

BERBIQUÍ 66

REVISTA DEL COLEGIO DE JUECES Y FISCALES DE ANTIOQUIA ISSN 0122-7904



BERBIQUÍ 66

REVISTA DEL COLEGIO DE JUECES Y FISCALES DE ANTIOQUIA

DIRECTOR:

Hernando Antonio Bustamante Triviño

COMITÉ DE REDACCIÓN:

Ricardo Vera Pabón

Luz Miryan Sánchez Arboleda

John Fredy Cardona Acevedo

Orlando Antonio Gallo Isaza

Gustavo Adolfo Villazón Hiturriago

Francisco Javier Loaiza Flórez

PORTADA:

Firma del Acta de Independencia en el
Cabildo de Bogotá

Autor: Coriolano Leudo

Técnica: Óleo

Año: 1938

CONTRAPORTADA:

Escrito de Bernardo Puerta González

CORRESPONDENCIA Y CANJE:

Carrera 55 N.º 40A-20, oficina 310

Edificio Torre Nuevo Centro La Alpujarra

Teléfonos: 2616056, 2324398

Cel.: 3225145720

Correo electrónico:

secretario@juecesyfiscales.org

Facebook, WhatsApp, Twitter:

[@juecesyfiscales](#)

www.juecesyfiscales.org

Medellín, Antioquia

BERBIQUÍ 66 diciembre de 2019

CONTENIDO

EDITORIAL	
EL CONTEXTO	
Director	3
JUVENTUD, LEY Y AUTONOMÍA	
Jorge Alemán	5
INDEPENDENCIA DE NUEVA GRANADA: PROCESO LARGO Y DIFÍCIL, DE 1781 A 1821	
Luis Fernando Múnera López	15
REFLEXIÓN DE LA PELÍCULA “UN GUARDIÁN ANTE EL ESPEJO”	
Andrés Felipe García Fernández	28
DECLARACIÓN DE PARTE COMO MEDIO PROBATORIO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO	
Ricardo Miguel Argoty Hernández	33
EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN (TIC): EL CASO DE LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA EN COLOMBIA	
David Fernando Quintero Ríos	49
JUSTICIA CON ROSTRO HUMANO	
Diego Fernando Enrique Gómez	57
LA MUJER HOY: UNA MIRADA A SU CONDICIÓN DE GÉNERO	
José Alejandro Gómez Orozco	66
CONTEXTOS GENERALES Y UN CONTEXTO PARTICULAR EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES EN COLOMBIA	
José Domingo Ramírez Gómez	88

EDITORIAL

Repasando algunas revistas me encontré con el artículo del doctor José Calvo González*, donde se hacen aseveraciones tan contundentes como que “Un abogado sin historia o literatura es un mecánico, un simple albañil que trabaja”, sentencia que para muchos puede pasar desapercibida, pero que si nos detenemos a analizar, si se mastica literalmente, es de muy fácil comprensión, pero no por ello deja de ser grave su predicción, pues los que nos dimos el gusto de transitar por los diferentes estantes que se expusieron en la capital de Antioquia, en la feria del libro y la cultura de Medellín, en el mes de septiembre de 2019, pudimos imaginarnos y tener la sensación de la amplitud del mundo, del conocimiento, en la referencia que de esto se hace en los diferentes textos científicos, de ciencias, de filosofía, de sicología, de arte, de música, de la naturaleza, de metafísica y hasta ciencia ficción, que por lo menos nos hace conscientes de que necesitamos muchas vidas para asimilar todo ese universo, su conocimiento y otras más para tratar de entenderlo y aplicarlo.

Pero a partir de esa percepción nos debemos ubicar en una actitud que tenga como cimiento la realidad de que no todo está dicho, que nos encontramos en un constante cambio, que en lo social y político no hay verdades absolutas y únicos detentadores de ella y a partir de esa convicción debemos tratar de entender nuestro contexto, en el ámbito familiar, social, político, religioso y laboral, donde desarrollamos nuestra vida fungiendo como protagonistas de primera línea, desempeñando nuestro papel familiar, teniendo claro la crisis que presenta ese núcleo esencial de la sociedad, lo que repercute negativamente en nuestra vida, por cuanto si desde el desarrollo familiar se pierden esos principios rectores, como el respeto, la justicia, la solidaridad, la igualdad, el amor y nos vemos sometidos a las crisis que se están viviendo en gran parte del mundo y en Suramérica como Venezuela, Chile, Bolivia, Ecuador y Argentina y se asoma en Colombia, como resultado de la desigualdad, la injusticia, la pobreza, la ignorancia, la falta de gobernalidad, de presencia del estado en muchas zonas del país, y que se convierte en violencia generalizada, sin soluciones a la vista que permitan disminuir la pobreza y la falta de oportunidades.

En este año bicentenario debemos repasar la historia, conocer las diferentes versiones que existen sobre nuestros procesos de la independencia, para no aplicar la frase de que pueblo que no conoce su historia está condenado a repetirla, que significa que no hemos podido

*Ver la revista número 64 de Berbiquí, el artículo titulado “PRÁCTICA JURÍDICA Y CULTURA LITERARIA DEL DERECHO”, del Dr. José Calvo González, de la página 35 a la 41.

salir de la denominada “patria boba”, pese a que existe un acuerdo de paz, para el que todos tenemos que aportar y que se convierta en pocos años en una realidad. No podemos ser inferiores al legado de Independencia y Libertad de quienes todo lo dieron y sacrificaron, para construir una nueva patria.

JUVENTUD, LEY Y AUTONOMÍA*

“El discurso capitalista restablece una conexión entre el sujeto y el goce sin barrera y sin corte alguno. Establece un acceso del sujeto al goce que elude la castración”.

Jorge Alemán

I

Voy a decirlo sin rodeos: asistimos en nuestra época al despotismo de la juventud. Más preciso: al despotismo que ejerce una juventud, puesto que, estrictamente no existe “la” juventud, como no existe “la” mujer o “la” sexualidad, sino que existen las juventudes, las mujeres, las sexualidades. La Modernidad es la época que ha abierto la multiplicidad y la diversidad y ha señalado el ocaso de lo único y lo homogéneo. En ella precisamente, los objetos se presentan siempre en variadas y a veces contradictorias formas, lo que referido a la juventud determina que ésta se manifiesta bajo diversas expresiones, obligando por tanto a tener el cuidado de advertir a cuál de esas formas se aplican las proposiciones que uno enuncia, pues es perfectamente factible encontrar en la misma Modernidad otras juventudes para las que no valgan las afirmaciones expuestas en este escrito, incluso que las contradigan. De aquí que se imponga la necesidad de delimitar de qué juventud, entre las varias juventudes de nuestra época, tratan mis proposiciones, cosa que haré, pero siéndome necesario para esto una consideración previa que permita ubicar mejor el lugar que lo juvenil ocupa en los ideales de nuestra época.

II

No cabe duda en que un cambio decisivo llevado a cabo por la Modernidad es esa revolución en la afectividad que consistió en concentrar la vida de las personas en la pareja y en los hijos, siendo éstos, en tanto niños o adolescentes, exaltados al lugar de lo primordial en el quehacer y propósitos de los padres. La sobre valoración del hijo es la consecuencia lógica de una estructura familiar que ocupa el lugar de una sociabilidad venida a menos, siendo la familia el resguardo de un individuo cada vez más solitario por el empeño que pone en mantenerse a distancia de los demás. Por la vía de la creciente importancia asignada al hijo, la Modernidad transitó a la idealización de la juventud configurando como anhelo superior el ser joven o parecer tal. Por esto, en la mentalidad de nuestra época se acepta el imperio de los jóvenes y se concibe que ellos constituyen la cifra de la vida y la clave de la sociedad. La expresión de Rubén Darío, “Juventud, divino tesoro”, es emblemática de nuestro tiempo.

*Artículo de MGNC No. 39.UdeA. Medellín.2006.

