidad, pero su límite se encuentra dado en que el daño que se cause sea absurdo en comparación con el que se busca evitar.

En principio, está dada la justificación de afectar un bien jurídico de quien agrede antijurídicamente, pero el límite de esta defensa legítima es la racionalidad en términos de la no existencia de disparidad escandalosa. (Zaffaroni et. al. 2002, 612-613 citado por la Dra. Espina 2020). En tal sentido, el criterio racionalidad actúa como talanquera de la legítima defensa constituyendo un límite jurídico valorativo. Es la necesidad de defenderse un amplificador del alcance con el propósito de disuadir a quien pretende cometer un punible, pero la racionalidad de la defensa restringe el alcance de una defensa necesaria.

Señala también la Dra. Espina la postura de la doctrina alemana a partir de la función preventiva general de la pena, negativa o positiva, en cuanto que la ausencia de límites racionales a la defensa necesaria tendría como sustento teleológico la evitación de la comisión de nuevos delitos; en una postura como esta no son relevantes los bienes

7 Ley N°11.179, Código Penal de la Nación Argentina (actualizado). B.O. 1984.

jurídicos afectados de un injusto agresor, si se tiene en cuenta la posición de algunos autores (Frister 2011, 320 y ss. y Jescheck 470), para los cuales la función del derecho penal no es distinta a afirmar la norma vigente preservando bienes de interés jurídico. Este es el planteamiento por el que la doctrina alemana asume que si no es posible rechazar la injusta agresión de un modo distinto, la muerte del atacante se encuentra justificada (Jakobs 1995, 472).

Así, la proporcionalidad entre los bienes es imposible de justificar en la pugna del ordenamiento contra el injusto, mostrando una irrestricta preponderancia del derecho como principio lo que conlleva a la abdicación del análisis entre el daño que se causa frente al que se evita. (Roxin 1997, 632). En este sentido la Dra. Espina indica que el criterio de racionalidad es la respuesta a la cuestión sobre si la antijuridicidad de un ataque justifica la desproporción de la defensa, y es que la misma ya no es legítima “cuando el empleo del medio necesario para evitar el resultado tiene por efecto la producción de un resultado lesivo concreto, que por su inusitada y escandalosa desproporción respecto de la agresión, provoca más inseguridad jurídica que la agresión misma”. (Zaffaroni (y otros, 2002, 612-613 citado por Espina 2020).

En conclusión de este punto, dentro del ordenamiento jurídico argentino se establece expresamente el requisito de la racionalidad, lo que implica que no constituye legítima defensa aquellos eventos de lesiones con desproporción aberrante, no porque deban compararse los bienes jurídicos en conflicto, sino porque no es admisible jurídicamente la utilización de un medio, aun siendo el único del que se dispone, que provoque un resultado desproporcionado frente a lo que se dispuso amparar. Señala la Dra. Espina, que los casos de necesidad irracional son excepciones en que se impone el deber de soportar lo injusto. (Zaffaroni y otros, 2002, 613, citado por Espina (2020).

Con tales argumentos puede verse perfilado un criterio uniforme: en tratándose de las acciones de defensa que amparan de agresiones ilegítimas a los animales, están amparadas por la legítima defensa mientras no haya desproporción absurda entre las lesividades de la agresión originaria y la defensiva, pero la explicación no está dada por un cotejo entre los bienes jurídicos involucrados. De esta forma se va revelando un importante factor de análisis delimitante para que la acción defensiva siga estando cobijada por los efectos justificantes de la legítima defensa: la elección del medio, entendido como desarrollo defensivo.

Y dando por sentado que en el ordenamiento argentino se entiende admisible la defensa por parte de terceros del derecho de los animales a no ser objeto de maltratos humanos, la Dra. Espina retoma la pregunta que el profesor Greco en su análisis también hiciera: ¿Es posible quitar la vida de una persona para defender el derecho del animal a no ser objeto de crueldad humana?

La repuesta pasa por comprender que en Argentina existe la expresa prohibición sobre la privación arbitraria de la vida, incluidos los actos de irracionalidad frente a

la lesividad en los términos atrás referidos, en los cuales la defensa que sea necesaria es legítima en la medida que se observe una correspondencia racional de los males, mejor dicho, el que defiende al animal debe elegir el medio que ocasione el menor daño, cuando ello le sea posible.

Mediante una hipótesis casuística, bastante probable por demás, la Dra. Espina cuestiona sobre las consecuencias, dada la imposibilidad para denunciar, de acudir con un palo a defender, ante los gemidos de evidente dolor, a una mascota que está siendo desollada por un vecino. Reflexiona que, desde el entendido que los animales son titulares del bien jurídico que protege su vida e integridad de crueldad o maltrato, y de la misma forma que cuando corre peligro la vida de un humano, las lesiones y daños ocasionados para defenderle están justificados. En el evento de que esas mismas lesiones causaran la muerte del atacante del animal, la solución ya dependerá de si el ordenamiento jurídico se acepta la ponderación de bienes jurídicos en abstracto como un requisito de procedencia de la legítima defensa o ya del estado de necesidad. Si tal situación se analizara a la luz del inciso 7° del artículo 34 del código penal argentino, la defensa legítima estaría limitada por lo racional del medio idóneo para sortear el resultado daño, dejando de ser justificante solo ante una desequilibrio escandaloso entre la agresión y al defensa, y para el caso de marras y similares, parece darse la justificación, siempre que sea inminente el peligro sobre la vida del tercero, y que además en tal caso no existan medios lesivos.

Finalmente, para el caso argentino la defensa legítima en favor de animales requiere la exigencia de los mismos requisitos que si se realizara sobre un tercero humano.

Legítima defensa en Colombia

Para el caso colombiano, la consideración de la legítima defensa en favor de una mascota como justificante de la lesión o puesta en peligro de bienes tutelados del agresor, lo cual se asume procedente a la luz del artículo 32 - numeral 6° de la codificación sustantiva penal “Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno”, en sintonía con los planteamientos de la Dra. Espina, implicaría un análisis de todos y cada uno de los presupuestos desarrollados desde la ley penal colombiana: i) La existencia de una agresión, que debe ser actual o inminente, injusta, real, y faltar provocación de la misma; ii) que la agresión se produzca contra un derecho propio o ajeno; iii) que exista necesidad de la defensa; iv) que haya proporcionalidad entre la defensa y la agresión, tanto de medios como de reacción y v) que exista el ánimo de defensa.

Desde la consideración de estos presupuestos, en principio se pueden inferir dos resultados adversos sobre la aspiración del reconocimiento de la causal justificante sobre una persona que ejerza la legítima defensa en favor de un tercero, en este caso de un animal como una mascota: que se desestime del todo tal reconocimiento, por no concretarse alguno o varios de los requisitos anteriormente mencionados, o que cumpliéndose, se evidencie un exceso, el que aparece cuando no se encuentra diáfano el

criterio actualidad o inminencia del ataque antijurídico, o se encuentre un desequilibrio de cualquier tipo entre la acción defensiva y la agresión. (Peláez, 2012).

La valoración de la disparidad entre agresión y defensa merece revisar una precisa referencia al criterio de proporcionalidad, entendido como ese principio superior desde el cual es posible determinar la correlación debida entre los derechos de los coasociados y el límite jurídicamente aceptable de renuncia o restricción frente a su disfrute en un contexto de administración de justicia, requiere para su aplicación en concreto y en el evento de encontrarse enfrentados bienes jurídicamente tutelados como resultado de una agresión antijurídica y su consecuente defensa, su ponderación la cual deberá obedecer a principios derivados: i) idoneidad de la defensa desplegada, lo cual requiere una comprobación sobre si el medio y el tipo de defensa empleados eran adecuados para contrarrestar el ataque antijurídico; ii) la necesidad de aquel medio y tipo de defensa empleados, dado que se reporta imprescindible hallar probado que no había más que esa forma defensiva y no otra menos lesiva que también hubiese sido eficaz; y iii) evaluación de resultados, en el sentido de apreciar si lo conseguido con la ejecución defensiva reportó más beneficios de lo que hubiese resultado sin su exteriorización. (Peláez, 2012).

Podemos ya prever que en Colombia, el principio de proporcionalidad se erige como un factor absolutamente condicionante para la procedencia de la legítima defensa en general, situación que sin dudarle habrá que extrapolar al análisis de casos cuando la defensa es ejercida en favor de una mascota. No es suficiente con probarse la necesidad de una acción defensiva, sino que tendrá que verificarse si tal despliegue se reporta como el adecuado para conjurar el ataque y que además la elección de esta forma de defensa era, dentro de las disponibles, la de menos afectación en cuanto a los bienes jurídicos del agresor. Una valoración en términos de eficiencia sobre la manera de proteger los derechos propios o de un tercero.

Frente a los requisitos para configurar el exceso defensivo, está dada la posibilidad de encontrar 2 tipos de excesos en virtud de su ejecución: i) cuando el ataque adolezca de actualidad o inminencia (exceso extensivo o cronológico), que no es otra cosa que la asincronía con la reacción defensiva, y ii) cuando se presente desproporción entre la acción defensiva y la agresión (intensivo o en la medida), significando una intensificación innecesaria de la conducta en principio admitida.

A partir del segundo inciso del numeral 7° del artículo 32 del Código Penal Colombiano, resulta clara la consecuencia punitiva para aquella persona que exceda en términos de proporcionalidad, entre otras la causal de la legítima defensa: la disminución de la pena del delito constitutivo del exceso. Pero esta rebaja no obedece a una especie de antijuridicidad disminuida dado que se está hablando de una categoría dogmática que no admite graduaciones -como si lo admiten, por ejemplo, los principios constitucionales-, sino se trata más bien de una carencia de lesividad. Peláez (2012). Explica el Dr. Peláez (2012) que es la disminución de la culpabilidad, entendida ésta como principio, la

razón por la que el legislador consideró tratar a través de una reducción punitiva el exceso en los justificantes del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, entre estos la legítima defensa. Y la explicación básicamente obedece a que el origen de dicho exceso es una acción justificada en su antijuridicidad y por tanto se extienden esos efectos a la defensa calificada como excesiva, precisamente al análisis en sede de culpabilidad -responsabilidad penal.

Elección del medio menos lesivo

El Dr. Vera (2019) parte de la idea de que, por principio, y en consonancia con lo expuesto en precedencia, el análisis de la legítima defensa deberá estar depurado de cualquier tipo de ponderación entre los bienes jurídicos en disputa so pena de entrar en el terreno de otros justificantes. Además, el análisis de esta causal de justificación pertenece, en cuanto estructura dogmática, al injusto y por tanto su aplicabilidad no debería estar mediada por elementos de corte psicológico del individuo defensor los cuales son propios del ámbito de la culpabilidad.

Para la revisión del presente artículo, la postura del Dr. Vera es imprescindible, en el sentido que entiende que dentro de los análisis hermenéuticos sobre la defensa legítima, uno de los más importantes se da sobre sus alcances como justificante de antijuridicidad de la conducta defensiva, mejor dicho, de la licitud de ciertas conductas, lo que en definitiva nos lleva a pensar que los límites de la legítima defensa en gran medida están determinados materialmente por una decisión político criminal sobre condenar conductas específicas dentro de una sociedad y un tiempo determinados. Su análisis se centra precisamente en un problema interpretativo dentro del estudio de la legítima defensa, y es que la misma, para su procedencia, reclama concretarse en una reacción que obedezca a una necesidad racional del medio utilizado para evitar o rechazar ese ataque injusto. La definición de este límite de la defensa está instituido entonces por la elección del medio menos dañoso.

Esta elección va más allá de la equiparación de instrumentos utilizados, tanto en el ataque como en su resistencia, y por tanto, deberá valorarse la situación defensiva en contexto. El Dr. Vera (2019) aquí señala que por medio de ésta “cláusula de la necesidad racional del medio empleado” desafortunadamente se ha entendido desde criterios de subsidiariedad (casos de restricción ético social) y proporcionalidad (ponderación entre el bien tutelado agredido por el ataque y el bien tutelado agredido por la defensa), o frente a la potencialidad de daño que implica el medio utilizado para la defensa, incluso sobre la disponibilidad de los mismos, todo lo cual genera problemas de interpretación dogmática.

Sirviéndose de una posición doctrinaria española, aprovechando que la legislación penal de la que surge es similar a la chilena -ordenamiento referencia de su tesis-, el Dr. Vera trae la distinción entre una defensa necesaria en un sentido abstracto y una defensa necesaria en concreto. Frente a la primera mencionada, es el mero riesgo sobre

bienes jurídicamente tutelados el que por necesidad llama a la ejecución de acciones defensivas para su preservación; la segunda indaga sobre la forma de concreción de esa necesidad de defensa a través de la elección de un medio idóneo, el menos dañino disponible, para hacer frente a la agresión injusta. Y esto último afectaría la necesidad concreta de la defensa, la que habla de los medios y las formas.

Mir Puig (2015) citado y compartido por Vera (2019), precisa que por racionalidad de la defensa ha de entenderse una necesidad inicial de defenderse desde una mirada *ex ante* y tal circunstancia debe ser constatada por un observador sensato. Ya en lo referente a la necesidad concreta, se apela a la proporcionalidad en medios, modos y/o medida, pero desde un entendimiento lato y/o flexibilizado, porque, como atrás se refería la Dra. Nadia Espina, pasamos de hablar de legítima defensa a estado de necesidad justificante. Lo cierto es que el estudio sobre la racionalidad de los medios no debe resultar en un balance cuantitativo de los mismos, sino que la evaluación tiene que tener por norte indagar por las posibilidades de defensa del individuo que reacciona, para sí o para un tercero, resultando la proporcionalidad como elemento periférico y complementario. Todo lo anterior permite rescatar una importante conclusión inicial y es que resultaría admisible la legítima defensa cuando se advierta desproporción evidente del medio defensivo cuando éste era el único a su disposición, máxime cuando eventos en los que media una tensión anímica y nerviosa extraordinaria, resultando irrazonable la exigencia de ponderar medios, evaluar sus alternativas, o asumir el riesgo.

Con esta idea, se refleja una postura doctrinal para la cual el estricto parangón entre males es intrascendente, aun si se advierte una desproporción escandalosa entre los mismos, en contraposición con lo dicho por la Dra. Espina citando a Zaffaroni. Para el Dr. Vera es ejemplo de este sentido la posición de doctrinantes españoles Diez Ripolles (2011) y Luzón Cuesta (2002) cuando exponen que “no se exige en absoluto la proporcionalidad entre los bienes jurídicos, pues ‘racional’ no significa proporcional, de modo que la defensa puede, si es preciso, dañar bienes del agresor de mayor valor que los agredidos. Ello es lógico dado el doble fundamento de la eximente y su diferencia con el estado de necesidad, pues por la agresión ilegítima los bienes del agresor no están en pie de igualdad con los bienes jurídicos y el Derecho agredidos”. Por tanto, se entiende bajo esta posición que la defensa legítima puede ir lo lejos que sea necesario para impedir la afectación del bien tutelado y la fractura de la norma, resultando justificados incluso daños mayores a los amenazados.

En suma, una defensa racional dentro de la legítima defensa justificante es la que responde a una necesidad abstracta y otra concreta, esta última y la realmente problemática como ya se mencionó, tenida en cuenta bajo la luz de un examen negativo: que obedezca al medio que genere menos daños, postura respaldada en Roxin (1997) y Welzel (1976) afirmando este último que la defensa puede ir tan lejos como se necesite para la salvaguardia efectiva de la agresión, pero precisamente sin exceder esa finalidad, nuevamente desatendiendo cualquier tipo de equivalencia de daños y más bien comprendiendo que la defensa legítima no tiene carácter punitivo, y parte de la disposición de un derecho de auto salvaguarda (Jescheck 1981). Además, el defensor no estaría en la obligación de elegir el medio menos gravoso si tal elección le supone esfuerzo, costo o riesgo adicionales. Roxin (1997). En la

misma sintonía, se indica que Welzel (1976) y Jakobs (1997) afirman que a pesar de que el violentado deba usar el medio menos letal, puede llegarse a la muerte del agresor si este es el último medio para la defensa, todo esto sujeto al análisis de aspectos como la fortaleza del agente agresor y quien se defiende, la fuerza de los ataques, los medios defensivos efectivos y disponibles, y circunstancias de ese tenor.

El Dr. Vera (2019), posterior a esta revisión dogmática, señala respecto de la doctrina chilena y la comisión redactora del código penal vigente en el país austral, que la posición adoptada corresponde a que i) la necesidad de defenderse es un presupuesto esencial, y que en consecuencia se tendrá que ii) elegir el medio menos dañino sobre los demás disponibles para hacer frente a la agresión: una especie de evaluación del medio y su lesividad en relación con el daño sobre los bienes jurídicamente protegidos del agresor, daño que encuentra su excusa en que por medio de este se haya conjurado la agresión original. No entran en juego los bienes jurídicos del que ejerce la defensa para sí o para un tercero -los cuales ya fueron considerados frente a la necesidad en abstracto de la defensa-, sino los del agresor en relación con el medio idóneo elegido.

Conclusiones

- La legítima defensa en favor de animales es admisible para el derecho penal, en la medida en que los coasociados tienen la posibilidad y/o el deber, de acuerdo con los principios de la solidaridad social, de ejercer la defensa de derechos ajenos incluidos los derechos de los animales como sujetos de bienes jurídicos individuales, máxime cuando normativamente esté dispuesta tal prescripción.
- Resulta jurídicamente inconveniente establecer el principio de proporcionalidad entre bienes jurídicos como la vida de una mascota y la vida del injusto agresor del animal para determinar el alcance justificante de la legítima defensa en favor de animales.
- Cuestionarse sobre los alcances de la legítima defensa corresponde en últimas a preguntarse sobre la licitud de ciertas conductas. En tal medida, la doctrina avala la posibilidad de que una acción defensiva pueda incluso provocar la muerte del agresor, incluso en favor de un animal, siempre y cuando del contexto resulte claridad en cuanto a la necesidad de la acción defensiva en general, y que tal necesidad lleve al defensor a servirse de un medio idóneo, en la medida de las posibilidades de escogencia del momento, todo esto sin pasar por alto los estados mentales de tensión en el desarrollo de la agresión - defensa concurrentes.
- En Colombia, el ordenamiento jurídico vigente reconoce a los animales como seres sintientes que gozan de prerrogativas subjetivas, derechos que hacen parte del catálogo de bienes jurídicos que protege la Ley 599 de 2000. Es a partir de esta posibilidad que se podría configurar la legítima defensa en favor de bienes jurídicos de terceros, por ejemplo, de una mascota. En ese sentido, para argumentar la legítima defensa en favor de una mascota implicaría las mismas exigencias como cuando se predica de una persona humana.

Referencias bibliográficas

- Contreras, C. (2016). Colombia: animales como seres sintientes protegidos por el derecho penal. *Revista de derecho animal*.
- Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 de 2000].
- Congreso de Colombia. (29 de enero de 2016). Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones. [Ley 1774 de 2016].
- Congreso de Colombia. (27 de diciembre de 1989). Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean en unas Contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia. [Ley 84 de 1989].
- Diez Ripollés, José Luis (2011): *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Espina, N. (2020). La legítima defensa de animales no humanos: un análisis a propósito de una reciente jurisprudencia alemana. *Nueva Crítica Penal*, 2(4), 19-36. Recuperado de: <https://revista.criticapenal.com.ar/index.php/nuevacriticapenal/article/download/61/61>
- Gómez, J. (1997). *Legítima Defensa*. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley.
- Greco, L. (2019). Legítima defensa de animales. *Nuevo foro penal*, 92, 23. Recuperado de: [file:///C:/Users/Andr%C3%A9s/Downloads/5819-Texto%20del%20art%C3%ADculo-20609-1-10-20190628%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Andr%C3%A9s/Downloads/5819-Texto%20del%20art%C3%ADculo-20609-1-10-20190628%20(2).pdf)
- Jakobs G. (1995). *Derecho Penal. Parte General*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.). Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck H. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. T.I. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch.
- Luzón Cuesta, Diego (2002): “Legítima defensa”, en: Luzón, Diego (director), *Enciclopedia penal básica* (Granada: Comares), pp. 879 y ss.
- Mir Puig, Santiago (2015): *Derecho penal. Parte general*, 10a ed. (Barcelona, Reppertor).

- Peláez Mejía, J. M. (2011). “Antijuridicidad y exceso en las causales de justificación (Un análisis deconstructivo y anclado en la perspectiva relacional de los derechos humanos)”. Recuperado de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/2403/1849>
- Rodas, J. V. (2020). “La legítima defensa en favor de animales: análisis caso ecuatoriano”. *Revista Ruptura*, (02), 457-476. Recuperado de: <http://www.revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/8/26>
- Roxin C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier Vicente De Remesal (trads.), Civitas, Madrid, 1997, p. 632.
- Roxin C. (2016). “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”, en Hefendehl, Hirsch y Wholers (eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid/Barcelona/Buenos Aires/ São Paulo: Marcial Pons.
- Vera, J. S. (2019). “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”. *Ius et Praxis*, 25(2), 261-298. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v25n2/0718-0012-iusetp-25-02-00261.pdf>
- Welzel H. (1970). *Derecho penal alemán*. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (trads.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Zaffaroni E. (2012). *La Pachamama y el humano*. Ciudad de Buenos Aires: Colihu.

Conferencias

- Greco, L. [CESJUL Colombia] (2019, 25 de julio). Legítima defensa en favor de animales a cargo del Prof. Luí Greco. Parte I [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=g3sowULIBLw&t=273s>
- Greco, L. [CESJUL Colombia] (2019, 25 de julio). Legítima defensa en favor de animales a cargo del Prof. Luí Greco. Parte II [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=P9xwG3ufiwW0>
- Espina, N. [Universitas Fundación] (2020, 21 de octubre). La legítima defensa de animales no humanos. [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=sMjDIOXHxiQ>

**LIMITACIONES A LA RESPONSABILIDAD PENAL
EN LAS LESIONES DEPORTIVAS APLICADAS AL
DERECHO DEPORTIVO**

**LIMITATIONS ON CRIMINAL LIABILITY IN
SPORTS INJURIES APPLIED TO SPORTS LAW**

Recibido: 15 de mayo de 2023

Aceptado: 17 de julio de 2023

Daniel Eduardo Ávila Becerra¹

1 Abogado titulado, Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Santo Tomás. Abogado litigante y asesor jurídico de la Secretaría de Minas y Energía del Departamento de Boyacá. Contacto: daniel_avila001@hotmail.com

Resumen

A partir de esta investigación se busca realizar un análisis sobre aquellas eventualidades en el juego del Fútbol que pueden causar lesiones deportivas, se debe tener en cuenta que las cifras de estas lesiones han aumentado en el escenario nacional como internacional; ahora bien, en el ámbito profesional se estudian las consecuencias de estos actos, como la imposibilidad, deficiencia o incapacidad permanente, actuando con dolo o culpa sobre los reglamentos de la competencia y justificando su actuar bajo los eximentes de responsabilidad.

La legislación colombiana en materia de lesiones personales y eximentes de responsabilidad se encuentra regulada en el Código penal colombiano, bajo la Ley 599, expedida el 24 de julio del año 2000, impartiendo una protección a los bienes jurídicos tutelados mediante este ordenamiento jurídico penal, castigando aquellas puestas en peligro o lesiones que se causen, con una pena que va a depender la magnitud de estas, delimitando las actuaciones entre dolo, culpa o preterintención.

Palabras clave: Lesiones deportivas, Fútbol, Derecho penal, Bien jurídico tutelado.

Abstract

Based on this research, we seek to carry out an analysis of those eventualities in the game of Soccer that can cause sports injuries. It must be considered that the numbers of these injuries have increased on the national and international stage; However, in the professional field, the consequences of these acts are studied, such as impossibility, deficiency or permanent incapacity, acting with intent or guilt on the competition regulations and justifying their actions under the defenses of responsibility.

Colombian legislation regarding personal injuries and defenses of liability is regulated in the Colombian Penal Code, under Law 599, issued on July 24, 2000, providing protection to the legal assets protected by this criminal legal system, punishing those put in danger or injuries that are caused, with a penalty that will depend on the magnitude of these, delimiting the actions between fraud, fault, or pretension.

Key words: Sports injuries, Football, Criminal law, Protected legal asset.

Introducción

¿A qué colombiano no le ha dolido la lesión de ‘el tigre’ Radamel Falcao García en el año 2014, previo al mundial de Brasil?; ¿quién no se enoja cuando ve a un jugador de

fútbol que lesiona a otro mediante una falta deportiva y lo ve jugando el próximo partido normal? Únicamente con una sanción disciplinaria, que hoy en día la gravedad de dicho acto es no permitirle jugar uno o dos partidos. En Colombia se encuentran una gran variedad de leyes, decretos, resoluciones, procedimientos y jurisprudencia los cuales hablan sobre el deporte competitivo, recreativo, formativo, entre otros, encontrando desarrollo normativo en nuestra Constitución Política en su capítulo segundo, titulado de los derechos sociales económicos y culturales.

En la Constitución Política de Colombia, se encuentra estipulado el derecho al deporte, en el artículo 52, del Capítulo II, denominado de los derechos sociales, económicos y culturales, “El ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas tienen como función integral de las personas, *preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano*” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En resumen, la Constitución le da una finalidad al deporte, preservar y mejorar la salud en el ser humano, cosa que en el deporte profesional se ve afectado, dejando ver una vulneración a un derecho constitucional el cual queda limitado en los escenarios deportivos, bajo el pretexto de tener supropio reglamento.

El deporte profesional cada día aparece más en auge, siendo promovido desde los colegios; por ejemplo, en cada descanso de clases, los niños sacan un balón de fútbol y comienzan a jugar entre ellos o aquellas canchas de fútbol callejeras que se hacían en los barrios, en fin, se deja ver que el fútbol es el deporte con más afición en el mundo, aquellos niños que sin saberlo aún, comienzan como unos amateur en el mundo del fútbol, donde algunos tienen la oportunidad de dar el paso a las famosas grandes ligas como Futbolistas profesionales.

Cabe destacar que se ha estado hablando mucho últimamente sobre las lesiones en el ámbito deportivo, específicamente en el fútbol, ventilando diferentes tesis sobre el daño, la peligrosidad, el riesgo permitido, y los tribunales europeos han adoptado en su mayoría tesis sobre accidentes en el trabajo, aplicadas a estas faltas cometidas en un partido de fútbol profesional, dando como conclusión que se puede dar por un riesgo permitido en el Fútbol, asumiendo cada quien la responsabilidad por cualquier daño que se pueda ocasionar, pero dejan en el vacío lo más importante y es la responsabilidad que puede tener el jugador que ha ocasionado el daño.

Jurisprudencialmente hablando, no se han puesto a observar si existe algún tipo de responsabilidad del agresor en esas lesiones deportivas y se ha llegado hablar de que son ocasionadas por un deporte de choque, en el cual existen numerosos accidentes y dejando un precedente sobre la auto puesta en peligro por practicar el deporte del fútbol y este se materializa con la plena conciencia de que la situación podría ocurrir.

Mediante el desarrollo de este trabajo, se busca realizar un análisis integral del fútbol, se analizarán las faltas deportivas desde la óptica del derecho, en especial de la rama del

derecho penal, estudiando las diferentes teorías que pueden limitar la responsabilidad y que se pueden aplicar para el caso de las lesiones se debe tener un orden y establecer responsabilidades para un control provisorio en la responsabilidad penal en las lesiones deportivas.

Se traen ejemplos del fútbol colombiano y algunas muy sonadas del fútbol internacional, como la lesión que a toda Colombia le dolió como fue la de Radamel Falcao García meses antes del mundial de Brasil 2014 y que posteriormente no pudo recuperar su máximo nivel.

Teorías Limitadoras de la Punibilidad en las Lesiones Personales Deportivas

En el presente texto se abordarán algunas teorías que se consideran pueden ser limitadoras de la punibilidad, se analizará cada una de ellas y se buscará dar una aproximación a las lesiones personales deportivas. Todo con fundamento en la legislación penal colombiana y la carta magna que marca un lineamiento sobre el deporte en el país, especialmente en el artículo 52 de la Constitución Política de Colombia de 1991:

El ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas, tienen como función la formación integral de las personas, preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano. El deporte y la recreación forman parte de la educación y constituyen gasto público social. Se reconoce el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre. El Estado fomentará estas actividades e inspeccionará, vigilará y controlará las organizaciones deportivas y recreativas, cuya estructura y propiedad deberán ser democráticas.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Conforme a lo anterior, el Código penal colombiano presenta en su normatividad una introducción -por no decirlo de otra manera-, conceptos clave para entender la conducta punible, en el artículo 9 de Ley 599 del año 2000 reza textualmente: “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado” (Congreso de la República, 2000).

Con miras a que el comportamiento del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad. En efecto, la Ley 599 del año 2000 igualmente explica lo que es la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para darle un mayor entendimiento y alcance al artículo 9 -en los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 599 del año 2000 (Congreso de la República, 2000)- establece: “Artículo 10. Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también

el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.”

De igual manera, el Artículo 11 y 12 relatan:

“Artículo 11: Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal” (Congreso de la República, 2000).

“Artículo 12: Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva” (Congreso de la República, 2000).

Esta normativa redactada por el Congreso de la República (2000) está contenida en el libro I, parte general, título I denominado “de las normas rectoras de la ley penal colombiana.” Sumado a esto, en el artículo 32, denominado “Ausencia de responsabilidad” de la Ley 599 del año 2000, en el que estipula:

No habrá lugar a responsabilidad penal cuando, en los eventos de caso fortuito y fuerza mayor. Con base a este artículo 32, se desarrollarán las teorías más relevantes que pueden llegar a dar paso a una ausencia de responsabilidad para exonerar al infractor de una sanción penal, analizando cada una de estas teorías a la luz de la teoría del delito, mediante el sistema de filtros, estableciendo características propias de cada teoría en sus expresiones y comportamientos de acción, omisión, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad para poder llegar al delito.

La teoría del riesgo asumido o riesgo permitido, consiste en que la impunidad se va a detectar en el consentimiento que se presta por parte del actor, en este caso va a ser el consentimiento dado por el deportista, contexto donde se presume que no se va a lesionar con ocasión de un partido de fútbol; cada deportista debe observar y respetar las reglas de juego (*lex artis*) durante un partido de fútbol, encontrando así una justificación a la exclusión de la responsabilidad, en el consentimiento dado.

Según lo publicado por la Real Academia Española (2022) el riesgo permitido es:

Causa de exclusión de la antijuridicidad debida a que una conducta que entraña peligro de lesión para bienes jurídicos, sin embargo, está jurídicamente permitida o autorizada, con tal de que no se rebase un determinado nivel de riesgo, por adoptarse medidas de precaución o control que lo mantengan dentro de límites social y jurídicamente aceptables en una ponderación de intereses, es decir, por no haber imprudencia.

Con base en este concepto, se puede afirmar que el derecho va a tolerar algunos peligros que se dan como consecuencia de determinadas actividades, lo cual conlleva a que aquéllas no excedan la normatividad que las regula, por ende, el riesgo se da como algo inevitable, algo natural de la acción o de la conducta que lo genera, pero

igualmente, esta debe ser proporcional y no exceder los límites del riesgo permitido, de ser así, se vuelve esta conducta relevante al ordenamiento jurídico-penal.

El riesgo radica en cualquier actuación del ser humano, encontrándose inclusive al momento de dar un saludo de mano, puesto que no se sabe si esta persona tiene alguna enfermedad o alguna bacteria la cual le pueda transmitir a uno en el momento del saludo, en dar la mano, si se quiere o se espera vivir sin riesgo, se debería renunciar a vivir en sociedad, convertirse en un ermitaño. El derecho penal mediante sus normas busca proteger aquellos bienes jurídicos tutelados, según Mir (2006, p.60): “Una norma jurídica es un mensaje prescriptivo -que prescribe una actuación determinada- expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados”. Observando esto desde una perspectiva del día a día, se vive en una sociedad que constantemente está en riesgo, actuando sin observancia llevando el tema nuevamente al Fútbol, muchas conductas que se producen con ocasión de un partido de fútbol no son sancionadas, aunque sean peligrosas, lesivas o dañinas, las cuales no son consideradas ilícitas a la vista del derecho, aunque si se observan y estudian, se puede inferir que son típicas, antijurídicas y culpables.

Estas conductas con el paso de los años se han adecuado socialmente, sobre todo cuando se ha permitido este riesgo, nunca se legitimó normativamente, llegó mediante la costumbre, teniendo así a su propia evolución y el derecho según Jacobs (1997) “Cumple tan solo la función auxiliar de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y perfilarlo” (p. 28).

El riesgo permitido llega desde la legislación alemana, un autor que lo representa es Günter Jakobs, quien comenzó a tocar el tema debido a lesiones y muertes que ocurrían en grandes empresas, denominando estos hechos como “delitos imprudentes”. A medida que van pasando los años y junto con el desarrollo de la sociedad, se ha contribuido en la creación de múltiples conductas riesgosas, peligrosas que, con el andar de la sociedad, no se consideran delito en la legislación penal.

En cada partido de fútbol que se observa hoy en día, podemos ver que no se sancionan algunas faltas que se ocasionan por una jugada, y como consecuencia de esto se crean unas lesiones que se concretan en un resultado desvalorado por los directivos del Fútbol y por los legisladores, dando un margen a que ocurran los hechos dañinos, que surgen de una conducta humana.

Con el avance de los años la sociedad ha asumido aquellos riesgos y los ha normalizado, incluso llegando a verlos como una “ventaja” para la sociedad, debido a que son riesgos, peligros que se van tornando útiles y provechosos para la misma. Este incremento ha sido notorio con el día a día, incluso como lo indica Silva (2009):

El riesgo de procedencia humana se ha convertido en un fenómeno social estructural, pues buena parte de las amenazas a que están expuestos los ciudadanos en tanto

usuarios, consumidores o beneficiarios de diversas prestaciones, provienen de las decisiones que otros ciudadanos adoptan al manejar avances técnicos (p. 27).

Ahora bien, la vida en sociedad siempre se ha caracterizado por tener riesgos los cuales se han convertido en un diario vivir, en donde el Estado interviene como ente garante de que estos riesgos sociales, se den y mantengan dentro de unos límites, los cuales marcan una delgada línea, la cual es cuidada y vigilada mediante normas de cuidado con el objetivo de obtener un mayor beneficio y con el menor riesgo que se le cause a la sociedad.

El riesgo permitido entonces es aquel límite que coloca el Estado mediante sus normas para controlar, regir el desarrollo normal de la sociedad en sus actividades riesgosas y útiles, donde no hay lugar a un reproche jurídico y mucho menos penal, por ende, las faltas deportivas están permitidas en el código disciplinario de la FIFA y de la Federación Colombiana de Fútbol, pero el límite permitido es desproporcionado al límite que ha interpuesto el Estado para la protección de los bienes jurídicos tutelados, dicho límite y regulación no entra a las canchas de fútbol, encontrando una barrera que los limita, denominada “Estadio de fútbol”.

Normalmente, existe un momento en el que la actividad riesgosa permitida, sobrepasa el ámbito de riesgo, donde ya la conducta está sancionada por el código penal a quien ha causado esta transgresión a los bienes jurídicos tutelados, en el fútbol los jugadores profesionales actúan asumiendo aquellos riesgos inherentes a su profesión (jugador de fútbol profesional) pero debería existir una sanción drástica para aquellas faltas, lesiones que ya excede ese riesgo permitido, recientemente en argentina el tribunal de disciplina de la AFA, sancionó al jugador Leyendeker por una fuerte entrada al jugador de Boca junior Zeballos, quien inicialmente, se observó como una falta de juego, dentro del riesgo permitido, pero al momento de investigar esta jugada, observaron que se superó el riesgo permitido para ocasionar la falta, según resultado de esa investigación, la falta ya estaba premeditada, todo indica a que esa acción lesiva de juego hacía parte de una apuesta deportiva encaminada hacia el jugador Zeballos, donde casas de apuestas estaban pagando muy bien a que el jugador de boca juniors Zeballos salía del partido lesionado, dejando observar que se actuó mucho más allá del riesgo permitido por una apuesta deportiva, la lesión que sufrió Zeballos fue fractura baja de la parte posterior de la tibia, comprometiéndole algunos ligamentos, su tiempo estimado para que regrese a jugar es en febrero - marzo de 2023.

Al superar el riesgo permitido y estar tipificada la conducta, este comportamiento queda por fuera de lo socialmente permitido, al estar la afectación al bien jurídicamente tutelado, esto se definiría como la perturbación a la vida en sociedad, según Jakobs (1997, p. 52) “hay ámbitos de la vida -algunos de ellos con peligro potencial- en los que no es necesaria una regulación jurídica, porque se puede obtener un alto estándar de seguridad por otras vías”, para el caso de las lesiones personales deportiva, no es necesario crear un nuevo tipo penal para poder sancionar a los jugadores de fútbol, no hay que caer en el mismo error de los congresistas de legislar por legislar y crear una

infinidad de normas penales, lo único que se estaría haciendo es establecer normas en un nivel abstracto, otro tema sería si no existiera una normatividad en Colombia que hablara de las lesiones personales.

En el Fútbol el riesgo permitido se ha entendido como un tipo de justificación a la impunidad, debido a que es una actividad socialmente aceptada, entendiendo así la exclusión de intervención del derecho penal ayudando así a eliminar, excluir la tipicidad del delito, según Reyes (2015) “Las causas de justificación son normas de permisión para realizar una conducta que, en otras circunstancias estaría prohibida” (p.158).

Como se mencionó anteriormente, existen supuestos donde se va a superar el límite de riesgo permitido, pero es necesaria la delimitación, esto porque ningún comportamiento humano puede excluir totalmente un reproche penal, debido a todo esto surge una pregunta: ¿En Colombia existe un *límite al riesgo permitido*? Según Roxin (1997): “No es fácil delimitar el riesgo permitido, si es posible establecer reglas de cuidado” (p. 272). En consecuencia, se puede afirmar que dicha delimitación está contenida en los reglamentos de juego, entonces el riesgo permitido se encuentra en estos reglamentos, al estar las faltas deportivas dentro del reglamento como un riesgo permitido, excluir la posible investigación y sanción en materia penal, pero no la excluye para una sanción disciplinaria y/o administrativa.

Teoría de la Justificación del Ejercicio Legítimo de un Derecho u Oficio

La justificación del ejercicio legítimo de un derecho u oficio se va a encontrar como una causal de ausencia de responsabilidad, consagrada en la ley 599 de 2000 en su artículo 32, indica que: “No habrá lugar a responsabilidad penal cuando (#5) se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público” (Congreso de la República, 2000).

Asimismo, se debe revisar si las faltas deportivas están permitidas, justificadas por el derecho, por ende la conducta estaría apegada al orden jurídico, otro aspecto a tener en cuenta es que se debe partir del presupuesto de que la conducta tiene que ser típica, antijurídica y culpable, en este sentido los honorables congresistas tipifican X o Y conductas como delitos, prohibiéndole y dejando claro lo indeseado a que se vuelvan a producir por el daño y problemas que trae a los bienes jurídicos tutelados. El jugador de fútbol está autorizado por el Estado, encontrando un respaldo en la Constitución Política de Colombia (1991) en su artículo 52, dejando claro que en el derecho se van a encontrar diferentes tipos de normas las cuales van a estar en un equilibrio entre ellas mismas, integrándose dentro un mismo grupo sin encontrar una disputa entre ellas, según Rocco (1913):

En esta grande unidad que llamamos derecho, un desacuerdo interior no es concebible.
El ordenamiento jurídico no puede consentir la guerra entra las normas individuales

que lo constituyen en modo tal que la una prohíba lo que la otra ordena, o condene lo que otra consienta (p. 527).

Observando el campo del derecho penal, no es posible que se lleguen a presentar discusiones, contradicciones con el derecho el derecho disciplinario o el derecho administrativo, se han negado algunos autores al decir que este actuar está en una causal de justificación, pero para que sea una causal de justificación, la doctrina ha considerado que se deben tener unos requisitos para que sea legítimo el uso de un derecho como exclusión de la responsabilidad, todos son igual de importantes, empezando porque debe existir un derecho, de igual manera que este sea ejercido por sí mismo y no por un tercero y por último, pero no menos importante, que se haga ejercicio de ese derecho legítimo, para llegar a justificarse.

Entendiéndose esta causal de justificación, se puede aplicar a cualquier delito, pero para el caso en concreto, se tratará el tema de la justificación en las faltas deportivas, encontrando diferentes posturas que lo justifican como otras que niegan que nada se tiene que ver con una causal de justificación o por no estar expresamente señalada las lesiones deportivas, pero lo que sí es verídico, como se hablaba en la teoría del riesgo permitido, es que con el pasar de los años, se convirtieron en conductas totalmente aceptadas, avaladas por la sociedad, pero dando una salvedad y es que se tiene que encontrar dentro de los reglamentos que se tienen.

El delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, da paso a la aplicación de la causal de justificación del artículo 32 de la Ley 599 del año 2000, generando una permisión sobre aquel comportamiento, dando como resultado una inexistencia de la responsabilidad penal, aplicándola en el ámbito del derecho deportivo y de las lesiones deportivas, se da paso a la causal de justificación para legitimar las lesiones deportivas en el fútbol, pero se ha encontrado que estos derechos no siempre son ejercidos con legitimidad, encontrando que en algunos partidos de Fútbol, el ejercicio de este derecho del cual se es titular se ha sido excedido, dando paso a un actuar típico de la conducta y sin la posibilidad de acudir a la justificación de un ejercicio legítimo derecho u oficio.

A contraposición de la teoría del riesgo permitido, que se basa en una impunidad por falta de la tipicidad, la justificación de un ejercicio legítimo de un derecho u oficio, se argumenta que no existe la responsabilidad penal del jugador de fútbol debido a que existe una causal de justificación, de acuerdo a lo publicado por Vásquez (2020) quien cita a Mario Garrido (2003, p. 206) quien aduce: “La tendencia mayoritaria considera que las lesiones naturales o inherentes a cada actividad deportiva serán típicas, pero están justificadas por constituir el ejercicio legítimo de un derecho”.

En este orden de ideas, tomando lo expuesto anteriormente, no se puede llegar a hablar de que todas las lesiones causadas con base en el fútbol serán justificadas; es por eso que se han encontrado algunos apartes de doctrina donde se está señalando que se debe realizar una distinción de los deportes violentos y los que no.

Según el expresidente de la Corte Suprema de Chile Mario Garrido (2003, pp. 157,158): “Debe descartarse de modo absoluto la idea que los comportamientos típicos puedan quedar justificados por tratarse de una actividad deportiva, pues su ejercicio se sujeta a reglas que al ser respectivas, evitan tal posibilidad” (Vásquez, 2020). Entonces si el jugador de fútbol lesiona a otro competidor, mediante una acción de juego peligroso la cual está por fuera de los lineamientos del reglamento, dejando claro que se ha incrementado el riesgo de lesionar un bien jurídico tutelado, encajando en la descripción típica, antijurídica y culpable de un delito penal generando responsabilidad penal si se comprueba que su actuar es culpable, mas no de una justificación.

No se puede alegar en un eventual proceso penal esta teoría de la justificación de un ejercicio legítimo o derecho, debido a que no se permite que se pueda escudar en la justificación para lesionar a un contrincante o como sería un partido de fútbol donde un deportista sale a lesionar a un contrincante y se escuda en esta causal, el deporte se convertiría en una batalla campal, donde yo voy y lesionó al otro deportista, le causó alguna incapacidad bien sea temporal o permanente y alegar esta causal para excusarse de ser investigado y condenado en materia penal, dejando claro que esto no es un problema de justificación, es más de la culpabilidad y qué grato sería que la Fiscalía General de la Nación hubiese investigado en su momento a Gerardo Bedoya (Futbolista Colombiano quien ostenta el vergonzoso récord de ser el jugador de fútbol más expulsado en la historia del Fútbol), quien ocasionaba más faltas a sus contrincantes.

Recordando aquel partido entre Millonarios y Santa Fe, clásico capitalino donde en una jugada de gol ocasionada por millonarios, cae el jugador Johny Ramírez en el borde del área, pitan falta a favor de millonarios, Gerardo Bedoya jugador de Santa Fe, en el momento en que sancionan la falta se aproxima al jugador Johny Ramírez que está en el suelo, levanta sus guayos y le pega en la cabeza al jugador de millonarios, ocasionándole unas laceraciones en su frente, como consecuencia de esto fue expulsado del partido.

¿Cómo hubiese sido si la Fiscalía hubiese tomado cartas en el asunto y hubiera comenzado su investigación penal contra Gerardo Bedoya, independientemente de que se hubiera solucionado la controversia jurídica mediante alguna forma de extinción de la acción penal o terminación anticipada del proceso? Se deja claro cuál es el fin del derecho penal, proteger los bienes jurídicos tutelados, enviando un mensaje a todos los jugadores profesionales de fútbol de que el derecho penal también aplica para ellos, dejando ver una prevención general positiva fundamentadora la cual busca generar confianza y así el jugador de fútbol sale con más tranquilidad a disfrutar su encuentro y sabe que en dado caso que si otro jugador de fútbol le causa una falta dejando como consecuencia una lesión y esta conducta se excede, no se van a poder fundamentar en que están desarrollando un legítimo derecho oficio.

Según el catedrático Cerezo (1987) en el derecho penal:

La conducta no será antijurídica si el deportista ha observado el cuidado objetivamente debido (que conducirá, generalmente, con lo dispuesto en el reglamento), pues podrá invocar la causa de justificación del ejercicio legítimo de la práctica del deporte (el deportista profesional) [...] Por otra parte, aunque el sujeto actúe cumpliendo un deber de rango superior o igual en el ejercicio legítimo de un derecho, su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana[...] (pp. 274-298)

Al no poderse escudar en el legítimo ejercicio de un derecho u oficio, empezamos a ver esa prevención general negativa la cual va a generar una intimidación, entonces el de jugador de fútbol que sale el día de mañana a un partido de fútbol profesional ya tiene claro que si va a causar una falta y se está excediendo en su actuar, esto le acarrearía ya no sólo una sanción disciplinaria, sino una eventual investigación por parte de la Fiscalía General de la nación por el delito de lesiones personales, dejando ver la prevención especial negativa, la cual deja un escarmiento y este es que no se exceda, no es decirle al jugador de fútbol que no ocasione una falta o que tenga algún roce con otro deportista (esto es una acción natural dentro del partido de fútbol) lo que se quiere dejar claro es que si se excede, no se van a poder fundamentar en alguna teoría delimitadora de la punibilidad de las lesiones deportivas aplicadas en el fútbol, especialmente de la justificación del ejercicio legítimo de un derecho u oficio.

Teoría del caso fortuito

Para poder explicar la teoría del caso fortuito, como primera medida, se explicará qué es, se dará su concepto para posteriormente concluir si es posible o no aplicarla a las lesiones personales deportivas. El caso fortuito aparece junto con el dolo y la culpa, el cual va a indicar que es una ausencia de voluntad (dolo) o de cualquier tipo de previsibilidad (culpa).

Hay que salirse por un momento del derecho penal, se usará la analogía para traer un concepto claro del caso fortuito, según el artículo 64 del código civil habla del caso fortuito y la fuerza mayor: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Congreso de la República, 1873).

Este es el concepto que el legislador colombiano le ha asignado tanto al caso fortuito como fuerzamayor, dejando ver que no hay alguna diferencia y dejando serias dudas sobre ambos, pero según lo estudiado y analizado, recordando aquellas clases de derecho probatorio del maestro Giovanni Andrés Bernal Salamanca, donde explicaba que hay requisitos para poder diferenciar el uno del otro y que hay que tener en cuenta lo irresistible de la acción y que el caso fortuito va a responder a un fuero más interno, a una imprevisión, mientras la fuerza mayor ya es algo más exterior, una irresistibilidad,

un conocimiento público, general. Según la Sentencia SU449/16, proferida por la Corte Constitucional (2016):

Se ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito, en tanto la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño.

Pero no desarrolla más el tema por el momento, quien llega a realizar una diferenciación más profunda y con implicaciones legales más drásticas, es la jurisdicción contencioso administrativa, quien toma una postura dualista e independiente entre fuerza mayor y caso fortuito, llegando a considerar y a aplicar únicamente como una causal de eximente de la responsabilidad a la fuerza mayor, según la sentencia SU449/ proferida por el Consejo de Estado (2016):

Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos: en cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: la de considerar que el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad y la que estima que hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida.

Pero hay un pronunciamiento del año 2000, en la sentencia 11.670 proferida por el Consejo de Estado en el año 2000:

El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño.

Según la Real Academia Española (2022) el caso fortuito es:

Realización accidental, es decir, no dolosa ni imprudente, de la parte objetiva de un tipo delictivo, faltando por tanto por completo la parte subjetiva del tipo, aunque para la hoy minoritaria concepción tradicional del dolo y la imprudencia como formas de culpabilidad el *casus* sólo sería causa de exclusión de la culpabilidad o de exculpación. El caso fortuito supone, pues, siempre una causa de exclusión de la tipicidad en su aspecto subjetivo, y será además una causa de exclusión de la antijuridicidad, sustancialmente coincidente con el riesgo permitido, por total falta de desvalor de la acción si no se infringe el deber de cuidado y evitación respecto de algún otro aspecto ilícito; si se diera esta infracción, será una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal.

La Real Academia de la lengua española, realiza una importante aclaración al decir que no es ni dolosa ni imprudente la acción de caso fortuito, de una vez excluyendo el dolo y la culpa, dando paso al caso fortuito que se da cuando hay una ausencia de dolo y culpa, como lo indica Ferrer Sama (como se citó en Romano 1969):

Cada uno de ellos comprende una serie de formas y si una conducta no reviste los caracteres de dolosa y culposa, nos hallamos ante el aspecto negativo de la culpabilidad, con la consiguiente responsabilidad penal. Italia es el fenómeno que se nos ofrece en el caso fortuito representativo de la falta de dolo y la falta de culpa.

Más aún, partiendo de los diferentes conceptos que se han traído a este trabajo se puede concluir que el factor de la previsibilidad tiene un factor importante, esto es debido a que, en la culpa, aquellas consecuencias con ocasión de la conducta del sujeto se podían prever, mientras que en el caso fortuito las consecuencias ocasionadas no se podían haber previsto, dando como resultado la exclusión de la responsabilidad penal.

Entonces si en un partido de fútbol ante una inminente falta cometida de un jugador a otro, con la cual se ocasiona una lesión personal deportiva, el caso fortuito va a entrar a impulsar una posible impunidad sobre estos actos cometidos, debido a que si se llega a dar un caso fortuito como eximente de responsabilidad excluiría la culpabilidad. El caso fortuito como lo explicaba el maestro Giovanni Bernal en clase de derecho probatorio necesita unos elementos para poder fundamentarse, primeramente, se requiere que se cause un perjuicio, un mal y que sea con ocasión de un acto lícito (con total ausencia del dolo y la culpa), según el profesor Labatut (1995):

Son tres los elementos que integran el caso fortuito, ellos son: a) una conducta inicial lícita; b) la acción debe realizarse con la debida diligencia, poniendo el sujeto la atención y cuidado que justamente podía exigirle, atendidas las circunstancias y sus conocimientos y capacidades personales; y c) es menester que el mal sobrevenga por mero accidente, que sea previsible y que surja sin dolo ni culpa por parte del actor. (p.187)

Cuando se habla de que se causa un perjuicio o un mal, no está estableciendo qué tipo de perjuicio es, encontrando una ausencia de ingredientes normativos, pero aplicándolo a la materia en mención, se puede concluir que ese perjuicio causado en un partido de fútbol profesional primeramente deja claro que el sujeto pasivo será el jugador de fútbol profesional (sujeto pasivo determinado). Al momento de estar refiriéndose a que aquella conducta sea con ausencia de dolo y culpa, con ocasión de un acto lícito, en este caso el acto lícito es en un partido de fútbol profesional y estos actos tienen que ser ajenos al dolo y la culpa, esto es debido a que si existiera la voluntad de la acción dañosa, no se podría hablar de un caso fortuito, sería más bien hablar de un dolo en la acción, pero si existe el conocimiento de que la acción puede causar una lesión, pero se prevé que se puede evitar la consecuencia, se habla únicamente de culpa, pero si no existe alguna voluntariedad de ejecutar algún hecho

dañoso, se podría hablar de un caso fortuito. Por lo anteriormente expuesto, no se respondería penalmente.

En el partido de fútbol profesional se puede dar la situación que el daño efectuado sea por puro accidente, dejando a un lado la intención, la imprudencia o la negligencia que se pueda llegar a dar, esta situación se puede dar cuando está completamente aislado al nexo causal, debido a que la lesión ocurrió por puro azar, lo cual no era posible ser previsto ni de ninguna manera ser evitado por los sujetos, es como si se habla de que el delantero cuando le pega al balón para que se dirija hacia al arco rival, pega en uno de los postes del arco y en ese rebote del balón le pega en la cara a un contrincante ocasionándole una fractura en su nariz, observamos que se produce un daño con ocasión de una conducta lícita, que ninguna de las partes lo podría prever.

Para ir concluyendo el tema, para que sea considerado caso fortuito primeramente la lesión debe ocasionarse por una conducta lícita, involucrando el comportamiento del jugador de fútbol profesional el cual causa una afectación a los bienes jurídicos tutelados, careciendo de dolo y culpa por parte del sujeto activo al sujeto pasivo, dando como resultado que estos hechos no se le puedan atribuir una consecuencia penal, puesto que no se configura la tipicidad, culpabilidad y la antijuridicidad.

El caso fortuito observado como una causal de ausencia de la responsabilidad consagrada en la Ley 599 de 2000 en su artículo 32, establece que: “No habrá responsabilidad penal cuando: 1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor” (Congreso de la República, 2000), dejando claro que no se puede sancionar al sujeto activo penalmente, dando paso a la impunidad en esta actuación, pese a que el sujeto pasivo está sufriendo una afectación a sus bienes jurídicos tutelados.

Conclusiones:

Es dable concluir que cuando se habla de las limitaciones a la responsabilidad penal, se puede hablar de los eximentes de responsabilidad los cuales están consagrados en el artículo 32 de la Ley 599 del año 2000, pero estos no pueden ser alegados en todos los casos que se presenten de lesiones personales deportivas, puesto que

estaríamos ante un caso de impunidad, es de aclarar que se tiene que sentar un precedente frente a estas lesiones personales deportivas y que no se siga permitiendo el abuso de los eximentes de responsabilidad del derecho penal, todo esto con el fin de justificar su actuar en el campo de juego.

Si ya se ha interpuesto una sanción disciplinaria al jugador, esto daría paso a una investigación penal y de poder demostrarse una sanción penal, pero como ya existe un precedente disciplinario, se da paso a que no se puedan aplicar los eximentes de responsabilidad para limitar su responsabilidad, dejando claro que no se va a dar una un non bis in ídem puesto que en el código disciplinario establece que por el simple

hecho de que se adelante un proceso disciplinario, esto no va a eximir de responsabilidad penal, civil entre otras al jugador de fútbol profesional.

Mediante la aplicación de la normatividad penal a las lesiones personales deportivas que se presentan, se está buscando principalmente proteger el bien jurídico tutelado de la vida e integridad personal y evitar que se dé una vulneración a sus derechos fundamentales que se presenta mediante la violencia ejercida en las faltas deportivas, observando que se excedió en su actuar y se han vulnerado los derechos del jugador de fútbol afectado.

Para finalizar, se tiene que comenzar a replantear cuáles son los límites permitidos en las lesiones, puesto que existe una delgada línea entre la justificación de estas faltas y la violación de los derechos del deportista afectado, como en Argentina donde existe la primera condena a un deportista por exceder los límites permitidos en la normatividad.

Bibliografía

Referencias de tipo legal

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Artículo 29*. Recuperado de Constitución Política: <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Artículo 52*. Recuperado de Constitución Política de Colombia: <https://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-2/articulo-52>

Colombia. Congreso de la República. (26 de mayo de 1873). *Artículo 64*. mayo de 1873. Código civil de los Estados Unidos de Colombia. Recuperado de Ley 84 de 1873: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr001.html#64

Colombia. Congreso de la República. (2000) *Artículo 10*. “Ley 599 de 2000”, por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Recuperado de Ley 599 de 2000: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html#10

Colombia. Congreso de la República. (2000). “*Artículo 11*”. “Ley 599 de 2000”, por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Recuperado de Ley 599 de 2000: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html#11

Colombia. Congreso de la República. (2000). *Artículo 111*. “Ley 599 de 2000”, por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Recuperado de Ley 599

de 2000: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr003.html#111

Colombia. Congreso de la República. (2000). *Artículo 111*. “Ley 599 de 2000”, por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Recuperado de Ley 599 de 2000: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr003.html#111

Colombia. Congreso de la República. (2000). *Artículo 112*. “Ley 599 de 2000”, por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Recuperado de Ley 599 de 2000: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr003.html#112

Colombia. Congreso de la República. (2000). *Artículo 114*. “Ley 599 de 2000”, por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Recuperado de Ley 599 de 2000: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr003.html#114

Referencias de tipo jurisprudencial

Colombia. Consejo de Estado. (16 de marzo de 2000). *Sentencia 11670 marzo de 2000*, rad.: 11670: M.P., Hernández Enríquez, Alier Eduardo. Recuperado de Colección de jurisprudencia colombiana:

https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_5571f44718ce4bd487364c2c30c66666/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-11670-de-marzo-16-de-2000

Colombia. Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-626/96*. noviembre de 1996, exp: D-1341: M.P., Hernández Galindo, José Gregorio Recuperado de Relatoria: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-626-96.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-827/01*. agosto de 2001, exp: D-3345: M.P., Tafur Gavis, Alvaro. Recuperado de Relatoria: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-827-01.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-818/05*. agosto de 2005, exp: D-5521: M.P., Escobar Gil, Rodrigo. Recuperado de Relatoria: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm>

Referencias de tipo doctrinal

- Bernal, F. (2008). *Derecho Administrativo*. Recuperado de Escuela Superior de Administración Pública: <https://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2017/10/2-Derecho-Administrativo.pdf>
- Cerezo, J. (1987). “La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho legítimo de un derecho, oficio o cargo”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 273-300.
- Diario As. (2013). “Gerardo Bedoya ya lleva 43 expulsiones en su carrera”. Recuperado de Internacional: https://as.com/futbol/2013/07/03/internacional/1372857648_737213.html
- Dimayor (2022). *Artículo 2*. Recuperado de Reglamento Liga BetPlay Dimayor I-2022: <https://dimayor.com.co/wp-content/uploads/2022/01/REG-LIGA-I-2022.pdf>
- Federación Colombiana de Fútbol. (2019). *Artículo 7*. Recuperado de Código disciplinario único Federación Colombiana de Fútbol “FCF”: <https://fcf.com.co/wp-content/uploads/2019/04/20180405MODIFICACIONCDUFCE.pdf>
- Freund, J. (1995). “Lesiones personales”. *Sociología del Conflicto*, 52-71.
- Jackobs, G. (1997). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: Losada.
- Medline. (4 de diciembre de 2021). *Heridas y lesiones*. Recuperado de Biblioteca nacional de medicina: <https://medlineplus.gov/spanish/woundsandinjuries.html>
- Mir, S. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Tecfoto S.L.

LA PROTECCIÓN DE LA SEMILLA TRADICIONAL EN EL CASO COLOMBIANO¹

THE PROTECTION OF TRADITIONAL SEEDS IN THE COLOMBIAN CASE

Recibido: 29 de junio de 2023

Aceptado: 03 de agosto de 2023

David Ronderos Gaviria²

Resumen

- 1 El presente artículo de reflexión hace parte del proyecto de investigación INV-DER-3157: “Conocimientos tradicionales en Colombia: una aproximación a las medidas de protección de las decisiones de la Comunidad Andina en torno a la propiedad industrial”, de la Universidad Militar Nueva Granada.
- 2 Abogado Egresado de la Universidad Militar Nueva Granada. Auxiliar de investigación de la Universidad Militar Nueva Granada, Cajicá-Colombia. E-mail: u0602126@unimilitar.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6827-8901>

Desde una perspectiva interpretativa y crítica, el presente artículo busca dar luces generales respecto del marco de protección industrial de la semilla tradicional en Colombia. Sirviéndose de jurisprudencia, legislación comunitaria y, con mayor fuerza, de fuentes científicas originales, se presentarán valoraciones y planteamientos derivados y sustentados en los hallazgos de esta investigación. Así, preliminarmente se define que es una variedad vegetal o planta y, por supuesto, que se entiende por conocimiento tradicional. Acto seguido, a grandes rasgos, se desarrolla la cuestión relativa a los límites de las patentes de invención en relación con las semillas o variedades vegetales en su calidad de seres vivos, desde lo dispuesto en la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones. Con posterioridad, se explica y analiza la figura del derecho de obtentor vegetal, en el contexto de la protección de las semillas de carácter ancestral, fruto de conocimientos tradicionales de comunidades campesinas e indígenas a lo largo del territorio nacional. Finalmente, en el apartado de *conclusiones*, se proyectan algunas reflexiones y demás puntos de vista en relación con el tema de investigación para luego concluir el escrito revalorizando los planteamientos expuestos y examinando el alcance de la investigación.

Palabras clave: Semilla tradicional, Variedad vegetal, Propiedad industrial, Derecho de obtentor, Conocimiento tradicional.

Abstract

From a critical and interpretative perspective, this article hereby intends to illustrate the generalities in regards to the industrial protection scheme of traditional seeds in Colombia. By means of case law, communitarian legislation and, more strongly, original scientific sources, assessments and insights derived and based off on the findings of this investigation shall be presented. As it stands, in broad terms, phrases such as plant varieties and plants are defined and, of course, what traditional know-how is, gets accounted for in order to, thereafter, develop the topic surrounding the limits of invention patents in regards to seeds and plant varieties in their condition as living beings, as imposed by Decision number 486 of the Andean Community of Nations. Hereinafter, the figure of Plant breeder's rights is explained and analyzed in the context of the protection of ancestral seeds, themselves a land. Finally, in the *conclusions* section, a few thoughts and other points of view in relation to the investigation are projected out so to conclude this writing by reflecting upon the exposed findings as well as by examining the reach of the investigation.

Keywords: Traditional seed, Plant variety, Industrial property, Plant breeders' right, Traditional know-how.

Introducción

El derecho de obtentor vegetal es, al menos en el espacio legal colombiano, una ficción jurídica del derecho de propiedad industrial destinada a proteger precisas manifestaciones de la creatividad humana, como lo son las variedades vegetales. Estas creaciones son, entonces, consideradas bajo el seno de la propiedad industrial que, como es sabido, no pretende cosa diferente a salvaguardar derechos reales originados en creaciones diversas que gozan, generalmente hablando, de aplicación en la industria.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, al dirigir la mirada hacia el tratamiento que comunidades campesinas o indígenas otorgan a sus propias semillas, plantas y variedades vegetales, el asunto de su protección adopta un tinte distintivo, pues es aquí que se desdibuja el ideal de industria, a favor de una *cosmovisión colectiva* respecto de la propiedad, como sea que dichas variedades tradicionales obedecen a necesidades o requerimientos socioculturales intrínsecos a la comunidad, siendo extraños a una aplicación industrial.

Luego entonces, si bien es cierto que el derecho de obtentor vegetal deriva del sistema de protección industrial, esto no implica, en teoría, que su ámbito de protección se limite a creaciones con aplicación industrial, pues se trata de una semilla o variedad vegetal de carácter *tradicional*.

Aun así, con este ensayo académico se pretende poner en evidencia el conflicto de intereses al momento de alegar autoría por sobre una determinada variedad, que puede llegar a existir entre comunidades indígenas o campesinas y productores industriales que se sirven de procesos biotecnológicos de creación. El derecho de obtentor vegetal no considera la condición del reclamante sino la naturaleza de la creación, siendo, en este sentido, igualitario entre actores, más no equitativo.

Así las cosas, la discusión a plasmar en líneas ulteriores busca lograr el planteamiento de «aquello que debería ser», en relación con la anterior controversia, de manera tal que sea posible aislar y caracterizar la especial condición de protección que debe ocupar la semilla tradicional en el ordenamiento jurídico colombiano.

En este sentido, tratándose de las semillas y variedades tradicionales, se propone que la identidad cultural y, ciertamente, la seguridad patrimonial de pueblos indígenas y campesinos, se encuentran en un estado febril o expuesto, pues no existe instrumento «único en su especie» o *sui generis*, que, equiparándose al derecho de obtentor vegetal, pueda, adicionalmente, considerar la especial condición social y cosmogónica de aquellos pueblos, de cara a procurar la defensa de sus intereses en el entendido de la semilla tradicional. La jurisprudencia, como se expondrá llegado el caso, ha contentado hasta cierto punto esta laguna.

Es al margen de la teoría del caso delineada previamente y según criterios jurisprudenciales y legales – sometidos al imperio de la supranacionalidad de la norma comunitaria andina –, que se evidenciarán algunas implicaciones y efectos adversos que se generan hacia comunidades indígenas o campesinas, cuando un tercero industrial obtiene el derecho exclusivo de explotación sobre una variedad vegetal o planta, cuyas cualidades físicas y filogenéticas³ son esencialmente derivadas del grano o variedad tradicional.

En gracia de discusión, igualmente, se hará mención de instrumentos especiales de protección que, siendo limitaciones del derecho de obtentor, tienen como objetivo equilibrar la balanza a favor del campesino o indígena, como parte más débil, cuando este pretende explotar una semilla o variedad tradicional industrialmente protegida. Se trata del *privilegio del agricultor*.

Ahora, de lo general a lo particular, entre las referencias que habrán de revestir de sustancia parte de esta labor, resalta la Decisión 486 de la Comunidad Andina, que constituye el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Es desde su capítulo primero «De los Requisitos de Patentabilidad», de donde se desprende que las plantas y variedades vegetales no son patentables y por lo mismo, la supranacionalidad de este mandato comunitario se sobrepone incluso, a normas locales contradictorias en territorio de Estados miembros.

El vacío percibido por aquella excepción de patentabilidad, es sopesado por la Decisión 345 de la Comunidad Andina que, como extensión de la norma comunitaria, comprende el «Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales» en los Países Miembros de la comunidad. De esta forma, el derecho del obtentor vegetal es, por defecto, la figura que protege a seres vivos vegetales en el derecho industrial. Su ámbito de aplicación, según su artículo segundo, capítulo primero, se circunscribe a todos los géneros y especies botánicas siempre que su cultivo, posesión o utilización no se encuentren prohibidos por razones de salud humana, animal o vegetal.

Metodología

Este artículo se desarrolló mediante una revisión sistemática de fuentes originales desde una perspectiva de análisis e interpretación cualitativa. Se han recolectado y examinado datos de interés científico de alta relevancia para con el eje temático de la investigación. La interpretación crítica de los datos seleccionados y la comparación de posturas conocidas y desconocidas, permitió acercarse a las temáticas tratadas a lo largo del texto. La recolección, selección y estandarización de los datos empleados fue en parte facilitada por el sistema *Descubridor*, de la Red de Bibliotecas de la Universidad Militar Nueva Granada. La interpretación cruzada de los datos obtenidos aproxima el resultado

3 De la filogenia. Parte de la biología que se ocupa de las relaciones de parentesco entre los distintos grupos de seres vivos (Real Academia Española, s.f., definición 1).

de la investigación a la objetividad y a una verdad más perfecta, salvaguardando así el principio de reproducibilidad.

Resultados

El examen analítico y la interpretación cualitativa de la bibliografía recolectada y estandarizada, relativa a la protección de la semilla tradicional en el territorio colombiano, devolvió los siguientes resultados.

1. De las variedades vegetales y plantas

De lo general a lo particular, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), por «planta» se entiende un «ser vivo autótrofo⁴ y fotosintético, cuyas células poseen pared compuesta principalmente de celulosa y carecen de capacidad locomotora» (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 2).

Una definición no muy distante del término «planta», yace en el diccionario Merriam-Webster (planta – sustantivo) y se lee así:

Cualquiera de un reino (Plantae) de organismos eucariotas⁵ mayormente fotosintéticos que carecen de movimiento locomotor o de órganos nerviosos o sensoriales obvios y que poseen paredes celulares de celulosa (Merriam-Webster, s.f).

Por otro lado, entre las ocho definiciones de la palabra «variedad» que figuran en el Real Diccionario de la Lengua Española, relucen, para los efectos de estas líneas, el número dos (2), cinco (5) y siete (7), que respectivamente la definen como una «diferencia dentro de la unidad»; una «mudanza o alteración en la sustancia de las cosas o en su uso»; y como «cada uno de los grupos en que se dividen algunas especies de plantas y animales y que se distinguen entre sí por ciertos caracteres que se perpetúan por la herencia» (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 2, 5 y 7).

Así mismo, téngase presente la definición de «variedad» incorporada en el artículo tercero del capítulo segundo de la Decisión Andina 345 (1993), que reza: «*Conjunto de individuos botánicos cultivados que se distinguen por determinados caracteres morfológicos, fisiológicos, citológicos⁶, químicos, que se pueden perpetuar por reproducción, multiplicación o propagación*».

4 Dicho de un organismo: Que es capaz de elaborar su propia materia orgánica a partir de sustancias inorgánicas; p. ej., las plantas verdes (Real Academia Española, s.f., definición 1).

5 Cualquiera de un dominio (Eucaria) o de un grupo taxonómico (Eucariota) por sobre el reino que incluye organismos compuestos de una o más células que contienen núcleo y organelos visiblemente evidentes (Merriam-Webster, s.f.).

6 De la Citología. Parte de la biología que estudia la célula (Real Academia Española, s.f.), definición

Ahora bien, debe aclararse que el término de «variedad vegetal» y el de «planta», no aluden, realmente, a lo mismo.

Una variedad de carácter vegetal no es sino una suerte de consecuencia de la existencia de la primera, ya que, en primer lugar, existe la «planta», para luego y sólo en razón de este hecho trivial, adquirir sentido la terminología de «variedad vegetal», precisamente como una variedad de aquella planta original, siendo pues, un derivado *genotípico*⁷ y *fenotípico*⁸ de aquella y, por ende, incapaz de preceder a la planta de origen.

Sin embargo, sea la anterior una aclaración didáctica, pues como comenta Arcudia (2015):

En el lenguaje ordinario se alude a las plantas por el nombre de su género o especie. El agricultor o el hortelano que cultivan el campo hacen una diferenciación más precisa. No se limitan a plantar patatas o guisantes o a sembrar trigo. Eligen una variedad determinada —una subdivisión de la especie— que prometa mejor calidad o mayor cantidad, u otras ventajas inherentes a las plantas que se cultivan (p. 90).

1.1 El conocimiento tradicional: una noción básica

El término «conocimiento tradicional», pluralmente hablando, refiere a una propiedad *colectiva*, inherente a comunidades indígenas y locales. Por otro lado, generalmente hablando, «la propiedad intelectual otorga derechos exclusivos en cabeza de un titular», lo que supone una *dicotomía* entre ambos (Núñez, 2018, p.111).

Bajo el entendido del artículo 2.5.1.2 del Decreto 1080 del año 2015, aún vigente, se trata de un *patrimonio cultural inmaterial*, compuesto por conocimientos y usos relacionados con la Naturaleza y el universo que «las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan (*sic.*) como parte de su patrimonio cultural. El patrimonio cultural inmaterial incluye a las personas que son creadoras o portadoras de las manifestaciones que lo integran».

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), define a los conocimientos locales e indígenas como aquellos referidos a «las concepciones, habilidades y filosofías que las sociedades han desarrollado a lo largo de generaciones y de una larga interacción con su entorno natural» (UNESCO, 2017, p. 8).

7 Pertenciente o relativo al genotipo: Conjunto de los genes de un individuo, de acuerdo con su composición alélica (Real Academia Española, s.f., definición 1).

8 Pertenciente o relativo al fenotipo: Manifestación variable del genotipo de un organismo en un determinado ambiente (Real Academia Española, s.f., definición 1).

1.2 La cuestión de la biopiratería

La protección de los conocimientos tradicionales se ha manejado desde diversas posturas y enfoques. Uno de ellos, el enfoque ‘defensivo’, propende, como su nombre sugiere, por la defensa del conocimiento tradicional evitando formas de apropiación ilegítima como la *biopiratería*; el enfoque ‘proactivo’, por otro lado, se inclina por un uso sustentable del conocimiento tradicional capaz de generar beneficios compartidos entre las comunidades indígenas locales que lo han producido (Rojas, 2013, p. 118, cursiva fuera del original).

El fenómeno de la biopiratería, de acuerdo a Reyna (2019), tiene lugar cuando «la actividad del aprovechamiento de recursos genéticos en diferentes ambientes naturales» o *bioprospección*, se emplea con el fin último de hacerse con dichos recursos y demás conocimientos, «sin otorgar ningún tipo de beneficio a las comunidades indígenas», lo que genera un desbalance social en el desarrollo sostenible de estas comunidades, al privarles de los beneficios de la *bioprospección* y al impactar la «biodiversidad de distintos ambientes naturales», al tratarse de una «extracción injustificada del conocimiento tradicional» (p. 6).

Por su parte, en “Biopiracy and the right to self-determination of indigenous peoples”, Dörr (2019), entiende a la biopiratería como aquella práctica en la que el conjunto de conocimientos tradicionales e indígenas acerca de la naturaleza, es usurpado por terceros que pretenden obtener un beneficio sin otorgar realmente una contraprestación o reconocimiento a dichas comunidades respecto de las cuales, por supuesto, se carece de permiso (p. 311).

2. Decisión andina 486: límites de las patentes de invención

2.1 Limitaciones a la patentabilidad

El literal «b» del artículo 15 de la Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), *no considera como invenciones patentables* «el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural».

A partir del extracto literal anterior, serán patentables el todo o parte de seres vivos *con la condición* de que el estado físico de estos difiera de cómo se les encuentra en la naturaleza. Así, según el literal «c» del artículo 20 de la decisión en cuestión, *no serán patentables* «las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos».

Dada su naturaleza comunitaria, es apenas coherente que la anterior normatividad haga eco en el ordenamiento jurídico de países miembros. Según precisa Rangel (2008), la legislación mexicana de patentes, tras la reforma a la Ley de Propiedad Industria (LPI) de 1994, en su artículo 16, literal V – vigente al plasmar estas líneas–, prohibió expresamente el otorgamiento de patentes sobre una variedad de carácter vegetal, según se desprende del enunciado de dicho artículo, el cual se lee:

Serán patentables las invenciones que sean nuevas, resultado de una actividad inventiva y susceptibles de aplicación industrial, en los términos de esta Ley, **excepto**: i. Los procesos esencialmente biológicos para la producción, reproducción y propagación de plantas y animales; ii. El material biológico y genético tal como se encuentran en la naturaleza; iii. Las razas animales; iv. El cuerpo humano y las partes vivas que lo componen, y v.- **Las variedades vegetales**. (p. 202) (subrayado fuera del original).

2.2 Semillas, plantas y variedades: la necesidad de un sistema de protección único en su especie

Aunque no sea el caso colombiano o el contexto real de la semilla tradicional nacional, una importante justificación para la creación de un régimen *sui generis* de protección, como propone Correa (2016) en “*Sui generis protection for farmers’ Varieties*”, se reduce a que un sistema de tal naturaleza, podría servir de barrera en contra del uso inapropiado por parte de terceros de creaciones e innovaciones de granjeros, campesinos o demás comunidades, efectuado sin consentimiento y sin el pago de regalías. Así mismo, el desarrollo de un sistema *sui generis* para campesinos y comunidades, facilitaría el uso y venta de variedades tradicionales y, de ser el caso, habilitaría a dichas comunidades para almacenar, utilizar e incluso vender semillas que terceros han derivado de las suyas propias (p. 164).

El inconveniente con las patentes es que, por sí mismas, ostentan un espectro de protección mucho más amplio, en tanto cobijan cualquier tipo de invención en cualquier «sector de la técnica». El objeto de protección en lo que incumbe a los derechos de obtención vegetal es *especialísimo*, pues únicamente comprende a la obtención en sí o a sus variedades, por lo que del asunto se desprende que el derecho de patentes sea *generalista*, mientras que el Derecho del Obtentor Vegetal sea, naturalmente, *sui generis* (Manrique y otros, 2019, p. 41).

De esta forma, en términos puntuales, a diferencia del derecho de patentes y otros derechos de propiedad intelectual, los derechos sobre obtenciones vegetales otorgan cobertura especializada a variedades de géneros y especies botánicas, teniendo en cuenta las necesidades del obtentor en un «mercado de alto impacto económico». El objeto de protección vía patente, se circunscribe a invenciones con aplicación industrial (Vargas-Chaves y otros, 2016, p. 103).

En esta línea de discusión y en el caso específico de las variedades vegetales, la Ley de Semillas, en el caso paraguayo, constituye un instrumento único en su especie en lo que respecta a la protección intelectual de variedades vegetales consideradas en la totalidad de su constitución genética. Se trata de una ley que promueve la creación de nuevas variedades vegetales a través del fitomejoramiento en cabeza de los obtentores. La Ley de Patentes, por su parte, protege un elemento genético *único*, creado por el hombre, mediante biotecnología, para lograr resultados como «tolerancia a la aplicación de un herbicida, protección contra ciertos insectos, tolerante al estrés hídrico, contenido nutricional, incremento de productividad, etc.» (Rovira & Modica, 2015, p. 3).

En relación con esto último, bajo la lupa del derecho español y reiterando el tema de las patentes, Martínez (2011) aclara que, si bien es cierto que pueden abarcar «todo el reino animal o incluso todo ser vivo», esto habrá de ser cierto *siempre y cuando*:

Los procedimientos para su obtención no sean esencialmente biológicos (*que consistan íntegramente en fenómenos naturales como el cruce o la selección*), pudiéndose otorgar la patente si el procedimiento de obtención es técnico (como el microbiológico), alcanzando la patente tanto al procedimiento como al producto obtenido (artículo 5.3 Ley de Patentes española). (pp. 12-13).

La anterior precisión cobra aún más sentido, si se lee bajo el contexto del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Vinculada al Comercio (1995) y su enmienda del 23 de enero de 2017, del cual Colombia figura como Estado miembro desde el 7 de agosto de 2009. Esto, pues dicho acuerdo «estableció que los países tenían derecho a no otorgar patentes a cerca de animales y vegetales, pero tenían que otorgar, en su caso una protección *sui generis*» (Pérez, 2018, p. 534).

3. El derecho del obtentor vegetal como sistema *sui generis* de protección

3.1 Breve recuento histórico

Preliminarmente, la obtención vegetal es el arte y ciencia consistente en mejorar, mediante modificación genética, a determinada planta. Lo que se entiende por modificación genética, esta estrechamente relacionado con los objetivos del agricultor, los procedimientos empleados o los requerimientos del usuario final (Janis, 2002, p. 14).

Ahora, históricamente resultaría inexacto afirmar que la protección intelectual de plantas o vegetales surgió, en paralelo, con el nacimiento mismo del sistema general de protección intelectual e industrial, por lo que una figura de tal especialidad como el derecho del obtentor no puede traerse a colación en etapas gestacionales tempranas de aquellos sistemas de protección, como lo es la de la creación de la

Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial el 20 de marzo de 1883, en París, Francia, mediante el Convenio de París para la protección industrial (Morais y otros, 2016, p. 152).

No obstante, no son nuevas las *exigencias* de extender sistemas de propiedad intelectual al campo de la agricultura, ya que estas «datan de la época del crecimiento en el comercio de semillas hacia finales del siglo diecinueve en varios países europeos», cuando empezaron a conformarse asociaciones de obtentores, quienes acostumbraban a reivindicar su posición frente a la protección de nuevas variedades frente a la Oficina Internacional de la Unión para la Protección de la Propiedad Industrial (est.1883) que, por su parte, supervisaba el mencionado Convenio de París. Este convenio estableció, en su protocolo final, que el sistema de propiedad industrial habría de interpretarse en sentido amplio, no sólo acogiendo a productos industriales estrictamente hablando sino a su vez, a productos agrícolas (Dhar, 2002, p. 3).

3.1.1 Gestación del sistema del obtentor vegetal: Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)

La Asociación Internacional de Agricultores para la Protección de las Variedades Vegetales (ASSINSEL, por sus siglas inglesas) propuso, en el año de 1956 y en su Congreso en Semmering, Austria, la constitución de una conferencia internacional para la creación de un sistema internacional para la protección de variedades. En 1957, tiene lugar la primera sesión de la conferencia en la ciudad de París. El acta final de la conferencia legitimó los derechos de los obtentores y estableció que una variedad debía diferir de variedades existentes para ser protegida, debiendo poseer, a su vez, características esenciales estables. La segunda sesión de la conferencia igualmente tomó lugar en París, en 1961. En ella, se crea la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) (Blakeney, 2007, p. 402).

Desde su establecimiento, la Unión se propone premiar, mediante el derecho del obtentor, la innovación en el campo de la producción de variedades mejoradas, caracterizadas por su homogeneidad, estabilidad y novedad, en el contexto de procesos de *hibridación*. «Este sistema de protección a las variedades de semillas, ha sido catalogado como sistema *sui generis*, alternativo al sistema de patentes y específico para variedades vegetales». Aunque la producción de estos híbridos ha impulsado la eficiencia de los cultivos, así mismo, «las características propias que exige el sistema de propiedad intelectual UPOV, de homogeneidad, y de estabilidad, también han contribuido a la pérdida de variedades vegetales y con ella, a una inseguridad alimentaria» (González, 2018, pp. 910-920).

3.2 Antecedentes jurisprudenciales

Sobresalen antecedentes jurisprudenciales como la sentencia de constitucionalidad C-262 de 1996, que declaró exequible el pacto internacional que en su momento

fue objeto de revisión por la «Ley Aprobatoria del tratado para la inserción de Colombia en la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)»; se trata de la Ley 243 de 1995 (actualmente vigente), «*Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales –upov–’ del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978*» (no UPOV 91) (Robledo, 2006, p. 151).

Más recientemente, las sentencias C-501 de 2014 (del delito de usurpación de derechos de obtentores de variedades vegetales) y, *especialmente*, la sentencia C-1051 de 2012, desarrollada más adelante.

3.3 Antecedentes normativos

En la legislación nacional y en orden jerárquico constitucional, notorios son los artículos superiores de la Constitución Política de Colombia; número 61: «El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley» y 65, que estipula lo siguiente:

La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras. De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad.

El Decreto Reglamentario 533 de 1994 (compilado en el Decreto Único 1071 de 2015), «*mediante el cual se reglamenta el régimen común de protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales en Colombia*», cuyo artículo 2 (equivalente 2.13.7.1.2 en el Decreto Único 1071 de 2015) designa al ICA como Autoridad Nacional Competente en tratándose de la protección de variedades vegetales y cuyo artículo 8 (equivalente 2.13.7.1.7 en el Decreto Único 1071 de 2015) desarrolla la extensión del derecho del obtentor a las variedades vegetales *esencialmente derivadas* de una variedad protegida.

La Resolución 3168 de 2015 del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) –que deroga y sustituye la resolución 970 de 2010– por medio de la cual se «*reglamenta y controla la producción, importación y exportación de semillas producto del mejoramiento genético para la comercialización y siembra en el país, así como el registro de las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento*», y cuyo artículo 22 presenta el denominado –y previamente explanado– «privilegio del agricultor».

Súmese la Resolución 1893 de 1995, que define el término «Obtentor» en su artículo primero.