El ansia por prolongar la juventud, la nostalgia que por ella guarda quien ya no la posee y su asignación como paradigma de la existencia -lo que se expresa en el lugar prioritario que tienen la belleza y la fuerza física, frente a la inteligencia y la sabiduría en la escala de valoración de nuestros días-, todo esto testimonia la forma en que la cultura occidental moderna se ha entregado al mito de los llamados “años primaverales”. La consigna a cumplir a toda costa es parecer joven, el anhelo es la eterna juventud y se les pide afanosamente a la ciencia y a la técnica que ayuden a eliminar sino los años -cosa imposible- sí, los efectos del paso del tiempo sobre el cuerpo o, por lo menos, que logren borrar las huellas visibles que va dejando en la piel y en las formas. Por otra parte, como apenas es obvio inferir, la ascensión del joven al lugar de ideal, se corresponde con la defenestración de la vejez, delatando ambas actitudes correlativas -idealización de la juventud, menosprecio de la vejez- la dificultad del hombre moderno para aceptar la fragilidad de nuestro ser y la tozuda e inevitable acción de la muerte sobre él, dificultad acentuada por la verdad que la misma Modernidad ha puesto frente a nuestra cara: que ya no hay dioses que velen por nosotros ni inmortalidad a la que podamos aspirar.

III

La época moderna, configurada bajo la hegemonía del capital, hace del joven según la lógica de la idealización su héroe o su demonio y, aunque multiplica las formas de juventud, despliega un ideal de pretensiones uniformantes apoyado en el poder de circulación e incidencia del discurso capitalista, siendo precisamente el tipo de joven promovido por éste el que permite, ahora sí, definir esa juventud particular -que no cualquier juventud- objeto de esta líneas.

El tipo de juventud que promueve el discurso capitalista, cuando cobra realización efectiva en la vida social, produce devastadores efectos tanto en los jóvenes mismos como en la sociedad en que se desenvuelven. ¿Cuál es la juventud particular promovida por este discurso? La que constituye aquel conjunto que se articula a partir de una palabra que dice: “¡Goza, goza sin límite, es tu derecho!”, discurso que para desgracia del joven y de la sociedad no encuentra un adulto capaz de agenciar la ley como límite a ese goce perverso que hace de la vida simple gasto vano e inane.

Puesto el joven en el lugar de alguien destinado únicamente a gastar, el adulto vergonzante establece con él una relación caracterizada por exonerarle del trabajo y de cualquier función productiva, por la maximización de sus derechos y la minimización de sus deberes, por hacerlo objeto privilegiado y constante de atención y por darle estatuto de víctima frente a la cual el adulto se asume en perpetua culpa. Puestas así las cosas, se configura un joven entregado ansiosamente al goce, incapaz de elevarse a la dignidad de deseante, pues alguien que sólo puede hacer de la vida puro goce, es decir, mero gasto improductivo, nada podrá saber de esa falta que dispone a la acción y a la realización que es el deseo.

El tipo de juventud que alienta el discurso capitalista, sin importar la clase social, promueve a este joven a la convicción de que todo para él es de derecho, que su goce no puede tener

restricción y que a él no lo implica ninguna deuda con sus antecesores ni ninguna función de compromiso, trabajo y responsabilidad, pues lo suyo ha de situarse sólo en el orden del consumo gratuito. Y, como he dicho, abandonado al puro goce, con la desgracia de no contar con quien agencie de barrera para su desmesura, será incapaz de desear y quedará inhabilitado para esa forma suprema de la felicidad humana que es ser realizador de los deseos propios. Exento de la lucha y el esfuerzo superador, ve como su existencia se hunde no en la creación -pues sólo un deseante puede crear- sino en el sin sentido y en el sin valor que lo condenan al martilleo incesante e implacable del tedio y de la angustia, del que pretende inútilmente librarse apelando a la diversión maníaca, a los riesgos mortales o a la agresividad para con los semejantes.

IV

Sea una última consideración que contribuya a la contextualización de las afirmaciones que estas líneas quieren ofrecer. Existen sin duda determinaciones objetivas para la promoción al goce sin límites, mortífera para él y para su sociedad, que del joven hace el discurso capitalista. Si las sociedades premodernas establecieron un peso para la tradición, que le dio un lugar protagónico a los mayores y le asignó un valor al pasado, la sociedad moderna -bajo el acicate del capitalismo triunfante- señaló la primacía del cambio y puso al joven en el papel de protagonista social por excelencia, al tiempo que acentuó el valor de lo Inmediato y de lo por venir. Esta Modernidad Capitalista supo someter la ciencia al imperio de la técnica, acuciada por esa necesidad de eficiencia creciente que reclama la producción de mercancías y la acumulación de plusvalía, lo que determina que en la sociedad del capital el conocimiento científico se realice principalmente como incesante -y agobiante- novedad instrumental. Es ante esta frenética innovación técnica, que hace lo de ayer caduco y obsoleto, que el joven puede fungir como operador eficiente y como instrumentador calificado, cosa que por principio no equivale a que sea un creador, pues para el acto creador es imprescindible una apropiación y un dominio de la tradición y esto, precisamente, es lo que no propicia una cultura que alimenta en el joven no la deuda para con el otro, sino el mito de que él es mero efecto de sí mismo, fruto de su autoprocreación y, por ende, que toda esa precedencia que es la tradición sobra para él.

Consecuencia de esta aceleración sin tregua del cambio -particularmente en el orden técnico- por la que se ha precipitado la Modernidad Capitalista, es el profundo distanciamiento y la diferenciación rivalizante que se ha producido entre jóvenes y adultos, quienes constituyen conjuntos generacionales cargados de sus respectivos principios, mitos y prácticas y separados en sus formas de actuar, vestir, hablar y disfrutar. Y si es cierto que siempre, a lo largo de la historia, ha habido tensión y pugna entre el joven y el adulto, en épocas premodernas no era porque aquél representara el cambio (pues el cambio lo impulsaban mayores revolucionarios), sino porque disputaba el lugar de éste. De la misma manera, las diferencias generacionales siempre se han manifestado en las relaciones padre-hijo y maestro-alumno pero, en la premodernidad, ser joven era una etapa de aprendizaje de las formas de la adultez y eso le acarrea un esfuerzo continuo por parecerse a los mayores e

imitar sus modelos, que eran signo de realización y respetabilidad; en la Modernidad, por el contrario, el joven hace un valor positivo de todo aquello que lo diferencie y separe del adulto. Si antes el referente de los jóvenes eran los adultos, encargados de enseñar, hoy son los jóvenes, más bien, los que se toman como referentes de los adultos y fungen como enseñantes de sus mayores.

Si en la premodernidad, conflictos y dificultades incluidos, las generaciones se articulaban, hoy se separan y antagonizan, al tiempo que invierten el orden precedente del aprendizaje, el que ponía al joven en el papel del aprendiz y al adulto en el de enseñante. Se reconoce aquí una actitud característica del joven moderno del que hablo, la que podría llamar “rebelión contra el padre”, en todo caso contra aquel que representa la tradición y la ley, rebelión que reivindica el privilegio de ser excepción frente a la obligación y el compromiso, representándose y justificándose para ello como víctima de una adultez que, a más de haberlo traído a la vida “sin su consentimiento”, lo maltrata, lo malforma y lo malcomprende.