3.4 Antecedentes supranacionales y otros instrumentos internacionales

A nivel regional, en Colombia regenta la Decisión Andina 345 de 1993, en virtud de la cual tiene aplicación el Convenio de UPOV 1978, y cuyo artículo 26 igualmente consagra la figura del «privilegio del obtentor». El artículo 15, literal «b» de la Decisión 486 de 2000⁹; el artículo 20¹⁰, «Derechos de propiedad intelectual», de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de trascendente importancia en tratándose de semillas tradicionales y pueblos indígenas; así como el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) de 1992; el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología, y el Protocolo de Nagoya – Kuala Lumpur, sobre responsabilidad y compensación suplementaria al Protocolo de Cartagena.

A pesar de que, en el paraje internacional, el Protocolo de Nagoya – Kuala Lumpur

*«sobre responsabilidad y compensación suplementaria al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología»*¹¹, se presente como el más notorio avance en relación con los *conocimientos tradicionales y recursos genéticos*, en tanto reglamenta, con detalle, disposiciones afines en el Convenio sobre Responsabilidad Biológica (CBD)¹² de 1992, cierto es que el mismo resulta insuficiente (Pérez & Pichardo, 2017, p. 29).

Cometidos similares –en el sentido de reconocer y proteger tales derechos mediante alguna suerte de sistema *sui generis*– por parte de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) han sido de igual forma, infructuosos, y no puede

9 Artículo 15.- No se considerarán invenciones: [...]

b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural.

10 **Artículo XX. Derechos de propiedad intelectual:** 1. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y a la plena propiedad, control y la protección de su patrimonio cultural, artístico, espiritual, tecnológico y científico, y a la protección legal de su propiedad intelectual a través de patentes, marcas comerciales, derechos de autor y otros procedimientos establecidos en la legislación nacional; así como medidas especiales para asegurarles status legal y capacidad institucional para desarrollarla, usarla, compartirla, comercializarla, y legar dicha herencia a futuras generaciones. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a controlar y desarrollar sus ciencias y tecnologías, incluyendo sus recursos humanos y genéticos en general, semillas, medicina, conocimientos de vida animal y vegetal, diseños y procedimientos originales. 3. Los Estados tomarán las medidas apropiadas para asegurar la participación de los pueblos indígenas en la determinación de las condiciones para la utilización pública y privada de derechos enumerados en los párrafos 1 y 2.

11 Aprobado en territorio colombiano mediante la Ley 1926 de 24 de julio de 2018, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo de Nagoya – Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación Suplementario al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología”, adoptado en Nagoya, Japón, el 15 de octubre de 2010.

12 Aprobado en territorio colombiano mediante la Ley 165 de 1994, reglamentada en el Decreto 2372 de 2010, compilado, a su vez, en el Decreto 1076 de 2015 *«por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible»*.

decirse cosa distinta de propuestas negociadas por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG), de la misma OMPI¹³, como quiera que aquél no ha logrado avances significativos en años (Pérez & Pichardo, 2017, p. 29).

3.5 La prohibición de la protección cumulativa sobre una misma planta o variedad vegetal: inexecutable del UPOV 91

Con ocasión de la sentencia C-1051 de 2012, y la declaratoria de inexecutable, debido a la falta de consulta previa con las comunidades *afectadas directamente* con su expedición, de la Ley 1518 de ese mismo año –que pretendía incluir al bloque de constitucionalidad la revisión UPOV del 91–, la desaparición de la cláusula de prohibición de doble protección de la UPOV en su revisión de 1991 se tiene por no existente, como quiera que dicha Acta de Revisión no aplica en territorio nacional por vía jurisprudencial, por lo que dicha restricción se mantiene.

Así mismo, según lo descrito por García (2016, p. 77), se mantiene vigente la prohibición a los Estados firmantes del convenio UPOV, de proteger una misma variedad mediante ambas vías (derecho de patentes y título de obtención) de manera cumulativa, al «conceder tutela al obtentor de una variedad vegetal por medio de un derecho de patente o por medio de un título específico» en forma simultánea y facultativa, a la luz del UPOV 61 (del 2 de diciembre).

El Estado colombiano, entonces, está habilitado para ofrecer ambas vías de protección con sus respectivas distinciones de objeto y forma, más no lo está para otorgar protección cumulativa a una misma variedad. Esta realidad se observa inalterada, aún a pesar de la eventual introducción de las revisiones del 10 de diciembre de 1972 y del 23 de octubre de 1978 (artículo 2)¹⁴, vigentes por conducto de la Ley 243 de 1995.

Situación que se contrapone al recuento de García (2016, pp. 77-78), según el cual:

En el Acta del Convenio de la UPOV de 1991 desapareció la prohibición de doble protección que figuraba en las anteriores Actas del Convenio, limitándose el artículo 2 a disponer que «(c)ada Parte Contratante concederá derechos de obtentor

13 El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) de la OMPI lleva a cabo negociaciones basadas en textos con miras a finalizar un acuerdo sobre uno o varios instrumentos jurídicos internacionales para la protección de los conocimientos tradicionales (CC.TT.), las expresiones culturales tradicionales (ECT) y los recursos genéticos (RR.GG.).

14 **Artículo 2. Formas de protección: 1)** Cada Estado de la Unión puede reconocer el derecho del obtentor previsto por el presente Convenio mediante la concesión de un título de protección particular o de una patente. No obstante, todo Estado de la Unión, cuya legislación nacional admita la protección en ambas formas, deberá aplicar solamente una de ellas a un mismo género o una misma especie botánica. **2)** Cada Estado de la Unión podrá limitar la aplicación del presente Convenio, dentro de un género o de una especie, a las variedades que tengan un sistema particular de reproducción o de multiplicación o cierta utilización final.

y los protegerá». En consecuencia, se pasó a permitir que una misma variedad estuviese protegida, a la vez, por una obtención vegetal y por una patente, como ya se venía haciendo en determinados países, como los EE.UU. de Norteamérica a raíz de la doctrina de la conocida sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Diamond v. Chakrabarty*¹⁵.

Elaborando el anterior punto, recuerda Pérez (2018), que los Estados Unidos de América y la Unión Europea han acostumbrado a presionar a Estados no firmantes de la revisión UPOV 91 para que le den adopción, ya que esto representaría beneficios para los primeros. Esto, debido a que la revisión del 91 *permite la doble protección cumulativa* «(patente y registro de obtentor), *incorpora las variedades esencialmente derivadas, y no protege los derechos del agricultor a volver a sembrar con el producto de su cosecha si utilizó semillas protegidas*» (p. 534) (cursiva fuera del original).

3.6 El derecho de obtentor vegetal en Colombia: terreno contemporáneo

Aunque inaplicada jurisprudencialmente en Colombia (C-1051-2012), con efectos meramente ilustrativos y dada su universalidad, téngase en cuenta la definición de *obtentor* tal y como figura en el Acta revisada de 1991 del Convenio de la UPOV, cuando en su artículo primero, literal cuarto, lo describe como aquel individuo¹⁶ que reúne las tres siguientes condiciones: primero, como «la persona que haya creado o descubierto y puesto a punto una variedad»; en segundo lugar, como «la persona que sea el empleador de la persona antes mencionada o que haya encargado su trabajo, cuando la legislación de la Parte Contratante en cuestión así lo disponga»; o, en tercer término, «el causahabiente de la primera o de la segunda persona mencionadas, según el caso».

El artículo primero de la Resolución 1893 de 1995 repite la anterior definición, al entender al obtentor como «la persona natural o jurídica que haya desarrollado y terminado una nueva variedad»; «la persona que sea el empleador de la persona antes mencionada o que haya encargado su trabajo, cuando la legislación de la parte contratante en cuestión así lo disponga»; o como «el causahabiente de la primera o de la segunda persona mencionadas, según el caso».

15 Cuestión principal: “La protección, por patente, está disponible para un microorganismo fabricado artificialmente, en vez de para uno en su estado natural”.

16 *Se entenderá que el término “persona”, que figura en el Artículo 1.iv) del Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, se refiere tanto a las personas físicas como jurídicas. El término personas e refiere a una o más personas. A los efectos del presente documento (“Notas explicativas sobre la definición de obtentor con arreglo al acta de 1991 del convenio de la UPOV”), la expresión “persona jurídica” se refiere a una entidad objeto de derechos y obligaciones en virtud de la legislación del miembro pertinente de la Unión.*

A la luz del artículo 4 de la Decisión CAN 345, el derecho de obtentor se concede mediante un certificado que otorga un derecho de explotación exclusiva cuya duración, según el actual Decreto Reglamentario 2687 de 2002, en su artículo primero «por el cual se modifica el artículo 7 del Decreto 533 de 1994», es así:

El término de duración de la protección, será de veinticinco (25) años, para el caso de las vides¹⁷, árboles forestales, árboles frutales incluidos sus portainjertos y de veinte (20) años para las demás especies, contados a partir de la fecha de su otorgamiento.

La jurisprudencia entiende al derecho de obtentor como «un derecho de propiedad intelectual, subjetivo, real, absoluto, temporal, patrimonial, exclusivo y excluyente, que, como tal, es objeto de protección constitucional y legal» (Sentencia C-501/14).

El derecho de obtención vegetal tiene por objeto a una «materia viva, presente en el medio natural y capaz de mutar por sí misma», o a organismos perfeccionados por el ser humano en un nivel evolutivo, por lo que se trata de un sistema *sui generis* de protección industrial diferente al de las patentes, pues entre otras cosas, «las obtenciones vegetales no cumplen los requisitos de las invenciones patentables», no requiriéndose, inclusive, una aplicación industrial que se equipare a la requerida en la normativa de patentes, siendo que «no se exige para el registro de la variedad vegetal que ésta tenga interés agronómico» (Saldaña, 2013, pp. 153-154).

Esto último se deriva del artículo 7 de la Decisión 345 según el cual, los *únicos* requisitos para registrar una determinada variedad son: novedad; distinguibilidad; homogeneidad y estabilidad (artículos 8-12), sumando la presentación de una «denominación genérica adecuada» o nombre.

3.7 El privilegio del agricultor como limitación al derecho del obtentor

El privilegio del agricultor, como limitación al derecho del obtentor, se encuentra reglamentado por el artículo 22 de la Resolución 3168 de 2015 del Instituto Nacional Agropecuario (ICA) y consiste en que, de requerirlo el agricultor o labriego que carezca del título de obtentor, este podrá, al estar interesado en una variedad protegida por el derecho de obtentor, utilizarla en una proporción o *mínimo razonable* en el desarrollo de su propia cosecha o explotación. La resolución en cuestión determina los mínimos razonables o *áreas por especie* así: «Arroz hasta 5 has (una tonelada), soya hasta: 10 has (800 kilos), algodón hasta 5 has (60 kilos)» (has de *hectáreas*).

17 De vid. Planta vivaz y trepadora de la familia de las vitáceas, con tronco retorcido, vástagos muy largos, flexibles y nudosos, cuyo fruto es la uva (Real Academia Española, s.f., definición 1).

Cabe aclarar que la figura del privilegio del agricultor no es una creación del derecho colombiano, en Chile, por ejemplo, el privilegio del agricultor dicta que los derechos del obtentor no se observarán vulnerados por el uso que agricultores otorguen a la variedad protegida en el contexto de su explotación personal, con la condición de que las semillas protegidas, adquiridas debidamente por el agricultor, no entren el comercio o se transfieran a cualquier título (Concha, 2019, p. 346).

Desarrollando la idea interior, Barrera y Donoso (2013) recuerdan que, hacer hincapié en la explotación *personal* como requisito sin el cual no opera el privilegio del agricultor, implica, entonces, que actividades comerciales como vender semillas a terceros, no están contempladas por la figura. Así mismo, el acto de intercambiar semillas, al superar la esfera de lo personal, tampoco estaría cobijado bajo el privilegio del agricultor – a pesar de que podría favorecer a la biodiversidad – y «por lo tanto se registraría por los derechos de propiedad del obtentor» (p. 229).

En Colombia, el derecho de *propagación comercial de semillas protegidas* es exceptuado del privilegio del agricultor por el parágrafo del mencionado artículo 22 de la resolución ICA de 2015, así:

Se exceptúa de este privilegio la utilización **comercial** del material de multiplicación, reproducción o **propagación**, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales, de conformidad con la Decisión CAN 345 de 1993. Así mismo, por bioseguridad también se exceptúan las semillas modificadas genéticamente por ingeniería genética u obtenidas por mutaciones espontáneas o inducidas artificialmente. (negrilla fuera del original).

Por otro lado, la inexequible revisión UPOV 91 va más allá, pues como precisa Uribe Arbeláez (2016), esta «cercena el derecho de paisanaje de reservar semilla, guardarla para utilizarla y resembrarla en una nueva cosecha, *intercambiarla con sus vecinos* e incluso venderla en el mercado local» (cursiva fuera del original). El *derecho de paisanaje* es una práctica ancestral de comunidades campesinas a lo largo del mundo que constituye el eje central o «núcleo del llamado “privilegio del agricultor” o excepción en favor del agricultor, entendiendo por tal no al agro-empresario sino al campesino o pequeño agricultor» (p. 160).

3.8 Las variedades esencialmente derivadas como extensión del derecho del obtentor

La definición de «variedad esencialmente derivada», dispuesta en la definición cuarta del artículo tercero de la Decisión Andina 345 (*ibidem*), se lee así:

Se considerará esencialmente derivada de una variedad inicial, aquella que *se origine de ésta o de una variedad que a su vez se desprenda principalmente de la primera*, conservando las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación

de genotipos de la variedad original, y aun, si *se puede distinguir claramente de la inicial*, concuerda con ésta en la expresión de los caracteres esenciales resultantes del genotipo o de la combinación de genotipos de la primera variedad, *salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes del proceso de derivación* (cursiva fuera del original).

Por otro lado, en lo que respecta a las variedades esencialmente derivadas de una variedad protegida, como extensión del derecho del obtentor en Colombia, el artículo 8 del Decreto 533 de 1994 (compilado en el Decreto Único 1071 de 2015, artículo 2.13.7.1.7) dispone de lo siguiente:

El obtentor de una variedad inscrita en el Registro Nacional de Variedades Vegetales Protegidas tendrá el derecho de impedir que terceros realicen sin su consentimiento los actos iniciados el artículo 24 de la Decisión 345 de 1993¹⁸, respecto a las variedades protegidas y de las esencialmente derivadas de la variedad protegida, *salvo que esta sea a su vez una variedad esencialmente derivada*. (cursiva fuera del original).

El artículo 25 de la Decisión 345/93 desarrolla la cuestión inmediatamente anterior. Su enunciado se lee: «el derecho de obtentor no confiere a su titular el derecho de impedir que terceros usen la variedad protegida, cuando tal uso se realice:», literal «c», «para la obtención y explotación de una nueva variedad, salvo que se trate de una variedad esencialmente derivada de una variedad protegida. Dicha nueva variedad podrá ser registrada a nombre de su obtentor».

Entonces, la extensión del derecho del obtentor encuentra su límite legal en el uso de la variedad protegida con el propósito de engendrar una innatamente nueva, en la medida en que el obtentor de la variedad protegida *carece* de acción en derecho en contra del anterior cometido. Debe comprenderse, que esta excepción se desdibujará una vez se pretenda confeccionar una variedad vegetal que no resultare ser *auténticamente* nueva, sino *esencialmente derivada* de aquella protegida, caso en el cual procederá la figura de la extensión del derecho a favor del obtentor, tal y como dispone el artículo 2.13.7.1.7, *ibidem*.

Tratándose de esto último, como precisa Arcudia (2016), el agricultor o productor que, pretendiendo ser obtentor, confeccione una variedad vegetal que sea, en esencia, derivada de una protegida, deberá *entablar negociaciones* con el auténtico titular de la variedad protegida u original, de cara a la obtención de una licencia. De no ser este el caso, entonces, «se podrá seguir utilizando cualquier variedad protegida para desarrollar nuevas variedades, salvo que caiga dentro de la categoría bien delimitada de las variedades esencialmente derivadas». Esto, sin pagar compensación alguna al obtentor de la primera variedad (p. 195) (cursiva fuera del original).

18 “24. La concesión de un certificado de obtentor conferirá a su titular el derecho de impedir que terceros realicen sin su consentimiento los siguientes actos respecto del material de reproducción, propagación o multiplicación de la variedad protegida [...]”.

En su artículo titulado “Do New Breeding Techniques in Ornamentals and Fruits Lead to Essentially Derived Varieties?”, Krieger y otros (2020), describe a la variedad esencialmente derivada como una verdadera extensión del derecho del obtentor vegetal, ya que habilita al obtentor para excluir a otros de la ejecución de actos específicos como lo son el producir, vender, exportar o importar una variedad protegida y, claro está, una variedad *esencialmente derivada* de esta. Así, la figura de la variedad que en esencia es derivada, hace necesario contemplar el alcance de la protección otorgada al obtentor, de cara a no infringir su derecho (p. 1).

4. Breves consideraciones en el empleo de semillas, plantas y variedades vegetales protegidas: protección penal de la semilla tradicional

La infracción *dolosa* que pretenda usurpar derechos de obtención vegetal, constituye al tercero que manipule o use determinada variedad protegida, en sujeto activo del tipo penal dispuesto en cual fuera el artículo 306, Ley 599 de 2000¹⁹, relativo a la «usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales».

De acuerdo con la sentencia C-501 del 16 de julio del año 2014, el mencionado tipo penal precisa una exteriorización de voluntad *dañosa*, en relación con derechos de obtención vegetal, en la conducta desplegada por aquel que usa o manipula una variedad protegida para provecho comercial.

Sobre el particular, el anterior fallo aclara lo siguiente, en relación con la configuración del delito:

En las mismas penas incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes o materia vegetal, producidos, cultivados o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior.

La norma no sanciona las conductas de pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, tribales y campesinas, cuando los mismos, en desarrollo del proceso de explotación sostenible de los recursos naturales, ejercen la actividad agrícola para su consumo y subsistencia, de acuerdo con las prácticas y conocimientos ancestrales.

¹⁹ El que, fraudulentamente, utilice nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5. El estado de protección de la semilla tradicional en Colombia

La Decisión Andina 345, nombrada en diversas oportunidades, contiene una serie de disposiciones interesantes en relación con el derecho de agricultores para multiplicar variedades protegidas por el derecho de obtención vegetal. La cuestión es que «no contempla mecanismos de protección sobre las variedades tradicionales» (Pertuzé y otros, 2014, p. 42).

En el ámbito nacional, nada impide, realmente, como se observará a continuación –de la mano con el fallo C-1051/12 y otros–, que terceros e industriales se constituyan en obtentores de «nuevas» variedades vegetales cuyas características genóticas no son más que un reflejo de aquellas propias de una variedad vegetal o semilla de carácter eminentemente tradicional, cuya arquitectura y gestación *obedece* a la labor ancestral de comunidades campesinas o indígenas del territorio nacional, mas no a maquinaciones biotecnológicas o de ingeniería genética, exponiendo así la potencial precariedad *de las semillas tradicionales en Colombia*.

Siguiendo estos lineamientos, a continuación, se citan algunos extractos textuales de la sentencia de constitucionalidad C-1051 del año 2012, mencionada en diversas ocasiones.

En lo concerniente al mejoramiento genético y aludiendo al UPOV 91:

[...] El proceso de mejoramiento genético que aplican las comunidades diferenciadas se desarrolla conforme a las prácticas y conocimientos tradicionales, esto es, a partir de enfoques y principios diferentes a los que son utilizados por los fitomejoradores modernos, quienes a su vez hacen uso de las nuevas tecnologías existentes que son precisamente las acogidas por el UPOV de 1991 (p. 132).

Enalteciendo el aspecto meramente tradicional – más no comercial –, de las semillas, plantas, variedades vegetales y demás subproductos de los conocimientos tradicionales:

[...] Los grupos étnicos, acorde con sus costumbres y formas de vida, no se dedican a la explotación comercial de los conocimientos ancestrales, ni tampoco los referidos conocimientos se encuentran contenidos o registrados en solicitudes de derechos de obtentor, dado que los mismos tienen un uso comunitario y, como tal, se acercan más al concepto de propiedad colectiva (pp. 132-133).

Respecto de una de las principales y más gravosas consecuencias, en tratándose del DOV, para los pueblos campesinos, indígenas, tribales o autóctonos, con ocasión de las «reglas de juego» derivadas del hoy *inexequible*, UPOV 91:

[...] podría ocurrir, conforme a las reglas previstas en el citado convenio, que variedades vegetales producto de prácticas milenarias, por el hecho de no haber

sido comercializadas por las comunidades o entregadas con fines de explotación, sean presentadas como creadas o puestas a punto por parte de fitomejoradores formales, quienes serían entonces los beneficiarios de los derechos de obtentor, desplazando a los pueblos autóctonos en el ejercicio de tales derechos, lo que sin duda implicaría una seria afectación a su identidad, autonomía y subsistencia (p. 133).

Referenciando las dificultades técnicas en que habrían de encontrarse dichas comunidades indígenas y campesinas, al pretender acogerse a un régimen legal de protección intelectual como lo era el expuesto en el ya nombrado UPOV 91:

[...] Las variedades que durante siglos han sido desarrolladas y mejoradas por tales grupos, y que constituyen fuente importe de su subsistencia, pueden no obtener la protección que el Convenio UPOV de 1991 reconoce, en razón a que las mismas no están en capacidad de cumplir los requisitos técnicos impuestos por el régimen del citado convenio (“novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad”) (p. 132).

Los segmentos eludidos, se refieren a situaciones de hecho y derecho que perturban la seguridad del agricultor en el contexto tradicional.

Súmese a esto el hecho de que con ocasión de la Resolución 3168 de 2015 del Instituto Colombiano Agropecuario, toda actividad de recolección de frutos, «empezando por la obtención de semillas», se ha de realizar en forma *regulada*. Esto incluye tanto a la persona jurídica como a la persona natural encargada de producir, comprar o comercializar semillas (Riaño, 2020, p. 14).

Así, basta con dar una transversal lectura a la Resolución ICA 3168 de 2015 para luego observar el *inquietante* hecho de que, bajo su mandato legal, no se puedan registrar semillas con fines comerciales «que sean similares o confundibles; ya que solo es posible producir, registrar y comercializar semillas *autorizadas*, que sean *certificadas*, *registradas* y debidamente *rotuladas*». (Caballero y otros, 2019, p. 99), (cursiva fuera del original).

Inquietante, en tanto que:

La norma no especifica claramente quienes son las personas autorizadas, pero se puede inferir que los agricultores y comunidades locales que permanentemente están produciendo, seleccionando, intercambiando, compartiendo y comercializando semillas, estarían violando esta norma, puesto que sus semillas no están certificadas ni rotuladas. También sería ilegal, comercializar una variedad criolla con su nombre originario, puesto que según la norma podría “inducir a error, confusión y engaño al consumidor” (Caballero y otros, 2019, p. 99).

En un sentido similar y a modo enunciativo, nótese el caso mexicano, en donde la seguridad y soberanía alimentaria se ha visto efectivamente afligida a causa de

regulaciones y figuras de la propiedad industrial como lo son el derecho del obtentor vegetal (DOV) en razón a que, como dice Acuña (2016):

Estas obtenciones vegetales están orientadas principalmente hacia la producción agrícola de forma industrial a la cual solo logran acceder los grandes y medianos productores agrícolas. Varias de las semillas híbridas requieren ser compradas cada época de cosecha, y muchas de ellas para su correcto crecimiento deben a campañas con agroquímicos que son vendidos por las mismas empresas. Todo esto hace que el modo de producción agrícola de forma industrial requiera una inversión de capital que los pequeños productores agrícolas no pueden asumir (p. 47).

CONCLUSIONES

Del análisis crítico, interpretativo y comparativo de fuentes originales, legales, comunitarias y jurisprudenciales, es dable concluir lo siguiente, a manera de *reflexión*:

A pesar de que el desarrollo de figuras del derecho de propiedad industrial como el Derecho del Obtentor Vegetal es completo en la legislación nacional y extenso en la norma comunitaria, lo cierto es que esto no incide, sustancialmente, en la protección del conocimiento tradicional agrario de comunidades de orden diverso. Aunque el derecho del obtentor sea *sui generis* debido a que protege única y especialmente a semillas, plantas y variedades vegetales, no es *sui generis* en el sentido de proteger a semillas, plantas y variedades vegetales de *carácter eminentemente tradicionales*.

El conocimiento tradicional agronómico de comunidades locales, campesinas e indígenas sufre, con cierto grado de intensidad, de una incertidumbre jurídica fruto de la ausencia de un sistema de protección industrial integral para semillas, plantas y variedades tradicionales, que considere el especial contexto cosmogónico de aquellas comunidades, en relación con el uso y la propiedad *colectiva* de los recursos naturales. En Colombia no existe un régimen *sui generis* de protección que contemple y dignifique a la semilla tradicional, en el marco de un mercado de alto tráfico e interés industrial, como lo es el agrícola.

Por su parte, la Resolución ICA 3168 de 2015, desde la perspectiva del agricultor campesino, indígena o local, resulta ser un obstáculo al pretender ejercer actos de comercio respecto de sus propias variedades, pues exige estándares biotecnológicos y burocráticos altamente técnicos y por lo mismo, extraños a la condición tradicional o de explotación personal, lo que imposibilita la concesión de una autorización a la semilla desde el Instituto Nacional Agropecuario para su circulación en el mercado.

En la práctica, entre muchos otros, la resolución en cuestión somete el registro de variedades tradicionales al cumplimiento de requisitos como la rotulación y certificación, que las semillas y variedades tradicionales no pueden cumplir, lo que supone una especie de marginación estatal en contra de los derechos de tales comunidades.

Por otro lado, si bien es cierto que el fallo C-1051 de 2012 salvaguardó la semilla tradicional de disposiciones comunitarias lesivas, al impedir la entrada de la revisión UPOV de 1991 en el bloque de constitucionalidad, el esquema de defensa del conocimiento tradicional agrícola no puede limitarse a sólo existir en los confines de una sentencia de constitucionalidad. Los antecedentes fácticos específicos al fallo y que derivaron en el particular pronunciamiento de la Corte Constitucional, implica que el alcance erga omnes de la decisión pueda llegar a tener sus límites, por lo que el legislador debería, en principio, hacer lo suyo propio y crear un auténtico e integral sistema de protección *sui generis* concebido en exclusiva para el grano tradicional.

Sin embargo, la problemática no sólo reposaba exclusivamente sobre el inexecutable UPOV en su revisión de 1991, ni en la Resolución ICA 3168 de 2015 y sus exigencias técnicas, sino que más bien, se insiste, el problema se refleja en *la falta de un sistema de protección intelectual e industrial, de carácter sui generis y naturaleza integral*, engendrado con el fin último de cobijar incondicionalmente a los pueblos indígenas, tribales o campesinos.

Así mismo, la figura de la variedad vegetal esencialmente derivada, tiene el potencial de jugar una mala pasada en contra de la defensa de la semilla tradicional. Como se trajo a colación en su momento, nada impide que un tercero se haga con los derechos de obtención sobre una determinada variedad vegetal que, a la larga y a ciencia cierta, no es otra cosa que una variedad esencialmente derivada de una originalmente tradicional que, en gracia de discusión, carece de rotulación, registro y, en consecuencia, de autorización para circular en los mercados, lo que ciertamente, a su vez, comprendería una modalidad de *biopiratería*.

Ahora bien, la falta de seguridad jurídica plena, en lo tocante a la semilla tradicional, dista de ser una realidad exclusivamente nacional, pues se trata de una cuestión que va más allá de los límites territoriales. Una apreciación inductiva del contenido de este escrito en el contexto de lo comunitario, ha de ser lo suficientemente dicente como para inferir que el escaso desarrollo legislativo en cuanto a la protección de las semillas y conocimientos tradicionales, bajo el entendido de estas líneas, no es sino una desventura común entre comunidades indígenas o campesinas, generalmente hablando.

Esto, pues considérese que, sólo en el contexto indígena y según la UNICEF, existen actualmente 522 pueblos indígenas en 21 países del continente latinoamericano, *«desde la Patagonia y la Isla de Pascua hasta Oasisamérica en el norte de México, pasando por distintas áreas geográficas como Chaco Ampliado, Amazonía, Orinoquía, Andes, Llanura Costera del Pacífico, Caribe Continental, Baja Centroamérica y Mesoamérica»*.

Finalmente, la principal debilidad de esta investigación radica en el paso del tiempo. La eventual introducción de una nueva normatividad especial, integral y *sui generis* de la naturaleza descrita en este aparte es, naturalmente, incierta e impredecible, por lo que, con posterioridad a la publicación de este trabajo, es posible que el sentido de las

líneas que lo componen y, por ende, el alcance del mismo, se torne algo impreciso. No obstante, analizando el caso colombiano, es prudente afirmar que la probabilidad de introducción de dicha normatividad no es realmente alta, aunque no deja de ser cierto que esta es una interpretación subjetiva con base en los hallazgos de la investigación.

Referencias

- Acuña, D. (2016). “Efectos del régimen de propiedad intelectual de obtenciones vegetales en la seguridad y la soberanía alimentaria de México (20 años del TLCAN)”. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, pp. 1-59.
- Arcudia Hernández, C. E. (2015). “El régimen de protección jurídica de las obtenciones vegetales en México: propuestas para una mejor adaptación al sistema Cupov”. Revista *La Propiedad Inmaterial* n.º 19, Universidad Externado de Colombia, enero-junio, 2015, pp. 89-112. DOI: 10.18601/16571959.n19.05
- Arcudia Hernández, C. E. (2016). “Límites a los Derechos de Obtención Vegetal en la Ley Federal de Variedades Vegetales de México”. Revista *La Propiedad Inmaterial*, 22, pp. 194–195.
- Barrera Miranda, Alejandra, y Donoso Cáceres, Alejandra. (2013). “La aprobación del UPOV 91: La biodiversidad como objeto de propiedad intelectual. Análisis crítico en justicia ambiental”. *Revista de Derecho Ambiental* (Nº 5), pp. 219-234.
- Blakeney, M. (2007). *Plant Variety Protection, International Agricultural Research, and Exchange of Germplasm: Legal Aspects of Sui Generis and Patent Regimes, Intellectual Property Management in Health and Agricultural: A Handbook of Best Practices*. Recuperado de: <http://www.iphandbook.org/handbook/ch04/p07/>
- Caballero, E., Duarte, O. and Álvarez, L. (2019). “Despojo de las semillas en los pueblos indígenas de Colombia”. Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales BIEC, pp. 1-42.
- Concha, R. (2019). “Algunos problemas del régimen de propiedad intelectual de las obtenciones vegetales en Chile”. 2nd ed. *Revista Ius et Praxis*, pp. 341-358.
- Correa, C. (2016). *Sui generis protection for farmers' varieties*. Taylor & Francis Group, 1, pp. 156-183. Recuperado de: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781849775663-18/sui-generis-protection-farmers-varieties-carlos-correa>

Corte Suprema de los Estados Unidos (JUSTIA). (s.f). *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980). Recuperado de: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/>

Dhar, B. (2002). *Sistemas Sui Generis para la Protección de Variedades Vegetales*. Recuperado de: <https://quno.org/sites/default/files/resources/Sui-Generis-Systems-for-Plant-Variety-Protection-Spanish.pdf>

Dörr, D. (2019). *Biopiracy and the right to self-determination of indigenous peoples*.

Phytomedicine, 53, pp. 308–312. Recuperado de: <https://doi.org/10.1016/j.phymed.2018.10.019>

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (s.f). *UNICEF presenta el Atlas sociolingüístico de pueblos indígenas en América Latina*. Recuperado de: <https://www.unicef.es/prensa/unicef-presenta-el-atlas-sociolingüístico-de-pueblos-indígenas-en-américa-latina>

García, Á. (2016). “El material vegetal protegido por una patente o un derecho de obtentor y el empleo del producto de su cosecha con fines de propagación: agotamiento y privilegio del agricultor en Europa y en los EE.UU.” *Revista Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT), Vol. 8, No. 1 (2016), pp. 76-100.

González, A. (2018). “El sistema de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. ¿El sistema UPOV vigente atenta contra los derechos de los agricultores y la seguridad alimentaria?” *Alegatos*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana, (100), pp. 910-920.

Janis, Mark. (2002). *Intellectual Property Issues in Plant Breeding and Plant Biotechnology, Biotechnology, Gene Flow, and Intellectual Property Rights: An Agricultural Summit, Purdue University*. Recuperado de: http://www.agriculture.purdue.edu/arp/ag_summit.pdf

Krieger, E., De Keyser, E., & De Riek, J. (2020b). *Do New Breeding Techniques in Ornamentals and Fruits Lead to Essentially Derived Varieties?* *Frontiers in Plant Science*, 10. <https://doi.org/10.3389/fpls.2019.01612>

Manrique, G., Verduzco, G., Hernández, A., Martín, M., Martínez, F., & Vigo, A. (2019). *La propiedad intelectual de variedades vegetales. Una legislación nacional (México) en el marco internacional* (1st ed., pp. 1-148). Ciudad de México: Pearson Educación de México, S.A. de C.V.

Martínez, A. (2011). *La protección dual de la propiedad industrial de las plantas transgénicas: como invenciones y como variedades vegetales*. (pp. 1-29). Islas Baleares: InDret.

- Morais, J., dos Santos, N. & Amat, P. (2016). “Protección jurídica de la materia biológica vegetal. Transgénicos, patentes y obtenciones vegetales”. *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, pp. 145-168.
- Núñez, J.R. (2018). “La perspectiva del derecho al desarrollo en la constitución colombiana como garantía de la protección del conocimiento tradicional sobre recursos de la biodiversidad”. *Revista Ambiente Jurídico* (23), pp. 99-117.
- Pérez, R. & Pichardo, Q. (2017). “Conocimientos tradicionales y de los vegetales en el código de los conocimientos de Ecuador”. 95th ed. Ciudad de México: *Alegatos*, pp. 27-44.
- Pérez, R. (2018). “La disputa internacional por los recursos genéticos”. *Alegatos - Revista Jurídica de La Universidad Autónoma Metropolitana*, 100, pp. 515-538.
- Pertuzé, R., Covacevich, D., Muñoz, C., Millaleo, S. and Magarinos, B. (2014). *Estudio sobre alternativas de protección jurídico – normativa y de otra índole para semillas y prácticas tradicionales relacionadas con la agricultura, utilizadas y mantenidas por agricultoras y agricultores de nuestro país*. Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (ODEPA) del Ministerio de Agricultura, Gobierno de Chile, pp. 1-108.
- Rangel, H. (2008). *La materia viva en el derecho de patentes mexicano*. Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año III No 4, 199-228. Recuperado de: <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario04/Art08/ANUARIO%20ANDINO%20ART08.pdf>
- Reyna Carrera, M. J. (2019). *Biopiratería: Otro reto para el desarrollo sostenible*. Revista Auctoritas Prudentium, 20, pp. 1-13.
- Riaño, J. (2020). *Protección legal del ingenio productor de semillas y la responsabilidad civil derivada de su creación, registro, producción y comercialización*. Universidad Santo Tomás de Tunja, p.14. *recursos genéticos y conocimiento tradicional. Elementos críticos para una política y legislación en Chile*. Revista de Derecho Ambiental (Nº 4), pp. 117-140.
- Rovira, G., & Modica, F. (2015). *Sistema de protección legal de las obtenciones vegetales y las invenciones biotecnológicas aplicadas a las plantas en la República del Paraguay* (6th ed., pp. 1-13). Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual (RIPI).
- Saldaña, B. (2013). *Cuestiones en Torno a la Extensión de la Protección Provisional del Obtentor de una Variedad Vegetal en el Reglamento (CE) Núm. 2100/94*. Cuadernos de Derecho y Comercio, 59, pp. 147-182.

UNESCO. (2017). *Conocimientos Locales, Objetivos Globales*. UNESCO: París, pp. 1-48.

Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV). (24 de octubre de 2013). *Notas explicativas sobre la definición de obtentor con arreglo al acta de 1991 del convenio de la UPOV*. https://www.upov.int/edocs/expndocs/es/upov_exn_brd.pdf

Uribe Arbeláez, M. (2016). *Derechos de los agricultores y convenio UPOV/91*.

Revista La Propiedad Inmaterial, 21, pp. 139–171.

Vargas-Chaves, I., Rodríguez, G.A., & Gómez-Rey, A. (2016). *Las obtenciones vegetales y el rol de la consulta previa en las problemáticas asociadas a su regulación*. En G. A. Rodríguez, & I. Vargas-Chaves (Eds.) *La prevención en materia ambiental* (pp. 97-134). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y RESPUESTA DEL ESTADO ANTE EL INCUMPLIMIENTO POR LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA

REGULATORY COMPLIANCE AND STATE RESPONSE TO NON-COMPLIANCE BY THE COMPANY'S RESPONSIBILITY

Recibido: 01 de julio de 2023

Aceptado: 07 de septiembre de 2023

Fabio Iván Rey Navas¹

Deiby Alberto Sáenz²

Darwin Anthony Quintero Herrera³

Javier Mauricio Vera Gutiérrez⁴

1 Abogado, doctor en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Contacto: *abogadorey@gmail.com*

2 Abogado, doctor en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Derechos Humanos. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Contacto: *deiby.saenz@usantoto.edu.co*

3 Abogado. Magíster en Derecho de la Universidad Gran Colombia. Estudiante del cumplimiento normativo en lo público y lo privado. Contacto: *daqh82@gmail.com*

4 Abogado. Magíster en Derecho de la Universidad Gran Colombia. Servidor público en la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Contacto: *verajavier626@gmail.com*

Resumen

La responsabilidad de las personas jurídicas es una de las bases de la ampliación de los riesgos jurídicos, lo que motiva la autorregulación de las empresas públicas y privadas mediante programas de cumplimiento normativo que definen parámetros de prevención de actividades que eviten la concreción de los riesgos penales, ambientales laborales o fiscales –entre otros–, permitiendo la formación de una cultura que acoja los principios de eficacia, prevención, ética, buen gobierno y responsabilidad social al interior de la organización empresarial, de forma tal que ante la concreción del riesgo que legitima el ingreso del Estado, sea el propio ente colectivo quien responda y este en capacidad de adoptar las medidas necesarias como garantía de no repetición de la conducta antijurídica.

Palabras Claves: Cumplimiento Normativo, Principios del *Compliance Programs*, Respuesta Sancionatoria del Estado.

Abstract

The responsibility of legal entities is one of the bases for the expansion of legal risks, which motivates the self-regulation of public and private companies through regulatory compliance programs that define parameters for the prevention of activities that avoid the realization of criminal risks. , labor or fiscal environmental - among others -, allowing the formation of a culture that embraces the principles of effectiveness, prevention, ethics, good governance and social responsibility within the business organization, in such a way that when the risk that legitimizes the entry of the State, the collective entity itself is responsible and is capable of adopting the necessary measures to guarantee non-repetition of the unlawful conduct.

Keywords: Regulatory Compliance, Principles of Compliance Programs, State Sanctioning Response.

Introducción

La apertura de las relaciones económicas y el auge de los mercados, dio origen a la expansión empresarial, a niveles alarmantes, y complejos, convirtiéndose este fenómeno en una gran novedad para los ordenamientos jurídicos vigentes en diversos estados, y en específico, para el derecho penal, pues de manera acelerada se constituyó en un nuevo mecanismo para aprovechar las ventajas de la regulación, dentro de una esfera considerada de amplio espectro, creando en los países la gran necesidad de establecer procedimientos judiciales que contribuyeran a frenar este esparcimiento.

Esta dinámica, que empezaba a gestarse, comenzó a ser apetecible por las demás empresas, marcando como pauta fundamental, la necesidad de organizarse para hacer más poderosas, y así aprovechar cualquier grieta, desorganización estructural, o carencia de información sobre sus funciones, para poder corroer la economía de cada país, o desolidificar lo alcanzado en economías proteccionistas y sólidas, mediante una operativización del mundo financiero, haciéndose cada vez más evidente, que para lograr una consolidación, se necesitaría del concurso de otras personas jurídicas para alcanzar el encubrimiento de los “negocios”, produciendo una verdadera industria organizada que apostará por mayores, más rápidos y mejores rendimientos.

Vistos estos nuevos escenarios, los cuales permitían visualizar la mutación del capital, bajo unos enfoques en los que aún no se cuenta con una fórmula que permitiera regular estas actividades, pues el derecho civil y administrativo, con el que se pretendió hacerle frente a este nuevo ideal empresarial, genero como resultado, que las mismas fueran insuficientes, bien, porque el tipo de sanción que se imponía, no reflejaba que cumpliera con ese fin preventivo general, y, mucho menos, revelaba el cumplimiento de esa garantía coercitiva frente a la sociedad, la de evitar; que la infracción no se volviera a cometer a futuro, consintiendo así, que se produzca una expansión de un capitalismo desenfrenado, haciendo presumir que no había manera de ser descubiertos, lo cual generaba un ambiente perfecto para la proliferación de ganancia “non sanctas” en los sectores económicos.

La metodología aplicada corresponde a las investigaciones de tipo cualitativa, pues a través de esta, y de manera estructurada, se logró preparar el terreno, mediante la exploración, observación, recopilación y análisis de diferentes bibliografías, tanto físicas, como a través del uso de herramientas informáticas, relacionadas con el problema objeto de esta investigación, sobre el cómo y en qué condiciones ocurren los hechos, para luego ponderar el impacto en el entorno nacional, realizando a su vez, esfuerzos necesarios sobre la evaluación de los elementos importantes del *Compliance Programs*, para su comprensión.

Finalmente, se realiza un análisis que motiva la responsabilización de las personas jurídicas, acorde con los principios y garantías contempladas en el ordenamiento jurídico, que permitiría exigirles a las personas jurídicas, su responsabilidad de manera autónoma, de acuerdo al catálogo de delitos contemplados, y así resarcir todos aquellos daños que por su actuar negligente pueda llegar a ocasionarle a la sociedad.

La idea es facilitar que el derecho penal acoja en el punto de las infracciones cometidas por personas jurídicas, un criterio práctico que a la par que conserve el orden jurídico y la iniciativa privada, este en capacidad de evitar el deterioro de la actividad empresarial, de los empresarios y de los inversionistas, pues cualquier actividad económica tiene riesgo de contaminarse o encontrarse incurso en una conducta inapropiada legalmente, llámese delito o infracción al régimen cambiario, sin que esto signifique el fin de la

fuerza de producción de riqueza para la nación, o la anulación en la actividad de quienes participaron en la misma.

1. La responsabilidad empresarial y el cumplimiento normativo

La responsabilidad de las personas jurídicas es propia de un mundo que exige la reparación de los daños ocasionados con el objetivo de hacer perfectible las organizaciones tanto las públicas, como las privadas. De una parte, se comenzó con la posibilidad de responsabilizar a los Estados por lo ejecutado en contra de sus ciudadanos o dentro de sus fronteras, así fue que nacieron los tribunales continentales de derechos humanos, para hacerle frente a las demandas de quienes resultaban lesionados por cada una de las organizaciones públicas, esto se dio a nivel Europa y América posterior a los años 50 del siglo XX, para poder juzgar a estas especiales personas jurídicas se comenzó a elaborar un plexo normativo de declaraciones de Derechos Humanos, de manera tal que se pudiera señalar el incumplimiento de normas internacionales por parte de tribunales internacionales.

Sin dejar de lado el propio origen del consejo de estado a nivel interno de cada nación, para señalar la responsabilidad de los estados ante las fallas en el servicio que este prestaba, las jurisdicciones internacionales vinieron a solventar el creciente riesgo de impunidad de las soberanías nacionales.

Aun cuando las personas jurídicas de derecho privado tuvieron un importante auge durante la revolución industrial, el derecho nacional llevó a las regulaciones autónomas en cada país especialmente en lo que se relaciona con los derechos de los trabajadores, los pagos fiscales y parafiscales, así como las regulaciones sanitarias y reglamentarias propias de cada mercado, esta regulación fue más o menos controlada por el estado hasta el comienzo de la globalización de los mercados, cuando organizaciones empresariales de los países más influyentes económicamente vieron la oportunidad de expandirse a niveles inimaginables, en un aldea global en la cual sus productos, explotaciones e inversiones pasaron a tener multi regulaciones y a la vez vacíos de regulación dando espacio a la maximización de las ganancias y rendimientos financieros.

Este crecimiento económico de las organizaciones privadas ha hecho que algunas empresas multinacionales como *Walmart*, *State Grid*, *China National Petroleum*, entre otras 10 multinacionales es comparable al producto interno bruto de los 180 países más pequeños del planeta entre los que se incluye Irlanda, Indonesia, Israel, Colombia, Grecia, Sudáfrica y Vietnam, entre otros (El País, 2016), lo que llevaría a que buena parte de los recursos del mundo estuviera dominado por grandes corporaciones, reguladas bajo sus propios códigos de ética, pues los países carecen de regulaciones globales.

Situaciones que hacen necesario llegar a responsabilizar directamente a las personas jurídicas de derecho privado, con elementos de mayor contención y valor social como es el derecho penal, pues las sanciones impuestas por el juez penal tienen esa connotación social de señalamiento delictivo, de forma tal que en el inconsciente colectivo queda la sensación de mayores cotas de justicia, aun cuando la misma sea de carácter económico, pues no se trata de una sanción con mayores implicaciones de prevención, retribución y garantías de no repetición, además de la necesaria restauración de lo afectado con su actuar delictivo.

Al tratarse de empresas con capital multinacional, o financiadas con recursos financieros de sus casas matrices o de bancas internacionales, el efecto de penalización de los representantes legales, miembros de junta directiva, revisores fiscales o contadores son minúsculos pues las personas naturales son solo “fichas” dentro de las organizaciones empresariales, que no ven afectadas sus intereses al ser juzgadas el capital humano, pues ya han realizado el interés que les conviene como es el capital financiero obtenido con la acción fraudulenta del orden legal. Lo que hace necesario que las sanciones se dirijan a las organizaciones empresariales y a sus recursos, pues estos son en últimas lo que se pretende favorecer en las operaciones delictivas.

De una parte, es necesario favorecer la formación de empresas de capital nacional y multinacional, pues este es un pilar de necesario para mantener y hacer crecer la economía, y es así mismo es necesario favorecer el capital humano que se ha venido preparando en lo teórico y en lo práctico para manejar las empresas, de manera tal que la dirección de las sanciones sea rectificar el camino errado que se pueda presentar en medio de las actividades empresariales, de manera tal que se garantice la supervivencia de las empresas y la experiencia del capital humano, lo que se puede conformar mediante planes de cumplimiento normativo adecuados a cada clase de organización empresarial, lo que aumenta su compromiso con el cuidado de los bienes jurídicos que le corresponden y amplían la posibilidad de hacer crecer los negocios. Pues un estado donde la actividad empresarial es perseguida y el capital humano sometido a medidas de inocuización es un país que llama a la pobreza y a la parálisis económica.

En la actualidad es un secreto a voces el compromiso de las grandes corporaciones con la violencia de los derechos humanos en varios partes del mundo, como el Cacao en los países africanos, la contaminación por los colorantes de las telas en India, o la esclavitud que viven quienes cultivan en los campos de Almería en España, para Demetrio (2018) es de gran preocupación frente el incremento de la impunidad empresarial, proponiendo la implementación del establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas (p. 23).

Delincuencia empresarial, que se caracteriza por su componente organizativo, profesional, técnico, complejo y transnacional, se trata de una suerte de criminalidad de los poderosos, y precisamente, para ella, es para la que menos preparados estamos, tanto a nivel normativo como dogmático (Ballesteros, 2019, p. 256).

Por ello es necesario realizar una construcción dogmática idónea, que sea adoptada por las empresas como útil y valorada para cumplir con la necesidad requerida de autocontrol, logrando que estas pueda desplegar un comportamiento acorde con los dispositivos legales establecidos, mostrando una ética empresarial sólida que le permita irradiarla hacia las demás empresas.

En este sentido el *compliance* como “un sistema de individuos, procesos, políticas y procedimientos desarrollados para asegurar el cumplimiento de las leyes, regulaciones industriales y contratos privados que gobiernan las acciones de la organización” (Troklus, Warner y Wollschager, como se cita en Henao & Castro, 2020, p. 23), tendientes al cumplimiento de los fines empresariales con responsabilidad social.

En Sieber (2013) se trata de un modelo de prevención de riesgos a través de la introducción de una cultura del respeto de las normas legales y éticas en las empresas implican el establecimiento de códigos de conductas, medidas de autovigilancia, controles y la determinación de los flujos de información (p. 64), asegurando una gestión que a la vez que cumpla con los parametros del negocio proteja los bienes jurídicos con los que intervenga la empresa, desde el medio ambiente, hasta el orden económico.

En el mismo orden, la profesora Zúñiga y otros (2012), aportaron una justificación frente a la autorregulación, afirmando que “la predisposición de un sistema regulativo y disciplinario interno de la persona jurídica (*corporate government*) puede servir para resolver e individualizar con mayor prontitud y eficacia los puntos clave de la patología de la empresa” (p. 558), ubicando los controles y la asistencia oportuna para evitar desvíos del curso legal.

De modo idéntico, Fernández (2019), afirma tres objetivos esenciales que debe cumplir el *compliance*, (i) impedir hechos delictivos, (ii) limitar la responsabilidad penal de la empresa y sus costes en el caso de alguien cometiere un delito en el seno de la misma, y (iii) implantar la cultura del cumplimiento y la ética en los negocios (p. 5).

Adicionalmente, Ballesteros (2019) diseña una gama amplia de objetivos como:

Identificar mediante un mapa de riesgos, aquellas actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos delitos objeto de persecución contra las personas jurídicas; (ii) establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, adopción de decisiones y ejecución de las mismas; (iii) disponer de los recursos financieros suficientes para implementar, mantener y revisar los programas de cumplimiento; (iv) imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (canales *whistleblowing*); (v) establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; y (vi) verificar periódicamente el modelo, modificando éste cuando se detecten infracciones o nuevos riesgos, consecuencia de cambios en la organización de la empresa o de la apertura de nuevas líneas de negocio p. 276).

Se trata entonces de una necesidad de autorregulación, en la cual las personas jurídicas, de manera pronta y oportuna, puedan detectar esos comportamientos desplegados, contrarios a las normas, para luego corregirlos y subsanarlos, protegiendo de esta forma la organización empresarial y la administración de justicia. Teniendo entonces “un carácter transversal, pues no se limita a un ámbito jurídico específico, sino que comprende los diversos ámbitos jurídicos en los que la actividad corporativa pueda tener incidencia” (Henaó & Castro, 2020, p. 26).

Además, permite que las autoridades que investiguen la conducta de una persona natural que ejecuta labores en nombre de la empresa, pueda ser neutralizado mediante el ajuste de cumplimientos normativos que impidan la nueva ocurrencia de la conducta, además de una merma en los valores devengados por la organización empresarial al lesionar el bien jurídico correspondiente, los cuales tienen como génesis los principios que se observan en el siguiente análisis.

De esta forma mediante un efectivo auto y hetero seguimiento del cumplimiento normativo de la responsabilidad empresarial permite avanzar hacia una eficaz aplicación de los principios del *Compliance Programs* de forma tal que si se garantiza su aplicación se previene la comisión de conductas que lesionen los bienes jurídicos tutelados.

2. La eficacia, prevención, ética y buen gobierno como principios del *compliance programs*

Los principios que engloban el cumplimiento normativo, son presupuestos necesarios para que las personas jurídicas, asuman el compromiso de colocarlos en práctica, la cultura que presupone el cumplimiento normativo, deberá contar con suficiente información que motive la aplicación, para que al momento de implementarlo no tenga ningún tropiezo que lo desvíe, logrando arraigarlas o “aprehenderlas” dentro del seno de la organización.

El *Compliance Programs* abraza los principios de eficacia, prevención, ética, buen gobierno, y responsabilidad social, lo cuales “funcionan como indicadores del desempeño de la gestión del riesgo, y refuerzan el valor que tiene para la organización gestionar el riesgo de una manera eficaz” (UNE-ISO:31000, 2018, p. 5).

Así, la eficacia, puede analizarse desde dos perspectivas, una amplia en la que al producirse la desviación no querida, las estrategias son ineficaces, de suerte que la alta dirección debe revisar el modelo de prevención de las políticas de cumplimiento (Gutiérrez, 2016, p. 13), y otra específica en el que la finalidad deberá estar orientada a encargarse de la gestión del riesgo producido, y hacer que el mismo se mantenga en niveles jurídicos penales permitidos. En este aspecto Neira, 2016 señala como la eficacia relativa, “en el sentido de que la comisión de un delito no implica necesariamente la ineficacia del sistema” (p. 478).

La eficacia no debe ser equiparada a infalibilidad en la previsión del delito, pues su idoneidad consiste igualmente en averiguar las trasgresiones que se cometen, y responder adecuadamente para hacer terminar esas falencias, es por ello, que en los programas no se trata solo de procurar neutralizar el riesgo de comisión del delito, sino especialmente de gestionarlo, diríamos que es como la gripe, a cualquier nos da, lo importante es que no incapacite o que lo haga por el menor tiempo posible, y claro que no se agrave a una pulmonía o tuberculosis.

Otro de los aspectos de la eficacia, obedece a responder a dos finalidades esenciales,

- (i) a la idiosincrasia e idoneidad de la empresa, es decir, que se adapte a las necesidades propias que este tiene, acorde a su estructura organizativa, y a los riesgos propios de acuerdo a la actividad que ejecuta, evitando cualquier intento de estandarización, y
- (ii) la necesidad de la “involucración activa y la supervisión por parte del órgano de gobierno y de la alta dirección es una parte integral de un sistema de gestión de compliance eficaz” (UNE-19600, 2015, p. 16)., lo que hace que el cumplimiento sea dinámico, constantemente evaluado y actualizado, procurando corregir cualquier error; correspondiendo al compromiso de la entidad en la cultura de rechazo de actuaciones reprochables.

La eficacia como gestión del riesgo “permite identificar las aptitudes, las percepciones y las intenciones de las personas externas e internas que pueden facilitar u obstruir el logro de los objetivos de la organización” (UNE-ISO:31000 (2018, p. 21), detectando todas aquellas alertas de actividades potencialmente riesgosa, activando lo indicado en los protocolos instituidos.

De otro lado, el principio de la prevención, hace relación a dos esferas, la primera es la internacionalización de la norma de manera voluntaria, la cual conlleva, a que la empresa por valores éticos, y por su responsabilidad social, asuma lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente, y que debido a sus buenas prácticas, se rehúse a incurrir en el delito previsto, evitando así traicionar la confianza que sobre ella se ha depositado. Y la segunda son los efectos que produce la pena en sentido estricto, pues la rigurosidad de la sanción es la que termina finalmente motivándolo para no incurrir en estas conductas antijurídicas nuevamente. Sin llegar a los límites de fidelidad exagera en los stakeholder democracy o los controles de panóptico empresarial (Bernate, 2018, p. 38).

La prevención está estrechamente vinculada con principios éticos, en la cual ayudará a la empresa a forjar y mantener su buen nombre, reputación y confianza, que tanto anhela la sociedad, y que al final se traduce en tranquilidad y protección a sus clientes. El *compliance* debe generar una adecuada cultura organizativa sensible a la prevención y detección penal, opuestas a las malas praxis que toleran o amparan conductas ilícitas en el seno de la persona jurídica (UNE-19601, 2017, p. 6).

De acuerdo con Henao & Castro (2020), “la única forma de prevenir el delito en sociedades anónimas es reforzar sistemas de prevención de la criminalidad y de las conductas ilegales en las empresas y en las entidades públicas” (p. 33), pues como argumenta Bacigalupo (2012) la “prevención de los riesgos de responsabilidad tienden, consecuentemente, al establecimiento de sistemas de control interno en la empresa, que también podrían, naturalmente, ser confiados a organizaciones externas especializadas en esta materia, de una manera semejante a la auditoría contable”(p. 43), lo importante es colocar en evidencia notoria y pública, que la compañía cuenta con procedimientos, controles y mecanismos que tienen como función neutralizar la ocurrencia de cualquier conducta contraria a la ley.

En la misma línea, la ética como principio se dirige a generar buenas costumbres y prácticas leales de transparencia, sinceridad y tranquilidad en el desarrollo de sus actividades que lleve a cabo la sociedad. Del tal que “cuanto menor es la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción” (Villoria 2013, como se cita en Balletero, 2019, p. 100); en consecuencia, para lograr la transparencia, se debe evitar incurrir que en las tomas de decisiones, exista un monopolio o discrecionalidad por parte de quien ostenta el poder, y por el contrario, debe siempre revelar una democratización, puesta en común y rendición de cuentas para que pueda impedir actos de corrupción.

Cuando se alude a la palabra ética se relaciona a un alto contenido moral de valores empresariales, por estar encaminada a la formación de una robusta conciencia, para adoptar una decisión en cualquier nivel dentro de la organización, deberá ser siempre conforme al sello de garantía, cumplimiento de esa persona jurídica frente a la sociedad, ocupándose de las prácticas en la cual incurren sus actores para satisfacer o lograr sus objetivos individuales.

La ética no se instaura en cuestión de horas, “la imposición de valores, códigos, reglas y procedimientos intraempresariales orientados a la prevención de la criminalidad, así como su revelación y efectiva sanción (Reyna, 2015, citado por Henao & Castro, 2020, p. 28), es el resultado de un trabajo constante, desde la cúspide de la organización, desde lo intermedio y el nivel operativo; requiere de formación, de ejemplo, de reflexión por parte de los trabajadores, de capacitación a los coordinadores del nivel medio, del compromiso de la alta dirección, y del castigo, advertencia o puesta en escena de cualquier desviación de los valores éticos establecidos por parte de la compañía, especialmente de las oficinas de control interno o del oficial de cumplimiento (Escrihuela, 2019, p. 356). Es por ello, que la empresa debe ratificar la cultura generando unas prerrogativas competitivas transparentes, permitiéndose asegurar una longevidad duradera en el transcurso del tiempo sobre su existencia, llevando a la reflexión, más que al castigo ejemplarizante.

A su vez, el principio del buen gobierno, agrupa todas aquellas prácticas que son destinadas a optimizar, en el desarrollo de sus actividades operativas, todo ese contenido

de transparencia, eficacia y sostenibilidad. Para García (2017) se trata de un gobierno que promueve la equidad, la transparencia y la responsabilidad de las empresas, o el conjunto de métodos y procedimientos que adoptan las empresas para mejorar la dirección y gestión de las sociedades, especialmente de las cotizadas en bolsa, con la finalidad de satisfacer los intereses de los accionistas (p. 4). Evocando los principios de equidad, transparencia y responsabilidad, como un todo.

Para su ejecución el buen gobierno, depende del convencimiento de todas las personas que hacen vida activa en la organización, cada empleado desde su lugar de trabajo, con una orientación de valores, tendrá su cuota importante de participación y compromiso en la vinculación de esta labor, y así como un todo, se pueda repeler cualquier conducta contraria a la ley. Mediante políticas, instrumentos y procedimientos apropiados, que estén vinculadas al actuar diario que despliega la empresa, facilitando así una gerencia efectiva y prudente (UNE-19602, 2019, p. 6), por lo que se convierte en un principio esencial, al vincular su actuar a las necesidades existentes dentro de la comunidad en la cual funcionan, y no en detrimento de ella.

De la integración de los principios de eficacia, prevención, ética y buen gobierno en el *Compliance Programs* surge la responsabilidad social, mediante la que pueden subsistir la rentabilidad de las actividades empresariales, y lo social, sin demeritarse una u otra, o el medio ambiente, pues una empresa sostenible ambientalmente es más rentable en todo sentido, como es el caso de Coca Cola que de reemplazar el envase de sus bebidas de botellas de plástico a vidrio o envases no contaminantes, generaría menos impacto en el planeta (Mena, 2020), y las expectativas de subsistencia en los individuos, grupos o entidades sería mayor, lo que llevaría que se produjeran envases con responsabilidad medio ambiental.

Las empresas que deciden encaminarse en la ejecución del propósito que dio origen a su fundación y adaptan los mismos al paso del tiempo, deben estar encaminadas a contribuir con el avance de la sociedad, logrando unas ventajas competitivas aceptables frente a la comunidad (González y Martínez, 2007), ventajas competitivas que pueden sintonizarse con lo moralmente, ética o jurídicamente aceptable.

3. La respuesta ante el incumplimiento normativo

La respuesta del Estado frente a los delitos cometidos por las organizaciones empresariales se puede establecer en llamada segunda velocidad del derecho penal, en la cual los rangos de imputación son menos exigentes, pues no es fácil establecer la contribución de cada uno de los partes participantes en la jerarquía de la empresa, pero a la vez las sanciones penales a las cuales se expone la persona jurídica y las personas naturales son de menor punibilidad o de diversa punibilidad, de tal forma que

- (i) se garantice el éxito del esfuerzo empresarial,
- (ii) se ajuste la política interna de la empresa a los postulados legalmente exigibles, y
- (iii) se responsabilice tanto a la organización como a las personas que tuvieron relación con la misma,

mediante un amplio margen de maniobrabilidad judicial que promueve una solución apropiada para los efectos que se pretenden.

Asumir una administración de la empresa por parte de una delegada por el estado (como en el caso de Colombia la antigua dirección nacional de estupefacientes, y ahora la Sociedad de Activos Especial – SAE), además de separar a las personas naturales que saben del negocio, es una forma de criminalizar la actividad empresarial, que en medio de un conflicto armado y social como el Colombiano por estar en los territorios adquiere compromisos delictivos, como el pago de extorsiones, vacunas para poder operar en las zonas de control territorios de actores armados, así como de permisos, licencias e impuestos a las entidades públicas competentes. Se hace exigible al Estado asegurar la prosperidad, para que las personas tengan la capacidad de autodeterminación necesario para desvincular de sus organizaciones empresariales a los grupos marginales, promoviendo el control territorial por parte del Estado.

Pero si como en el Chocó, en el Bajo Cauca o en el Catatumbo las personas que trabajan con el oro o la cocaína son criminalizadas, perseguidas y encarceladas, la respuesta es el fortalecimiento de los grupos armados, que encuentran cabida allí donde las personas empresarias abandonan su esfuerzo empresarial, o se unen con los violentos, trayendo mayores cotas de pobreza a la población en general.

Sobre esta relación empresa criminalidad, el emblemático caso “New York Central & Hudson River Railroad v. United States” , el Tribunal Supremo Estadounidense, puso en evidencia, que aquellas actuaciones delictivas ejecutadas por cualquiera de sus trabajadores pueden ser imputadas a la persona jurídica, siempre y cuando, ellos hayan obrado en ejercicio de sus funciones, responsabilidad a la que se le agregó posteriormente el requisito de “la búsqueda por el empleado del beneficio para la empresa” (p. 2), como evidencia de la necesidad de implementar sistemas de prevención.

Así las cosas, la empresa que en el desarrollo de sus actividades permita que su actuar inadecuado se posicione como agente principal, todo lo que estuviese debajo de su posición, con menor rango del empleado, debe ser considerado como su agente o súbdito, con lo que, así como ella se beneficiaba de todos sus actos gananciales obtenidos a través de sus empleados por la labor desempeñada, de la misma manera, debía responder por aquellos ilícitos que cometían estos, y que tenían como finalidad encontrar ese beneficio lucrativo que favorecía económicamente a la persona jurídica. Igual posición por aquellos recursos conseguidos por parte de los niveles más altos de

la empresa, pues lo óptimo es que todos los recursos conseguidos desconociendo los principios del cumplimiento normativo sean compensados por la empresa.

La responsabilidad directa de la empresa para Urbina, y Chiesa (2019) “llegó en 1909 con la decisión adoptada por el Tribunal Supremo Estadounidense del caso New York Central & Hudson River Railroad v. United States” (p. 2), con esta decisión, generaría su primer antecedente en la historia de ese país, mediante el pronunciamiento de un fallo histórico en el reconocimiento de este tipo de responsabilidad, pues en el mismo, se consagró, la directriz expansiva que se venía analizando por la época de principios del siglo pasado sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, siendo un paso decisivo para la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ).

En este caso el Tribunal optó por un modelo de imputación, según el cual, los hechos cometidos por los agentes de la corporación, cuando actúen en su beneficio y dentro de la autoridad que les ha sido conferida, le serán atribuibles a la entidad, pues por su conocimiento y propósito son imputables a la propia persona jurídica (Villegas, 2016 p. 129).

Esta decisión, sin lugar a dudas, evidenció por completo la adopción de los criterios que permite observar un claro reconocimiento de la responsabilidad de los entes abstractos, cuando un empleado en su actuar, dispersa una serie de gestiones inclinadas a conseguir el beneficio propio y de la empresa, menospreciando y olvidando su gran responsabilidad que debe ofrecer a la sociedad, por juicios puramente objetivos de *culpa in eligendo* (“elegiste mal al delegado”) o *culpa in vigilando* (“no vigilaste al delegado”), o por razones de interés público. De allí, que a partir de esta decisión se marca el inicio sobre el reconocimiento de ese sistema sobre la responsabilidad atribuible a las personas jurídicas.

Definiendo el Tribunal Supremo consagra en esta sentencia la doctrina del *respondeat superior* como estándar de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estándar de imputación basado en la responsabilidad por hecho de otro, concretamente de aquel que, trabajando para la entidad y en el ejercicio de sus competencias, comete el delito actuando en beneficio de esta (Villegas, 2016 p. 101).

Siendo relevante que la empresa responsable por la lesión causada mediante una multa que asegure a la organización en lo futuro evitar la adopción de códigos autorregulativos contrarios a los que ellos mismos promueven en sus planes de cumplimiento, como se observa en el caso de chiquita brands con los pagos a los grupos paramilitares en Colombia a finales de los años 90 y primera década de los años 2000 (El País, 2007), y Metalor Technologies por comprar oro ilegalmente explotado en Perú (CIEDH, 2019), entre otras organizaciones empresariales que han corregido sus sistemas de cumplimiento.

Referencias que hacen ver lo que se debe comenzar a aceptar en el derecho, y es la necesidad de proteger la iniciativa empresarial, recubriendo al capital humano de la capacidad que si sus acciones están dirigidas hacia la consecución de los objetivos empresariales y tienden a generar recursos de cualquier índole para la organización empresarial, sea la organización empresarial la que asuma la responsabilidad por el hecho del empleado, tal y como actualmente se atribuye responsabilidad a los agentes estatales que en uso de la función a ellos encomendadas lesionan bienes jurídicos en contra de los ciudadanos, lo que hace que el Estado entre a responsabilizarse por la comisión de la conductas, sin que por esto desaparezca el Estado, pues se debe tener claro que cualquier clase de organización puede presentar fallas en su gestión interna o externa, pero no por esto se le puede condenar a la inocuización de las personas jurídicas y naturales, pues el esfuerzo en la organización empresarial debe ser favorecido por el Estado.

Pudiendo ser otra de las formas en que el estado ingrese a controlar la actividad empresarial, que el mismo estado sea socio en el manejo de las empresas que deban adoptar protocolos de cumplimiento, pues a más de promover conductas legales, el esfuerzo empresarial favorecerá a toda la comunidad llevando parte de las ganancias directamente a las arcas del estado, en una especie de economía social de mercado. Asumiendo en la respuesta del estado ante el incumplimiento normativo, la enajenación temprana de los activos ilícitos dados en comiso, evitando que los bienes de los responsables pierdan el valor comercial que les corresponda por el paso del tiempo, de lo que se trata entonces es que el estado adopte respuestas empresariales ante temas empresariales.

Conclusiones

El cumplimiento normativo asume como propósito asegurar que las actividades empresariales de la empresa pública y privada cumplan con su finalidad, dentro del marco legal, constitucional y convencional, de tal forma que favoreciendo los intereses que acompaña cada institución resulte igualmente beneficiados los de una comunidad en específico, los de la sociedad en general, e igualmente los del estado. Este *gana – gana* reemplaza la visión de una visión enteramente capitalista individual de quien ostenta la calidad de inversionista o empleado de la empresa privada o pública, pues en las actuales sociedades complejas se comprende que lo que realizado en la Antártida puede afectar el polo sur, pues tanto el mundo natural, como el mundo económico, como el mundo social esta interconectado.

La actual influencia de las empresas públicas, privadas, de economía mixta, o de social de mercado en el mundo se amplía en la aldea global, lo que hace necesario concientizar a los socios, directivos y autoridades regulatorias de la actividad en específico de tal compromiso, pues él no asumir tales efectos, atenta contra los intereses de la organización empresarial, en el presente o el futuro, tanto en lo económico como en el buen nombre

de la persona jurídica, lo que conlleva efectos de bloqueos en los países y desestimula que los compradores adquieran los productos.

El esfuerzo colectivo del capital privado y público, exige su conservación, pues la iniciativa privada ha privilegiado el desarrollo del mundo actual y la tecnología, y es importante seguirlo privilegiando, con la expectativa de generar más capital que además de responder a las utilidades, responda a la corresponsabilidad de los bienes jurídicos colectivos del medio ambiente, la seguridad pública, el orden económico y social... entre otros relevantes, como los forex y las criptomonedas, pues a quien más tiene o produce, más se le exigirá en la conservación de los mismos, es decir entre más se impacte un bien tutelado, más se le exigirá su protección.

La organización empresarial privada alrededor del cumplimiento normativo, permite que se afiancen las finalidades propias de la empresa, y dentro de estas, las finalidades de la organización social y estatal, pues el preámbulo constitucional de los países o en las declaraciones internacionales son un mandato para lo público y para lo privado, pues los intereses particulares deben ser privilegiados sin dejar de lado el interés colectivo, toda vez que el ambiente de inversión para el capitalista – nacional o extranjero – será mejor, más seguro y estable, cuanto mejor sean las condiciones de respeto social, económico, financiero, medio ambiental y de todo orden.

Los intereses individuales de las empresas tienen la capacidad de corromper las actividades públicas en toda su expresión – como el caso de *chiquita brans*, *United Fruit Compañy*, *Tik Tok*, *Huawei*, *Twitter* u *Odebrech* – por lo que es básico asegurar que las mismas ostenten un programa de preservación de una cultura de la legalidad, y de advertir a nivel interno y a las autoridades operaciones sospechosas o inusuales que permitan iniciar los correctivos necesarios para la corrección del derecho afectado en la actividad empresarial, ya sea este de activos, publicidad, datos en segundo plano, información sensible de los consumidores o de los estados, entre otras.

La respuesta del estado ante el incumplimiento normativo, que es propio de cualquier actividad ejercida, incluso cuando se trata de empresas privadas, debe ser atendida con el ánimo de aplicar sanciones adecuadas para que se corrija el deber incumplido, teniendo en cuenta que, al tratarse de una persona colectiva, la responsabilidad en cabeza del representante legal, miembros de junta directiva, contador y revisor fiscal, es apocada, pues los rangos de imputación no pueden dirigirse con el mismo criterio que en delitos ejercidos por personas naturales, siendo lo óptimo que la responsabilidad se traslade a la persona jurídica, la cual afectada en lo que se pretende alcanzar al salir del cauce legal de las actividades como es los recursos económicos, se le imponen programas de cumplimiento normativo mediante los cuales evite la realización de actividades que sigan comprometiendo su responsabilidad.

Al ubicar la responsabilidad en los administradores de la persona jurídica, se motiva la impunidad de la persona jurídica, mientras que, si se impone a la persona jurídica,

las personas que asumieron la comisión de las conductas, responderían mediante la misma persona jurídica por la conducta por ellos realizadas. Es decir, poco vale que la libertad de las personas naturales sea la que responda por una actividad de incumplimiento normativo que lleva a la criminalidad, cuando la misma tuvo ocasión de forma colectiva en la intimidad de las relaciones laborales de la persona jurídica y para su favorecimiento y finalmente la de los inversionistas, que son quienes se verán afectados o beneficiados por el incumplimiento normativo.

De esta forma el estado puede responder a los delitos empresariales de forma empresarial, promoviendo la durabilidad del esfuerzo empresarial, capacitando a los empresarios y empleados para la adopción de la ética adecuada, realizando los ajustes necesarios para aplicar los principios del cumplimiento normativo, lo cual se financia con los bienes vendidos mediante la enajenación temprana, para de esta forma desarraigar conductas afianzadas por el paso del tiempo, y sembrar una nueva cultura ética de responsabilidad empresarial.

Referencias

- Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos – CIEDH (2019) Perú: Empresa Metalor cierra operaciones tras ser señalada por autoridades de complicidad en financiamiento de minería ilegal en dos regiones del país. Recuperado de: <https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/per-%C3%BA-empresa-metalor-cierra-operaciones-tras-ser-se-%C3%B1alada-por-autoridades-de-complicidad-en-financiamiento-de-miner-%C3%ADa-ilegal-en-dos-regiones-del-pa-%C3%ADs/>
- Ballesteros, J. (2019). “Delincuencia Empresarial, Derechos Humanos y Seguridad Humana: Reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa”. En N. Sanz, M. Gorjón, A. Nieto, y otros (Ed.), *Los Derechos Humanos 70 años después de la Declaración Universal* (1ra ed., 253-286). Tirant lo Blanch.
- Ballesteros, J. (2020). “Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas: La perspectiva española”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (85), 41-78. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.002>
- Bernate, F. (2018). “El Compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia”. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 10 (20), 31-49. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6857108.pdf>
- Bacigalupo, E. (2012). *Compliance y derecho penal*. Hammurabi.

El País (2016). “10 empresas más grandes que 180 países”. Recuperado de: https://elpais.com/economia/2016/09/29/actualidad/1475150102_454818.html

Fernández, E. (2019). “El Criminal Compliance Program como modelo de prevención: de la teoría a su aplicación en la práctica”. *Revista la Ley Penal*, 138(8410), 1-18. <https://bit.ly/387U99q>

Henao, L. & Castro, C. (2020). *Compliance: Prevención de la Corrupción Pública y Privada* (ed.) Tirant lo Blanch. Recuperado de: <https://editorial.tirant.com/co/libro/9788413559483>

El País (2007). “Chiquita Brands pagará 25 millones de multa por financiar a los ‘paras’: Un juez de EE. UU autoriza la sanción, la mayor bajo la ley antiterrorista. Periodico. Recuperado de:

https://elpais.com/internacional/2007/09/18/actualidad/1190066401_850215.html

Escrinhuela, J. (2019). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” (Tesis doctoral, Universidad Católica de Murcia). Repositorio Institucional UCAM. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10952/4013>.

García, A. (2017). “Prevenir la corrupción en la gestión de federaciones y clubes de fútbol: la eficacia de las prácticas de buen gobierno y del *Compliance* penal. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*. 4(1), 1-13. Recuperado de:

<https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/08/5.-Alicia-García-Herrera.pdf>.

García, B. (2015). “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”. En M. Nieto, J. Lascuraín, I. Blanco, P. Pérez, y B. García (Eds), *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (1ra. ed., pp. 206 – 230). Tirant lo Blanch.

García, G. (2019). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Algunas cuestiones sobre el *Compliance* y la protección de datos”. *Revista la Ley Mercantil*, 55(3168), 1-43. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6834293>

García, P. (2012). “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista de Estudios de la Justicia*. 16, 55 – 74. Recuperado de: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29493>

García, P. (2018). “Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa”. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. 109, 179 – 197. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6442702>

González, M., y Martínez, C. (2007). “Condiciones para la eficacia de los códigos internos de responsabilidad social de la empresa”. *Revista vasca de Economía*, 65 (2), 128-149. Recuperado de: <https://ideas.repec.org/a/ekz/ekonoz/2007206.html>.

Mena Roa, M (2020) “Contaminación plástica: Coca-Cola, la empresa que más contamina con sus plásticos”. Statista, Recuperado de: <https://es.statista.com/grafico/22973/cantidad-de-envases-de-plastico-producidos-anualmente/>

Norma Española UNE-ISO:31000/18, marzo, 28, 2018 (2020). Asociación Española de Normalización (Recuperado el 23 de enero de 2020, de <https://tinyurl.com/y5racdd8>).

Neira Pena, Ana María (2016). “La efectividad de los criminal *Compliance Programs* como objeto de prueba en el proceso penal”. *Política criminal*, 11(22), 467-520. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200005>

Sieber, U. (2013). “Programas de *Compliance* en el derecho penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”. En L. Arroyo, y A. Nieto (Eds.), *El Derecho Penal Económico en la Era del Compliance* (pp. 45-75). Editorial Tirant lo Blanch.

Urbina, Í., y Chiesa, G (2019). “Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE.UU.” En Gómez, J., y Madrid, C. (Ed). *Tratado sobre Compliance Penal* (1ra. ed., pp.1-30). Recuperado de: <https://tinyurl.com/y8jxhanj>

Villegas, M. (2016). “*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: La experiencia de Estados Unidos*”. Editorial Pamplona (España): Thomson Reuters/Aranzadi.

Villegas, M (2015). “Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América”. [Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. Repositorio de la Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/33361/1/T36458.pdf>

Zúñiga, Gorjón, Fernández, Díaz (2012). *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*. Salamanca, España: Ratio Legis Librería Jurídica.

Zúñiga, L (2012). “Responsabilidad penal de las empresas Experiencias adquiridas y desafíos futuros”. En N. Queloz, M. Niggli, y C. Riedo (Ed.), *Droit pénal et diversités culturelles*. Schulthess Editions romandes Genève – Zurich – Bâle.

Zúñiga, L. (2013). *Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal*. Lima, Perú: Juristas Editores.

Zúñiga, L. (2018). “Corrupción y la categoría ‘Delito de cuello blanco’: Cuando los delitos se cometen en contextos normalizados”. *Revista Ius Et Veritas*. 57, 162 - 169.
Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20745>

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JUSTICIA
ENTRE EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO
BASADO EN LAS LEYES 599 DE 2000 Y 906 DE
2004, Y TEOLOGÍA CRISTIANA BASADA EN LA
BIBLIA

COMPARATIVE ANALYSIS OF JUSTICE
BETWEEN THE COLOMBIAN CRIMINAL SYSTEM
BASED ON LAWS 599 OF 2000 AND 906 OF 2004,
AND CHRISTIAN THEOLOGY BASED ON THE
BIBLE.

Recibido: 03 de agosto de 2023

Aceptado: 01 de octubre de 2023

Hernán Felipe Pineda Medina¹

¹ Abogado egresado de la Universidad Antonio Nariño, estudiante de Especialización en Contratación Estatal.
Artículo resultado de investigación. Contacto: Hpineda870@uan.edu.co

Resumen

El objetivo del artículo es realizar un análisis comparativo de cuatro formas de condenas a la luz del sistema Penal Colombiano y la Biblia como son: Pena de muerte, extradición, destierro, cadena perpetua y el delito de la corrupción; adicionalmente se busca establecer un paralelo entre los dos tipos de justicia.

Este artículo se realiza mediante cuatro capítulos: el primero, se desarrolla mediante un cuadro comparativo entre el Sistema Penal Colombiano y la Doctrina Cristiana; el segundo, es la aplicación de la Justicia Penal Colombiana en las formas de condena objetivo de estudio como son: Pena de muerte, extradición, cadena perpetua y el delito de la corrupción como fenómeno social de importancia jurídica en los actuales tiempos.

El tercer capítulo describe la aplicación de la Justicia de Dios basado en la teología cristiana según la Biblia, en las formas de condena de pena de muerte, extradición, destierro, cadena perpetua y corrupción. El cuarto punto presenta un análisis de la Justicia de Dios comparada con la del hombre, a grandes rasgos, de una manera muy general.

Para el desarrollo de este artículo los temas de la justicia penal colombiana se tomaron como referencia los escritos de diferentes autores nacionales que han conceptuado sobre las formas de condena objeto de estudio de este artículo; para la doctrina cristiana se tomó como referente la Biblia en los libros Éxodo, Deuteronomio, Nehemías, Nahúm, Samuel, en el nuevo testamento la epístola a los Romanos de san Pablo y teólogos importantes como Juan Calvino, Tomás de Aquino.

Se analizó lo indicado por la justicia penal colombiana y la Biblia en cada uno de estas formas de condena y delitos; y se identificó las diferencias entre estas dos formas de justicia. Para finalizar el artículo presenta las conclusiones del análisis comparativo realizado en este escrito.

PALABRAS CLAVES: Derecho, Justicia, Ley, Biblia, Atributos, derecho penal, doctrina cristiana.

Abstract

Justice is not only a legal concept, but a social and even economic one, throughout the history of humanity, man has tried to create a system and an efficient application, in the context of the national legal framework, Colombia has two great laws Law 599 of 2000 that issued the Colombian penal code was in force, with law 906 of 2004 that issued the code of criminal procedure, in light of the most important denominations that base their beliefs on the Bible, a sacred text that was inspired by God to men, where the law is stipulated, its application, and the concept of God's punishment of men, the

contrast between the justice of man in light based on the law and the justice of God described in his different books that The Biblical canon, its regulations, principles, a fulfillment of a social duty with an eternal life, mercy and laws favorable to the author of criminal conduct make up the Biblical canon. Through this article the justice of God and the justice of man will be sought.

KEY WORDS: Law, Justice, Law, Bible, Attributes, criminal law, Christian Theology.

Introducción

La justicia es un concepto no solamente jurídico, sino social e inclusive económico, a lo largo de la historia de la humanidad, el hombre ha intentado crear un sistema y una aplicación eficiente, en el contexto del marco jurídico nacional.

En Colombia la Justicia Penal Colombiana se basa en dos grandes leyes, la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”; y la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)”. Entretanto, la Biblia es un conjunto de textos sagrados, inspirado por Dios a los hombres en el cuál se da una concepción de justicia. En los primeros libros de la Biblia se denominan pentateuco, adicionalmente las leyes, a partir del nuevo testamento se relata el nuevo pacto de Dios para con los hombres, en el libro de Apocalipsis se presenta la aplicación de justicia.

A la luz de las denominaciones más importantes que basan sus creencias en la Biblia, se estipula la ley, su aplicación, y el concepto de castigo de Dios a los hombres, el contraste entre la justicia del hombre a la luz basados en la ley y la justicia de Dios descrita en sus diferentes libros que conforman el canon Bíblico, su reglamentación, principios, un cumplimiento a un deber social con una vida eterna, misericordia y leyes favorables para el autor de la conducta penal. Por medio de este artículo se buscará la justicia de Dios y la justicia del hombre.

**CUADRO COMPARATIVO ENTRE EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO
Y LA TEOLOGÍA CRISTIANA BASADA EN LA BIBLIA**

Formas de condena	Constitución Política de Colombia	Teología Cristiana basada en la Biblia
Pena de muerte	“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.” (Const., 1991, art. 11)	“Se aplicará la pena de muerte en actos de violencia” (Éxodo., 21 12-26:
Extradición	“La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley” (Const., 1991, art. 35	Entregad, pues, ahora a aquellos hombres perversos que están en Gabaa, para que los matemos, y quitemos el mal de Israel. Mas los de Benjamín no quisieron oír la voz de sus hermanos los hijos de Israel (Jueces, 20 13)
Destierro	“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de destierro.” (Const., 1991, art. 11)	“Y cualquiera que no cumpliere la ley de tu Dios, y la ley del rey, sea juzgado prontamente, sea a muerte, a destierro, a pena de multa, o prisión”. (Esdras., 7 26)
Cadena perpetua	“El derecho a la vida es inviolable. No habrá cadena perpetua.” (Const., 1991, art. 11)	Esta figura no existe en la Biblia, ya que las penas que se aplicaban eran de muerte, destierro, o tortura.
Corrupción	“Se establece las formas de participación ciudadana” (Const., 1991, art. 270) en el título XV delitos contra la administración pública de la ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano.	La corrupción es altamente castigada, en libros como Deuteronomio, Jueces, Salmos incluso en el Nuevo Testamento, aquellos reyes, aquellos jueces llenos de maldad que cometen corrupción con su pueblo aprovechando su status.

Fuente: Elaboración propia a partir del autor.