Pero esta negativa a someterse al orden de la ley no significa ningún peligro para el orden social vigente, pues en lugar de constituir una fuerza insurrecta que propenda por un nuevo orden de cosas, esa juventud es una simple continuadora que tras el espumaje de innovaciones de superficie, deja intocado lo esencial del mundo establecido. Este tipo de juventud no representa una actitud superadora del presente y del sistema de cosas dominante, pues toda su rebelión se reduce a cambios de superficie (en las modas, los gestos, los hábitos, el ocio, etc.) que dejan intactos e intocados los ordenamientos de estructuras (económicos, sociales y políticos), con lo cual antes que ser una juventud revolucionaria es una juventud profundamente conservadora. Rechazando contar con elevados ideales, esa juventud es una mezcla de individualismo egoísta y conformismo social que se constituye en bocado de ángel para las ofertas del mercado, a la vez que se perfila como un sector adaptado e integrado al orden establecido, que se pasa la vida bajo la compulsión a la diversión, en la que cabe esa emoción “total” que depara el riesgo extremo, salida ésta desesperada y fallida al hastío y al tedio en que la hunde la rutina de un consumismo improductivo. Esta juventud de la que hablo se habituó a vivir sin grandes porqués y sin fundamentos sólidos, atrapada en el inmediatismo individualista y en un reino de emociones vacías que sólo le abrirán la puerta al escepticismo, la desesperanza y la desilusión, preámbulos de esa nada de la muerte a la que la tienta la nada de su vida. Y es que a eso conduce la desgracia para el joven de tener adultos que lo abandonan al goce: conduce al triunfo del empuje destructor, tanto del que se dirige hacia sí como del que se dirige hacia los demás. Mejor dicho, la cruel paradoja de un amor entendido como no poner barreras al goce del joven es que así se asegura — para él y para los que entran en relaciones con él— el reino de la muerte.

V

Idealizado el joven como principio y fin de la vida, como razón de ser de la sociedad misma, esta juventud que llamo déspota encara su existencia desde la omnipotencia imaginaria, sin referente alguno que lo trascienda, sin deuda ni gratitud frente a ningún otro, debiéndose

sólo a sí mismo, desvinculado de cualquier reconocimiento al pasado y desentendido de todo compromiso con el futuro colectivo. Narciso fascinado de sí mismo en el espejo de la mera instantaneidad, percibiéndose como el único por el que el mundo pudiera justificarse, carente de la conciencia de sus límites y de su mortalidad, entregado a la compulsión por el bienestar, el prestigio y la diversión, al igual que por el consumo y la ostentación, ese tipo de joven promovido por nuestra época, de un lado tiraniza por su condición de Absoluto y de otro, usufructúa la posición de víctima que le permite reclamar siempre al mundo una deuda para con él. “Víctima despótica”, cristalizado en la imagen de ser el Niño Maravilloso de su madre y de esa versión de ésta -para él- que es la sociedad, sin consideración alguna del otro, exigiendo derechos y exonerándose de deberes, nada querrá saber ni del diálogo ni del respeto.

Pero no cabe duda que la tiránica omnipotencia de este tipo de joven habla también de un tipo de adulto forjado en nuestra época: aquel que al ser exponente de una permisividad incondicional, lo que delata es una posición culpable ante su propia vida y, en consecuencia, una actitud vergonzante frente a su papel de agente de la ley. Y esto último es así porque es evidente que si no se tiene motivos para guardar reconocimiento y orgullo por lo obrado en la historia propia, se está mal parado también para transmitir los valores y concepciones en que se fundó ésta y de ahí, por esa imposibilidad para asignar peso y significación al pasado propio, deriva la exaltación ingenua del cambio y la novedad como única posición válida ante la experiencia humana. A la perniciosa idea, otrora reinante, de “todo tiempo pasado fue mejor”, este adulto vencido de hoy responde “todo tiempo futuro será superior”. Adulto que tras su acrítica adscripción a la ideología del “progreso”, no hace otra cosa que enmascarar su lamentable impotencia para afirmar, reconocer y transmitir el valor de su propia aventura vital, su incapacidad para decirle a quienes apenas se abren a la vida, que si bien es cierto que la historia humana no termina con lo logrado por los adultos, también es cierto que ella no comienza con los jóvenes. En fin, tal joven para tal adulto y entre ambos delineando una ecuación precisa: Tiranía y despotismo de la juventud = Posición culpable y vergonzante de la adultez.

VI

La claudicación de cierto tipo de adulto para agenciar y transmitir la ley (es decir, el orden que permite hacer de una vida una existencia), se encubre en una ideología del amor que lo toma como eximir al otro de toda forma de dificultad y sufrimiento. El amor entendido así es lo que postulan los padres cuando dicen respecto a su hijo, por ejemplo, “que sea feliz, que no sufra lo que yo sufrí”, “quiero darle lo que yo no tuve”, “quiero que en él se realicen mis sueños”, etc., expresiones, lo digo de paso, que señalan también el resorte narcisista que mueve esta paternidad.

Pero esta forma de entender el amor como destinado sólo a deparar satisfacción inmediata -lo que lleva a devaluar al padre y a desautorizar al maestro, en tanto sostenedores de la ley, por lo que ésta tiene de límite al goce y, por ende, de generadora de malestar-, está

fundamentada en una errónea teoría: la que sostiene que el no y la prohibición inhiben la libertad y frustran de manera traumática. Cabe, más bien, decir lo contrario: hay un esencial carácter positivo y formativo del no y de la prohibición, lo mismo que, de manera general, se puede afirmar que la ley no sólo no es lo contrario de la libertad, sino condición de ésta, pues aquélla no se reduce a la función negativa de imponer un límite, sino que también cumple la función positiva de definir un campo de posibilidades al brindar unas reglas para obrar, construir y comunicar, con lo cual se abre el hombre al espacio de esa genuina libertad que consiste en poder disentir crítica y creativamente de lo establecido y no hacerlo como mera rebelión.

De otra parte, asumir la ley es reconocer que no se está solo, que hay un conjunto de humanos y que ella, en tanto instancia tercera trascendente a cada uno de los individuos, es la que sostiene la cohesión del conjunto. Y si hay un conjunto de seres sostenido por la ley, se infiere que ningún elemento de este conjunto es TODO. De aquí se puede avanzar afirmando que el propósito que debería guiar a todo acto educativo sería el de situar al individuo en esa condición de NO-TODO y esto frente al semejante, al tiempo, a la verdad, al goce, etc., es decir, que a diferencia del exitismo a ultranza que hoy hace moda, la educación debe no sólo enseñar a calibrar y a luchar por unos ideales, sino a hacer soportable y aceptable el fracaso, tal como lo decía Freud: “Una educación que no forme para el fracaso es como enviar a un viajero que va al Polo Norte con un mapa de los lagos italianos”.

VII

El sostenimiento de las sociedades en el tiempo se realiza a través de la transmisión de lenguajes, prácticas, actitudes y saberes de una generación (que, a su vez, recibió el legado de lo que le precedió) a la que le sigue. Socializar, en consecuencia, es transmitir una deuda: la que se contrae con el mundo que permite a la persona advenir de la nada al ser. Mundo quiere decir aquí el orden que ha sido instaurado por la ley y que pre-existe a todo individuo, orden que, como ya he dicho, define un sistema de prohibiciones, pero también un campo abierto de posibilidades. Cada generación recibe un legado que, a su vez, debe transmitir, asumiendo que sólo se puede modificar de manera creativa lo que efectivamente se ha apropiado, es decir, para-fraseando a Goethe, no sólo hay que ser capaz de conquistar lo que se hereda, sino que hay que saber apropiarse lo que se transforma. Precisamente, porque el hombre es un ser no-natural su aventura humana se propicia insertándose en lo establecido que le pre-existe, inserción tan necesaria cuanto que es condición misma para el despliegue de cualquier acción que pretenda revocarlo.

Si la ley es condición imprescindible para la experiencia humana, cabe decir que, de un lado, ella se opone al poder como fuerza caótica y destructora, mientras, de otro, ella es en sí misma un poder que cobra a cada cual, vía su acción limitante, una cuota de goce, cobro necesario para poder sostener el conjunto social y posibilitar el orden sobre el cual, o contra el cual, el hacer humano funda una obra. Cae de su peso que por tal recorte en la propensión del hombre al goce, la inscripción en la ley es asunto de malestar y, por tanto,

que todo agente de la ley está llamado a generar una molestia que el individuo, no obstante, ha de sobrellevar para disponer del beneficio de ser humano y habitar socialmente con otros semejantes. Ser agente de la ley, como lo son un padre o un maestro, es estar investido de una autoridad para representarla y transmitirla. Sólo tiene autoridad quien está legitimado por aquellos ante quienes la ejerce o por el conjunto social que contextualiza su tarea, contemplándose para tal autorización que en sus procedimientos el dicho representante de la ley se someta también a los límites que le estipula la propia ley. Que represente una ley que igual lo obliga y no que sea la ley, es decir, que quien ejerce la función acate que él no es la ley sino agente de ella, lo que significa que ella también lo gobierna, es lo que sustancialmente diferencia a la autoridad del autoritarismo, pues éste no es otra cosa que el ejercicio ilegítimo de una fuerza coactiva por parte de alguien que se toma no como representante sino como origen de la ley sin que sobre él pese el dominio de ésta. Mientras que el autoritarismo es una imposición del poder, sea como intimidación o como seducción, que apunta a sostener el imperio de lo Mismo que dimana del Amo, la autoridad es un ejercicio de la ley que se sostiene en la coherencia con lo que ésta señala, incluyéndose su agente entre los sometidos a ella, buscando su acatamiento principalmente por vía de la razón que argumenta y que abre la posibilidad para la emergencia de lo Otro, en todo caso, la autoridad es un agenciamiento de la ley que no desconoce los fueros de aquel o aquellos sobre quienes se ejerce. Por esto, mientras la imposición autoritaria recurre al fácil expediente de la palabra hecha orden indiscutible, la autoridad no puede dejar de sostenerse en el horizonte de la palabra devenida diálogo, sin arredrarse por lo difícil que sea éste o por el malentendido que siempre lo cruza.

VIII

Pero decir que la autoridad no es extraña a la otredad que el diálogo hace emerger, no quiere decir que la ley está fundada en la razón argumentativa y que su acatamiento está supeditado al convencimiento racional. A la ley se la acata y es desde el marco de acción posibilitado por ésta que se despliega la crítica racional que puede conducir, esfuerzo y lucha mediante, a una actitud colectiva que revoque el orden vigente. La ley es el principio fundacional de la sociedad y cuando configura un orden que efectivamente incluye en derecho y democráticamente a todos los miembros del conjunto humano así constituido, ella misma define y posibilita los términos de su cuestionamiento y transformación. De aquí que la autonomía de un individuo -como capacidad de hacerse cargo de su proceder en la vida y en el mundo- no se expresa como desconocimiento de la ley, sino como aceptación de ella en términos que consideren la posibilidad de una oposición creativa que busque el reconocimiento, valga decir, la legitimización de los demás o de una parte significativa de ellos. Ser autónomo, es decir, ser aquel mayor de edad capaz de gobernarse así mismo que invocaba Kant, es ser particular, crítico y creativo dentro de la ley, incluso si el destino de tal proceder es la transformación de la ley misma, cosa ésta que requiere ganar la aprobación colectiva para la alternativa propuesta. En otras palabras, que la vigencia de la ley no está supeditada al convencimiento racional que alcance el individuo, quiere decir

que éste debe desenvolverse en el marco de aquélla -mientras esa ley le reconozca sus derechos a la expresión, promoción y actuación legal de su disentimiento- en tanto no logre transformarla y aunque su acción apunte a lograr esto último. Es evidente que aquí aludo a esos dominios de la ley que son la institucionalidad jurídico-política y social, en los cuales todos los individuos quedan obligados de manera uniforme, siendo diferente el dominio ético-moral en el cual la ley determina al sujeto según una forma particular entre otras posibles y existentes, diversidad de morales y éticas que tienen sin embargo en común, los dos preceptos universales sobre los que se erige cualquier sociedad humana: la prohibición del incesto y la prohibición de matar.

IX

Pero, como ya lo he señalado, nuestra época ha dado lugar a un tipo de adulto que, como padre o como maestro, se destituye de su función de agente de la ley, siendo una muestra de ello su ansiosa pretensión de ser compañero de sus hijos o amigo de sus alumnos. Obviamente, cuestionar esa “fraternidad paterna” y esa “amistad profesoral” no niega que entre padres e hijos y entre profesores y alumnos, puedan y deban darse relaciones de diálogo, cordialidad y respeto, sino que apunta a precisar que padres y maestros, en tanto representantes de la ley, no son iguales o semejantes a sus hijos o a sus discípulos, igualdad y semejanza que son condición de la amistad y de la fraternidad respectivamente. Entregarse a estas fantasías de horizontalidad, negándose a agenciar la alteridad de la ley, diluye el necesario sometimiento a ésta por parte del hijo y del alumno y, de paso, degrada y devalúa las figuras del padre y del maestro. En términos simples: saber asumir la función paterna o magisterial es aceptar ser referente de la ley para con el hijo y el alumno, posibilitando así en éstos que tiendan y sostengan los lazos de socialidad que requieren y definen una vida humana.

X

Por otra parte, si a diferencia del autoritarismo, la autoridad propicia el diálogo entre padre e hijo y entre maestro y alumno, paradójicamente y bajo ciertas condiciones, el diálogo puede menoscabar la autoridad, lo que acontece cuando hay un exceso de él, cuando se realiza a destiempo o cuando se instala en la ilusión de que todo esfuerzo comunicativo humano debe conducir a un acuerdo pleno y cabal. Sin ahondar en que el lenguaje -pese a ser el recurso al que hay que apelar hasta lo último- no siempre garantiza superar las diferencias y que no por esto la ley puede quedar en suspenso, habría que decir y enseñar a hijos y alumnos, esto es, a la juventud, que la situación de diálogo se conquista y se merece por lo que se podría llamar gestos de disposición que señalan en el joven el deseo de ser interlocutor. Es elemental: no se puede conversar contra otro, sólo puede hacerse con otro, esto es, contando con la disposición de aquel que se reconoce en una situación de conflicto o diferencia que lo afecta y le interesa superar. Poner a quien no muestra merecimiento para ello en el lugar de interlocutor del diálogo, no es sólo hacer de éste una caricatura, sino que es avalar un ejercicio de sofista en el cual la habilidad lógica y retórica será la expresión

de quien al no reconocerse en una falta -condición imprescindible para ser un verdadero dialogante- sólo busca imponer lo suyo.

XI

Ahora, particularizando sobre la tarea de maestro, cabe decir que la función de éste en tanto representante de la ley lo constituye en generador de malestar en el alumno por la exigencia y la dificultad en que lo inscribe, razón por la cual no siempre ser un profesor halagado por los aplausos estudiantiles, equivale a ser un buen maestro. Adelantar la formación del joven, sin ceder en lo relativo al esfuerzo y disciplina que impone toda relación efectivamente productiva con el saber, es decir, situarlo en la liza de un exigir consecuente con el rigor y el esfuerzo que deben mediar para la forjación de un pensar propio -y digo bien: pensar, no simplemente informar-, es hacer factible para él la posibilidad del fracaso, pero también, compensatoriamente, es dejarle el derecho a ser el conquistador de sus logros y es posibilitarle que despliegue y potencie sus capacidades en la superación de las dificultades que surgen en toda verdadera empresa de pensamiento y de vida. Ser el pivote del difícil pulso con el saber y el pensar que sostiene el joven, es la tarea que compete al maestro según una ética que le reclama no buscar la fácil aceptación que concede el alumno a quien lo estafa vitalmente dándole ligeras y fáciles victorias y negándole ponerse a la altura de sus verdaderas fuerzas y capacidades. Igual que en amor, en los asuntos del saber hay que poner una seria duda sobre lo fácil y una grave sospecha sobre quienes le quieren hurtar al joven la riqueza de la dificultad fructífera.

XII

Sí, con el propósito de adelantar una formación que no conduzca al triste fruto de una juventud jugada a lo peor y entregada al despotismo del goce, el maestro está llamado a detentar la autoridad, la autorización para esto no se confiere la mera investidura formal y burocrática de un cargo, sino el hecho de encarnar simultáneamente el anhelo de ser, el anhelo de saber y el anhelo de transmitir, todo ello en el marco de un proceder ético sin concesiones. Afirmar la vida, buscar la verdad y valorar la juventud son rasgos que constituyen a quien merece llamarse maestro y lo autorizan para el ejercicio de una autoridad cuyo propósito no es otro que forjar en el joven la riqueza suprema a que puede aspirar una vida humana: la capacidad de ser autónomo, de pensar por cuenta propia, de decidir por sí mismo y de asumir las consecuencias, valga decir, ser alguien que se gobierna por cuenta propia y lo hace en el marco de una relación de reconocimiento y respeto por el lazo social.