De las formas de condena y delito señalados en la Tabla 1, se puede deducir que la Justicia Penal Colombiana y la Biblia los caracterizan de la siguiente manera: La Constitución Política de Colombia se caracteriza por ser garantista y por medio de su artículo 34, prohíbe toda práctica que considera inhumana; en cambio, la Biblia está constituida por las ordenanzas dadas por Dios, en el cual establece, castigos más severos, con el fin de garantizar la armonía entre Él y su pueblo.

Por su parte, la Constitución Política de Colombia prohíbe la pena de muerte y la cadena perpetua; pero permite la extradición para delitos ocurridos en otros países, donde muy posiblemente allá sus sentencias sí las ejecuten.

Asimismo, la corrupción configura un delito contra la administración pública, aquellos servidores públicos que por lo general toman su cargo debido a elecciones populares, demuestran un problema grave para la sociedad en general, en cambio en la Biblia, todo aquel que se aproveche de su condición para sacar provecho propio su castigo será la muerte.

A su vez, la Biblia indica que la pena de muerte y destierro se aplican como escarmiento para actos de violencia. En el caso de la extradición, esta figura no existía y dependía de la tribu si entregaba o no algún criminal.

1. Aplicación de la justicia penal colombiana en las penas objeto de estudio

Pena de muerte

Lo que busca el sistema penal colombiano es básicamente perseguir al sujeto activo de la conducta penal es decir el que ha cometido la acción, e imponerle una medida, puede ser intramural, domiciliaria o de multa, hay unos principios que rigen tanto la conducta como su aplicación de justicia como lo define el autor “la función del juez de ejecución de penas, es el de aplicar la pena en base al debido proceso del indiciado” (Patricia Guzmán González, 2018).

Uno de ellos es la dignidad humana -artículo 1º del Código de Procedimiento Penal-, donde se busca garantizar la integridad de esa persona, sin distinguir: raza, ideología o crimen cometido. Amnistía propia, ¿qué es?: Es la eliminación de la responsabilidad penal de un delito, se aplica sobre el propio delito (se perdona el delito, no la pena). Esto significa que la amnistía logra la extinción de la responsabilidad civil o penal y borra los antecedentes como lo define el autor. La amnistía es una institución jurídica que consiste en sacar un hecho delictivo de lo jurídicamente relevante, impidiendo al poder judicial intervenir respecto del mismo y aplicar el derecho que lo sanciona (Castañeda, 2013).

Es justo poner en olvido total la actuación de una persona que ha perjudicado a otra, ¿cómo se aplica?, mediante un acto administrativo, pero para este es necesario la existencia de una ley, lo cual haría una impunidad completa. La aplicación de tantos principios, entorpecen la ejecución de una pena, otro ejemplo es, el de legítima defensa, muchos abogados lo que hacen minutos antes de la audiencia, es excusarse y así dilatar el proceso penal. Así mismo, se debe tener en cuenta los impedimentos para que un juez no intervenga en el proceso como lo define el autor: “No sobra insistir en que las

causales deben ser ciertas, reales, sinceras, y no una simple disculpa que se utilice para evitar decisiones difíciles o para descargarse de trabajo” (RAVE, 2006).

En la historia del derecho penal colombiano existió la pena de muerte su última ejecución fue en 1910, bajo el acto legislativo 03 de 1910 se derogó esta efectiva aplicación de justicia, que fue lo que motivó este acto, básicamente la incorporación de los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad colombiano, como lo define el autor: “Sin duda alguna, la pena de muerte es la sanción más grave y antigua de la historia. Seguramente por ello, es la que ha producido, y sigue haciéndolo en la actualidad, un mayor debate o discusión” (Estrada, 2012). En varias ocasiones se ha dejado a la incorporación de tratados internacionales, reforme la legislación de Colombia.

Extradición

Otro ejemplo que se encuentra en Colombia es la extradición, a causa del narcotráfico, el gobierno de César Gaviria Trujillo² la promovió hacia los Estados Unidos a los delincuentes más peligrosos, como lo definen varios autores “la extradición es un fenómeno negativo para el carácter de Estado Colombiano, una práctica que fue aplicada de manera ilegal” (Torres, 2012).

Pero realmente Colombia es tan incompetente como para no poder castigar sus propios delincuentes, la extradición es básicamente como aquel padre que le pide a sus vecinos le castiguen a sus hijos, si en caso hipotético nunca se hubiera abolido la pena de muerte, a quienes sería eficaz castigar por ese medio, sobre todo a los delincuentes más peligrosos, personas que cometen los delitos con mayor pena. Posiblemente, sería menos corrupto el aparato jurisdiccional en el derecho penal, la pena máxima en Colombia ronda como máximo los 60 años, en las estadísticas de delincuencia en el contraste de Colombia a nivel latinoamericano, demuestra la violencia que se vive en las principales ciudades de Colombia. Esa estadística es un crudo pero real acierto de que los índices de criminalidad son más altos, como está definido según el autor: “El crimen y la violencia se han convertido en una de las principales preocupaciones de los ciudadanos en América Latina y el Caribe en los últimos años. Por ejemplo, para el indicador más utilizado para medir los niveles de violencia y criminalidad, la tasa de homicidios, el nivel promedio en América Latina es de 23 homicidios por cada 100.000 habitantes, valor que es más del triple del promedio internacional (6.2 homicidios por cada 100.000 habitantes) (Mejía, 2014).

Cadena Perpetua

Es difícil se le aplique a una persona en Colombia una pena de 60 años; este fenómeno sucede porque el Estado colombiano es garantista en derecho, para evitarse un proceso en términos jurídicos y su desgaste procesal, optan por ofrecer beneficios, buscando la

2 César Gaviria: Presidente de Colombia, en el período de 1990 a 1994.

persona se declare culpable y de esta manera sea más efectivo la aplicación de justicia. Pero esto ha logrado que la gente culpable de delitos atroces sean acogidos a estos beneficios, cosa que a las víctimas deja con una gran desilusión, cuando alguien sufre por la conducta de un tercero, es decir es víctima de un delito, siente miles de sensaciones, pero lo que siempre buscará es una eficaz justicia por sus derechos vulnerados, como lo define el autor: “Colombia es uno de los países en donde más se violan de manera masiva y sistemática los derechos fundamentales de las personas, especialmente de aquellas que por sus características y condiciones, son más susceptibles de sufrir maltratos a sus derechos” (Quintero, 2011).

Recientemente, por medio de un acto legislativo, el honorable Congreso de la República aprobó, con una votación histórica, la reforma al artículo 34 de la carta magna de Colombia, el trasfondo de esta reforma es buscar un agravante superior a la condena ya establecida dentro del Código penal colombiano. Suponiendo que la Corte Constitucional difícilmente no declare esto inexecutable, pero hipotéticamente dicen que sí y se reforma la constitución, según el mismo acto legislativo establece que para ejecutarse este nuevo agravante la menor víctima, debió ser no sólo haber sido abusado, sino que en la realización de esta conducta se establezcan otras conductas punibles, como lo son: tortura, homicidio etc. El reformismo constitucional es un fenómeno histórico aplicado a través de las diferentes constituciones que han estado vigentes en el marco jurídico legal colombiano, como lo define el autor: “Casi la totalidad de las constituciones nacionales de Colombia, han confiado la reforma de la Constitución al Congreso de la República. En varias ocasiones se han inaplicado las disposiciones constitucionales y se ha recurrido al “constituyente primario” para reformar la Constitución. Estas prácticas caracterizan a los Estados sometidos a crisis institucionales que desbordan el derecho” (Sarria, 2007)

También un caso de bastante popularidad fue el supuesto acceso carnal y homicidio en manos de 7 militares, varios personajes del ámbito político han manifestado su indignación con este hecho y exigen una condena ejemplar, ya los mismos acusados han aceptado cargos con la fiscalía. Es decir que ya existe un preacuerdo entre los 7 militares y el fiscal, lo que quiere decir que por haber agilizado el aparato judicial, recibirán buenos beneficios en el juicio oral, algunos como la no imputación de algunos agravantes, lo que lograría que su condena sea bastante corta comparado con el delito cometido. Así es el Estado colombiano, bastantes proteccionistas, garantistas, rayando en la impunidad, así como lo define el autor: “En el tema de ‘consentimiento’, la protección a la dignidad y la vida privada de las víctimas de violencia sexual ha sido una postura muy respaldada por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Suprema, así como por algunos de los tribunales y juzgados de los que se estudiaron sus sentencias”. (Buenahora, 2010)

Es decir que no es aplicable a todo aquel que abuse sexualmente de un menor, o cometa actos sexuales abusivos con el infante, pero en la actualidad colombiana; los medios de comunicación se han encargado de popularizar y celebrar esta actuación legislativa,

así mismo se presenta una objeción en el mismo acto y es, que el juez en el término de 25 años debe decidir según el comportamiento del condenado imputarle o no la cadena perpetua, lo que hace más irrisoria esta actuación, como lo define el autor “No existe un sustento razonable para el establecimiento en el ordenamiento jurídico penal colombiano de la cadena perpetua y las propuestas en tal sentido obedecen a un deseo de mostrar una respuesta estatal frente a cierta forma de criminalidad sobre la que existe un mayor re-chazo social en comparación con otras” (Velandia Montes, 2018).

Corrupción

Un populismo en épocas donde la corrupción se ha elevado, ya que los gobernadores y alcaldes tienen la oportunidad de contratar sin menos requisitos. Como lo define el autor: “es posible que los requisitos y exigencias se diseñen con el exclusivo propósito de reducir la competencia” (Martínez, 2006): así mismo la imagen y la aceptación de las personas elegidas por elección popular se hace más negativa, es porque la gente está perdiendo la fe en la política, teniendo en cuenta que lo corruptible son las figuras populares, pero sin discriminar como tal el sistema político actual colombiano, donde se evidencia grandes vacíos y problemas gubernamentales, por otra parte.

Así recurren al aparato judicial buscando sea hecha justicia porque fue hecho víctima, es ahí donde empieza todo el problema de impunidad, comenzando porque las cárceles a nivel nacional están por encima de su capacidad, por este hacinamiento se busca una prisión domiciliaria, como lo define el autor: “La ley establece que con acuerdo previo de los entes territoriales, quienes no posean recursos para pagar la multa, lo puedan hacer por medio de servicio no remunerado a la comunidad” (Villalobos, 2015). Por consiguiente, de una u otra manera, existe la facilidad de poder evadir una pena consecuente de su acción.

El Estado colombiano recientemente busco un proceso de paz, con su mayor grupo subversivo las *FARC-EP*, consistió en que, si ellos se desmovilizaban, recibirían beneficios, por revelar la verdad de sus crímenes una pena social, como lo define el autor: “El actual proceso de paz se enfrenta a un escenario radicalmente diferente al de las negociaciones pasadas. Esto se debe principalmente a la evolución y el protagonismo que tienen las víctimas, a quienes se les debe garantizar un mínimo de derechos” (Suárez, 2014).

Se estableció que debían indemnizar a las víctimas, hasta el momento han cumplido con que el 98% según cifras oficiales por parte del gobierno, se han desmovilizado, han tomado sus curules en el Congreso, para que tengan participación política, uno de los procesos que se encuentran en la historia de Colombia, y con unos hechos parecidos fue el de justicia y paz, donde se logró la desmovilización de las AUC; aquellos jefes principales se sometieron a la extradición y los demás a cárceles cuyas penas eran de 6 a 9 años. Ellos al salir no tienen ese beneficio por formar parte del Congreso de la República, ni mucho menos una ayuda por parte del Estado. El inconveniente que presentó este proceso fue la reparación y la verdad, ya que como lo explica el autor:

“Se consideraron sólo las víctimas de grupos armados ilegales y, aunque se incluyeron los ‘familiares de las víctimas’ según lo demandó la Corte, no se tuvieron en cuenta las víctimas de crímenes de Estado” (Jaramillo, 2010).

Por este motivo buscan entrar en la *Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)* creado para buscar la verdad, esto ha sido blanco de críticas, existe el principio de favorabilidad, consiste en que se debe aplicar la pena más beneficiosa al imputado, en este tipo de casos es lo más pertinente por su naturaleza y clase, la corrupción es un gran problema, ya que se analiza cómo se hace política en Colombia, la idiosincrasia de su pueblo logra que sea corrupto, hacer el ejercicio de hacer política en un pueblo aspirando a una alcaldía, es enfrentarse a que gana el que haga el mejor populismo, pero no el que tenga el mejor plan de gobierno.

Cualquiera que aspire a una alcaldía deberá enfrentar a los contratistas que buscan financiar sus campañas a cambio de los principales contratos que emite la alcaldía, aquellos que buscan presentar propuestas directamente se verán enfrentados a pagar un porcentaje a aquel servidor público que puede escogerlo para cumplir con ciertos requisitos. Así mismo, los que aspiren a ser parte de las altas cortes, deberán ser amigos de varios senadores para poder ser elegidos. De hecho, el que desea un cargo en provisionalidad debió haber hecho campaña con ese amigo político, como lo explica el autor:

Para que exista y persista la corrupción, es porque en el país las mismas instituciones permiten que sus funcionarios actúen de acuerdo con determinadas conveniencias que les van modelando y articulando sus conductas, para que actúen de acuerdo con las situaciones determinadas; entonces para el enfoque, son las instituciones el fundamento básico del ordenamiento de la sociedad y el funcionamiento del sistema social (Zuleta, 2015).

En orden a frenar lo anterior, existe actualmente los concursos de mérito, aquel de la rama judicial lleva más de 3 años estancado, así sucesivamente, pero aquel ciudadano que interponga una demanda, y vaya a los juzgados, verá personas de la tercera edad ejerciendo, mientras los abogados, con buenos títulos de posgrado en el litigio, oportunidades escasean, y la injusticia crece, por la falta de generación de empleo y la inversión en creación de más cargos, con oportunidades, lo curioso se encuentra en los requisitos para participar en Colombia, cuando toda persona que aspire debería tener al menos conocimientos en derecho, economía o administración pública, pero lamentablemente no sucede, así va creciendo la corrupción y la injusticia en Colombia, como lo cita el autor” Hacen parte de la función de administración las actividades inherentes a la selección de los empleados de carrera, la administración del sistema de información de la carrera administrativa y el diseño del sistema de evaluación del desempeño laboral de los empleados de carrera, que será adoptado por las entidades que conforman el sistema general de carrera. La selección se lleva a cabo a través de universidades e instituciones de educación superior acreditadas ante la Comisión para tales fines. (Hernández, 2006)

Al revisar las posturas de los diferentes autores se concluye que a pesar de que en Colombia no se ejecute condenas como: cadena perpetua y pena de muerte, pero aun así extradita ciudadanos colombianos, para que se ejecute este tipo de condenas fuera del país, es paradójico ya que Colombia se caracteriza por ser un Estado garantista, en el cual se preserva por encima de todo derechos como: la vida pero aun así extradita, incompetente para ejecutar sus propios criminales, más bien es cierto que los delitos se cometieron en países extranjeros, pero aun así debe estar por encima el ser ciudadano colombiano, la Biblia por su parte ejecutaba al que incumplía la ley de esta manera se garantizaba una justicia recta y eficaz, proveniente de Dios.

2. Aplicación de la justicia de Dios basado en la teología cristiana según la biblia

Contexto general bíblico

Desde los primeros versículos de la Biblia, se relata el poder de Dios como El Verbo (*Logos*) según el Apóstol Juan (capítulo 1); efectivamente, desde los primeros personajes de la Biblia se muestra unos reglamentos que el hombre ha sido incapaz de cumplir la primera orden de Dios fue: “No comerás del fruto del árbol prohibido” (Génesis 3:3). Tiempo después que el hombre es expulsado del jardín del Edén, se nota que su maldad aumenta y la ira de Dios se hace más grande, así es como Dios ordena a Noé hacer un arca para salvarse del diluvio universal. Así Dios muestra su soberanía y su Santidad, posteriormente en el contexto bíblico aparece Abraham conocido como el Padre de la Fe del cual recae la promesa de Dios a su generación (Génesis 12: 2-3), así prosigue con Isaac, la promesa heredada por Gracia a Jacob, para que por medio de su hijo José que fue vendido por sus hermanos a los egipcios (Génesis 37), Dios por medio de un pecado demuestra su misericordia y su grandeza, luego en el Éxodo se relata la historia de Moisés, un judío que siendo esclavo en Egipto es vocacionado por Dios en la liberación de los judíos de manos del faraón (Éxodo capítulo 12), luego vagan por el desierto pero siempre es Dios quien los alimenta, los provee de agua y en el día una nube que los acompaña y en la noche una llama que les brinda el calor necesario para las noches del desierto, posteriormente.

El pueblo empieza a quejarse de Dios, a renegar y es ahí donde Dios da las principales leyes que rigen aún hoy, conocidas como los 10 mandamientos (Decálogo Mosaico), no solamente son 10 leyes sino también unas leyes morales, sacerdotales, ya después el pueblo de Dios se asienta a la tierra prometida y empiezan a luchar contra sus vecinos para conquistarla. Ya en el primer libro de Samuel el pueblo se queja de que los otros reinos tienen un rey pero no ellos, así que Samuel ora a Dios, y Él escoge a Saúl como el primer rey de Israel, el rey comete una serie de pecados que hacen que Dios aparte su mirada y escoja a David como el nuevo rey que de su generación llegaría Jesucristo como el Mesías prometido para ser el Rey único y verdadero.

Ya después llegaron reyes como Salomón, Ezequías en el mismo contexto bíblico se narra la caída de Jerusalén en mano de los babilonios, como lo es en Daniel, Esdras, Isaías y se da la promesa de la reconstrucción de su pueblo, pero siempre fue la voluntad de Dios, quien tuvo gracia por su pueblo, ya en el contexto del Nuevo Testamento, Jesucristo fue enviado a cumplir la ley de Dios, la cual ningún hombre había podido cumplir a cabalidad, murió por los pecados de aquellos que el mismo escogió para ser salvos.

En el Antiguo Testamento la ley era para el pueblo judío, ya en el Nuevo Testamento (epístola de san Pablo a los Romanos 3: 28-30), se hace la gracia universal y por ellos los 12 apóstoles salen a predicar la verdad, después de que Cristo fue molido en la cruz del calvario y resucitado por su poder.

Pena de Muerte

No se puede ser justo si no es misericordioso, por eso en la Biblia en varios versículos se expone a “Dios tardo para la Ira inmenso en misericordia”, porque quien podrá tener mérito ante el trono celestial para ser salvo lo será en virtud de sus propias obras. La pena de muerte fue aplicada para los delitos cometidos con más gravedad, tales como: asesinato, fornicación, homosexualidad, falsa profecía.

Las anteriores conductas eran vistas como aberraciones desde el punto de vista en el contexto de aquel entonces, en el libro de Números (15: 12-36), se describe que era ley guardar el día de reposo: como en el caso de aquel hombre que estaba recogiendo leña, fue visto por los judíos, presentado ante Moisés y Aarón y condenado a muerte por orden de Dios... En el Nuevo Testamento (Evangelio según san Mateo, capítulo 12), los fariseos le preguntaron a Jesucristo si era lícito que sus discípulos recogieran espigas de trigo en el día de reposo. El Salvador les respondió que el Hijo del Hombre era el día, es decir su día, hay varios versículos del Antiguo Testamento donde se perfilaba el carácter de Cristo (cf. Profeta Daniel, 7).

“Ojo por ojo diente por diente” era la Ley del Talión en el Antiguo Testamento: aquel vecino que robaba 2 ovejas debía pagar 4. Y en el Nuevo Testamento, Jesucristo apuntaló: “De cierto os digo que no hay mérito en aquel que sólo ama a su amigo, por eso verdadero mandamiento es aquel del que ama a su enemigo; si te golpean en la mejilla pon la otra”. He aquí la plenificación introducida con Cristo.

Ahora bien, básicamente, para comprender desde la concepción teónoma, que es la base teológica para la comprensión de la Ley de Dios con relación a la ley actual, como lo define un estudioso: “Santo Tomás defendió claramente la legitimidad ética de la pena de muerte por parte de la suprema autoridad civil y representa un momento decisivo en la historia de esta cuestión dentro de la civilización cristiana, la cual, a su vez, significó la primera reacción en la historia”. (Blázquez, 1983)

Extradición, destierro

En la Biblia no existe la figura de la extradición, a excepción del libro de Jueces (20: 13), donde algunos delincuentes son solicitados por la tribu vecina y se negaron a ello, por lo cual se formó una guerra entre las tribus de Israel. En efecto, existen varios versículos donde se habla del destierro, uno de los más importantes era aquel que era desterrado por no cumplir con la ley de Dios (Esdras 7: 26). De manera alegórica, en el Evangelio se afirma que no se puede llegar al Padre sino sólo por medio de su hijo Jesucristo, aún los pecadores que hagan buenas obras podrán ser desterrados del Reino de los cielos.

Más aún, en aquella época del AT aquel que tuviera signos de lepra era apartado de los demás para evitar que el brote de contagio fuera masivo. De hecho, aquellos versículos de Levítico 13 -una especie de cuarentena antigua-, el sacerdote era aquel encargado de supervisar de qué manera se sanaría, de lo contrario se iba extendió los días hasta que fuera desterrado de las tribus por causa de su inmundicia.

En la historia de la Iglesia, uno de los casos más resonados y relevantes fue la excomunión del presbítero agustino Martín Lutero³, dada por el papa León X, cuya causa fue la publicación de las denominadas *95 Tesis* en la Iglesia de Wittenberg en 1517. Cabe resaltar algo que es muy importante: todo hombre es pecador y solamente por la gracia de Cristo podrá ser salvo; el Papa León X en aquella época estaba promoviendo las indulgencias, que consistían en pagar por un familiar para que fuera salvo (la remisión de la pena temporal), la gente atemorizada de pensar en el castigo eterno decide aceptarlo, aun viviendo en la miseria absoluta, esto hizo que Lutero reflexionara y fuera a las Escrituras sagradas para verificar si esta acción del Papa era bíblica. Su conclusión fue un total no, por eso -acota el historiador-: “Martín Lutero está en paz con su conciencia. Ha conseguido vencer sus escrúpulos y el escándalo ya no puede durar y pronto cesará para siempre. Alberto de Brandeburgo intervendrá o habrá quien lo haga en su nombre. No se le oculta que ha de ser él mismo”. (Olivier, 1973)

Cadena perpetua

En las leyes de Dios no existía esta pena, ya que los delitos más graves -como homicidio o la fornicación- su condena era la muerte; por lo general, eran apedreados por el pueblo o los fariseos, motivo por el cual se ampliará el concepto de la pena de muerte, ya que este castigo era impuesto por orden de Dios a través de sus leyes, en este caso la ley de Moisés.

Conductas dignas de pena de muerte:

3 Martín Lutero: Fraile agustino alemán disidente, que lideró la Reforma protestante con serios argumentos.

- Homosexualismo
- Homicidio
- Fornicación
- Violar el día de descanso.
- Aprovecharse de la viuda, del huérfano y del forastero.

Asimismo, cabe resaltar que la pena de muerte es bíblica, pero el cristiano se somete a las leyes de su Estado, teniendo en cuenta la potestad y soberanía de Dios:

“Sométase toda persona a las autoridades superiores; porque no hay autoridad sino de parte de Dios, y las que hay, por Dios han sido establecidas. De modo que quien se opone a la autoridad, a lo establecido por Dios resiste; y los que resisten, acarrearán condenación para sí mismos. Porque los magistrados no están para infundir temor al que hace el bien, sino al malo. ¿Quieres, pues, no temer la autoridad? Haz lo bueno, y tendrás alabanza de ella (Romanos 13, 1-3).

Por tanto, en caso hipotético de la aprobación de la pena de muerte, no necesariamente se estaría actuando en contra de la ley de Dios.

Las penas dignas de muerte lo eran porque atacaban el carácter puro y santo de Dios. Al respecto, Cristo dijo que la ley de Dios se resume en dos grandes mandamientos: “ama a Dios con todo tu corazón y ama a tu prójimo como a ti mismo, de esta manera podemos cumplir la ley de Dios, ya que el Salvador, el Mesías prometido cumplió la ley y murió por el perdón de todo aquel que en Él encuentre gracia, como lo define otro autor: “Hemos visto que no es posible negar o ‘neutralizar’ la carga ética negativa de los textos bíblicos referidos a la homosexualidad. Sin embargo, se podría buscar rescatar tradiciones escondidas o semidesaparecidas que sean menos machistas o más positivas hacia expresiones homosexuales” (Awi, 2001). Con base en lo anterior comprendemos que ninguno tiene la capacidad de juzgar a un prójimo, o de creerse por sí mismo merecedor del amor de Dios, cuando todo aquel es más repugnante que cualquier especie creada por Dios. El precepto “no matarás” (Deuteronomio, 5-17), en la Biblia es claro al prohibir el derramamiento de sangre en la represión de estas conductas; a lo largo de la historia, han existido bastantes guerras y la excusa perfecta fue ‘en nombre de Dios’. Todo aquel que se denomine cristiano, deberá comprender que a Dios no hay quién lo defienda; sin embargo, la obligación de todo creyente será llevar el mensaje del Evangelio en armonía, no hay que estigmatizar a nadie basados en una fe sino suplicar misericordia al Altísimo. Otra conducta mencionada anteriormente fue la fornicación; en el Nuevo Testamento, Cristo intervino para que no apedrearán a una mujer juzgada y condenada por prostituta; por medio de su caso Él demostró el amor a la mujer, por ello en la persecución sufrida por los romanos a causa de los cristianos, la Iglesia primitiva procuraba depurar las prácticas resaltando la ayuda a la viuda, recoger al huérfano, aunque los romanos tenían la potestad de abandonar al hijo no deseado. Desde luego, primera Iglesia se encargó de ayudar a estas personas según el amor a Dios, no obstante que ya en aquella época la sociedad discriminaba a las minorías, atacaban a la mujer y fue por medio de Cristo que se

irradió el amor extremo de Dios. De ahí que aquella mujer adúltera fue perdonada, pero se fue abriendo la brecha para dar lugar a dos vertientes cristianas en el mundo moderno: una que cree que sus obras lo van a salvar y que de pronto lleguen al Cielo por lo que hagan en la tierra, y los verdaderos cristianos que confían en la gracia irresistible de Cristo. Al respecto, Lutero reinterpretó las epístolas a los Romanos y a los Gálatas, en las que el Apóstol san Pablo desglosó el complejo tema de ‘la justificación por la fe’, con frecuencia mal interpretado y causa de no pocas disputas en católicos y ‘hermanos separados’...

Corrupción

En varios versículos tanto del Antiguo como del Nuevo Testamento la expresión censurada es ‘pervertir el derecho’, tal como aparece en el libro de Job (8: 3), que enfatiza que Dios no pervierte la justicia. A su vez, en Éxodo 23: 8 se hace referencia a aquel que recibe soborno, y así mismo aquel que busca el derecho del impío y no del justo como aparece en Proverbios 18:5.

En Isaías 10:1-2 aquellos que emiten sentencias o fallos para aprovecharse de la viuda, del forastero o del huérfano para su propio enriquecimiento, en el contexto del Nuevo Testamento sólo ha existido un hombre que siendo justo, aquel que era perfecto en esencia, sin mancha aquel que enmudeció ante Pilatos en consonancia con la profecía de Isaías 53 (Siervo de Yahvé o Cordero sacrificado), que fue muerto y pagó los pecados de la humanidad: Cristo resucitado y glorificado en medio de nuestra maldad.

A todas luces, la corrupción del hombre pervierte el derecho, e inclina las leyes a su favor de manera que incluso prostituye el Estado, como se evidencia en el libro de Samuel que aun sus hijos pervirtieron el derecho y la justicia (1 Samuel 8:3).

En la época de los Reformadores, uno de los pioneros en estudiar las Escrituras y de dejar unos puntos teológicos muy claros fue Juan Calvino⁴: “cabe destacar que para Calvino la tiranía del Papado no sólo se ejercía en términos materiales, sino espirituales” (Spínola, 2019), con base en lo anterior nombrado, la corrupción no es solamente un problema material sino va mucho más allá al ser considerado por Juan Calvino una corrupción espiritual que ataca y corroe al pueblo, y que al final es el que paga los desmanes de sus mandatarios.

En la actualidad colombiana, son bastantes los escándalos a la luz pública por causa de mandatarios corruptos; esta situación siempre ha existido y es un pecado que se condena severamente, porque la corrupción actual no solamente se extiende a la parte material sino a la política. En el contexto bíblico y a la luz de la Reforma luterana, la corrupción que provenía por el poder desvirtuado del Papa, fue criticado pero al mismo

4 Juan Calvino: fue un teólogo francés, considerado como uno de los autores y gestores de la Reforma Protestante, pero que también sucumbió a la aberrante práctica de la Hoguera de forma sanguinaria.

tiempo fue temido, en aquel entonces el poder de la Iglesia era altísimo; en el contraste social, el pueblo fue exprimido no sólo a través de impuestos del rey. Según este orden de ideas se configuró una teoría: cómo contrarrestar la corrupción vivida, máxime si nos detenemos en nuestra actualidad. El Sistema está tan corroído, que muchas veces las denuncias no bastan, ya que el sistema judicial es bastante incompetente, razón por la cual muchos consideran que la verdadera justicia proviene de Dios, y sólo por medio de Él se podrá ser justos.

La pregunta que surge es si la persona cristiana la hace menos corruptible... Pareciera al contrario, por cuanto hoy se observan grandes iglesias, donde se pregona el poder del Espíritu Santo con ofrendas, esta práctica no diferencia la situación vivida hace más de 500 años de la mano de Martín Lutero, ya que las predicaciones saturadas de la 'prosperidad' hacen este problema altamente abominable: aquel que crea que si no da, o si no puede dar Dios dejará su misericordia. Al respecto, se ha abusado de prácticas como las indulgencia para que todo el mundo alcance la salvación, temor infundido y manipulado por aquellos que creen hablar en nombre de Dios.

Así lo hacen creer a la gente los pastores de toda pelambre, no se debe creer que porque alguien siente la autoridad de hablar de Cristo se le deba creer, siempre hay que remitirse a las sagradas Escrituras, tal como lo hizo Lutero. Por consiguiente, la corrupción es un fenómeno arraigado en el corazón del hombre, por lo cual siempre existirá un sinsabor en el derecho, ya que la balanza no logrará estar en el lado correcto; el hombre al ser corruptible, hace que sus decisiones sean pecaminosas.

La justicia de Dios comparada con la del hombre

El hombre siempre ha intentado usar la justicia a su propia conveniencia, aunque el concepto de justicia en el derecho romano era dar a cada quién lo que merece (Ulpiano en su *Digesto*), premisa que hoy en día ya no se cumple; se ha intentado implementar tratados procurando que un juicio sea más justo, e incluso se llegó al punto de que la justicia deja una desilusión en su propia aplicación, pero porque hay tantos altibajos. La razón es simple: el ser humano es corruptible y manipulable, por lo que la propia esencia pecaminosa impide una aplicación recta y eficaz, aunque se ha intentado proteger los derechos de las personas, pero estas muchas veces simulan ignorar que están violando otros principios.

En la Biblia la paga del pecado es la muerte pero solamente la misericordia de Dios hace que aún se esté con vida: "Así que acerquémonos confiadamente al trono de la gracia para recibir misericordia y hallar la gracia que nos ayude en el momento que más la necesitemos" (Hebreos 4:16)... Los principios que imparte el derecho penal colombiano son garantistas y ratificados por varios tratados internacionales, lo que le da gran solidez es verdad, pero así mismo se niega al Estado juzgar a sus propios acusados. No se puede comparar la justicia del hombre con la de Dios, ya que por su propia naturaleza la primera tiende a ser pecaminosa.

Incluso si el hombre hubiere obedecido las leyes de Dios, no habría incurrido en comportamientos tan viles, e incluso si el hombre y la mujer hubieran adoptado su papel inicial, en este momento no existiría la lucha por la igualdad de géneros, ni hubiera tanta perdición en la degradación consumada por el hombre. Al respecto, hubo normas puntuales: “Pueden comer de toda ave pura, pero hay algunas de las cuales no deben comer: el águila, el quebrantahuesos, el águila marina, el milano, y toda clase de halcones, toda clase de cuervos, el avestruz, la lechuza, la gaviota, toda clase de gavilanes, el búho, el ibis, el cisne, el pelícano, el buitre, el cormorán, la cigüeña, la abubilla y el murciélago” (Deuteronomio 14,11).

En Éxodo 22 está la ley ante el robo que rezaba así:

Si alguien roba un buey o una oveja, y mata o vende el animal, deberá devolver al dueño cinco bueyes por el buey robado, y cuatro ovejas por la oveja robada. Si el animal robado todavía está vivo y en poder del ladrón, éste deberá devolver al dueño dos animales. Todo ladrón deberá pagar el precio de lo que haya robado. Si no puede pagar, será vendido como esclavo para pagar lo robado. Si el dueño de una propiedad sorprende a un ladrón robando de noche, y lo mata, no será culpable de su muerte. Si lo sorprende robando de día, y lo mata, entonces sí será culpable (Éxodo 22, 1-4).

Así mismo, desde tiempos bíblicos se hablaba de los daños ocasionados por animales, como recalca el mismo texto veterotestamentario:

Si alguien suelta sus animales en su propiedad, y éstos van y comen en el terreno de otra persona, tendrá que pagar con lo mejor de sus cosechas los daños que causen sus animales. Si alguien enciende un fuego en propiedad ajena, y el fuego destruye todo el trigo y el campo, el que prendió el fuego deberá pagarle al dueño todos los daños causados. Si alguien le da a otra persona dinero o cosas de valor para que se las guarde, y algún ladrón se roba todo eso, el ladrón tendrá que pagar el doble de lo robado, si es que lo atrapan. Si el ladrón huye, la persona que guardaba lo que fue robado, deberá presentarse en el templo y jurar ante Dios que es inocente (Éxodo 22, 5-8).

Fue hasta la Ley 746 del 2002, donde se reguló la tenencia y registro de animales peligrosos; así mismo, en la Biblia –en el mismo contexto mosaico- están las leyes de aquel que cometiera asesinato y fuera culpable, o qué sucedía si esta persona era inocente:

Quien mate a golpes a otra persona, será condenado a muerte. Si mató al otro sin querer, y yo había dispuesto que de todos modos muriera, entonces el que lo mató podrá huir y esconderse en el lugar que voy a indicarte. Quien mate a otra persona con toda intención, será condenado a muerte, aunque busque protección en mi altar. Quien golpee a su padre o a su madre, será condenado a muerte (Éxodo 22, 12-15).

En Colombia el homicidio tiene una pena entre 25 y 40 años, con los beneficios a que tiene derecho podría quedar de 6 a 12 años, la ley de Dios en la Biblia era mucho más

estricta y clara; así mismo, se tipificó la persona que secuestraba a alguien: “A quien haya secuestrado y vendido a otra persona, o aún la tenga en su poder, se le condenará a muerte”. (Éxodo 21,16). La población de esa época era más temerosa de incumplir una ley de Dios, que hoy en día un ciudadano cumpliendo las leyes de su Estado, todo era simplemente por el hecho de que su condena era la muerte.

En la Ley de Dios se encuentra el código ético, para aquellos jueces o testigos dentro de un pleito judicial:

No mientan ni den informes falsos que ayuden al malvado a engañar a los jueces. No hagan lo malo, sólo porque la mayoría de la gente lo hace. Si en un pleito legal hacen declaraciones ante un jurado, no digan mentiras como la mayoría de la gente. *Digan la verdad*. Pero tampoco mientan para ayudar a un pobre en un juicio sólo por ser pobre. Si ven que algún buey o burro anda perdido, devuélvenselo al dueño, aunque éste sea enemigo de ustedes. Si ven que un burro ha caído porque no aguanta el peso de su carga, quítensela, aunque el dueño sea enemigo de ustedes. Si tienen que resolver algún asunto legal, no sean injustos con los pobres. No acusen a una persona diciendo mentiras, ni condenen a muerte a la gente inocente y honesta, porque yo no consideraré inocente al culpable. No acepten dinero de nadie que les pida hacer algo injusto. Esa clase de dinero hace que la gente pierda su honradez, y que los jueces condenen al inocente. No maltraten ni esclavicen al refugiado, pues ustedes también fueron extranjeros en Egipto, y ya saben lo que es vivir como esclavos en otro país (Éxodo 23, 1-9).

Fue hasta la Ley 1123 de 2007 mediante la cual se decreta el código disciplinario del abogado, se encuentra en Éxodo 20 una de las leyes más famosas del mundo y son los 10 mandamientos: “No sean infieles en su matrimonio” (Éxodo 20, 14) a pesar de que en Colombia no sea delito la infidelidad hasta la Ley 57 de 1887, es un problema de la sociedad que genera en otro tipo de delitos, como el homicidio, las lesiones personales, secuestro, etc. Otra problemática de la sociedad colombiana es el conflicto entre padres y entre hijos, que no está tipificado en el artículo 229 del Código Penal Colombiano, pero sí en la Biblia: “Obedezcan y cuiden a su padre y a su madre. Así podrán vivir muchos años en el país que les voy a dar” (Éxodo 20,12).

La norma del Código Penal colombiano es sancionatoria, en cambio la Ley de Dios no es solamente una advertencia del respeto que debe existir entre los miembros de la familia sino también un juicio, para aquellos que cumplen con una promesa: alargar los días de su vida, el respeto es de las cualidades más hermosas, así también están conductas tan comunes como una injuria o una calumnia: “No hablen mal de otra persona ni digan mentiras en su contra” (Éxodo 20,16). En el dicho código penal colombiano este delito se encuentra tipificado en los artículos 220 y 221.

Las Leyes de Dios se encuentran divididas en tres grandes grupos: morales, civiles y sacerdotales, acaso las leyes sacerdotales se harían aplicables a la ley colombiana, como aparece en el Pentateuco:

Leyes acerca de la lepra. El Señor habló a Moisés y a Aarón, diciendo: Cuando un hombre tenga en la piel de su cuerpo hinchazón, o erupción, o mancha blanca lustrosa, y se convierta en infección de lepra en la piel de su cuerpo, será traído al sacerdote Aarón o a uno de sus hijos, los sacerdotes. Y el sacerdote mirará la infección en la piel del cuerpo; y si el pelo en la infección se ha vuelto blanco, y la infección parece más profunda que la piel de su cuerpo, es una infección de lepra; cuando el sacerdote lo haya examinado lo declarará inmundo. Está, todo aquel que tuviera lepra será apartada para evitar un contagio en masa. (Levítico 13, 1-3)

Esta normatividad se está aplicando hoy en día con el fin de contrarrestar el contagio en masa por causa de pandemias (Coronavirus o Covid-19); así mismo, en la Biblia se encuentran leyes de salubridad en el libro del Levítico, otras normas como las leyes en contra de la usura aparecen al cerrar el Pentateuco:

No exigirás de tu hermano interés de dinero, ni interés de comestibles, ni de cosa alguna de que se suele exigir interés. Del extraño podrás exigir interés, más de tu hermano no lo exigirás, para que te bendiga Jehová tu Dios en toda obra de tus manos en la tierra adonde vas para tomar posesión de ella (Deuteronomio 23: 20-21).

En procedimiento penal uno de los requisitos es que la conducta delictiva es que sea cometida en territorio colombiano; en la Biblia se establece bajo el Antiguo Testamento la ley mosaica será para los circuncidados: “Y este es el pacto que establezco contigo y con tu descendencia, y que todos deberán cumplir: Todos los varones entre ustedes deberán ser circuncidados. Circuncidarán la carne de su prepucio, y esa será la señal del pacto entre nosotros” (Génesis 17, 10-11); la Ley y la bendición de Dios vinculaba a los circuncidados, ya que su pacto fue sobre: Abraham, Isaac y Jacob.

En el Nuevo Testamento la Ley de Dios es la misma, ahora es para todos los hombres: “Porque no hay diferencia de judío y de griego: porque el mismo que es Señor de todos, rico es para con todos los que le invocan” (Romanos 10,12); de hecho, bajo el nuevo pacto de Cristo para con los hombres, la salvación es por gracia, la ley se cumple en virtud de la obediencia por parte de los circuncidados, de esta manera la Ley de Dios se hizo universal para con la humanidad.

Ahora bien, ¿cómo será el juzgamiento y ejecución por parte de Dios?

Puesto que todas estas cosas han de ser destruidas de esta manera, ¡qué clase de personas no debéis ser vosotros en santa conducta y en piedad, esperando y apresurando la venida del Día de Dios, en el cual los cielos serán destruidos por fuego y los elementos se fundirán con intenso calor! Pero, según su Promesa, nosotros esperamos nuevos cielos y nueva tierra, en los cuales mora la justicia” (2 Pedro, 3 11-13).

Más aún, la ejecución de la justicia por parte del hombre se realiza mediante audiencia de juicio oral, y se procede a una sentencia que podría ser ejecutorial, o simplemente

eximente de responsabilidad, según las etapas procesales y pruebas que se hubieran decretado.

Es posible ocultar pruebas en los procesos, manipular la evidencia e incluso corromper los funcionarios de orden público; un ejemplo parecido se encuentra en la Biblia: “Cuando Samuel entró en años, puso a sus hijos como gobernadores de Israel, con sede en Berseba. El hijo mayor se llamaba Joel, y el segundo, Abías. Pero ninguno de los dos siguió el ejemplo de su padre, sino que ambos se dejaron guiar por la avaricia, aceptando sobornos y pervirtiendo la justicia” (I Samuel 8, 1-3). Por lo anterior se constata, que el hombre a lo largo de su historia ha sido altamente corruptible, por eso aquellos que confían en la justicia y soberanía de Dios, esperan en la fe, y es por ella que vive el hombre: “Es, pues, la fe la certeza de lo que se espera, la convicción de lo que no se ve” (Hebreos 11).