Ser un maestro que sabe ejercer la autoridad de manera no vergonzante, exige esquivar tanto la arbitrariedad propia del autoritarismo como el amorfismo de todo permisivismo facilista, es desenvolver el oficio magistral en las coordenadas de exigencias y rigor que deben modelar la juventud en su relación con el ser y con el pensar, es propender por una educación que realmente posibilite al joven alcanzar esa mayoría de edad que, como decía Kant, consiste en poder servirse del propio entendimiento sin necesidad de tutores, ni de la dirección de otro. Es, también, apostar por una educación que no forme para la adaptación

sino para la libertad, esto es, para la crítica rigurosa y consistente y para la creación de formas alternativas de pensar y vivir. En fin, si quiero decirlo en pocas palabras: detentar ante el joven una autoridad clara y segura es contribuir a que supere el despotismo que actualmente exhibe cierto tipo de juventud y aportarle a que logre esa que he llamado la más valiosa conquista a que puede aspirar un ser humano: la de responder de sí mismo, valga decir, la de ser autónomo.

INDEPENDENCIA DE NUEVA GRANADA:

Proceso largo y difícil, de 1781 a 1821

Luis Fernando Múnera López*

Resumen

La independencia del virreinato de Nueva Granada es un largo proceso que tiene su antecedente en la revolución de los Comuneros, iniciada 1781 en la provincia de Socorro y continuada en otras zonas del territorio, en particular, Antioquia y Tolima. A principios del siglo diecinueve, el régimen colonial español se encontraba en crisis debido a la mala administración, que tenía deprimida la economía, estancada la agricultura y deficientes los caminos. La discriminación contra los criollos, hijos de españoles nacidos en América, generaba descontento. El pueblo soportaba duros gravámenes con los impuestos y monopolios de la corona. Los criollos, descontentos con la situación, empezaron a generar conciencia de cambio. La usurpación del trono de España por Napoleón Bonaparte en 1808 contribuye al estado de insatisfacción. En 1810, el grito de independencia en Santa Fe de Bogotá abre el camino para el Cabildo Abierto, la expulsión del virrey y su corte, y la conformación de la Junta Suprema de Gobierno. En el territorio de Nueva Granada se crean dos repúblicas independientes: El estado soberano de Cundinamarca y la Confederación de Provincias Unidas. En 1816 el rey de España ordena la reconquista de Nueva Granada. En 1819, los patriotas, refugiados en los llanos de Casanare, consolidan un ejército al mando de Simón Bolívar, cruzan los Andes y triunfan en las batallas de Pantano de Vargas y de Boyacá, y liberan el centro del país de la dominación española. Luego consiguen liberar la provincia de Antioquia, las provincias de la costa Caribe y la navegación por el río Magdalena, consolidando el proceso de independencia. Nace la república de Colombia.

1. La revolución de los comuneros

La Revolución de los Comuneros es un antecedente de la independencia. Se inició en el actual departamento de Santander. El levantamiento lo hizo el pueblo raso, en la comunidad de Socorro, actual Santander. Hacia 1780 la Corona española estableció el estanco de

**Miembro de número de la Academia Antioqueña de Historia*

Miembro correspondiente del Centro de Historia de Santa Fe de Antioquia

Este escrito forma parte del libro "Historia de Colombia a cuentagotas", que se encuentra en preparación para su publicación por el autor.

(Septiembre de 2019)

compraventa de tabaco, aguardiente, añil y pólvora, y aumentó los impuestos y los derechos de alcabala, que afectaron duramente esas actividades de la comunidad. El 16 de marzo de 1781 en Socorro Manuela Beltrán rompió el edicto de los impuestos, después de lo cual unas dos mil personas del común, es decir, del pueblo, se concentraron en la plaza de mercado y avanzaron armados de palos y piedras hacia la casa de gobierno gritando “¡viva el Rey, abajo el mal gobierno!”.

El levantamiento logró movilizar el Ejército del Común con cerca de 20.000 hombres, dirigido por Juan Francisco Berbeo, y llegó muy cerca de la capital. Los representantes del gobierno virreinal decidieron negociar con los revoltosos para impedirles entrar a Santa Fe y firmaron las Capitulaciones, que incluyeron concesiones al pueblo. El movimiento comunero, bajo el liderazgo de José Antonio Galán, se extendió a varias regiones del país. Fracásó por falta de apoyo de la oligarquía de Tunja, por divisiones internas entre líderes comuneros y por la traición del gobierno virreinal, que desconoció las Capitulaciones. La derrota final fue el 1 de febrero de 1782. Todo ello en el breve lapso de once meses y dieciséis días.

En Antioquia hubo dos movimientos comuneros durante el segundo semestre de 1781, así: en Guarne y Rionegro, por el comercio del oro, y en Santa Fe de Antioquia, Sopetrán, San Jerónimo y Sacaojal (hoy Olaya), por el estanco del tabaco. En Santafé de Antioquia hubo en el mismo año un levantamiento de los esclavos por su libertad.

2. Los criollos ilustrados

El sistema colonial español en el Nuevo Reino de Granada entró en crisis en la transición del siglo dieciocho al diecinueve. La economía estaba arruinada; los caminos, pésimos; la agricultura, estancada. La situación se agravaba por las desmedidas ambiciones fiscales tanto de la corona española como de los mandatarios locales que cargaban a la población con toda clase de impuestos, servicios personales obligatorios y monopolios estatales de actividades productivas.

Los chapetones, apelativo que recibían los españoles nacidos en la península y venidos a la Nueva Granada, detentaban todo el poder y tenían ventajas sociales y económicas, como el ejercicio de cargos públicos y la explotación de los recursos de la tierra. Los criollos, hijos de esos españoles, tenían sangre ibérica pura, pero tenían el “pecado” de haber nacido en América, lo cual los excluía en general de esos beneficios.

En la primera década del siglo diecinueve empiezan a concretarse sentimientos de insatisfacción y protesta en varias regiones del país por el manejo que la Corona española les daba a sus colonias. Esta vez el descontento partía de la élite de los criollos. A ello contribuyó el despertar de las conciencias y de la capacidad crítica que implantaron los métodos educativos introducidos por los borbones.

La Expedición Botánica y su director, José Celestino Mutis, habían creado un ambiente

de reflexión sobre la realidad del país. Una influencia similar tuvo el educador antioqueño José Félix de Restrepo, quien desde finales del siglo dieciocho planteó un ideario político de independencia, y lo transmitió a sus alumnos en el colegio de Popayán que él dirigía.

Un grupo de personajes santafereños y caucanos ilustrados que integraban la Tertulia del Observatorio Astronómico de Bogotá (Camilo Torres, José Acevedo Gómez, Antonio Nariño, Francisco Antonio Zea, Antonio Baraya, Joaquín Ricaurte, Joaquín Camargo y Francisco José de Caldas, entre otros), algunos de los cuales habían sido discípulos de don José Félix de Restrepo y de don José Celestino Mutis, de quienes no solamente recibieron valiosos conocimientos científicos y filosóficos, sino que aprendieron a pensar, a analizar y a tomar posición frente a los hechos, supo orientar sus discusiones y sus trabajos a evaluar la situación que se vivía en la sociedad, a proponer caminos de solución y a comprometerse en acciones concretas, de ahí su importancia histórica. Este grupo de intelectuales fue una semilla importante para el proceso de la Independencia, que se gestaba.