Conclusiones

A grandes rasgos la justicia como valor y virtud referenciales aplicados en la sociedad

En las doctrinas de aplicación de leyes, se vieron los principios del Código Penal Colombiano y del Código de Procedimiento Penal Colombiano, tanto para su dignidad como su sentencia, los vacíos en la Justicia Colombiana son numerosos, desde su participación en un cargo público, se evidenció y no es secreto que una de las problemáticas de la justicia es su corrupción, desde su aparato jurisdiccional como lo endeble que demuestra ser la justicia, Colombia es un Estado garantista donde se busca que la mayoría o el todo esté regulado bajo leyes, decretos, acuerdos. “Cuanto más corrupto el Estado, más leyes tiene” (Tácito).

Para la aplicación de la justicia del hombre basta: la conducta sea realizada en territorio colombiano, está tipificada en el Código Penal Colombiano, exista un daño contra alguien, al comienzo de las etapas procesales, se podría declarar culpable y así acogerse a los beneficios de la ley, eso ahorraría un desgaste procesal, y se descongestionaría un poco los juzgados de ejecución de pena, los juzgados municipales penales, los juzgados penales del circuito e incluso la Corte Suprema de Justicia.

En el sentido amplio del cristianismo, el texto más importante y en donde se basa su teología es la Biblia; basándose en ella, varios hombres, a lo largo de la historia de la humanidad, han dado sus comentarios y argumentos, según la situación actual en el ámbito: político, social, económico, a lo largo de la historia de la humanidad, algo que ha causado controversia y diferencia es la justicia; la historia del derecho penal es tan amplio y extenso, como sus normas, para comprenderlas, es preciso tener en cuenta su historia y modificaciones a lo largo de la existencia humana, una de las primeras leyes, se le conoció como mencionada Ley del Tali3n: “ojo por ojo diente por diente”.

En el Nuevo Testamento, Cristo –como la segunda Persona de la Trinidad-, da a conocer que al mal del enemigo, hay que presentarle la otra mejilla, precepto tan profundo como real. La justicia de Dios desde su sentido amplio abarca no sólo la ejecución de un condenado, sino también como se podría liberar de su juicio, tal vez como acogerse a alguna ley beneficiosa expedida por el Congreso de la República. En las leyes terrenales se le conoce como simplemente someterse a la ley más beneficiosa para su libertad, en cambio en la Biblia se le llama Misericordia por Gracia, ya que a Dios le complació hacernos justos, hacernos santos a causa de que la justicia fue realizada en su Hijo Jesucristo, algunas doctrinas anteriormente mencionadas hablaban de salvación por gracia, justicia por medio de su hijo, aplicación de la misericordia para el plan de salvación y vida eterna, lo más importante.

Las Leyes de Dios se subdividen en tres grupos: leyes sacerdotales, leyes morales, leyes proféticas, cuya aplicación da a entender su perfección, por el hecho de las cualidades de Dios, Santidad, Justicia, Misericordia, se ven reflejadas en ellas, a diferencia de las leyes humanas que pueden ser engañados en cabeza de los jueces y magistrados; Dios conoce los corazones de los hombres, por lo que se hace imposible que sea engañado, Dios es perfecto por lo que además es incorruptible.

Para ser salvo por medio de la Justicia de Dios. Él solamente dejó dos requisitos, arrepentirse de todos sus pecados, fallas, errores, iniquidad; aceptar como al único Salvador a su Hijo Jesucristo, quien murió por aquellos que Él mismo predestinó al comienzo del todo, el juicio de Dios es eterno y su condenación se hace implacable; después de la segunda muerte –según el Apocalipsis (2:11; 20:14)-, no habrá arrepentimiento que valga, Dios hace justicia en los que por Él crean, los hizo justos y llenos de gracia por su infinito amor, en contraposición.

La justicia de Dios es perfecta porque Dios es perfecto. El hombre no conoce el corazón de sus acusados, por lo que se hace que no sea justa. Dios es Santo, el hombre es pecador; por lo tanto, el hombre es altamente corruptible. En cambio, Dios es justo porque es Santo. A pesar de la evolución en la justicia del hombre, no se alcanza a cumplir el principio romano: “dar a cada quien lo que merece” (Ulpiano), ya que la cárcel o incluso las indemnizaciones no satisfacen la sed de justicia de las víctimas, mientras que desde la Biblia se habla de: ausencias de responsabilidad, normas de aseo, animales inmundos para comer, modelo perfecto del hombre y de la mujer; en cambio, al hombre le ha costado mucho tiempo delinear esas normas, incluso prácticas como el ser esclavo, ya que ante los ojos de Dios, todos son iguales.

Efectivamente, Dios repudia a todo aquel que levante su mano en contra de su hermano, por eso aquellas religiones que basan su amor a Dios a través del odio al prójimo fueron altamente adoctrinadas con falsas enseñanzas atribuidas a Dios; por eso la salvación es por gracia, ya que si fuera por obras se llenaría de ego todo aquel que se creyera salvo sin merecerlo.

La justicia de la humanidad no solamente adopta algunas leyes, sino incluso algunos procedimientos; la Biblia fue aquel texto sagrado inspirado por Dios al hombre, donde se enseña que este mundo está lleno de pecado, que la única esperanza es una vida eterna en la presencia de Dios, donde no existirá más dolor o sufrimiento, ni engaños o mentiras, la paz eterna será de la mano del Creador, los Códigos donde se aplica una noción de justicia. Deja un sinsabor que al compararlo con la justicia de la Biblia, será una justicia transicional contra la eterna: “Cielo y tierra pasarán, mas su Palabra no pasará” (San Mateo 24:35), la eternidad de paz en la presencia de Dios, ante una vida de pecado, condenada al fuego eterno, donde el llanto y el lamento se mezclan, de cara a la eternidad de la existencia.

Pena de Muerte

La pena de muerte está prohibida en el marco jurídico colombiano, su reglamentación se ve prohibida debido al artículo 34 de la constitución Política de Colombia; bajo ese principio busca reformar ese artículo altamente peligroso, debido al contexto general del Derecho constitucional colombiano, donde antes de la Constitución de 1886, existieron varias constituciones, se derogaban y reformaban, creando una volatilidad de normas, aunque en Colombia la pena de muerte ayudaría con los problemas dentro de la sociedad, tal como son: el sistema judicial colapsado debido al hacinamiento penitenciario, con base en los delitos más graves que se encuentran legislados en la Ley 599 del 2000, mediante el cual se expide el Código Penal colombiano, generando un impacto social, donde se lograría que los ciudadanos le teman al sistema judicial antes de cometer algún delito.

A la luz de la Biblia, se encuentra en el contexto bíblico la aplicación de la pena de muerte en varios libros; así mismo, su eficaz impartición debido a que en ese contexto histórico, en las cárceles de aquella época, no había hacinamiento.

Extradición

La extradición desde su aplicación en Colombia fue un tema de gran debate, debido a que en esta época Colombia estaba viviendo uno de las épocas más oscuras como consecuencia de los carteles del narcotráfico, el auge de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), y el fortalecimiento de las guerrillas que en aquella época tenían gran relevancia en el entorno social colombiano. La justicia como tal está a cargo del gobierno de Colombia por ser ciudadanos colombianos, cada Estado debe judicializar a sus delincuentes, el aparato judicial no debe devengar esta responsabilidad y obligación a otras naciones, motivado por las presiones internas de sus delincuentes, el Estado debe ser consecuente con su reglamentación, fortalecer el carácter de su rama judicial, y lograr ejecutar penas ejemplarizantes en base a las conductas delictivas, demostradas en el debido proceso.

Destierro

El destierro es una conducta común en el contexto bíblico, por ese motivo fue tema de debate en este presente artículo; en la reglamentación colombiana está prohibida y con base en lo anterior es debido a que se busca la dignidad humana, su protección y darle ese principio constitucional a todo ciudadano que es la nacionalidad.

Cadena perpetua

Como tal la *cadena perpetua* es una condena que está prohibida, que en su aplicación como tal exigiría un gasto público en el rubro tributario, unas mejores condiciones en los establecimientos penitenciarios, y urge más cárceles, una aceleración en el aparato judicial que requeriría más jueces, secretarios, fiscales. En Colombia todo debe estar reglamentado, así que este tipo de reformas sería bastante complicada su aprobación, pero eso no niega que un país como Colombia lo necesite debido al contexto histórico, social y económico que se vive.

Corrupción

Este fue el único delito ampliado a grandes rasgos, esto debido a su impacto social en la imagen social colombiana, el daño que se hace a una nación en temas económicos, y la poca efectividad demostrada por el Estado colombiano en la búsqueda de la judicialización efectiva y ejemplar a todo aquel que cometa este tipo de acciones. En el contexto bíblico en el cual se tipificó este delito, se demuestra que era altamente repudiable, cuya pena era la muerte a la luz del cristianismo actual en tanto este tipo de conductas se hacen cotidianas bajo el amparo de la fe que dicen profesar, para evitar caer bajo las ideas de falsos profetas. Es necesario remitirse a las sagradas Escrituras, en el contexto actual jurídico colombiano es apremiante una justicia eficaz y unas penas que logren que aquel funcionario corruptible tema por su propia integridad; de esta manera se buscaría prevenir, ya que la inflación a comparación de un salario es una balanza desproporcionada, que en Colombia se gasta más de lo que se gana.

Referencias

- Awi, A. (2001). ¿Qué dice la Biblia sobre la homosexualidad? Santiago de Chile: Scielo.
- Blázquez, N. (1983). *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*. Madrid: Católica de Madrid.
- Buenahora, N. (2010). Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas. *Corporación Humanas*, 179.
- Castañeda, N. C. (2013). *Amnistía e Indulto en Colombia: 1956-2012*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Colombia, C. d. (2004). *Ley 906 de 2004*. Bogotá.
- Estrada, J. W. (2012). “La Nación en el Cadalso: Pena de Muerte y Politización del Patíbulo en Colombia: 1800-1910”. *Historia y Memoria*, 34.
- Hernández, P. A. (2006). “La provisión de empleos de carrera en Colombia: Lineamientos de un nuevo modelo de gestión de personal en el sector público”. *Reforma y Democracia*, 12.
- Jaramillo, J. (2010). “Reflexiones sobre los ‘usos y abusos’ de la verdad, la justicia y la reparación en el proceso de Justicia y Paz colombiano (2005-2010)”. *Papel Político*, 35.
- Ley 599 de 2000 (Congreso de la República, 2000).
- Martínez, E. E. (2006). “La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo”. *Reflexión Política*, 15.
- Mejía, D. (2014). “Un análisis de la criminalidad urbana en Colombia”. *IGARAPE*, 54.
- Olivier, D. (1973). *El Proceso Lutero (1517 – 1521)*.
- Patricia Guzmán González, J. R. (2018). *Justicia*, Vol. No. 35: pp. 133-148. Enero-Junio, 2019. DOI:10.17081/just.24.35.3398© Copyright 2019 by Autores133. “La función de reinserción social y el papel de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en Colombia”. *Justicia*, 16.

- Quintero, J. (2011). “La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los Derechos Fundamentales de la Población vulnerable en Colombia”. *Dialnet*, 12.
- Rave, G. M. (2006). *PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO SISTEMA ACUSATORIO*. Bogotá: TEMIS.
- Sarria, M. A. (2007). “Acerca del control judicial de la Reforma Constitucional en Colombia”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 22.
- Spínola, D. C. (2019). “Villano malvado y cobarde: Juan Calvino, Gregorio VII y los orígenes de la corrupción pontificia”. Disponible en *Scielo*.
- Suárez, B. E. (2014). “La satisfacción del derecho a la justicia en el marco del proceso de paz colombiano. Una mirada a la evolución en materia de responsabilidad penal en el contexto de un Proceso de Paz y de los actuales estándares internacionales”. *Estudios Socio-Jurídicos*, 29.
- Torres, A. M. (2012). “Una reflexión crítica sobre la Extradición en Colombia como debilidad del Sistema Judicial y Político”. *Revista Encrucijada Americana*, 6.
- Valeria, C. d. (1960). *Santa Biblia*.
- Velandia Montes, R. (2018). “Cadena Perpetua y predicción del comportamiento: Un análisis sobre la delincuencia en contra de menores de edad y la Política Penal en Colombia”. *Revista Republicana*, 24.
- Villalobos, J. A. (2015). “Subrogados y hacinamiento carcelario: Respuesta del legislador de 2014 frente a la situación varcelaria en Colombia”. *Dialnet*, 28.
- Zuleta, A. P. (2015). “La corrupción, su historia y sus consecuencias en Colombia”. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA APLICACIÓN DE LOS VALORES DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA¹

THE ROLE OF JUDGES IN THE APPLICATION OF VALUES INSIDE JURISPRUDENCE

Recibido: 14 de julio de 2023

Aceptado: 28 de septiembre de 2023

Jairo Andrés Cortés Torres²

Aldemar Guzmán Quintero³

Juan Carlos Contreras Garibello⁴

1 El presente artículo de investigación es producto de la línea de investigación en derecho de la facultad de derecho de la Corporación Universitaria Remington – sede Ibagué (Tolima).

2 Magíster en Derecho Público – Universidad de Caldas, Especialista en Derechos Humanos y Competencias Ciudadanas – Especialista en Pedagogía - Universidad del Tolima, Jairo.cortest@uniremington.edu.co y sociocortes@gmail.com, ID ORCID 0000-0003-2833-9308. <https://bit.ly/3b2W8MN>, <https://bit.ly/39A3TcR>, <https://bit.ly/3NarK0E>

3 Magíster Derecho de Familia, Candidato a doctor en derecho USC. Contacto: aldemar.guzman@uniremington.edu.co, Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1832-9325>

4 Magíster en Derecho Penal - Universidad Libre, Especialista en Derecho Penal y Criminología – Universidad Libre, ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8762-8578>

Resumen

Este trabajo se basa en la importancia del papel de los jueces de la república en la aplicación de valores constitucionales dentro de la jurisprudencia. Se trata de un análisis al carácter subjetivo y abstracto que poseen las disposiciones judiciales de nuestro país donde esa mixtura entre norma y jurisprudencia ha consolidado la demanda de la capacidad profesional de cada funcionario y/o operador judicial en resolver el caso en cuestión. La Corte Constitucional ha ido desarrollando históricamente este asunto generando diferentes herramientas y metodologías de interpretación. Al final la capacidad de dominio en el manejo y la interpretación de los jueces para tratar la conflictividad que llega a sus despachos es el verdadero poder y valor constitucional acorde a los lineamientos de la carta magna colombiana. De tal forma que se salvaguarda la integridad y supremacía de la constitución política y previene la protección de los derechos ciudadanos.

Palabras clave: Corte Constitucional, Interpretación judicial, Jurisprudencia, Precedente judicial, Valor constitucional.

Abstract

This work is based on the study and analysis of the importance of the role of judges in the application of constitutional values within jurisprudence. It highlights the subjective and abstract nature of the normative provisions in our country, where this normative mixture has consolidated the demand for the professional capacity of each official and/or judicial operator to resolve the case in question through the tools that the Constitutional Court has historically developed. This safeguards the integrity and supremacy of the political constitution and also provides for the protection of citizens' rights.

Key words: Constitutional Court, Judicial interpretation, Jurisprudence, Judicial precedent, Constitutional value.

Introducción

Para empaparnos en el tema, es preciso primero definir concretamente qué es un valor, tanto en el sentido netamente humano y axiológico, pero también en lo relacionado con el valor constitucional.

Lograr una buena definición implica formularse diferentes preguntas: ¿cómo se define en nuestro ordenamiento jurídico un valor de carácter constitucional?, y ¿cómo se estructuran los métodos interpretativos en cabeza de los funcionarios judiciales?

Resolver estos interrogantes implica ver las diferentes posturas de distintos autores, por lo general, especialistas en derecho constitucional. Al ser una línea del derecho que incluye dentro de sus estudios, al valor constitucional.

Para hablar de ‘valor’ la Real Academia Española, dentro de sus múltiples acepciones lo ha definido como “Persona que posee o a la que se le atribuyen cualidades positivas para desarrollar una determinada actividad” (RAE, 2023). Hablar de qué lugar ocupa en el ordenamiento normativo un valor de carácter constitucional obliga a pensar en la Constitución Política de Colombia de 1991. Sin embargo, desde antes de la introducción de esa constitución, se revela un paso modernizador y protector de derechos fundamentales y, por ende, muy importante en la posición que ostentan hoy los principios y valores constitucionales.

De ahí que en este escrito se hace referencia a distintos autores que hacen su aporte al tema en cuestión, así como nos sirve de recurso valioso los aportes de la jurisprudencia que se han emitido por parte de la Corte Constitucional a lo largo de los años y la experiencia judicial en virtud del tema.

A partir de esa base constitucional, el presente escrito se enfocará en un rol tan importante y estratégico que es ejercido por los funcionarios que administran justicia en nombre de la nación, a partir de la interpretación de éstos mediante elementos abstractos de la normatividad en pro de salvaguardar y cumplir con los fines de la Carta Magna.

1. Hipótesis teórica

El presente escrito de investigación asume la siguiente hipótesis teórica:

El papel de los jueces en la aplicación de los valores constitucionales en la jurisprudencia genera un impacto positivo en el poder contramayoritario que ejercen de manera directa y con anuencia de la Carta Magna de Colombia de 1991, contribuyendo de esta manera a mantener un sistema equilibrado de poderes públicos que permita una gobernabilidad y seguridad jurídica plausibles.

Estrategia metodológica

El presente trabajo es de carácter sistemático porque pretende organizar algunos preceptos y concepciones, a partir de la revisión documental que se realizó de los más importantes fallos que la Corte Constitucional de Colombia ha emitido sobre los valores jurídicos, entendidos estos como aquellos que encontramos en la Constitución Política de Colombia de 1991.

Para la recolección de la información necesaria para la investigación se realizará una revisión documental, que aborde aspectos legales, jurisprudenciales y doctrinales,

que permitan estudiar los elementos que componen o definen los valores. Interesa abordar estos tópicos desde corrientes doctrinarias clásicas y modernas para entender el significado de los valores dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Igualmente, la revisión documental busca identificar los fundamentos de estos valores, indagando por su *episteme* y su axiología en las democracias latinoamericanas y en especial el caso colombiano. La recolección documental se realizará en bases de datos, libros, revistas y sentencias.

2. Desarrollo

Como primer paso en nuestro recorrido, miraremos cómo se han definido los valores. En un ámbito tanto humano como constitucional para poder direccionar la idea más concretamente al tema que nos atañe. Cuando hablamos de valores desde un ámbito humano, nos expone esa idea que reposa bajo el actuar de una persona, y que encuentra su naturaleza en la cotidianidad con el conjunto de conductas desplegadas por cada ciudadano; al fin y al cabo, cada ser humano se rige por esos “valores” con los que crece y se desarrolla desde muy pequeño y que luego toman un carácter valorativo dependiente y variable primero en la personificación de cada persona en sí y segundo respecto de la persona en quien se refleje.

En el sentido más sencillo, algunos autores de interés definieron los valores como un compilado de cualidades que se perciben en el ser humano y que éstas pueden moverse bajo un espectro de objetividad, pero esto depende y se ejecuta solo frente al sujeto a quien se encuentren. Nos explicamos: es muy común utilizar el ejemplo de Max Scheler, quien encuadra a los valores como colores, donde alguien podría percibir el color azul y a su vez imaginar este color aplicado a diversas cosas u objetos, pero teniendo en cuenta que siempre existirá una percepción independiente a ésta que haya su disparidad frente a los ojos que lo observen.

Por ejemplo, lo mismo pasaría con las cualidades morales y éticas de alguna cosa, donde se pueden configurar las cualidades de los objetos que nos rodean, pero esta es indiferente completamente al significado, importancia o utilidad que le dé un sujeto determinado, ya que ese sistema de cualidades no dependen de que sean percibidas o no por el ser humano y menos de que este tenga la intención de obtenerlas para aprovechar su utilidad; es por lo anterior que se entiende ese carácter objetivo de los valores cuando hablamos de la persona en sí quien los expresa desde su única y original perspectiva.

Ahora bien, pasemos a mirar el significado de un valor, pero ahora direccionado al subtema que nos interesa, en su desarrollo en la normativa de un Estado. Encontramos que el concepto “valor constitucional” se involucra mayormente con los derechos fundamentales inherentes a cada persona, también se despliega frente a sus deberes para con la sociedad, y por supuesto esta circunstancia valorativa escala para verse

reflejada en cada funcionario que tiene la facultad y/o responsabilidad de administrar justicia en nombre de la Nación.

Para determinar este concepto más claramente tomaremos un apartado del autor Rubén Sánchez Gil, quien nos muestra citando corrientes filosóficas de derecho, el “uso constitucional” de esta figura, que tiene sus inicios en el pensamiento germano y distintos autores especializados en ello, nos determinan una postura consistente donde un “valor constitucional” se adopta a partir del reconocimiento de los derechos fundamentales en determinado sistema cultural, y de allí resulta un “sistema de valores” que se debe construir y desarrollar en pro de la vida estatal.

Introducir valores constitucionales en el discurso jurídico tiene una importancia que ha de tomarse con cuidado. Su referencia en textos constitucionales y sentencias judiciales no debe ser un simple ornamento lingüístico, una muletilla para mayor ‘riqueza’ léxica, pues lleva a consideraciones que afectan la comprensión de la totalidad del ordenamiento jurídico, y por consiguiente de su aplicación efectiva (Gil, Rubén Sánchez, 2015).

De lo anterior podemos resaltar la grandísima responsabilidad que incumbe la interpretación judicial, primero como una interpretación con alcances significativos que terminan afectando las decisiones posteriores cuando se sienta un precedente al respecto y segundo también la responsabilidad que demanda como método de dirimir situaciones particulares cuando esto sea pertinente y así se establezca legítimamente; de allí se desprende, que el operador jurídico aunado a lo anteriormente dicho está sujeto a realizar y determinar su decisión, y esto es una respuesta que tiene su origen basado en valores intrínsecos que este sujeto ha desarrollado y seguirá desarrollando a lo largo de su vida y experiencia tanto humana como profesional.

Ahora bien, respecto a las disposiciones normativas que reposan en nuestra carta magna, la Corte Constitucional como principal garantizadora del cumplimiento a cabalidad de cada consigna normativa, nos ha dicho lo siguiente pronunciándose respecto a la constitución política y su relación directa con los principios y los valores constitucionales, nos expresa mediante la Sentencia T 406-92:

La parte orgánica de la Constitución Política sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales...

Lo anterior es de vital importancia, nos traza de manera directa que la jurisprudencia y en sí la parte orgánica que, por ejemplo, que apartir de la Constitución política de

1991 evolucionó con una característica moderna y garantizadora de derechos, tiene sus cimientos en la vitalidad concebida en los principios y valores constitucionales como un elemento esencial e intrínseco de cada regulación. De allí que la interpretación judicial tiene como primer paso la identificación de los fines del Estado, la intención que se le concedió a los valores y principios para que puedan tener sentido las regulaciones conductuales que protegen derechos en la sociedad.

Habría que decir también, que adentrando más el concepto hacia una concepción interpretativa y su desarrollo en el ámbito nacional, encontramos que la Corte Constitucional nos ha expresado continuamente los valores como fundamentos generales y susceptibles de interpretación, por su esencia abstracta e inconcreta, pero que están investidos de un carácter orientador, crítico, informativo, y también de un contundente carácter político, este último incorporado a la constitución política para la institucionalización jurídica de los valores. Esta perspectiva se direcciona así en pro de caracterizar su equivalencia tanto en el poder estatal y también en el reflejo sustancial que detenta la libertad humana como un elemento que se debe asegurar y respetar para desde ahí permitir y desarrollar de manera permanente la armonía social.

Según la Sentencia C-690-96 la Corte manifiesta:

... Se caracterizan por su indeterminación y por la flexibilidad de interpretación, pero no por ello pueden resultar indiferentes para los operadores jurídicos, quienes con base en el principio de concordancia práctica de las normas constitucionales deben conducir la aplicación del derecho por la metas o fines predeterminados por el Constituyente, de tal manera que cualquier disposición que persiga fines diferentes o que obstaculice el logro de enunciados axiológicos consagrados constitucionalmente, resulta ilegítima y por consiguiente, debe declararse contraria a la Carta.

Todo esto en conjunto, nos direcciona indiscutiblemente a la viabilidad de interpretación en cuestión de los valores constitucionales, pero también nos demuestra una implicación de una característica quizá arriesgada y compleja a la hora de actuar. Dado que cada caso que se estructura ante cada persona representa una peculiaridad valorativa y ya en este punto se modela como un elemento subjetivo que se destina como una herramienta útil entorno a labor interpretativa que moldea de la mejor manera el caso en particular para la toma de decisiones, pero, que las altas cortes en nuestro ordenamiento jurídico nos determina la obligación entre la concordancia poniendo de frente los fines del Estado como un requisito de legitimación, la seguridad jurídica y la justicia a la hora de ejecutar dicha función.

De acuerdo a lo dicho, en la misma sentencia se expone también:

El juez constitucional debe apartar las disposiciones que por acción u omisión nieguen la esencia misma del ordenamiento superior. Los valores superiores desempeñan un papel de robustecimiento de la norma constitucional en el proceso de creación y aplicación del derecho, por cuanto reduce el ámbito de discrecionalidad de los poderes públicos

y los conduce por las líneas superiores trazadas por el Constituyente. Los valores son la cabeza de la Constitución material, son normas jurídicas básicas de la cual dependen todas las demás normas...

En nuestra constitución política de 1991 se consagran normas que se pueden identificar ostentando una distinta naturaleza, se disponen valores, principios y reglas, las cuales, aunque gozan de fuerza normativa, vinculan de manera diferente a los poderes públicos y, así mismo, están sujetas a criterios distintos de interpretación judicial. Ello revela que estos valores constitucionales se posicionan como reglas jurídicas que sólo obtienen una verdadera aplicabilidad o eficacia cuando se les cubre y resuelve mediante el manto de la interpretación. Respecto de esto la Corte Constitucional en su Sentencia C1514-00 nos expresa lo siguiente:

Los valores constitucionales ‘representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico’. Por ello, en tanto que valores fundantes, gozan de ‘una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido’ y, por lo mismo, difícilmente es posible derivar de ellas, en la sede judicial y aplicando métodos de interpretación jurídicos, reglas jurídicas propiamente dichas. Claramente su desarrollo corresponde, por su propia indeterminación interna, al legislador...

Por otra parte, pero no menos importante en el mismo precedente material de la Sentencia anteriormente citada, también se constituye lo siguiente con respecto a la significación que ostentan los principios constitucionales; igualmente, como norma jurídica en la cual la característica de aplicabilidad descrita anteriormente se ejecuta de la misma manera:

Los principios constitucionales, por su parte, están ubicados en el plano deontológico. La estructura propia de estas normas -que contienen prescripciones jurídicas-, permite al juez, a través de una metodología eminentemente jurídica, que ‘descubra’ las reglas jurídico-constitucionales contenidas en el principio; ello no impide, en todo caso, al legislador su desarrollo, en virtud del principio democrático...

Baste lo anterior para adentrarnos al tema de interpretación judicial que ostenta cada juez de la República. Podemos resaltar que desde la consagración de la Constitución política de Colombia, se han efectuado cambios trascendentales en el ámbito del derecho colombiano, un ejemplo de ello es la supremacía de la Carta Magna y otro es la especial protección que se vierte en los textos constitucionales que involucran los derechos fundamentales, que hoy se advierten como principios y reglas que son directamente exigibles y aplicables a cada situación de conflicto jurídico a resolver en cabeza de los jueces y funcionarios administrativos, lo cual necesariamente involucra como nunca antes que se desarrolle una función de carácter interpretativo sobre la normativa existente.

Es de destacar que, antiguamente, la interpretación que se ejercía se limitaba en muchos elementos que hoy podemos mediante la interpretación constitucional ver cómo los operadores jurídicos intervienen con impacto sistémico sobre instituciones jurídicas o en políticas públicas. Esto previamente dicho nos abre las puertas a analizar que cada operador jurídico ahora con la posibilidad de interpretar constitucionalmente los textos podría: a) aplicar e interpretar directamente textos normativos a casos ordinarios e incluso, b) inaplicar leyes o normas reglamentarias.

Respecto a lo anterior quisiera destacar el siguiente apartado:

La Corte Constitucional también buscó darles a los jueces mecanismos adicionales que los ayudaran en la interpretación. Esta labor de liderazgo se ejerció mediante la creación jurisprudencial de dos técnicas hermenéuticas que buscaban orientar a los jueces inferiores en su labor de interpretación constitucional. Estas dos técnicas eran, primero, la disciplina del precedente y, segundo, la técnica de los “tests”... (Medina, 2006)

De la mano de lo anterior y aunado a la interpretación de valores y principios encontramos lo siguiente según Artículo Freixes y Remotti:

Ésta debe seguir las reglas generales de la interpretación jurídica, no obstante lo cual debe considerarse, a partir de su especial estructura normativa y su función constitucional, una serie de singularidades que, para los efectos que aquí nos interesan, se pueden resumir como sigue: (i) tanto valores como principios tienen, respectivamente, una estructura jurídica estable y permanente, mientras que, por otra parte, su función constitucional es flexible y dependiente de múltiples circunstancias que pueden generar una pluralidad de opciones; (ii) cuando entre los valores subyacentes a las normas exista conflicto o, en su caso, lo exista entre los principios extraídos de estas, debe encontrarse una interpretación que no anule ninguno de los valores o, en su caso, principios; (iii) ni entre principios, por un lado, ni entre valores superiores, por otro, puede establecerse un orden jerárquico interno, ya que la Constitución no lo determina... (Sanjuán, 1992)

De lo anterior podemos agregar que el precedente judicial como método de interpretación, nos encamina en el papel fundamental de los jueces dentro del uso de estas técnicas de interpretación donde se busca principalmente lograr que los jueces comprendan sistemáticamente la Constitución y también lograr que los jueces de instancia apliquen no sólo las reglas constitucionales, sino que se configure como una subregla la existencia de materia jurisprudencial en que dichas reglas se especifican, que -cabe resaltar- hoy por hoy es de carácter obligatorio y vinculante.

Además del precedente, hoy por hoy nuestro ordenamiento jurídico dispone de otros métodos de interpretación que se han desarrollado como una herramienta que permita salir de una disyuntiva procesal. Los jueces gozan de la facultad de emitir sus veredictos en total libertad. Los métodos de interpretación los encontramos enmarcados de la siguiente manera: Método gramatical, método sistemático, método teleológico, método histórico, método comparativo, y ponderación.

Estos métodos anteriormente mencionados son imprescindibles a la hora de llevar a cabo la interpretación judicial y nos muestran el desarrollo pre-existente en la materia, la reivindicación del papel de los jueces en cuanto al alcance de sus jurisprudencias. Se deslinda esto en la adecuación de una herramienta idónea que esté a la mano del funcionario judicial para que se lleve a cabo la labor judicial que se encamina a interpretar las normas más allá, pero siempre salvaguardando los derechos e intereses de los ciudadanos y también evaluando cada disposición con relación a los valores que se han constituido a lo largo de la historia como de carácter constitucional, que van en armonía con los principios constitucionales y las demás reglas constitucionales que rigen nuestro país.

Conclusiones

Luego de finalizar el análisis de estudio propuesto, se pudieron encontrar las siguientes conclusiones:

Para cerrar, estudiando lo que ha sido la progresividad colombiana en esta temática, podemos asegurar, primero, que es una materia en continuo desarrollo en razón a los diferentes cambios que han sufrido las sociedades, en especial la colombiana y su sistema jurídico, en donde poco a poco se ha venido acentuando un activismo judicial y un poder contramayoritario cada vez más marcado -por los cambios en el gobierno, la moral, el pensamiento y el ambiente-, que consideramos han podido tener algún efecto en el comportamiento y actitud dentro de los mismos jueces.

Segundo, que el papel de los jueces como intérpretes es de gran importancia en la medida en que se espera que sean coherentes con los valores y principios constitucionales, y que el método utilizado sea constitucionalmente correcto y adecuado. Sobre todo, desde la base de que cada operador es competente y calificado para crear su propia teoría siempre y cuando se desarrolle un argumento coherente e ilustrado.

También es importante e interesante el alcance y desarrollo que ha tenido la interpretación en nuestro país, pasando de un carácter legal donde los jueces estaban limitados en muchas materias, y ahora pudiendo interpretar desde un carácter constitucional que como se recalca por múltiples autores, los cuales afirman que estamos en una etapa en la que el juez puede ser que, atendiendo a la epidemiología de la conflictividad, como lo explica Diego López Medina, logre tomar decisiones que atiendan las necesidades jurídicas insatisfechas de quienes buscan tratar un problema jurídico.

Además de lo anterior, es importante la transición histórica porque que estos preceptos valorativos indeterminados y abstractos alcancen un lugar en la Constitución política y puntualice el carácter vinculante que determina una obligación directa y, por ende, incrementa su eficacia porque no da lugar a la evasión por parte del operador judicial en cuanto a su aplicación.

Pese a que este tema ha sido blanco de múltiples consideraciones de reconocidos autores del Derecho Constitucional, y es un tema en construcción constante, Colombia ha salvaguardado la igualdad y los principios de seguridad y confianza legítima en el marco de las sentencias emitidas en el tema, y permitiendo que el sistema conserve los principios generales de la Constitución Política de 1991.

Agradecimientos

Con gratitud perenne a la Mg. Asbleidy Indira Rojas Uribe, por su contribución invaluable en la realización de este texto, sus aportes permitieron una mejor versión de este. Su paciencia y consideración han dejado huella en estas líneas.

Referencias

- Corte Constitucional, (5 de junio de 1992). Sentencia T-406. [M.P. Ciro Angarita Barón]. Recuperado el 20 de agosto de 2023, de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Corte Constitucional, (05 de diciembre de 1996). Sentencia C-690. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado el 19 de agosto de 2023, de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-690-96.htm>
- Corte Constitucional, (08 de noviembre de 2000). Sentencia C-1514. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado el 18 de agosto de 2023, de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1514-00.htm>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículos 79, 332. Recuperado el 30 de Marzo de 2017, de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Gil, Rubén Sánchez. (2015). Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. En J. Carpizo, *Valores Constitucionales* (pp. 638-642). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas.
- Medina, D. E. (2006). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- Sanjuán, T. F. (1992). “Los valores y principios en la interpretación constitucional”. En J. C. Carbonell. *Revista Española de Derecho Constitucional*.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SOBRE ACTUACIONES DE MANIFESTANTES: EL PARO AGRARIO DENTRO DEL PRISMA CONSTITUCIONAL

STATE RESPONSIBILITY FOR ACTIONS OF PROTESTERS: THE AGRICULTURAL STRIKE WITHIN THE CONSTITUTIONAL PRISM

Recibido: 12 de agosto de 2023

Aceptado: 19 de octubre de 2023

Pedro Alejandro Amézquita¹

Néstor Hernando Moreno²

1 Abogado de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santiago de Cali, Especialista en Derecho Público y en Derecho de Familia de la Corporación Universitaria Republicana y candidato a Magíster en Políticas Públicas de la Escuela Superior de Administración Pública. Profesor de la Escuela Superior de Administración Pública y litigante independiente. Contacto: alejoleyer6@gmail.com

2 Abogado titulado, Magíster en Derechos Humanos y Magíster en Literatura de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Profesor de tiempo completo de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Contacto: nestor.moreno@uptc.edu.co

Resumen

Durante el tiempo en el que se suscitaron los hechos del paro agrario en Colombia en el año 2013, se presentaron una serie de dificultades de orden público, que propiciaron hechos de violencia, con fatales consecuencias para la población civil, generando preguntas sobre la relación de las causas y consecuencias de la movilización y la responsabilidad estatal respecto de estas víctimas. A causa de estos acontecimientos, en especial con los relacionados con el deceso del señor Edgar Márquez, conductor de servicio público intermunicipal, ciudadano fallecido durante las refriegas en el Departamento de Boyacá.

De tal suerte, que la presente reflexión, busca construir una relación entre los factores que generaron este fatal suceso, y los postulados de la responsabilidad estatal. Se estudiará, además, si esta muerte corresponde a una reparación directa, por falla en el servicio, en relación con el deber del estado respecto de la acción u omisión de la fuerza pública, o si la misma se puede predicar, de la acción u omisión de la red pública de servicios de salud.

Palabras clave: Responsabilidad estatal, Reparación de víctimas, Falla en el servicio, Salvaguarda del orden, Daño de un tercero.

Abstract

During the time in which the agrarian strike occurred in Colombia in 2013, a series of public order difficulties arose, which led to acts of violence, with fatal consequences for the civilian population, raising questions about the relationship between the causes and consequences of the mobilization and the state responsibility regarding these victims. Due to these events, especially those related to the death of Mr. Edgar Márquez, intermunicipal public service driver, a citizen who died during the skirmishes in the department of Boyacá.

Thus, this reflection seeks to build a relationship between the factors that generated this fatal event and the postulates of state responsibility. It will also be studied whether this death corresponds to a direct reparation, due to failure in service, in relation to the duty of the state regarding the action or omission of the public force, or if it can be predicated, of the action or omission. of the public health services network.

Keywords: State responsibility, Reparation of victims, Failure in service, Safeguarding order, damage of a third party.

Temática

Durante el Paro Agrario, Colombia y en especial el Departamento de Boyacá, fue testigo de un sinnúmero de acontecimientos que evidenciaron serios problemas estructurales en cuanto a la atención que le está prestando el estado a las diferentes problemáticas del agro en nuestro país. Sin embargo, también fue testigo de hechos que conmovieron la tranquilidad de los ciudadanos y las instituciones. Los disturbios y los bloqueos de vías nacionales, generaron confrontaciones entre manifestantes y policía nacional, que en su deber de recuperar el orden público, acudieron a estos lugares de concentración para recuperar el control de estos sitios que fueron considerados estratégicos.

No obstante, estas confrontaciones se observaron muy malas noticias en algunos casos, en donde personas ajenas a las manifestaciones fueron heridas en el marco de los actos de los manifestantes y su refriega con la policía nacional. En este trabajo, analizaremos un caso particular, el del señor José Edgar Márquez Rodríguez, quien falleció durante su trabajo como conductor de transporte público intermunicipal, al caer como víctima durante estos hechos, dentro de las manifestaciones del Paro agrario.

Cabe anotar de antemano, que rechazo cualquier tipo de violencia, sea perpetrada por particulares o por agentes del estado, como también referenciamos que coexisten derechos fundamentales y obligaciones objetivas de salvaguardar el orden, y que su ejercicio, sea tanto de los derechos o del deber objetivo o el cumplimiento legal de una orden constitucional y legal, no pueden menoscabar la integridad física y moral de ningún ciudadano colombiano o extranjero que se encuentre en el territorio nacional, por hablar del ordenamiento jurídico colombiano.

Por lo tanto, se analizará la responsabilidad del estado por los hechos que llevaron a la muerte del señor Márquez Rodríguez, estos ocurridos durante el paro agrario, no como hechos aislados, pero sí perpetrados por particulares, que en el supuesto, se encuentran ejerciendo sus derechos, pero que en este caso extralimitaron sus alcances al punto de quedar enmarcado en actuaciones criminales. Nos preguntamos, si desde las teorías de responsabilidad del estado, este es responsable por la muerte del precitado ciudadano, o si, por el contrario, no siendo responsable y por ende no debe hacerse cargo de los perjuicios que acarrea la trágica muerte de este ciudadano.

Por lo tanto, nuestra pregunta problemática a resolver es: *¿Existe responsabilidad del Estado en la muerte registrada por el caso Márquez Rodríguez, ocurrido en el sector siderúrgica en el Departamento de Boyacá?*

Introducción

El Paro Agrario en Colombia que tuvo lugar durante el mes de agosto y septiembre de 2013, hizo mella en los oídos de la comunidad internacional. Lo anterior, no sólo por la magnitud de los hechos y los problemas estructurales de la economía colombiana y los efectos sobre el agro durante los últimos años. También llegó a las primeras planas de las más prestigiosas salas de redacción y programas de radio en todo el mundo, por hechos que afectaron la vida y la integridad física de campesinos y trabajadores. Estos acontecimientos se vieron remarcados gracias a la falta de atención de los medios de comunicación nacionales y el intento del Gobierno del presidente Santos, por minimizar las consecuencias y direccionar la atención de la comunidad nacional e internacional en otros hechos.

Los bloqueos en las vías nacionales que comunicaban al departamento de Boyacá en su interior los diferentes municipios, como las carreteras que llevan a otros departamentos como Santander, Casanare y Cundinamarca fueron cerradas por manifestantes durante un poco más de 3 semanas. En el transcurrir de esos días, en los cuales las vías fueron cerradas por manifestantes y el gobierno negaba a ultranza el paro agrario, el día 31 de agosto, alrededor de la medianoche, se presentaron los hechos que hacen parte central del cuestionamiento que pretendemos abordar. El señor José Edgar Márquez Rodríguez, fue víctima de una roca lanzada al parabrisas del automotor de servicio público que cubría la ruta Bogotá – Tunja – Duitama - Sogamoso, ruta que él estaba cubriendo en su turno como conductor de servicio público de transporte de pasajeros.

Estos hechos fueron rechazados rotundamente tanto por las autoridades como por la comunidad, pero que presenta la siguiente duda: ¿Es responsable el Estado por la muerte del señor José Edgar Márquez Rodríguez? Para muchos, esta cuestión presenta una duda descabellada, en razón a que no es el Estado quien cerró las vías de manera indiscriminada, ni fueron sus agentes en ejercicio de sus funciones los que bloquearon atendiendo a una orden expresa o legal.

De tal suerte que la muerte del señor Márquez presenta una serie de curiosidades capaces de soportar la presente reflexión investigativa, relacionados con si el Estado es responsable de la muerte en el caso Márquez por acción u omisión, o por el ejercicio mismo de sus funciones constitucionales a través de sus autoridades competentes. O si, por el contrario, el Estado no tiene injerencia en el acaecimiento de los hechos que llevaron a la muerte a este ciudadano, ya que fue un hecho perpetrado por los que esa noche se convirtieron en los asesinos del señor Márquez.

No obstante, todas las anteriores preguntas no tendrían asidero en la realidad jurídica, si estas no se enmarcaran en un punto de reflexión académica. Por lo tanto, las teorías sobre responsabilidad estatal, guiarán el camino a encontrar la respuesta a este

cuestionamiento, partiendo de los fundamentos constitucionales que analizan sobre que se debe responder, y si en este caso específico, en el cual un conductor de transporte público es asesinado en el marco de unas manifestaciones, estas a su vez originadas por el olvido estatal, evidenciado por las acciones de las medidas económicas adoptadas para el agro en Colombia.

Si bien sabemos todos, que los problemas sociales del país, deberían tener por lo menos la atención de todos los miembros del Estado, como también la solución a los mismos, el evitar a toda costa confrontaciones que lleven a hechos similares como los acontecidos con el señor Márquez es una tarea y un compromiso de todos.

Los hechos acontecidos en territorio boyacense frente al caso del señor Márquez Rodríguez, aúnan cuestionamientos jurídicos desde varias perspectivas. Una de ellas es la dimensión del problema social que generó las manifestaciones del paro agrario, la inconformidad general y el ahondamiento al rechazo de las declaraciones del gobierno y las acciones policiales, que en muchos casos vulneraron derechos de ciudadanos. También, la realidad jurídica que presentan los diferentes acuerdos económicos entre Colombia y otras naciones, en torno a tratados de libre comercio que regulan en mayor o menor medida muchas de las costumbres agropecuarias en nuestro país. Esos acuerdos económicos de libre comercio, han llevado al desarrollo de diferentes actos administrativos que reglamentan entre otras cosas, actividades neurálgicas en el devenir social y cultural de los productores agropecuarios.

En este trabajo será abordada una perspectiva jurídica de las tantas que se presentaron durante este periodo en el año 2013, la responsabilidad estatal. Pero no cualquier responsabilidad, sino la que podría existir en el caso del señor Márquez Rodríguez, personaje que falleció en sucesos extraños mientras manejaba un bus de transporte público en el sector de la siderúrgica en el Departamento de Boyacá.

Somos conscientes que es un caso específico y su complejidad respecto de los hechos y el contexto político que vivía el país, es precisamente donde radica la importancia en el desarrollo del presente análisis. Sin restar importancia a las causas y consecuencias que generaron muchas actuaciones del Estado y también, por parte de los manifestantes, preguntarse sobre la responsabilidad que tendría el Estado sobre la muerte de un ciudadano que murió víctima de actos confusos durante las manifestaciones en el paro agrario. *¿Quién es responsable? ¿Quién debe responder?*

No pretendemos con esto, ahondar sobre la investigación criminal que se lleva en estos hechos, y mucho menos buscar al responsable material de la muerte del señor Márquez Rodríguez, como tampoco en las causas que generaron el paro agrario. Nuestra preocupación académica es exclusivamente frente al tema de la responsabilidad estatal frente a los hechos del caso ya mencionado, aplicando las teorías apropiadas para manifestar respuesta a dicha pregunta.

Por lo tanto, hacemos hincapié en la importancia que sustenta nuestro trabajo de investigación, más aún, cuando se trata de hechos en los cuales se ve involucrado el Estado en todos sus niveles, acciones de la policía y ciudadanos manifestantes que generaron daños a otros ciudadanos, en este caso, ocasionaron la muerte de un conductor que no hacía parte del bloqueo que se llevaba a cabo a la altura de la siderúrgica en la vía que lleva de Tunja a Duitama.

Por último, resaltar la importancia que tienen todos los actores estatales involucrados en estos hechos, toda vez que son ellos los representantes del Estado que tienen la obligación de buscar la consecución de sus fines esenciales. En esta ocasión particular, se debe encontrar el punto preciso que responda si existió una ruptura en la responsabilidad del estado que llevó a tan lamentables acontecimientos, y es ahí el preciso lugar en el cual está el espíritu de este análisis.

1. Sobre la constitución y la responsabilidad del estado

Desde la Constitución de 1991, el Estado Colombiano ha entrado en una metamorfosis jurídica, cambiando el sentir de la norma constitucional, es decir, la Constitución ya no se entiende como una norma más dentro del ordenamiento jurídico, sino que se le asigna una mayor preponderancia. Aspectos como los mecanismos de acceso al Estado, mayor importancia en los derechos del ciudadano y derechos colectivos, los fines esenciales, la participación ciudadana en la toma de decisiones, entre muchos otros aspectos, evolucionaron el haber normativo y la cultura jurídica en Colombia. La Carta política se convierte entonces en una guía para materializar el tan aclamado Estado Social de Derecho que se propugna desde las primeras letras. El nuevo texto constitucional y su concepción teórica y ética, pretendía desde el principio impregnar a todo el ordenamiento con su espíritu garantista de inclusión y de norma de normas.

Por esta vía de la nueva Constitución Política, también se le dan nuevos matices no sólo a las normas que lo desarrollan, sino que entrega márgenes de interpretación constitucional a las ya existentes. De tal suerte que la afirmación de una constitución invasiva, que describe como la constitución adquiere un carácter superior al simple hecho de ser la norma de normas, invasión que pretende impregnar no solo el ordenamiento jurídico, sino también a los actores que desde las diferentes ramas del poder ejercen algún tipo de funciones públicas. Otro punto fundamental es que extiende el campo de aplicación y obligatoriedad, no solo en cuanto a su reconocimiento, sino también a su práctica, a los particulares, personas naturales y jurídicas, que en su devenir social se relacionan con otros o con el Estado. Es decir que esta constitucionalización, también pretende impregnar la vida cotidiana.

El proceso de constitucionalización según Gustini³, reconoce en los Estados constitucionalizados y los que no lo están en una característica significativa, en cuanto

3 ¿Qué es la constitucionalización del Derecho? Autores: Miguel Carbonell y Rubén Sánchez Gil.

a que el Estado no constitucionalizado, tiene ordenamiento jurídico con un carácter restrictivo de los actos de los diferentes actores del Estado, mientras que el que sí lo está, reconoce y necesita que la constitución impregne todo el ordenamiento a la luz de seis factores:

- 1.1 LA RIGIDEZ Y GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN:** Esto significa que la Constitución debe ser garantizada su continuidad y que este texto superior, no puede ser modificado mediante mecanismos ordinarios, como si lo sucedería con las diferentes leyes. Por lo tanto, se debe mantener y garantizar que esta construcción normativa privilegiada se mantenga en el tiempo. Lo anterior con el fin de que ese texto logre una garantía de aplicación y desarrollo jurisdiccional, que se materialice mediante elementos institucionales y procedimentales que le adjudiquen herramientas al poder judicial para su aplicación y construcción de la seguridad jurídica constitucional.
- 1.2 FUERZA VINCULANTE:** La Constitución sería un ‘saludo a la bandera’, si no existiese obligatoriedad en cuanto a su aplicación, seguimiento, garantías y límites que aren el camino por el cual debe seguir el estado en la búsqueda de la realización de los valores constitucionales.
- 1.3 SOBRE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL:** Se entiende de esta, que se debe aplicar esta sobre interpretación, en el entendido que se debe buscar la axiología en la interpretación de la constitución, con el fin que se extienda el espíritu de la misma a circunstancias que no están contempladas ni en el ordenamiento jurídico y puede ser, que tampoco en el texto constitucional. Quiere decir que la Constitución debe extender su aplicación e interpretación a campos no regulados con el fin de evitar fisuras en la búsqueda de esos valores superiores.
- 1.4 APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES:** Dos puntos fundamentales -el primero-, es que la Constitución vincula de manera directa tanto a los actores del Estado como a los particulares, sin que exista excusa en su desconocimiento. En segundo lugar, que todos los operadores jurídicos y en particular los jueces puedan aplicar la Constitución, es decir, la justificación teórica de una jurisdicción constitucional o el conocido control difuso.
- 1.5 INTERPRETACIÓN CONFORME A LA LEY:** Esta acaece no de la interpretación y aplicación de la Constitución, sino de la interpretación y aplicación de la ley y que esta interpretación debe atender al espíritu de esa constitucionalización. Lo que en términos prácticos es que la aplicación e interpretación sea lo más beneficioso a la hora de conseguir o buscar esos valores constitucionales.
- 1.6 INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LAS DECISIONES PÚBLICAS:** Aquí se abren tres garantías. Una: que exista un sistema de solución de diferencias políticas diferentes a los jueces. Dos: que los jueces encargados de la

jurisdicción constitucional no asuman posturas políticas. Tres: que las normas constitucionales sean argumentos de las propuestas de las diferentes propuestas políticas.

Si atendemos al proceso de constitucionalización del derecho, y entendemos que no solo se pretende este de la aplicación de esta, sino que también tiene pretensiones en la vinculación estrecha en la cultura y costumbres no solo de los funcionarios estatales, sino también de los ciudadanos. Es entonces en donde la intención misma de la Constitución, es que todos los actores del Estado estén al frente de la búsqueda de los fines esenciales.

Se afirma entonces que el Estado se vuelve un instrumento al servicio de los derechos fundamentales y de los valores constitucionales, puesto que la atención se vuelca en la consecución de los mismos. Esto permite que la Constitución impere en todos los actos legislativos ejecutivos y judiciales, respecto de los actos legislativos, promover e impulsar y dar alcance a la Constitución, los judiciales que garanticen a los operadores independencia y garantías, y de los ejecutivos que busquen aportar a la realización de los derechos de los ciudadanos. Pero que sucede cuando esta cadena se rompe en torno a acontecimientos como los que hoy nos preocupa.

La norma constitucional también tiene un carácter ético muy importante, denunciado por ese proceso de constitucionalización en cuanto a su pretensión de cambiar el actuar de los ciudadanos respecto de sus nuevas reglamentaciones políticas y normativas. Según Enrique Gil Botero (2010, p. 44).

Antes de la expedición de la Constitución de 1991, existía una crisis por la falta de valores y principios orientadores de la conducta del pueblo colombiano, y se estimó pertinente establecer unas nuevas bases de convivencia que suplieran dicha falencia. Aunque en la Constitución de 1886 había normas valiosas, vivíamos en un régimen de libertades recortadas, en virtud de la entronización de la anormalidad constitucional conocida como ‘estado de sitio’ que durante varias décadas se mantuvo vigente de manera ininterrumpida. En ese entendimiento convivían dentro del mismo sistema jurídico de manera teórica, libertades y derechos que en la práctica se encontraban inertes o sin eficacia y vida jurídica, correspondiendo más a retórica constitucional que al derecho como vida palpante.

Fue así como el advenimiento de la Constitución de 1991, pacto de convergencia de plurales fuerzas políticas y de representatividad de la más amplia base heterogénea, reunidas en una Asamblea Nacional Constituyente, dio una nueva bitácora que regula la conducta de los colombianos sobre unas bases filosóficas de principios, valores y dogmas, y uno de ellos que es cardinal de principio a fin en el texto constitucional, sin lugar a dudas, lo constituye el referente a la dignidad de que da cuenta el artículo primero, como quiera que la misma permite estructurar que en todo el ámbito el derecho el hombre es la figura central.

Se vincula entonces un principio constitucional y filosófico de la ética moderna, la dignidad, y esta entendida desde el mismo ordenamiento constitucional, como un principio que deviene de la naturaleza misma del hombre, aduciendo que él mismo era un ser éticamente libre, y que la dignidad debe ser el soporte de todo sistema de derecho y deduciendo de esto la noción de los derechos del hombre y la libertad (Ídem). Entonces es el hombre y su dignidad el centro del ordenamiento jurídico, como un principio que no fue instaurado por la constitución, sino que hace parte intrínseca del mismo desde 1991. En la Constitución de 1991, la dignidad es fundada -entre otras cosas- por la igualdad, en la medida que no puede ser un hombre digno, si este no se presenta en condiciones de igualdad ante las instituciones y los demás ciudadanos.

El proceso de constitucionalización también ha llevado la preocupación a la sede administrativa, es decir, buscar mecanismos para que desde el procedimiento administrativo se protejan los derechos fundamentales y no tener que acudir a la jurisdicción para que el Estado, proteja desde su actuar los derechos de los ciudadanos. Entendido lo anterior, como un conjunto de principios constitucionales y de actuaciones legislativas, en torno a materializar y garantizar los derechos fundamentales y los principios constitucionales, fortaleciendo la administración y sus procedimientos.

La constitucionalización del derecho administrativo y de cómo este otorga herramientas a la administración, para que ella misma tome decisiones con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos, y de tal manera, cambie la cultura legal en Colombia, en la cual, el ciudadano toma una postura activa frente a las situaciones que potencialmente podrían afectar sus derechos y la administración debe buscar esos mecanismos y medidas para que no sean afectados.

Es por esto que la protección del derecho, en sede administrativa, es la transformación de la jurisdicción indicada por la Constitución de 1991, que llevó a repensar el derecho administrativo y la acción del Estado y la administración de lo público.

La Ley 1437 de 2011 es el espíritu de la Constitución de 1991 aplicado al derecho y la evolución de la jurisdicción contencioso - administrativa, como se enunció; esta permitió que el Estado, la administración, los funcionarios y los ciudadanos, replantearan sus roles referentes a lo público y como se administra. Además, este nuevo código afirma el procedimiento administrativo, en lo propiamente administrativo y no en lo judicial, queriendo darle una importancia representativa a las funciones y herramientas en el procedimiento y los funcionarios, con el fin de resolver allí las dificultades, con la pretensión de que acudir a la jurisdicción sea verdaderamente excepcional.

Desde el Decreto 01 de 1984, Colombia recogió el proceso administrativo y la jurisdicción contenciosa en un solo cuerpo normativo, distinto a otros países, en los cuales estos dos procedimientos están en legislaciones separadas. Por lo cual, se debe entender, que nuestro país desde finales del siglo XX, tomó la decisión de mantener estos procedimientos en una sola ley, con el objetivo de que paulatinamente se creyera y se

fortaleciera las funciones y la confianza institucional para resolver problemas de los ciudadanos. De tal suerte que la Constitución de 1991 y el nuevo código se fortaleciese en estos aspectos, haciendo que el derecho administrativo hoy se vea como un instrumento para la garantía de los derechos, introduciendo principios y herramientas que permitan a la administración ir por este camino.

Además, esta nueva ley, le permite a la administración buscar corregirse ante posibles yerros cometidos en sus actuaciones públicas, y que estos afecten los derechos de los ciudadanos. No obstante, y a pesar de que se interesó por el fortalecimiento de la función y procedimiento administrativo, no restringe la posibilidad de que el ciudadano o el particular acuda a los jueces para hacer valer los derechos que la administración vulnere con sus actuaciones.

El elemento central el nuevo código, es el cambio de lógica que se busca en el entendimiento por parte de la administración, de su papel frente a los derechos de las personas, creyendo en el planteamiento que ya no es sólo el juez el que debe proteger los derechos, sino también la administración debe tomar parte en este cometido social. Entonces se le entrega la función al procedimiento administrativo, de poder decidir sobre la reclamación de los derechos, haciendo que acudir al juez sea una situación estrictamente necesaria, aplicando los principios de la administración pública contenidos en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011. En segundo lugar, como una característica muy importante, y consecuentemente con la transformación de la cultura jurídica en torno al espíritu de la Constitución de 1991, el nuevo código carga con una función pedagógica que pretende llegar no solo a los funcionarios públicos, sino también a la forma como se relaciona la ciudadanía con la administración.

Como conclusión, podemos decir que con esta reforma se pretendió que se promovieran garantías para la protección efectiva de los derechos fundamentales desde la sede administrativa, empleando las herramientas anteriormente enunciadas, en búsqueda de esos principios constitucionales. Otro punto importante es la función pedagógica en la que se quiere transformar la cultura jurídica en la actuación administrativa y como esta influye en la manera como los ciudadanos se relacionan con la administración pública.

Luego de que el Estado entra en un proceso de costumbres jurídicas, nuevos cuestionamientos y preocupaciones nacen en diferentes temas, uno de ellos es la responsabilidad del Estado. A pesar que las teorías que analizan la responsabilidad estatal son las mismas, estas adquieren diferentes significados gracias a las nuevas reglamentaciones y espíritus normativos.

2. De la responsabilidad estatal en estricto sentido

2.1 De la responsabilidad por falla

La responsabilidad por falla es y ha sido el título más tradicional en Colombia, esto se debe a que las actuaciones irregulares de la administración se han considerado el criterio para acusar la responsabilidad en las entidades públicas. Así lo afirma el Doctor Ciro Güechá, cuando argumenta sobre la responsabilidad por falla es la más frecuente, pero no la más antigua (2012, p. 148). El criterio de la responsabilidad por falla es propio del sistema jurídico francés, la cual ha referido a la responsabilidad por falla como fundamento de la obligación del Estado de indemnizar los perjuicios causados, con actuación de una entidad estatal, en cuanto que en la misma se evidencia irregularidad (2012, p. 149). Más aún: “El hecho del servicio es aquel que es indisociable del funcionamiento de la máquina administrativa tomada en su globalidad, de suerte que no puede imputarse a tal o cual agente tomado en forma individual sino al sujeto de derecho que institucionaliza este conjunto de estructura de agentes” (Paillet, 2001, p. 114).

Entonces son los agentes del Estado, que en representación del mismo y en ejercicio de sus funciones legales constitucionales y en desarrollo de sus responsabilidades contractuales, los encargados de materializar los fines esenciales del Estado. Por ende, no puede hablarse de responsabilidad del Estado, cuando las circunstancias que dan lugar a los hechos no son en ejercicio de estas funciones, o no tienen una relación directa con las mismas. Por lo cual, cuando se alude a la responsabilidad por falla, es necesario probar la misma, implicando demostrar que la administración actuó de manera contraria a la regularidad administrativa, que lo hizo de manera ilegal o contrario a la ley o a sus funciones, contrariando postulados del buen servicio público o adecuada función administrativa. Lo anterior significa que la responsabilidad subjetiva. Se dice entonces que la falla se evidencia en el momento que la administración actuó mal, actuó tardíamente o no actuó, en la irregularidad entonces, es posible involucrar toda actuación que se aleje del buen servicio y la adecuada actuación administrativa.

Es en este momento, en que el proceso de la constitucionalización se inserta a través de la Ley 1437, en la cual su espíritu pretende corregir estos yerros administrativos de la mano del fortalecimiento de la administración, mediante la cual las instituciones deben asumir la responsabilidad de ser los garantes de derechos fundamentales mientras cumplen sus funciones constitucionales como funcionarios del Estado. La idea inicial, es evitar que el mal funcionamiento las instituciones o en la mala actuación, actuación tardía u omisión de la misma, llegue a la jurisdicción contenciosa, dejando el actuar del aparato jurisdiccional cuando sea exclusivamente necesario, con el fin de reclamar responsabilidad estatal.

Concomitantemente con la postura de la responsabilidad por falla, es necesario entonces probar la misma. Como continúa afirmando el profesor Güechá (2012, p. 151), la falla probada se ha constituido en el título de imputación por excelencia, en la medida que las actuaciones irregulares, han constituido el fundamento tradicional de responsabilidad del Estado. También afirma que, de la misma manera que la concepción clásica francesa de la responsabilidad por falla, en Colombia, se han reconocido como modalidades de responsabilidad hechos que involucran omisiones de actuación de la administración, que la misma lo ha hecho tardía mente, o su actuación ha sido errónea. Se entiende de este análisis que, el actuar del Estado caracteriza y determina la noción de este tipo de imputación.

Como se ha afirmado, la falla en el servicio debe ser probada, y para estos fines es necesario demostrar la irregularidad en el actuar administrativo, la culpabilidad de quien desarrolla sus funciones en razón a sus compromisos con el Estado. Significa entonces que además de acreditar la actuación anómala tardía o inexistente, el daño y el nexo causal entre este y la actuación irregular, es necesario demostrar que el Estado actuó alejado de los criterios del buen servicio público, mostrándose como un vulnerador de derechos.

Al respecto, la falla debe sustentarse, es decir, que al existir la misma es necesario concluir sobre la antijuridicidad de la conducta, por lo cual, es necesario probar la conducta desplegada por la entidad pública, puesto que esta va a estar asistida de irregularidad, de ilegalidad y en términos generales de antijuridicidad. Una falla, no puede ser jurídica, causar un perjuicio y atribuirse título de imputación de falla probada del servicio, porque en este caso lo que se presenta es una responsabilidad objetiva, teoría que se desarrollara de manera suscita en un acápite posterior. La antijuridicidad la define el derecho penal como la actuación contraria al ordenamiento jurídico, lo que significa que viola una disposición de orden legal que contiene normalmente una prohibición que al ser desconocida o desatada, genera consecuencias penales, constituyendo de esta manera un hecho punible (Artículo 11: *Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesiona o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal*).

Significa que la antijuridicidad es una amonestación al actuar de un sujeto, en cuanto esa actuación es contraria al ordenamiento jurídico, implicando así que la antijuridicidad desde los ojos del derecho penal, muestra una comparación entre el actuar de un individuo y el ordenamiento jurídico, y que en el momento que se presente una situación en que se enfrente uno o el otro, se está en una actuación antijurídica.

En la teoría de la responsabilidad del Estado, la antijuridicidad de la conducta se enmarca en una actuación irregular de la administración, que puede identificarse en determinados casos con actuaciones ilegales. Sin embargo, no siempre que una conducta es antijurídica para efectos de responsabilidad del Estado, lo es para el Derecho Penal, porque la antijuridicidad puede que no constituya vulneración de la

ley penal, lo que permite indicar que una conducta que genere un perjuicio, puede dar lugar a responsabilidad administrativa, pero no de tipo penal, es decir, que se exonere a quien incurrió en la misma de sanciones de esta naturaleza. Implica que la falla probada del servicio está determinada por la irregularidad de la actuación que la hace antijurídica, lo que significa que la valoración probatoria determina la culpabilidad de la administración en la realización de la actuación y no solo demostrar que existe la misma que genera un perjuicio <según Michel Paillet, “*La Responsabilidad Administrativa*” muestra cómo en la falla del servicio la obligación del demandante se centra en demostrar la culpa de la administración y si esta prueba resulta insuficiente puede ver rechazadas sus pretensiones>.

2.2 La responsabilidad objetiva o sin falla

Ya habiendo presentado la responsabilidad por falla, y conociendo que es el criterio tradicional de responsabilidad administrativa, se hace necesario observar también de manera atenta pero precisa, la otra forma clásica de la responsabilidad, la responsabilidad objetiva. Las entidades públicas a pesar de actuar de manera ajustada a la ley, y en procura de prestar un buen servicio público, dentro de los parámetros constitucionales y principios de la administración pública, si causa un daño, es preciso repararlo sustentado en los títulos de imputación objetiva.

La administración a través de su actuación debe guardar el mayor cuidado, prudencia y diligencia, para evitar perjuicios tanto a los particulares como a otras administraciones públicas, lo cual hace cumpliendo los parámetros de legalidad, buen servicio público y adecuada actividad administrativa, pero si aun sabiendo que todas esas precauciones se causa un daño, debe ser reparado. Es entonces el imperio de la ley lo que lleva a la administración y a sus actuaciones a cumplir la constitución y las normas, y este afán es el que le da preponderancia a la responsabilidad objetiva derivada de estas actuaciones. A lo anterior el profesor Güechá afirma:

No se puede desconocer, sin embargo, que la Constitución de 1991 al consagrar la responsabilidad del daño antijurídico en el artículo 90, formalizó y le dio rango constitucional a la responsabilidad objetiva en el sistema jurídico colombiano, sin olvidar que esta norma es el sustento constitucional de toda responsabilidad del Estado, lo que significa que incluye responsabilidad por falla en el servicio, la falla presunta y los demás títulos de imputación utilizados en nuestro ordenamiento, para buscar la indemnización de perjuicios por la actividad pública (2012, p. 171).

Entonces la responsabilidad objetiva del Estado, implica una actuación ajustada al Derecho y a la Constitución, al buen servicio público y en términos generales a una adecuada y regular función administrativa, y la misma se puede hacer visible en muchas formas de imputación. Aquí ya se traza una diferencia entre la responsabilidad por actuación irregular o falla, en cuanto a que la conducta y el daño son antijurídicos, contrarios al ordenamiento jurídico en general, aclarando que la responsabilidad por

falla es una responsabilidad subjetiva. Por el contrario, la responsabilidad objetiva se predica de un actuar ajustado a la ley y al ordenamiento jurídico, pero lo que atenta en contra de la legalidad es el daño que se ocasiona en razón a esa actuación.

Algunos autores afirman que la responsabilidad objetiva del Estado, que a pesar que la actuación del mismo sea ajustada a derecho, se torna antijurídica por haber generado el perjuicio indemnizable. Lo anterior significa que es la naturaleza del perjuicio la que determinará la naturaleza de la conducta, el título de imputación y en últimas la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, la conducta antijurídica de la actuación se determina por el carácter indemnizable del perjuicio, pero, además, por la manifestación externa de irregularidad en la conducta de la administración, de la misma manera la clase de título de imputación.

De este análisis se puede deducir que en la medida en que un perjuicio tenga carácter de indemnizable, existe responsabilidad del Estado, ya sea por que provenga de una actuación regular o irregular de una entidad pública, que se presente una falla o no del servicio, y en esta medida, es preciso afirmar que toda la responsabilidad del estado sea objetiva o subjetiva, se determina la obligación de indemnizar el daño causado (Güechá, 2012, p. 173). “Sin perjuicio no hay responsabilidad... la ausencia de daño, trae consecuencias negativas para quien intenta una acción de responsabilidad: impide la declaratoria de esta” (Henaó, 2007: p. 38). Lo anterior significa que la responsabilidad objetiva del Estado, donde las actuaciones regulares y ajustadas a derecho que generan perjuicio no deben ser indemnizados en todos los casos, porque de lo contrario la administración no podría actuar y se convertiría en un reparador universal, en la medida que de una y otra manera sus actuaciones dan lugar a alguna clase de afectación patrimonial; circunstancia que desbordaría los presupuestos públicos.

2.3 Sobre la responsabilidad del estado

Corresponde entonces analizar en estricto sentido el problema de investigación y lo que la teoría nos aporta para comprender de manera más profunda el problema de investigación. Para tales fines, es necesario hacer una transcripción de los hechos del caso concreto y de esta manera analizar las anteriores teorías planteadas en el estado del arte para estos fines.

Teniendo en cuenta el relato del Auxiliar del Bus YAMIT EDGARDO GARCÍA: Quien manifiesta que para el día 31 de agosto del 2013, siendo las 21:10 horas, salieron del terminal de transporte de la ciudad de Bogotá, con número de Planilla 2512988-565601, número interno de la del vehículo 910, placa TUL-126 ruta Bogotá Sogamoso, saliendo con 20 pasajeros del terminal vinculados en planilla y ya en la 170 recogieron 09 más y un conductor de la empresa que es la Libertadores, él venía como asistente de viaje y venía manejando el bus el señor Conductor Titular JOSÉ EDGAR MÁRQUEZ RODRÍGUEZ CC. N°. 4.258.833 de Socha, antes de salir a la ruta se tenía conocimiento por parte de los mismos pasajeros que quizás cerrarían

la vía en el sector conocido como Puente Boyacá, salieron de Bogotá normalmente, pararon en un chequeo que tiene la empresa en Briceño, como a las 23:00 horas, pasamos Puente de Boyacá sin inconvenientes, normal.

Ya llegaron a Tunja, entraron al terminal dejaron pasajeros y recogimos a 4 pasajeros, salieron sin ningún inconveniente, pasaron el peaje de Tuta sin ningún inconveniente normal, ya pasaron siderúrgica y más adelante sintió que toteo algo en el parabrisas delantero del Bus al lado izquierdo del conductor él se levantó de la silla y prendió la luz de la cabina miro al conductor al señor JOSÉ EDGAR MÁRQUEZ RODRÍGUEZ al observarlo le vio sangre sobre el tabique de la nariz y vidrios en el pecho, cara y cabeza piernas, el siguió conduciendo normalmente, pero se le dificultaba respirar, le pase una botella con agua él se tomó un sorbo y se la devolvió y siguió manejando; el auxiliar siguió verificando al interior del bus preguntando a los pasajeros que si habían más ventanas rotas o si había algún pasajero lesionado y ellos manifestaron que no, regreso a la cabina y observe que el conductor JOSÉ EDGAR MARQUEZ RODRÍGUEZ se le dificultaba respirar más profundamente, pero él siguió conduciendo, y se tocaba la garganta y se limpiaba los vidrios de la cabeza, con una mano conducía y con la otra mano se limpiaba.

Al ver eso, él le dijo a el conductor JOSÉ EDGAR MÁRQUEZ RODRÍGUEZ que se aorillara que entre los pasajeros había otro conductor de la empresa, y él me hizo señas que sí, que lo llamara, mientras se aorillaba yo llamé al conductor, el conductor tomo el bus y siguió conduciendo y el señor JOSÉ EDGAR MÁRQUEZ RODRÍGUEZ se paró enfrente de la silla del asistente seguía con dificultades respiratorias no pronunciaba palabras, el bus seguía en marcha y de un momento a otro el señor JOSÉ EDGAR MÁRQUEZ RODRÍGUEZ se desgonzo eso fue ya llegando a la primera termo eléctrica llegando a Paipa, el conductor paró el vehículo y sacaron al señor JOSÉ EDGAR MÁRQUEZ RODRÍGUEZ lo acostamos al lado de la vía y le colocaron de cabecera el saco de él, el auxiliar llamó a la empresa de los libertadores con sede en Paipa para que tuviera lista una ambulancia y ella manifestó que había llamado a la Policía, porque las ambulancias no estaban que estas estaban ocupadas, en unos pocos minutos llego la patrulla de Policía en moto, ellos llamaron la Panel que estaban en la Y llegó la Panel y lo echaron al señor JOSÉ EDGAR MÁRQUEZ RODRÍGUEZ hacia el hospital de Paipa, el auxiliar se subió a la Panel con él lesionado, en el trascurso del recorrido no se sentía respirar ya, al llegar al hospital lo ingresaron en una camilla ya a los pocos minutos salió una enfermera a preguntar por familiares el auxiliar le dijo que no habían familiares que el único que estaba era él que era el asistente. Salió el doctor y me manifestó que el señor ya había fallecido hacia como unos 15 minutos que no había nada que hacer que tenía muerte cerebral.

En cuanto al lugar de los hechos y la hora. En virtud a lo anterior esta unidad judicial por intermedio del patrullero WILLIAM tuvo conocimiento del hecho quien manifestó. Yo soy el patrullero WILLIAM ARMANDO TIRIA PEÑA, CC. N°. 1.106.888.351 de Melgar Tolima, para el día 31 de agosto del 2013 a las 22:00 horas, recibí turno de seguridad en el hotel Sochagota del municipio de Paipa, donde se aloja el señor secretario privado de la presidencia quien está en la mesa de diálogos con los campesino en la ciudad de Tunja, Siendo las 00:35 horas del día 01/09/2013,

se escucha por radio que el radio operador de turno de la Estación de Policía Paipa Señor Patrullero. GARCÍA LAVERDE YEFFERSON informa al señor Comandante de la Estación de Policía Paipa Teniente. FRANCISCO JAVIER ARISTIZÁBAL OSORIO sobre un evento ocurrido en la termo eléctrica cuarta unidad, que hay una persona herida, que el mismo comandante de guardia llamo al hospital para que enviaran una ambulancia pero que allí le manifestó que esta estaba ocupada atendiendo una urgencia vital que se demoraba 20 minutos, en virtud a lo anterior el señor Teniente ordena al radio operador de turno que yo me desplazara al lugar y atendiera el requerimiento.

Yo me desplazé desde el Hotel Sochagota solo hasta la cuarta unidad a atender el requerimiento, al llegar observe dos buses de la empresa los libertadores con sentido Tunja Paipa, las cuales estaba estacionadas a la orilla de la carretera, la de atrás tenía el panorámico roto al lado izquierdo, así mismo a la orilla de la vía había una persona de sexo masculino acostada en el piso entre el ayudante del conductor y unos pasajeros subimos a esta persona a la panel, de inmediato me dirigí al hospital a llevarlo, al llegar al hospital estaban los médicos esperándolo, lo subieron a la camilla y lo ingresaron a los pocos minutos el médico informó que este señor estaba muerto al parecer por un paro Cardio respiratorio según lo manifestado por el médico. Por intermedio del señor Patrullero WILLIAM ARMANDO TIRIA PEÑA se tuvo el reporte de inicio. Donde se desplazó personal que conforma la Unidad básica de Investigación criminal SIJIN Paipa, fin realizar inspección técnica a cadáver en el hospital san Vicente de Paul, al señor JOSÉ EDGAR MÁRQUEZ RODRÍGUEZ CC. N°. 4.258.833 de Socha, quien fue entregado por el médico de turno FABIÁN GERARDO RODRÍGUEZ REYES, cuerpo encontrado en la sala de reanimación del centro hospitalario con una sábana blanca cubriéndolo, en el lugar no se presentó ningún familiar, solo estaba pendiente el auxiliar del occiso YAMIT EDGARDO GARCÍA, a quien se le realizó la entrevista escrita de los hechos ocurridos, se realizó inspección a cadáver, el cual fue hallado, recolectado y embalado y sujeto a cadena de custodia, entregado al instituto de medicina legal y ciencias forenses de Duitama, con copia del acta de inspección a cadáver y solicitud de análisis, así mismo se realizó inspección al vehículo el cual estaba en la avenida los libertadores terminal de transportes de Paipa, de placas TUL 126 Duitama, No. interno 910 afiliado a la empresa los libertadores ruta Bogotá-Sogamoso, donde se realizó álbum fotográfico tanto de la inspección a cadáver como de vehículo (*Sic.*).

Nota: En el mismo sector de los hechos de la siderúrgica y sobre la misma hora fueron capturados por personal de la Policía del Municipio de Tuta y Sotaquirá unas personas que causaron similares daños a otro vehículo, el caso está radicado con noticia criminal 15-001-60-00132-2013-03600 actos urgentes SIJIN Uri Tunja (Anexo Noticia Criminal)⁴

4 La anterior narración hace parte del expediente de noticia criminal, en el cual los principales testigos cuentan cómo sucedieron los acontecimientos en los cuales acaeció la muerte del señor Márquez Rodríguez (*sic.*).

En resumen, los testigos presentan el caso como un hecho que se da en mediaciones de la siderúrgica, vía que conduce de Tunja a Duitama, en que en horas de la noche, una piedra golpeó el parabrisas del vehículo en que manejaba dentro de su turno y ruta asignada, piedra que lo golpeó.

La pregunta sobre si hay responsabilidad estatal respecto de estos hechos, la analizamos desde la aplicación de las teorías ya citadas. El problema jurídico planteado debe entenderse desde dos perspectivas en que el estado podría ser responsable, en primer lugar la actuación de la policía nacional, en cuanto a su presunto no actuar en su obligación objetiva de salvaguardar el orden público durante los hechos del paro agrario. En segundo lugar, si la responsabilidad del estado se da por la no actuación oportuna de sus agentes encargados de cumplir esta función.

No obstante, durante toda esta disertación, se ha hablado de la responsabilidad del estado, siempre y cuando existan requisitos *sine qua non* para poder configurar una responsabilidad. Hablamos entonces en primer lugar sobre el Daño, su naturaleza jurídica y cómo se debe probar. Así las cosas, entraremos a analizar las teorías del daño que creemos son necesarias comprender a profundidad el problema planteado.

El daño especial

En la teoría del *daño especial*, la actuación de la administración se ajusta a parámetros de regularidad y legalidad, en la medida que no existen afectaciones al servicio público ni del ordenamiento jurídico y sin embargo, si llega a causarse un daño nace la obligación para la entidad pública de indemnizar el perjuicio ocasionado, con fundamento en el rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas (Güechá, 2012, p. 185).

Las cargas públicas imponen obligaciones del Estado a los particulares, con sustento en prerrogativas o potestades públicas de carácter unilateral, que buscan permitir que el Estado cumpla con el desarrollo de la actividad administrativa, para lograr los fines del mismo estado consagrados en la constitución⁵. En principio las cargas públicas son impuestas por el Estado de manera uniforme y equilibrada, en donde el principio de igualdad frente a las misas se vea claramente garantizado⁶, y en el supuesto de que no

5 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

6 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

se garantice el principio de igualdad, se daría cabida a una ruptura del mismo, lo que significa que se está ante un tratamiento desigual del particular a quien se le rompe el equilibrio frente a la imposición estatal y por esta razón, se deben reparar los perjuicios causados, así sea con criterios de equidad y solidaridad⁷.

Es entonces el rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas, como fundamento del daño especial, comporta una actuación legítima de la administración que sin poner en riesgo al particular, rompe el principio de igualdad en que se deben soportar las imposiciones del Estado, generando circunstancias de afectación que hace más gravosa la situación de una persona; y si se causa un daño, es obligación de la entidad pública reparar el perjuicio en la medida que el mismo se torna especial y anormal por el rompimiento del equilibrio frente a las cargas estatales. Por lo tanto se puede inferir, que en el daño especial no existe una actuación irregular del Estado, puesto que el solo actuar de una entidad pública que cause perjuicio y evidencie un rompimiento del equilibrio ante las cargas públicas, da lugar a la atribución de responsabilidad administrativa, pero de todas formas se hace necesario que exista así sea una actuación de la persona jurídica, porque de no haber la misma, se presenta una eximente de responsabilidad con sustento en el hecho de un tercero, por esta razón⁸.

Se puede concluir, que si las imposiciones del Estado dentro de un marco de legalidad o legitimidad son iguales para todos, no existe ninguna obligación de reparar perjuicios, porque los ciudadanos están obligados a aceptar las cargas impuestas, como consecuencia de vivir en comunidad y de permitir que se cumplan las actividades propias de la administración para lograr los fines del estado, dejando claro que los ciudadanos están en la obligación de soportar sacrificios, por el hecho de pertenecer a un colectivo social, pero en igualdad de condiciones, pues si se rompe esa igualdad y se causa un perjuicio se debe reparar. Otro punto importante para que se configure este tipo de daño, es que el mismo sea anormal, que se supere las simples incomodidades a que están obligadas las personas por la simple convivencia en sociedad, en donde deben

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

- 7 El profesor Güechá cita a pie de página: Morand – Deviller, Jacqueline. *Curso de Derecho Administrativo*. Obra citada -página 850-, quien expresa: “Las soluciones más recientes se fundamentan en la teoría de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, lo que significa que si una actividad de la administración en beneficio de todos genera cargas graves y particulares sobre algunos, el equilibrio normal se rompe y las desigualdades inadmisibles que se manifiestan deben ser reparadas. Los principios fundamentales de equidad y de solidaridad social inspiran el régimen de responsabilidad sin falla”.
- 8 Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de Marzo de 2007, expediente 16421, M. P. Ruth Stella Correa. “Por manera que la jurisprudencia ha definido el daño especial, como aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas”.

soportar las consecuencias de la actividad administrativa y que la misma se encamina al cumplimiento de los fines del Estado⁹.

El daño antijurídico

Tal vez el título de imputación de responsabilidad objetiva más conocido es el daño antijurídico, porque la responsabilidad sin falla se concibe en gran medida a partir del mismo, en cuanto que de una u otra forma dicha clase de responsabilidad involucra a los demás. En efecto la responsabilidad objetiva del estado parte de la consagración constitucional de la obligación de reparar, la cual no es otra que el daño antijurídico, teniendo en cuenta que el artículo 90 de la carta superior lo define como la obligación del Estado de responder por los perjuicios patrimoniales que causen las autoridades públicas por sus acciones u omisiones, dando la oportunidad a las entidades estatales de repetir contra los servidores públicos¹⁰, cuando sus conductas hayan sido dolosas o gravemente culposas¹¹.

Conocemos pues, que el daño antijurídico refiere que no solo se limita al campo de lo extracontractual, y que este se da por una actuación legítima del estado, significando

9 No obstante, ese gravamen social en condiciones de igualdad, si pudiéramos denominarlo de esta manera, no puede ser usado por los funcionarios de la administración o por parámetros institucionales o posturas económicas; el mismo debe trascender ideologías o corrientes políticas. A este respecto, la constitucionalización entiende que el estado mismo debe garantizar la búsqueda de los fines esenciales, evitando a toda costa la afectación de derechos de sus ciudadanos, o en otras palabras, evitar que se convierta el estado en un vulnerador de derechos. Atendiendo a la afirmación en la que los ciudadanos por el hecho de ser miembros de un conglomerado social con organización política, y que es una obligación soportar “incomodidades” en condiciones de igualdad, no es cierto que esta afirmación deba usarse para manipular ese altruismo colectivo de sacrificios sociales o de incomodidades comunitarias en pro de lograr esos fines esenciales del estado, más aún, cuando esta afirmación sea el argumento central del sofisma de distracción que lleve a sacrificar los derechos de unas mayorías en pro del beneficio de unos pocos, con el argumento que es por el bien del estado. Como para poner un ejemplo, las explotaciones mineras en resguardos indígenas, o territorios protegidos, el fracking, entre muchos otros casos, en los cuales se afecta el medio ambiente de manera indiscriminada, y con apoyo y venia de la administración, con el argumento de ser el progreso de la nación y el desarrollo hacia el siglo XXI. Es decir, no se puede generar una carga excesiva a los ciudadanos miembros de las comunidades, por el solo hecho de sostener que a todos les corresponde soportar el mismo daño, así este sea irreparable para la comunidad, haciendo esto en beneficio de la nación, contradiciendo en sí mismo el espíritu de los fines esenciales del estado.

10 Güechá Medina, Ciro Norberto. *Responsabilidad del Estado Por Actos de Terrorismo*, p. 190. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., 2012.