3. Los derechos del hombre y del ciudadano

El legado de la Revolución Francesa y del llamado siglo de la Ilustración con las ideas de la libertad y de los derechos del hombre penetraron Nueva Granada. En 1794, Antonio Nariño, un criollo santafereño, tradujo al español y publicó la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” expedida en Francia por los promotores de la Revolución Francesa, que le valió su apresamiento y encierro durante dieciséis años. Es un documento de gran importancia ideológica y política. Su circulación había sido prohibida por la Corona española. Consta de diecisiete artículos, que pueden agruparse en tres temas claves:

El primero de ellos es la declaración de que los hombres nacen y permanecen libres e iguales, que la soberanía de una Nación nace del pueblo y que la libertad consiste en hacer todo lo que no dañe a otro. Prevalecen la libertad religiosa, la libertad de pensamiento y el derecho a la propiedad privada.

El segundo se refiere a que la Ley no puede prohibir más que lo que es dañino y no puede obligar a nada que no sea conveniente para la sociedad. Exalta el derecho al hombre a ser respetado y protegido por la ley. Así mismo, a que se presuma su inocencia, a menos que sea encontrado culpable en un juicio.

El tercer tema establece que las instituciones del Estado existen para el beneficio de los ciudadanos y deben rendir cuentas ante estos por sus actuaciones.

4. La usurpación napoleónica en España

En 1808 Napoleón Bonaparte usurpa la Corona española, depone al rey Fernando VII e instala en el trono a su hermano José. Este hecho constituye el detonante de importantes hechos en España y constituye un antecedente decisivo en la independencia de las colonias americanas.

Napoleón Bonaparte, en su intención de consolidar su imperio en Europa, debía bloquear el acceso de Gran Bretaña al continente. Para ello necesitaba apoderarse de la península Ibérica, que constituía un canal de penetración del comercio inglés. Mediante maniobras diplomáticas, convence al rey Carlos IV de España para que permita a sus tropas cruzar el país para ocupar Portugal. Este rey no gozaba del aprecio de su pueblo, pues carecía de aptitudes para el gobierno. De hecho, el gobierno lo ejercía Manuel Godoy, el favorito de la reina. La medida impopular de permitir el cruce de las tropas napoleónicas genera un movimiento que obliga al monarca a abdicar a favor de su hijo Fernando VII. El pueblo español recibe a su nuevo monarca con alborozo, pues con él abrigaba esperanzas de renovación y modernidad.

Napoleón invita a la familia real española a una conferencia en Bayona, Francia. Allí consigue que Fernando devuelva el trono a su padre, y este se entregue a su voluntad. La familia real española queda prisionera del emperador francés, quien designa como rey de España a su hermano José Bonaparte.

El pueblo español se levanta en protesta de la usurpación napoleónica y nombra juntas populares de gobierno en todas las regiones, excepto en Castilla la Nueva, dominada por las tropas francesas. De esas juntas surge en septiembre de 1808 la Junta Central Suprema de resistencia a la invasión.

El impacto de la invasión napoleónica en España y la crisis general del Imperio español desencadenaron en América fuerzas internas de emancipación, represadas desde décadas atrás.

5. El memorial de agravios

En 1809 Camilo Torres, abogado, político e intelectual nacido en el Cauca, fue comisionado por el Cabildo de Bogotá para preparar un documento titulado “Representación del Cabildo de Bogotá capital del Nuevo Reino de Granada a la Suprema Junta Central de España”, conocido popularmente como “Memorial de Agravios”, que debía entregarse a la Junta Central de España, como manifestación de descontento por la situación que se vivía en las colonias y como solicitud de reformas.

Es un verdadero tratado de geopolítica, desarrollado con profundo rigor jurídico y basado en datos y hechos concretos. Lamentablemente no llegó a su destinatario y por tanto no pudo producir el efecto que se esperaba. Tampoco se divulgó, apenas fue publicado en 1832. Contiene cuatro líneas temáticas:

La primera es la injusticia por la falta de representación equitativa de las provincias americanas en las juntas de gobierno.

La segunda presenta un reclamo al rey por los malos manejos de sus representantes en América.

La tercera expresa la inminencia de una independencia de las provincias si la península no les da igual trato a los españoles nacidos en América que a los europeos.

Y la cuarta y la más importante es la idea de aparente sumisión total, por la forma respetuosa en que se refiere al rey y a la Suprema Junta Central, pero que es en realidad una propuesta emancipadora.

6. El grito de independencia, 20 de julio de 1810

Como se ha expresado en los apartados anteriores, en las colonias americanas reinaba un descontento generalizado contra España, agravado por la usurpación napoleónica de la Corona española. Este descontento tuvo un evento disparador en el Nuevo Reino de Granada. El veinte de julio de 1810 un incidente entre un chapetón y un criollo generó un levantamiento popular en Santa Fe de Bogotá contra el virrey y su estructura de gobierno. El pueblo pidió cabildo abierto. El virrey Antonio José Amar y Borbón lo negó, pero finalmente accedió a esa petición ante la alta presión popular. El cabildo terminó declarando la independencia del gobierno español y constituyendo una Junta de Gobierno que reemplazaría al virrey. La declaración no tenía carácter de absoluta pues se invitaba a Amar y Borbón a que presidiera la Junta y se reconocía como rey a Fernando VII, siempre y cuando viniera a gobernar en América. Amar y Borbón no aceptó el nombramiento, fue encarcelado y luego expulsado con su familia y buena parte de su corte.

Los insurgentes crearon la Junta Suprema de Gobierno para que se encargara del manejo del gobierno, ante la ausencia de las autoridades españolas.

7. La primera República

La Junta Suprema de Gobierno conformada en Santa Fe de Bogotá convocó a un congreso de diputados a reunirse en diciembre de 1810, para que redactara la constitución de la nueva república. Seis provincias aceptaron la convocatoria y enviaron sus delegados. Durante las deliberaciones la mayoría de las delegaciones fijaron la posición de no aceptar la propuesta de un gobierno central para toda la nación, pues poco efecto positivo podría tener en el progreso y en los negocios de provincias apartadas y aisladas, para lo cual influían la mala calidad de las vías de comunicación y la diferencia en el desarrollo y en el talante de las regiones. De esta manera, el Congreso fracasó. Las provincias disidentes se declararon independientes y soberanas, y algunas dictaron sus propias constituciones.

La Junta Suprema de gobierno decidió entonces convocar un nuevo colegio constituyente para conformar la República de Cundinamarca y dictar su constitución. El presidente de la Junta, Jorge Tadeo Lozano, proponía que se organizara como confederación descentralizada. Antonio Nariño, partidario de la propuesta centralista original, se opuso. La pugna terminó con la renuncia de Lozano a la Presidencia, el nombramiento de Nariño y la ratificación del régimen centralista para la nueva república, que quedó conformada finalmente por Cundinamarca, con las provincias de Santa Fe de Bogotá, Mariquita y Chocó. Luego se les anexaron Chiquinquirá, Villa de Leiva, Muzo y Sogamoso.

Por otro lado, Camilo Torres, defensor del esquema descentralizado, lideró un movimiento federalista entre las provincias que no aceptaron la figura adoptada, y las convocó para organizar otra república diferente a aquella, bajo el nombre de Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada. La asamblea de la Confederación se reunió en Tunja en noviembre de 1811 y el acta de constitución fue firmada por Antioquia, Cartagena, Neiva, Pamplona y Tunja. Todas las provincias firmantes se declararon independientes, autónomas en el manejo de sus rentas e iguales en derechos. Algunas de ellas mantuvieron su propia Constitución.

Quedaba formalizada la división de la Nueva Granada en dos estados soberanos, el de Cundinamarca y el de la Confederación de las Provincias Unidas.

Cundinamarca, necesitado de ampliar su territorio, convenció a algunas poblaciones incluidas en la Confederación para que se le unieran. Estas pugnas llevaron al país a la primera guerra civil. El Congreso General de las Provincias Unidas reunido en octubre de 1812, bajo la presidencia de Camilo Torres, declaró la guerra a Cundinamarca. Nariño encabezó las fuerzas centralistas. Las fuerzas federalistas se tomaron Santa Fe de Bogotá el 2 diciembre de 1812. En un nuevo enfrentamiento, las fuerzas centralistas vencieron a las federalistas el 9 de enero de 1813. Así las cosas, se firmó la paz entre ambas repúblicas.