11 Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero: *“Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial de responsabilidad del Estado y comprende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la relación jurídico administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado.”*

esto que la responsabilidad del Estado se deriva del funcionamiento de los servicios públicos, siendo una responsabilidad producida por el simple actuar de la administración, determinando la objetividad de su actuación y no exige que sea una conducta anormal o irregular, o contraria a derecho, afirma el profesor Güecha “el daño antijurídico implica que no se requiere la existencia de culpabilidad en la actuación como ocurre en la responsabilidad por falla en el servicio.”¹² Lo anterior implica que el daño antijurídico prevé que la conducta se ajusta a buen servicio público y por tanto la actuación es legítima, por lo que el sustento de la responsabilidad administrativa se traslada al daño, es decir, que la irregularidad está en el perjuicio, convirtiendo el daño en antijurídico, ya que se hace contrario a la legalidad. El concepto fundamental para identificar el título de imputación del estado por daño antijurídico es la irregularidad del mismo, del daño, como en la responsabilidad por falla es la conducta. En este caso de responsabilidad objetiva, el daño antijurídico, ya no se toma como referencia la administración, sino la situación de la víctima, en cuanto a que es quien padece dicho daño sin estar obligado a soportarlo.

Aparecen entonces dos tipos de daño, uno, es el daño indemnizable, el cual se predica del que no debe estar obligado a soportarse, y por cuanto ese debe ser indemnizable, y en segundo lugar, está el daño que no es indemnizable, en cuanto a que la razón del mismo es una obligación del ciudadano soportarlo, esto en condiciones de igualdad con otros ciudadanos y que este mismo no se anormal.

Lo anterior evidencia que el daño antijurídico es una limitación del Estado en el poder de imposición frente al particular, el cual no es absoluto, sino que encuentra restricciones en el principio de legalidad y en el equilibrio que debe mantener en el trato a los particulares, ya que de no mantenerse estos postulados, se llegaría a la arbitrariedad. Necesariamente debe existir una legitimación jurídica para que el Estado se pueda imponer a los particulares, causándoles daños que estos deban soportar, porque de lo contrario, se estará en presencia del abuso del poder de la administración y de las entidades públicas. La habilitación primigenia del Estado para establecer cargas a los particulares no es otra que el principio de soberanía, según la cual existen poderes unilaterales de imposición del Estado frente a las personas, para lograr sus cometidos a través del cumplimiento del servicio público y la actividad o función administrativa, los cuales son plenamente establecidos por la Carta Política dentro de un Estado de Derecho¹³.

12 Güecha Medina, Ciro Norberto. “Responsabilidad del Estado por Actos de Terrorismo”, p. 192. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., 2012.

13 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 2: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

La soberanía implica poder del Estado, el cual puede limitar la actividad y libertad de las personas, en cuanto a que el ejercicio de ese poder soberano en determinados eventos genera restricción de derechos y de esta manera perjuicios que los ciudadanos deben soportar, en la medida que el estado le asiste potestad para la imposición, pero dentro de ciertas limitaciones que la misma soberanía contempla para que el poder no sea arbitrario.

También es necesario resaltar, que el principio de igualdad de las personas frente a la actividad administrativa del Estado, hace que las imposiciones de éste se establezcan en planos de igualdad, porque de no hacerlo de esta manera, se rompe el principio constitucional que refleja el equilibrio ante las cargas públicas y si se causa un perjuicio el mismo se torna antijurídico, ya que el particular no está obligado a soportarlo.

3. Marco metodológico

Respecto de la metodología a desarrollar en el presente escrito, se realizó una revisión bibliográfica sobre las teorías tradicionales, además de empalmar apreciaciones jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Esto nos permitió luego de aclarar los conceptos sobre responsabilidad estatal en sus modalidades tradicionales, además del daño y su importancia dentro de las anteriores apreciaciones, analizarlas aplicadas al caso concreto del fallecimiento del señor José Edgar Márquez Rodríguez. Es necesario hacer una anamnesis de los hechos, bajo la lupa y luz de los anteriores argumentos con el fin de consolidar la resolución al problema jurídico planteado.

Es entonces una investigación documental en estricto sentido, llevando las conclusiones de los diferentes autores y sentencias al análisis casuístico de los hechos descritos. Los pasos que se llevaron a cabo en el presente trabajo, además de la construcción habitual de los análisis investigativos, se hará un desarrollo jurisprudencial aplicado, con el fin último de encontrar la solución al problema jurídico planteado.

3.1 Hipótesis

Según la narración de los hechos, y habiendo acoplado las teorías y planteamientos jurisprudenciales, sugerimos que el estado es responsable en la medida que no actuó de manera diligente respecto de los presupuestos fácticos descritos. En esencia, se cree que existe un daño probado, que es la muerte del señor José Edgar Márquez Rodríguez, y la cual es producto si de un accidente, pero que en los hechos pudieron observar visto más diligencia por parte de los agentes del Estado.

En segundo lugar, se plantearon dos objetivos específicos. El primero en el que se preguntaba sobre la responsabilidad de los actos de la policía nacional, en la atención inmediata a los hechos que llevaron a la muerte del señor Márquez, y el segundo, se

refiere a las actuaciones respecto de la atención en salud que en efecto es obligación de la red pública de hospitales en atender casos en los que se trata de salvar la vida de los afectados, prestando la atención inmediata.

Las hipótesis en relación con estos dos objetivos: El estado no es responsable en lo que se refiere al actuar de la Policía Nacional, aplicando los presupuestos teóricos no relacionados con eximentes de responsabilidad, sino de buena prestación del servicio. Por el contrario, la prestación del servicio de salud, sí presentó una falla en la prestación del servicio.

3.2 Discusión de resultados

Analizando en estricto sentido, me permito recordar resumidamente, lo dispuesto en los hechos relacionados en la noticia criminal. El señor Márquez Rodríguez fue víctima de una actuación imprevisible por parte de las autoridades policiales, en cuanto que a pesar de estar relacionando unos hechos en los cuales, la policía debería estar buscando el restablecimiento del orden público en el contexto de manifestaciones violentas, y cerramiento de vías nacionales. La policía nacional acudió a la escena de los hechos luego de que el vehículo se detuviera, asistiendo en acompañamiento y prestando seguridad. Los patrulleros que se encontraban de servicio, llamaron al hospital del Municipio de Paipa, con el fin de pedir la asistencia de ambulancia para ser trasladado al centro de salud y recibir los primeros auxilios.

Respecto de la responsabilidad estatal por la prestación del servicio de la policía nacional, podemos aducir que fueron superados todos los presupuestos de responsabilidad por falla y responsabilidad objetiva. Revisando paso a paso las características de cada una de estas tipologías de responsabilidad, en cuanto a que la actuación de la policía nacional, no podía prever el lugar exacto de los hechos en una vía que ya tenía restablecido el orden, y que estos hechos se presentaron en horas de la noche en mediaciones de la vía que tenía presencia y atención por parte de las autoridades administrativas.

Entonces el primer presupuesto por falla en el servicio, no se puede predicar de la policía nacional, teniendo en cuenta que el servicio se prestó de manera efectiva y legal, conforme a la ley y el ordenamiento jurídico, la actuación de la policía fue evidente su acuciosidad al acudir para atender el caso, no solo prestando el servicio de buscar el orden público y cuidado de los pasajeros y al afectado, sino también porque además, se comunicó y buscó el acercamiento como agente en ejercicio de sus funciones ante el hospital de Paipa, centro de salud. Probando así que la prestación del servicio se hizo sin presentar falla alguna y que por esta razón no se presentó el daño, teniendo en cuenta que actuaron conforme a derecho y en ejercicio de sus funciones, sin salirse en ningún momento de estas. Por lo tanto, la falla que se predica de una mala actuación, omisión de cumplimiento de funciones o una irregularidad en la prestación de las mismas, puesto que como se reitera, fueron aplicadas conforme a derecho y al ordenamiento jurídico.

También se evidencia que los agentes de policía, no actuaron con culpa o intensión de generar el perjuicio, demostrando en su ejercicio que fue todo lo contrario.

En cuanto a la responsabilidad objetiva, ya que esta se predica de si un daño generado por una actuación del estado, esta actuación es legítima y por ende se descarta la falla irregular en la prestación del servicio, por cuanto en esta modalidad, el daño se predica de una afectación que afecta la situación de igualdad de los demás ciudadanos que están obligados a soportar en razón al actuar legítimo del estado. No es el caso respecto de la policía nacional, porque el vehículo no se encontraba en medio de un enfrentamiento violento entre manifestantes y autoridades, estos en ejercicio de su función y que en muchos casos si se ha visto que la prestación del servicio falla por razones de desconocimiento e irregularidad en la aplicación de las funciones, este caso de responsabilidad objetiva, circunscribe que la actuación legítima del estado genera un daño mayor a que está obligado a soportar como parte de un conglomerado social.

De tal suerte, en este caso concreto, el estado dentro de su actuar legítimo a través de la policía nacional, no generó ningún daño colateral para el ciudadano fallecido, toda vez que esta institución representada por los agentes policiales que atendieron el caso concreto, no estuvieron si quiera presentes en los hechos, que a pesar se suscitaron en un marco de manifestaciones, estas se dieron de manera fortuita en horas de la noche y en un corredor que no presentaba manifestaciones a esa hora de la noche.

Respecto de la actuación de la red pública de salud, si tomamos postura en cuanto a la existencia de responsabilidad del estado por estas actuaciones, si bien es cierto, la teoría objetiva de responsabilidad no es aplicable en este segundo supuesto, teniendo en cuenta que la participación de la prestación del servicio por parte de la entidad prestadora de salud, de la red pública encargada de acudir al accidente, no sería posible generar por sí misma un daño al ciudadano que no estuviera obligado a soportar, en una actuación legítima de la entidad. Por tal razón, la responsabilidad objetiva no es un predicamento que deba atenderse de manera atenta, esto por falta de presupuestos esenciales y evidentes en su configuración, que pudiesen generar alguna duda frente a este título de imputación.

La falla en el servicio es entonces la que no solo en la práctica, sino en la tradición jurídica, puesto que el servicio de salud se entiende como un servicio público esencia, que debe prestarse sin miramientos como lo concibe así la doctrina y el ordenamiento jurídico.

Ahora, la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad del Estado se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio. La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha

actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.¹⁴

Teniendo en cuenta que es la falla en el servicio la que debe aplicarse en este análisis, es preciso revisar los presupuestos de la falla y así verificar si es concluyente la hipótesis planteada.

Como bien lo sabemos, la falla en el servicio es una modalidad de responsabilidad en la que debe verificarse en primer lugar, que la actuación del estado es irregular respecto del ordenamiento jurídico, es decir, que se verifique la omisión, irregularidad o no prestación efectiva del servicio. En segunda instancia, debe verificarse el daño y el nexo causal entre esa falla del servicio y el daño ocasionado en razón a esa falla en el servicio.

Recordando los hechos, la policía nacional al comunicarse con la entidad prestadora de salud en el municipio de Paipa, y esta a su vez respondiendo que no había ambulancias disponibles puesto que atendían otra emergencia vital, por tal razón una panel de la policía se dirige con un tiempo de reacción mucho más reducido al lugar de los hechos, vehículo que posteriormente llevó al fallecido hasta el puesto de salud, donde se diagnosticó su muerte.

Dentro de los acontecimientos que podrían diferir la falla efectiva del servicio, es en el momento en que la entidad no prestó el servicio de ambulancia, vehículo adecuado para atender en movimiento situaciones en que está en peligro la vida. La situación en que la ambulancia estaba ocupada en otra emergencia vital, no se evidencia probada dentro de los hechos narrados ni documentos consultados para esta investigación, y que solo se desata en el momento del diagnóstico de muerte en el hospital del municipio de Paipa. El hecho de que la policía prestara su atención sobre el caso, excluye la responsabilidad del estado en la prestación del servicio de la policía, empero, el servicio de urgencia dentro del servicio público de salud, no fue prestado de la manera correcta, teniendo en cuenta dos agravantes.

El primero, que ya se habían declarado actuaciones administrativas para atender este tipo de acontecimientos en un contexto de manifestaciones sociales violentas y con cerramiento de vías, es decir, la administración ya había tomado medidas en razón a estos cerramientos y por consiguiente las medidas tomadas no fueron atendidas en el municipio de Paipa, puesto que no habían tomado medidas que pudiesen prever este

14 https://drive.google.com/file/d/0B304_Mp3Q003X2FZX0lzR3pIWkdHT1R0N2lrMlYajF6ZE1j/view?usp=sharing

tipo de situaciones. No solo del vehículo ambulancia en sí mismo, sino también de que ni siquiera hicieron lo posible por acompañar a la policía en la atención del caso. Es decir, la policía no es la institución llamada a atender temas de salud, ni sus policiales están capacitados enteramente para proveer los primeros auxilios en una calamidad de este tipo, por consiguiente, la red prestadora de salud no atendió de manera correcta, y menos evidenció diligencia en la atención de este caso vital.

Se confirma entonces que hay una falla en el servicio, en razón a la omisión de protocolos y actos administrativos que ponían en alerta la red y la prestación del servicio, que en este caso, no se debe predicar solamente de la atención que se le dio desde el momento en que ingresó al hospital, sino desde las posibilidades que debieron garantizar para guardar su vida. Entre otras cosas, el interés y voluntad de la institución prestadora de salud, La disposición de vehículos, funcionarios que den atención y acompañamiento en el lugar de los hechos entre otras cosas.

Respecto del daño, el fallecido pudo tener posibilidades de sobrevivir si se hubiese prestado de manera correcta el servicio, atendiendo a protocolos señalados en las alertas tomadas en razón al paro agrario, estas sustentadas en la situación de orden público que vivía el departamento de Boyacá. Así las cosas, el daño que se ocasionó fue la muerte del señor José Edgar Márquez Rodríguez, puesto que no se atendió de manera debida, y en los tiempos que estaban en disposición y los recursos necesarios teniendo en cuenta las medidas extraordinarias que estaban vigentes para atender el caso en concreto.

Conclusiones

1. Si hubo responsabilidad del Estado, en cuanto a la mala prestación y fallida atención del servicio de salud, pedido a la red pública, encargada en ese momento de acudir al lugar de los hechos y buscar salvar la vida del señor Márquez, quien en una pérdida deliberada de atención y no acatamiento de los protocolos administrativos asumidos por la situación de orden público, se pudo haber salvado la vida del fallecido.
2. Que la responsabilidad no se dio por la mala actuación de la Policía Nacional, toda vez que ellos estuvieron y acompañaron de manera diligente el lugar de los hechos, atendiendo inclusive una obligación que no está contenida dentro de sus funciones públicas, como llevar a un herido en una panel que, a pesar que no cuenta con los medios necesarios para atender la vida del sujeto, sí estuvo atento y se preocupó en la mejor medida posible por la vida y la necesidad de mantener con vida al señor Márquez.

Referencias

- Miguel Carbonell y Rubén Sánchez Gil. (2014) “¿Qué es la constitucionalización del Derecho? Recuperado de: https://drive.google.com/file/d/0B3O4_Mp3QO03a01ITDVUdHRqbjlTSU51eFpjd05TamxFRW1j/view?usp=sharing
- Gil Botero, Enrique (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá (Colombia): Grupo Editorial Ibáñez.
- Güechá Medina, Ciro Norberto. (2012). *Responsabilidad del Estado por Actos de Terrorismo*. Bogotá (Colombia): Grupo Editorial Ibáñez.
- Paillet, Michel. (2001) *La responsabilidad administrativa*. Bogotá (Colombia): Universidad Externado de Colombia.
- Congreso de la República, Ley 599 de 2000.
- Henao, Juan Carlos (2007). *El Daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (1991).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de marzo de 2007, expediente 16421, M. P. Ruth Stella Correa. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de Abril de 2011, M.P. Ruth Stella Correa. Bogotá, Colombia. Recuperado de: https://drive.google.com/file/d/0B3O4_Mp3QO03X2FZX0lzR3pIWkdHT1R0N2lrMlXajF6ZE1j/view?usp=sharing
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Tercera, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera Bogotá, Colombia, veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014) Expediente: 76001-23-31-000-2004-01210-02 (33.492)

POLÍTICAS EDITORIALES

La Revista Principia Iuris es una publicación académica semestral (enero a junio y julio a diciembre) de cada año, con circulación nacional e internacional, editada por la facultad de Derecho desde el año 1999. Dirigida a la comunidad académica y grupos de Investigación en temas relacionados con el Derecho y las Ciencias Sociales. El Objetivo principal es incentivar a la publicación de artículos originales realizados en la comprensión epistemológica y teóricas de las Ciencias Sociales y el Derecho.

En ese contexto, de acuerdo a los lineamientos para posicionamiento de la revista, el comité editorial ha dispuesto que la revista Principia Iuris a partir de la edición número 29 en adelante, las publicaciones serán trianuales de acuerdo a los siguientes periodos: enero a abril – junio a septiembre y octubre a diciembre y se ajustará a cuatro idiomas: Castellano, Francés, Inglés y Portugués en el título, el resumen y las palabras claves.

Además de lo anterior, se recibirán los artículos de acuerdo a cada una de las convocatorias para publicación, y se ajustará cada ejemplar a 8 artículos por número sin superar de 12.

Funciones de los miembros del comité Editorial y Científico

Funciones del Editor

1. Dirigir y representar a la Revista.
2. Velar por la calidad académica de la Revista.
3. Proponer al Comité editorial el Plan anual de publicación.
4. Presidir y orientar el Comité editorial y Comité científico.
5. Citar las reuniones ordinarias y extraordinarias del Comité editorial y del Comité científico.
6. Coordinar el sistema de arbitraje de la Revista.
7. Coordinar la organización y ejecución de los procesos editoriales y de producción.
8. Las demás fijadas en razón de su función.

Funciones del Comité Editorial

1. Establecer la política editorial de la Revista.
2. Definir los criterios editoriales que se aplicarán para la aceptación de los artículos.
3. Servir de apoyo a la coordinación de la Revista.
4. Desarrollar la autoevaluación del Plan anual de publicación.
5. Las demás fijadas en razón de su función.

Funciones del Comité Científico

1. Apoyar al Comité editorial y al Editor en la formulación de la política editorial.

-
2. Asesorar al Comité editorial y al Editor en la definición de los parámetros de calidad científica de la Revista.
 3. Las demás fijadas en razón de su función.

INSTRUCTIVO PARA AUTORES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista *Principia Iuris* deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá presentarse la declaratoria de originalidad del artículo, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas, serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse de acuerdo al INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS. El proceso será doblemente ciego.
4. Los artículos aprobados con condiciones, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos rechazados, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados sin modificaciones o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. PRINCIPIA IURIS, recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.
11. El proceso de edición *Principia Iuris* posee facultad para organizar la información correspondiente a los datos del autor y del texto, mencionando en primera nota de pie de página sin numeración la formación del autor con respecto a sus estudios de pregrado y postgrado, además de la filiación institucional del autor y medios para establecer contacto, bien sean por vía electrónica E-mail o por medio de números telefónicos fijos o móviles, aunado a lo anterior se establecerá con las siglas AI y AE si el autor es interno o externo; en un segundo pie de página sin numeración se debe establecer el proyecto de investigación, su línea de investigación y el Método de análisis usado esclareciendo la tipología del artículo presentado.

POLÍTICAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

Criterios de los artículos que se presenten a consideración del comité editorial para su publicación:

1. Los artículos deben ser originales y contener una extensión de 12 a 25 páginas, en formato carta, fuente Arial 12, espacio sencillo y con márgenes no inferiores a 3 cm.
2. En una nota o pie de página superpuesta al nombre del autor al inicio del artículo, debe mencionarse cargo e institución en que labora, máximo título académico obtenido, correo electrónico, nombre del proyecto y estado de la investigación, grupo de investigación al cual pertenece.
3. Presentación del artículo con título (15 palabras máximo), subtítulo opcional y nombre del autor.
4. El cuerpo del artículo debe contener las siguientes características: • Resumen (no podrá ser inferior a 100 ni tampoco exceder 200 palabras) • Palabras Clave: se deben registrar mínimo 4, máximo 7 palabras. • Abstract: Será la traducción del resumen, en la que el autor vele por conservar el sentido del mismo. • Keywords: Debe corresponder a las palabras clave consignadas en español conservando la esencia del significado en el texto. • Introducción • Desarrollo del trabajo • Resultados (solo en el caso de un artículo de investigación) • Conclusiones • Referencias.
5. Referencias: Se utilizará el sistema basado en APA (American Psychological Association) para las citas de referencia, como aparece en el portal de la asociación <http://www.apastyle.org>, salvo los siguientes documentos:

Documentos jurídicos y gubernamentales de Colombia:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Nombre oficial de la Constitución. Artículo específico citado. Fecha de promulgación. Ej. Constitución Política de Colombia. Art. 23. julio 20 de 1991. LEYES Número y año de la Ley. Asunto. Fecha completa de promulgación. Número en el Diario Oficial. Ej. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública, julio 28 de 1993. Diario Oficial No. 41094.

CÓDIGOS. Título Oficial del Código. Número y año de la Ley a que corresponde. Artículo(s) citado(s). Fecha de promulgación (País) Ej. Código Contencioso Administrativo. Decreto 1 de 1984. Art. 145, enero 2 de 1994.

DECRETOS, ORDENANZAS, ACUERDOS, RESOLUCIÓN. Número y año del Decretos/Ordenanzas/Acuerdos/ Resolución. Asunto. Fecha de promulgación del acto. [Ente que lo promulgó] Ej. Decreto 2473 de 2010. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007, julio 9 de 2010 [Presidencia de la República].

JURISPRUDENCIA. Tribunal que profiere la Sentencia. Sala o Sección (en caso de ser aplicable). Número de Sentencia o del proceso (Magistrado/Consejero ponente/Juez; fecha). Ej. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia C-649/10. (Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto; 24 de agosto de 2010). **FOTOGRAFÍAS E ILUSTRACIONES.**

Las fotografías, ilustraciones y gráficos deberán enviarse en archivos independientes del texto principal. También deberán ser identificadas como “figura” y enumeradas según el orden de utilización en el texto. La buena calidad de las ilustraciones, en la publicación se debe a la calidad de archivo enviado por el autor. Cada ilustración debe tener un pie de imagen que dé cuenta de su providencia.

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD DE ARTÍCULO PRESENTADO

Título del artículo que se presenta:

Área: _____

Autor: _____

Fecha de presentación: _____

Por medio de esta comunicación, certifico que el artículo que estoy presentando para posible publicación en la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, Principia Iuris, es de mi entera autoría, siendo sus contenidos producto de mi directa contribución intelectual.

Todos los datos y referencias a publicaciones hechas están debidamente identificados con su respectiva nota bibliográfica y en las citas que se destacan como tal.

Por todo lo anterior, declaro que el material presentado se encuentra conforme a la legislación aplicable en materia de propiedad intelectual, y, por lo tanto, me hago responsable de cualquier reclamación relacionada a esta.

En caso de que el artículo presentado sea publicado, manifiesto que cedo plenamente a la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, los derechos de reproducción del mismo y accedo a las modificaciones que de forma se requieran para adaptarse a la estética de la revista. Como contraprestación de la presente cesión, declaro mi conformidad de recibir (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

El autor,

El editor,

C.C.

C.C.

Principia Iuris ISSN 0124-2067

Código de Ética

Revista PRINCIPIA IURIS

Desde el punto de Vista a editores y/o Comité editorial

El Comité Editorial velará por mantener el anonimato de los autores y sus evaluadores, colaborando a que el proceso completo de recepción y revisión del artículo esté amparado en la transparencia, una práctica objetiva y confidencialidad de las partes involucradas en el proceso editorial para garantizar durante todas las etapas la calidad. Orientado por este mismo principio, se busca contar en el menor tiempo posible con la asignación de los/as evaluadores/as más idóneos/as para el artículo que postula a ser publicado en la Revista Principia Iuris.

Los editores serán responsables de garantizar el cumplimiento de los tiempos límite de espera para la emisión del resultado del proceso, siendo un plazo máximo de 60 días para que el/la autor(a) sepa la situación de su artículo: “aceptado”, “aceptado con correcciones” o rechazado.

La aceptación no obliga necesariamente a la revista a incluir el artículo en el número en la cual se ha postulado. Siendo así, que la revista se reserva el derecho a publicar en un número siguiente si se excede en el número de artículos para el presente número.

El Comité Editorial deberá revelar cualquier conflicto de intereses; y si alguno de los miembros considera que debe declararse impedido este lo hará por escrito.

Al respecto los/as autores/as serán notificados/as por el Editor en qué número saldrá publicado el artículo que ha sido previamente aceptado.

Permitir a los autores el derecho a apelar una decisión del comité editorial.

Mantener informados a los autores desde el momento de recepción de sus trabajos hasta el momento en que se haya tomado una decisión.

Llevar a cabo un proceso de edición y publicación transparente y con entero respeto a los autores.

Estar disponibles tanto para los autores como para los evaluadores con el fin de aclarar las dudas que surjan durante los procesos de evaluación, revisión, diagramación y de edición.

Aceptar o rechazar los trabajos recibidos por la dirección de la revista con base únicamente en los resultados anónimos previstos de los pares evaluadores (si estos

no coincidieran en su veredicto, el director y el comité editorial de la revista deberán tomar una decisión final).

Desde el punto de Vista autores/as

Al enviar un artículo a la revista *Principia Iuris*, los/as autores/as se comprometen a no enviar de modo paralelo su paper a otra publicación científica.

Los textos deben ser de autoría propia y no tratarse de uno ya publicado al cual se han realizado solo modificaciones menores respecto a una investigación ya difundida.

Por lo mismo, en revista *Principia Iuris* únicamente pueden presentarse trabajos inéditos.

Al actuar como Autor, se compromete a comunicar al comité editorial de la revista si se enfrentara ante un conflicto de interés o inhabilidad al momento de presentar un artículo ante algún evaluador que considere no sea idóneo para su respectiva revisión y evaluación.

Respecto a los datos contenidos en la investigación, deben ser verídicos, lo que significa, que no han sido modificados para mantener una coherencia con la perspectiva teórica y metodológica utilizada.

Del mismo modo, cuando dichos datos involucran la participación de personas como sujetos/as de estudio, tal vinculación se ha efectuado bajo la doctrina del consentimiento informado, lo cual implica una participación informada, libre y voluntaria en la investigación, manteniendo el anonimato de personas e instituciones.

Los/as autores/as al revisar los antecedentes teóricos y conceptuales de otras investigaciones conducidas en el ámbito temático del trabajo, se comprometen a abordar con exhaustividad esos trabajos, haciendo que el estado del arte sobre el tema, sea una revisión exhaustiva que sistematiza lo más actual, relevante y con diversidad de enfoques epistemológicos y metodológicos que han abordado el tema.

En ese mismo sentido, se garantiza la inclusión de autores/as que han realizado contribuciones científicamente significativas en el ámbito (multi/trans/inter) disciplinar respecto al tema de investigación.

En relación a la autoría del trabajo de investigación se compromete la inclusión de todas las personas que han aportado de modo significativo a la discusión teórica, a la sistematización del estado del arte y análisis de los datos; así también a la Escritura del texto, absteniéndose de incluir a otras personas solo por nexos de amistad, o vínculos intelectuales.

Un/a autor/a que ha presentado un artículo a la revista y que aún no ha sido publicado, puede solicitar el retiro de su artículo expresando los motivos que originan tal solicitud, quedando en libertad de acción luego que reciba de parte de el/la director/a de la revista la respuesta positiva a la solicitud.

Los/as autores/as son responsables por las perspectivas teórico-conceptuales que adopten y por las conclusiones, opiniones o afirmaciones que formulen las cuales no son necesariamente compartidas por la revista Principia Iuris ni por la Universidad Santo Tomás.

Desde el punto de vista a pares evaluadores

Quienes actúan como pares evaluadores son personas que participan de modo voluntario en este rol, siendo idóneos desde el punto de vista intelectual y/o teórico-metodológico para emitir un juicio evaluativo respecto a los trabajos mediante los cuales los autores postulan a su publicación a la revista Principia Iuris.

Al actuar como par, se compromete a comunicar al comité editorial de la revista si se enfrentarán ante un conflicto de interés o inhabilidad al momento de evaluar un artículo, junto con respetar la confidencialidad de la información relacionada con el proceso editorial.

De este modo, un/a evaluador/a se adhiere estrictamente a las políticas del proceso de evaluación de la revista, buscando siempre efectuar una crítica honesta y constructiva, manteniendo siempre la discreción con el contenido de los documentos evaluados.

Se aplicará la pauta de doble ciego de la cual dispone la revista Principia Iuris, de ese modo se promueve el respeto hacia el autor y la revista, consolidando así una cultura de gestión en la calidad.

Una vez aceptado el artículo para el respectivo proceso de revisión y evaluación se asume que estará acogiéndose al código de ética de la Revista Principia Iuris.

ÍNDICE DE ARTÍCULOS / AUTORES

A

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JUSTICIA ENTRE EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO BASADO EN LAS LEYES 599 DE 2000, LEY 906 DE 2004 Y TEOLOGÍA BASADA EN LA BIBLIA. Hernán Felipe Pineda Medina Pág.

C

CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y RESPUESTA DEL ESTADO ANTE EL INCUMPLIMIENTO POR LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA Fabio Iván Rey Navas, Deiby Alberto Sáenz, Darwin Anthony Quintero Herrera y Javier Mauricio Vera Gutiérrez Pág.

E

EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA APLICACIÓN DE LOS VALORES DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA Jairo Andrés Cortés Torres, Aldemar Guzmán Quintero y Juan Carlos Contreras Garibello Pág.

L

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO MECANISMO DE CONSTRUCCIÓN COLECTIVA DE PAZ Y GOBERNANZA TERRITORIAL. UNA LECTURA DESDE LOS PROGRAMAS DE DESARROLLO CON ENFOQUE TERRITORIAL (PDET) Y PLANES DE ACCIÓN PARA LA TRANSFORMACIÓN REGIONAL (PATR) Andrés Felipe Malaver López y Yenny Rocío Echeverría Pulido Pág.

LA PROTECCIÓN DE LA SEMILLA TRADICIONAL EN EL CASO COLOMBIANO David Ronderos Gaviria Pág.

LIMITACIONES A LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LAS LESIONES DEPORTIVAS APLICADAS AL DERECHO DEPORTIVO Daniel Eduardo Ávila Becerra Pág.

LÍMITES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA A FAVOR DE ANIMALES DE COMPAÑÍA Carlos Andrés Pérez Calderón Pág.

R

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SOBRE ACTUACIONES DE MANIFESTANTES: EL PARO AGRARIO DENTRO DEL PRISMA CONSTITUCIONAL Pedro Alejandro Amézquita y Néstor Hernando Moreno Pág.

PRINCIPIA IURIS NÚMERO 36

PRINCIPIALISMO BIOÉTICO Y BIOJURÍDICO: ¿NECESITAN LA BIOÉTICA Y EL BIODERECHO EUROPEOS UN MARCO DIFERENTE DE PRINCIPIOS?

Tom L. Beauchamp

LOS PRINCIPIOS DEL BIODERECHO EUROPEO

Peter Kemp

PRINCIPIOS ÉTICOS DE LA BIOÉTICA Y EL BIODERECHO EUROPEOS: AUTONOMÍA, DIGNIDAD, INTEGRIDAD Y VULNERABILIDAD

Jacob Dahl Rendtorff

EL BIODERECHO EN EL SIGLO 21

Carlo Casonato

BIODERECHO, CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Amedeo Santosuosso

ÉTICA UNIVERSAL Y BIODERECHO MULTICULTURAL

Darryl Macer

BIODERECHO, ‘DILEMA DEL DOBLE USO’ Y LIBERTAD DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Ilaria Anna Colussi

EL BIODERECHO EN MÉXICO: ESTADO DEL ARTE Y APLICACIONES

Ingrid Brena Sesma

PRINCIPIA IURIS NÚMERO 37

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MEDICINA ANTICONCEPTIVA,
INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y ECOGRAFÍA PRENATAL
EN COLOMBIA

William Andrés Ordóñez Bastidas
Laura Daniela Ramírez Guevara

APROXIMACIONES A LA EPIGENÉTICA. UN NUEVO CAMPO DE ESTUDIO
PARA EL DERECHO

Carlos Ricardo Mendieta Pineda
Luz Mireya Mendieta Pineda
Wilmar Niño Hernández

LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE LA
PANDEMIA Y LA CUARENTENA EN COLOMBIA

Luis Heliodoro Jaime González

UNA MIRADA DESDE LA ÓPTICA DE LA PSICOLOGÍA JURÍDICA
EN PRIVADOS DE LA LIBERTAD, CONSUMIDORES DE SPA, EN EL
ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE ALTA Y MEDIANA
SEGURIDAD DE CÓMBITA

Oscar Javier Hernández Uribe

EDUCACIÓN AL SERVICIO DEL CONSTITUCIONALISMO. “DE CÓMO
HACER COSAS CON LA CONSTITUCIÓN Y NO DESFALLECER EN EL
INTENTO”

Carolina Valencia Mosquera

EL PRINCIPIO DE LA DOBLE CONFORMIDAD EN EL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO COLOMBIANO: ANÁLISIS DESDE EL PARADIGMA
GARANTISTA

María Camila Rodríguez Ruiz
Cristian David Ibarra Sánchez

MORIGERACIÓN DEL RÉGIMEN DE NULIDADES DEL PROCESO CIVIL
VÍA ACCIÓN DE TUTELA

Gerson Filippo Arcieri Caldas
Laura Ivonne Feijoo Urrea
Luisa Fernanda Hernández Sánchez
Nicolás David Salamanca Giral
Andrés Felipe Zamudio Arias

LA GESTIÓN DEL CAMBIO DE LAS EMPRESAS FAMILIARES: SUS RIESGOS
Y RETOS EN BOGOTÁ - COLOMBIA

Hernán Esteban Rodríguez Crespo

PRINCIPIA IURIS NÚMERO 38

EL BIODERECHO COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA

Carlos María Romeo Casabona

Sergio Romeo Malanda

FRONTERAS DEL BIODERECHO Y LA BIOÉTICA

Juan Alberto Lecaros

BIODERECHO Y TENSIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN
LATINOAMÉRICA

Eduardo Rueda

BIODERECHO, DIVERSIDADES, JUSTICIA SOCIAL Y DERECHOS
DIFERENCIADOS

Aristides Obando Cabezas

JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y HAMBRE. UNA APROXIMACIÓN
DESDE LA BIOÉTICA Y EL BIODERECHO

Gabriela Arguedas

LIBERALISMO, *ENHANCEMENT* COGNITIVO Y BIODERECHO

Daniel Loewe

PRINCIPIA IURIS NÚMERO 39

INAPLICABILIDAD DE LA JURISDICCIÓN COACTIVA POR PARTE DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

Javier Eduardo Castrillón Buitrago

LA CONSIDERACIÓN DEL DELITO TRIBUTARIO COMO ILÍCITO DE CUELLO BLANCO Y SU DIFICULTAD PROBATORIA

Carlos F. Forero Hernández

UN CAMBIO EN EL ENFOQUE DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL COMO PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES EN EL SIGLO XXI

Sergio Andrés López-Zamora

LA PRUEBA DE OFICIO EN LOS DISTINTOS REGÍMENES

Sergio David Ríos

ACUERDO DE PAZ Y POST-CONFLICTO, EXPECTATIVA O REALIDAD?

Valentina Osorio

LOS PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PROCESO DE PAZ COLOMBIANO

Omar Antonio Herrán, Jaime Alberto Sandoval Mesa y Jesús E. Sanabria-Moyano

LA FUNCIÓN DEL JUEZ PENAL PARA DAR VALIDEZ A LA PRUEBA

Juan Pablo Rincón Camacho, Jimmy Dein Rodríguez Cuervo

UNA APROXIMACIÓN AL FEDERALISMO EN CORRELACIÓN A LA FORMA REPRESENTATIVA REPUBLICANA DE GOBIERNO FRENTE A LOS NUEVOS FENÓMENOS SOCIALES

Ezequiel Gustavo Polverini

PRINCIPIA IURIS NÚMERO 40

EL PAPEL DEL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE EN EL EJERCICIO DE LA SANA CRÍTICA

Pablo Andrés Martínez Ico

ALGUNAS RAZONES DEL VOTO POPULAR EN LAS ELECCIONES PRESIDENCIALES DEL 19 DE JUNIO DEL AÑO 2022 EN COLOMBIA.

Pablo José Arias Páez

HERRAMIENTAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO; ESTUDIO DEL CASO PRETORIA Y PRISMA

Jonathan Snaider Torres Abril, Zayda Yoletth Silva Vásquez y Valeria Gómez Simijaca

CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y DERECHO AMBIENTAL

Alexis Peña Fernández

APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO COMO CIENCIA EN LA ERA DIGITAL: UN ANÁLISIS A PARTIR DEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Isabel Cristina Ramírez Núñez y Flor María Torres Guzmán

LA PENA ALTERNATIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y EN EL ACUERDO DE PAZ SUSCRITO CON LAS FARC

Alfonso Daza González

LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA, PRESUPUESTO DE UNA ADECUADA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL PROCESO CIVIL

Héctor Francisco Arévalo Fómeque

PRINCIPIA IURIS NÚMERO 41

DESISTIMIENTO TÁCITO: UNA FUENTE DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

Magda Yaneth Martínez Quintero

INCAPACIDADES MÉDICAS: UNA PERCEPCIÓN JURÍDICA DERIVADA DE LA PRAXIS CONTRARIA PARA SU RECONOCIMIENTO EN COLOMBIA

Karen Julieth López Gutiérrez

EFFECTOS JURÍDICOS ENTRE EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN SOLEMNE EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Diego Andrés Joya Bermúdez

LA PROTESTA SOCIAL PACÍFICA, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

Carlos Andrés Aranda Camacho, Omar Alfonso Guerrero Bernal, María Alexandra Villegas Ibáñez

EL BASILISCO: CARICATURA ANTIMASÓNICA EN EL DIARIO “EL SIGLO”, 1936-1942

Joan Sebastián Igua Muñoz

SENTENCIA T-218 DE 2022: PROGRESO JURÍDICO PARA DETENER EL DESARROLLO HORMONAL CON PERSONAS TRANSGÉNERO MENORES DE EDAD

Elkin Centeno Cardona, Sergio Luis Mondragón Duarte

LA OBJETIVACIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS A PARTIR DE LAS CIENCIAS EXACTAS: LA MATEMÁTICA Y LOS PARÁMETROS ALGORÍTMICOS

Danna Marcela Álvarez Prada

SITUACIÓN LABORAL DE LOS MIGRANTES VENEZOLANOS EN LOS MUNICIPIOS DE SAN GIL Y SOCORRO DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER DURANTE EL AÑO 2022: ANÁLISIS A PARTIR DE LOS NIVELES DE EMPLEABILIDAD Y DE COBERTURA LABORAL

Carlos Fernando Morantes Franco

PRINCIPIA IURIS No. 42

AFECTACIONES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA DURANTE LA PANDEMIA: UNA MIRADA AL RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA DE SUS DERECHOS TERRITORIALES

Angie Natalia González Rodríguez, Paula Lucía Arévalo Mutiz y Yesit Leonardo Silva Medina.

EL PAPEL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA FRENTE A LA CORRUPCIÓN

Carlos F. Forero Hernández y Paula Yulieth Arana Guaraca

RESPONSABILIDAD Y SANCIÓN DISCIPLINARIA DEL SERVIDOR PÚBLICO: ANÁLISIS Y RETOS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

Ana María Pérez Barrera

ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL COLOMBIANO BAJO EL INFLUJO DEL PRINCIPIO DE UTILIDAD DE CESARE BECCARIA Y EL PRINCIPIO REFORMATARIO PENITENCIARIO DE JOHN HOWARD

Diego Alexander Ramírez Flórez

EL SUICIDIO COMO RIESGO ASEGURABLE EN COLOMBIA

Helmuth Fabián Vargas Acero

LA MÚSICA *HEAVY* METAL, UNA REFLEXIÓN CRIMINOLÓGICA: ACERCAMIENTOS VERSUS DISTANCIAMIENTOS CON EL DERECHO PENAL

Juan Sebastián Rois Buitrago y Juan Carlos Contreras Garibello

HACIA LOS DERECHOS HUMANOS DEL SUJETO AMBIENTAL EN EL MARCO DEL NUEVO PARADIGMA AMBIENTAL

Sergio Andrés López Zamora

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CONSENSO COMO REALIDADE NO PROCESSO PENAL

Stephanie Carolyn Perez



CONTENIDO

CONSTRUCCIÓN COLECTIVA DE PAZ Y GOBERNANZA TERRITORIAL: UNA LECTURA DESDE LOS PROGRAMAS DE DESARROLLO CON ENFOQUE TERRITORIAL (PDET) Y PLANES DE ACCIÓN PARA LA TRASFORMACIÓN REGIONAL (PATR).....	12
Andrés Felipe Malaver López Yenny Rocio Echeverría Pulido	
LÍMITES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA A FAVOR DE ANIMALES DE COMPAÑÍA	48
Carlos Andrés Pérez Calderón	
LIMITACIONES A LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LAS LESIONES DEPORTIVAS APLICADAS AL DERECHO DEPORTIVO	66
Daniel Eduardo Ávila Becerra	
LA PROTECCIÓN DE LA SEMILLA TRADICIONAL EN EL CASO COLOMBIANO	83
David Ronderos Gaviria	
CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y RESPUESTA DEL ESTADO ANTE EL INCUMPLIMIENTO POR LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA	109
Fabio Iván Rey Navas, Deiby Alberto Saenz Darwin Anthony Quintero Herrera, Javier Mauricio Vera Gutierrez	
ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JUSTICIA ENTRE EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO BASADO EN LAS LEYES 599 DE 2000 Y 906 DE 2004, Y TEOLOGÍA CRISTIANA BASADA EN LA BIBLIA	127
Hernán Felipe Pineda Medina	
EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA APLICACIÓN DE LOS VALORES DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA.....	151
Jairo Andrés Cortés Torres Aldemar Guzmán Quintero Juan Carlos Contreras Garibello	
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SOBRE ACTUACIONES DE MANIFESTANTES: EL PARO AGRARIO DENTRO DEL PRISMA CONSTITUCIONAL.....	161
Pedro Alejandro Amézquita Néstor Hernando Moreno	