Nariño se dirigió al sur del país a luchar contra los realistas que dominaban esa región. En el acápite siguiente, dedicado a las primeras campañas militares, nos referiremos a esta acción.

En noviembre de 1814, el Congreso de la Confederación consideró necesario atacar nuevamente a Cundinamarca y comisionó a Simón Bolívar, recién llegado a Tunja después del fracaso de la Campaña Admirable en Venezuela, para que liderara el ejército. Bolívar consiguió someter a Santa Fe el 12 de diciembre de ese año, con lo cual Cundinamarca reconoció las Provincias Unidas como cuerpo soberano único de la Nueva Granada.

En este lapso de tiempo, cuando se hicieron los primeros intentos para constituir una república independiente en el territorio de la actual Colombia, permanecieron fieles a la corona española las provincias de Popayán, Pasto y Santa Marta.

8. Primeras campañas militares contra los españoles

La lucha militar contra el régimen español en la Nueva Granada se inició muy temprano, cuando Antonio Nariño, presidente del estado de Cundinamarca, emprendió, a finales de 1813, su campaña del Sur para detener el avance de Juan de Sámano, quien venía de Quito con el ánimo de reconquistar la Nueva Granada. Antonio Nariño enfrentó a Sámano cerca de Popayán, lo venció en las batallas de Calibío y Alto Palacé, y este se retiró a Quito. A pesar de sus triunfos iniciales, Nariño es finalmente derrotado y puesto prisionero en Pasto, remitido a Quito para ser enviado finalmente a Cádiz donde estuvo detenido hasta 1820.

En 1813 Simón Bolívar obtiene de la Confederación de Provincias Unidas permiso y apoyo para emprender la llamada Campaña Admirable con el propósito de conseguir la

independencia de Venezuela. Esa campaña es recordada por el polémico Decreto de Guerra a Muerte, expedido por Bolívar, contra todo español que se encontrara en el territorio venezolano. Bolívar es derrotado por las tropas realistas y regresa a Nueva Granada en noviembre de 1814.

9. Carta de Jamaica de Simón Bolívar, 1815. Congreso Anfictiónico, 1826

Una vez culminada en Santa Fe de Bogotá la guerra civil entre centralistas y federalistas, la Confederación de Provincias Unidas encargó a Bolívar la campaña para liberar a Santa Marta del yugo español. Cuando Bolívar se dirigía en 1815 con sus tropas para cumplir la misión, se enteró de la llegada de Pablo Morillo a la Nueva Granada, para la reconquista de las colonias. Entonces decidió refugiarse en Jamaica.

En septiembre de 1815, Simón Bolívar produce su importante Carta de Jamaica, en la cual justifica la rebelión de los criollos, hace un llamado a continuar la lucha para alcanzar la independencia, y analiza la situación de los países de América, con sus problemas y sus potencialidades para el futuro. Una de las conclusiones fundamentales de la carta es el llamado de Bolívar a que en América se conforme una gran nación con la unión de países que tienen vínculos poderosos en su lengua, su origen y sus costumbres.

La carta de Jamaica es un documento fundamental en la definición del proceso de independencia de los países americanos.

Fiel a su idea de una gran nación panamericana, Bolívar convocaría una década más tarde, en 1826, el llamado Congreso Anfictiónico, que se reunió en Panamá, con el objetivo de crear la confederación de estados de América, basado en los antiguos virreinos americanos. A este congreso asistieron Gran Colombia, México, Perú y la República Federal de Centro América. Los delegados de Bolivia y Estados Unidos de América no llegaron a tiempo. Las Provincias Unidas del Río de la Plata (hoy Argentina), Chile y Brasil no mostraron interés. La idea de Bolívar no logró cuajar, pues los países asistentes tenían visiones diferentes de las conveniencias de geopolítica. Los intereses coloniales que conservaban Francia y Gran Bretaña en el Caribe también interfirieron en la idea de la unidad.

10. La Reconquista Española

Después de que Fernando VII recuperase el trono a finales de 1813 y consiguiese expulsar de España las tropas francesas, ordenó la reconquista de las colonias de América. Empezaba el Régimen del Terror.

En agosto de 1815 Pablo Morillo sitió Cartagena de Indias. Después de 106 días de asedio, la ciudad se rindió a causa de los estragos que causaron el hambre y las epidemias. En febrero de 1816 fusilaron en Cartagena a los 9 primeros líderes patriotas.

En mayo de 1816, Morillo llegó a Santa Fe de Bogotá y estableció tres tribunales militares: El Consejo de Purificación, para juzgar a los comprometidos en la revolución que no hubiesen

cometido delitos de sangre. A estos les aplicaban castigos de cárcel o destierro. La Junta de Secuestros, encargada de confiscaciones y contribuciones económicas forzosas. El Consejo de Guerra que tenía por objeto juzgar a los patriotas que hubiesen cometido delitos de sangre. A estos les aplicaba la pena de muerte.

Con la reconquista se restableció el gobierno virreinal, que desde 1810 operaba nominalmente y a distancia. El virrey Francisco Montalvo y Ambulodi, que había fijado su residencia en 1813 en Santa Marta, ciudad que no adhirió a la independencia, se trasladó a Santa Fe de Bogotá y retomó el mando en 1816. Lo sustituyó Juan de Sámano en 1818,

Este régimen del terror segó la vida de decenas de patriotas del movimiento independentista. Entre muchos otros, recordamos a Antonio Villavicencio y José María Carbonell, partícipes del grito de independencia, Camilo Torres, Jorge Tadeo Lozano y Liborio Mejía, presidentes de la primera República, el sabio Francisco José de Caldas, ingeniero militar y científico, Policarpa Salavarrieta y Antonia Santos, mujeres valerosas que apoyaron las milicias revolucionarias.

La violencia con que Morillo hizo la Reconquista frustró la intención de Fernando VII de recuperar tanto el poder como la buena voluntad del pueblo americano, y tuvo un efecto contrario: la resistencia se mantuvo y muchos granadinos que inicialmente estaban opuestos a la independencia se unieron a la causa. Apareció la acción de guerrillas que atacaban y desgastaban las tropas realistas.

11. Inicio de la campaña libertadora. Primer congreso de Angostura

Los patriotas de la Nueva Granada y de Venezuela que mantuvieron férrea resistencia contra las tropas de Morillo habían encontrado refugio en la provincia de Casanare, dentro de los Llanos Orientales. Adolecían de falta de unidad y organización, pues los caudillos actuaban según su criterio sin un ordenamiento general.

Entre los refugiados en Casanare estaba el coronel Francisco de Paula Santander, quien empezó a visualizar la posibilidad de organizar un ejército y un gobierno patriotas en el exilio, y así lo comunicó a Simón Bolívar. Este comprendió la importancia de esta iniciativa, y lo nombró jefe supremo de la provincia de Casanare, con el encargo de organizar las milicias. Santander cumplió con éxito el encargo y logró reunir, organizar y equipar un ejército de dos mil soldados de infantería y seiscientos de caballería.

A principios de 1817, Simón Bolívar regresó a Venezuela desde las Antillas. Inició tomándose Angostura, en el oriente de Venezuela, y dominando la región del bajo Orinoco. En 1818, en unión de Páez, adelantó en territorio venezolano una campaña militar contra Pablo Morillo, con resultados favorables para los patriotas, aunque no definitivos.

El 15 de febrero de 1819 se reunió en Angostura, en el oriente de Venezuela, un congreso de diputados venezolanos y neogranadinos que nombró a Simón Bolívar jefe civil y militar con la función de luchar por la libertad de las dos naciones.

Terminado el congreso, Bolívar salió de Mantecal hacia Casanare, el 27 de mayo, para encontrarse con Santander. Iba al mando de 1.900 hombres, y contaba con el apoyo de soldados británicos, corsarios antillanos y aventureros franceses. El avance fue difícil, pues los llanos estaban inundados, con pocos caminos transitables, y los ríos crecidos. Cerca de Guasdalito cruzaron el río Arauca. Los dos ejércitos se reunieron en Tame el 10 de junio de ese año. Decidieron atravesar la cordillera de los Andes por un camino poco usado, para sorprender a los realistas.

La campaña libertadora empezó el 15 de junio de 1819, cuando el ejército patriota se encontró en Paya con tropas españolas, las cuales derrotó con facilidad.

12. Cruce de los Andes

Seguía lo más difícil: cruzar la cordillera de los Andes ascendiendo por caminos estrechos y pantanosos, por donde el avance de la tropa, cargando sus provisiones y arrastrando los cañones que llevaban, resultaba engorroso y lento. Con grandes penalidades, muchos soldados enfermos y varios muertos alcanzaron el páramo de Pisba y bajaron al altiplano. El 6 de julio llegaron a la población de Socha, en la provincia de Tunja. Allí fueron acogidos y apoyados por la población y pudieron descansar y reabastecerse.

Las fuerzas españolas estaban en el altiplano a lo largo de la cordillera Oriental desde Sogamoso hasta Socorro, con el cuartel general en Tunja. Eran seis mil soldados al mando de José María Barreiro, delegado por Pablo Morillo que permanecía en Venezuela.

El ejército libertador tuvo un primer encuentro con las fuerzas realistas en Gámeza el 11 de julio, a las cuales vencieron e hicieron retroceder a las peñas de Tópaga y luego a los molinos del mismo nombre.

13. Batalla de Pantano de Vargas. Batalla de Boyacá

Barreiro se retiró a los molinos de Bonza con la intención de retroceder a Bogotá. Bolívar le cortó el paso situándose en los corrales de Bonza, cerca de Duitama. Allí, la población apoyó nuevamente el ejército libertador con hombres, armas, ropas y alimentos.

Los dos ejércitos se encontraron finalmente el 25 de julio en un sitio estrecho llamado Pantano de Vargas. Los patriotas quedaron en posición desfavorable tanto para luchar como para retirarse. Barreiro los atacó de frente. Jaime Rook respondió y frenó las tropas españolas. Las fuerzas revolucionarias, en situación cada vez más difícil, estaban a punto de retirarse, cuando Juan José Rondón, al frente de catorce lanceros llaneros, produjo una carga fulminante contra los españoles y los puso en fuga. Quinientos realistas quedaron en el campo entre muertos y heridos. Este triunfo patriota tuvo gran importancia para la independencia definitiva.

Barreiro se dirigió hacia Paipa con la intención de continuar a Tunja. Bolívar se tomó Tunja y se apropió del cuartel realista, con sus armas y aprovisionamientos. Cuando Barreiro

se dio cuenta trató de llegar a Santa Fe de Bogotá por el camino de Cómbita y Motavita. Bolívar reaccionó con rapidez y ordenó a sus tropas bloquearle el paso en el puente de Boyacá sobre el río Teatinos.

Los dos ejércitos se enfrentaron el 7 de agosto de 1819 en el campo de Boyacá. Una parte de la tropa realista, al mando del coronel Francisco Jiménez, logró cruzar el puente, pero los patriotas se pusieron en medio, separando los dos cuerpos de los españoles. Santander atacó las tropas de Jiménez, por el ala izquierda del campo. Anzoátegui se enfrentó a las tropas de Barreiro, por el centro y el ala derecha. Bolívar dirigía las acciones desde el alto de una roca, equidistante de los dos frentes. Los realistas fueron derrotados en menos de una hora. Barreiro, Jiménez y 1.500 soldados fueron hechos prisioneros. La libertad de la provincia de Cundinamarca y territorios circundantes de la Nueva Granada había quedado sellada.

Algunos soldados realistas consiguieron huir y llegaron a Bogotá. El virrey Sámano al principio no dio crédito a la noticia, pero cuando comprendió la realidad, huyó hacia Cartagena, donde trató de reorganizar sus fuerzas militares y mantener el mando político sobre Nueva Granada. Bolívar entró triunfante en la capital el 10 de agosto. El ejército libertador ocupó Santa Fe de Bogotá y los territorios vecinos.

14. Liberación de las provincias de Antioquia y Cartagena

Los españoles expulsados de la capital y establecidos en Cartagena mantenían la intención de recuperar el centro y el oriente de Nueva Granada, mediante una acción militar envolvente. Continuaron controlando el río Magdalena, el río Atrato, la provincia de Antioquia, la costa Atlántica, gran parte de la costa Pacífica y las provincias de Popayán y Pasto en el sur.

Los patriotas establecidos en Bogotá comprendían la necesidad de consolidar la independencia para lo cual deberían apoderarse del norte y del sur del país. Antioquia era un enclave estratégico para despejar el bajo Magdalena y libertar los puertos del litoral Caribe. Con esa intención, Simón Bolívar nombró gobernador de Antioquia al teniente coronel José María Córdova, que contaba sólo veinte años de edad, y le encargó consolidar desde allí la independencia.

Córdova partió de Honda con 190 soldados, llegó a Puerto Nare el 25 de agosto y entró a Medellín el día 30, sin disparar un solo tiro, pues el gobernador español, Carlos Tolrá, huyó hacia Cartagena el 19 de agosto, cuando supo que las tropas patriotas se dirigían hacia Medellín. Córdova se posesionó en esta ciudad como gobernador, asumió el control militar de la provincia y nombró a José Manuel Restrepo como jefe de la administración civil.

Durante el resto del año 1819, las tropas realistas continuaron con sus esfuerzos para recuperar Antioquia. En octubre de ese año, Carlos Tolrá invadió Zaragoza. Córdova envió entonces al capitán mayor Carlos Robledo con treinta soldados para enfrentarlo. Tolrá fue derrotado y abandonó la ciudad con su gente.

A finales de diciembre de 1819, el jefe militar español Francisco Warleta invadió nuevamente Antioquia por el norte, con unos 350 hombres, y tomó posesión del territorio entre Zaragoza, Yarumal, San Andrés, Angostura y Carolina. Córdova envió su ejército para enfrentarlo. Él mismo comandó la expedición, a pesar de que las lesiones sufridas en un accidente le impedían cabalgar. La batalla decisiva tuvo lugar el 12 de febrero de 1820 en el sitio Chorros Blancos, cerca de Yarumal. En ella las tropas patriotas resultaron vencedoras sellando la independencia de la provincia de Antioquia.

Los españoles continuaban concentrados en Cartagena, desde donde controlaban la navegación por el río Magdalena. El general Simón Bolívar tenía clara la necesidad de liberar el río del control español, y ordenó, en abril de 1820, al general Hermógenes Maza emprender acciones militares por el río y al general José María Córdova apoyarlo por tierra. Ambas fuerzas llegaron a Mompo, la cual liberaron el 19 de junio. Continuaron hacia el pueblo de Tenerife, donde se encontraban concentradas las fuerzas fluviales realistas, las cuales derrotaron el 24 del mismo mes. Estas acciones constituyeron la liberación del río Magdalena.

Solo faltaba la liberación de la provincia de Cartagena para que los patriotas controlaran la costa Caribe. El general venezolano Mariano Montilla y el general granadino José María Córdova llegaron a esta ciudad en mayo de 1821 y establecieron sobre ella un bloqueo militar. El general José Padilla, quien venía de liberar las ciudades de Riohacha y Santa Marta, entró por el canal del Dique a la bahía de la ciudad sitiada, para apoyar el ataque. El asedio patriota continuó hasta que el 24 de junio de 1821, en la llamada Noche de San Juan, Padilla atacó a fondo la flota española y entró a la ciudad, logrando la liberación de Cartagena.

15. Segundo congreso de Angostura. Congreso de Cúcuta. La república de Colombia.

Un nuevo congreso de delegados venezolanos y neogranadinos se reunió en Angostura, en el oriente de Venezuela, el 14 de diciembre de 1819 para convocar la creación de la república de Colombia. La nueva nación estaría constituida por tres departamentos, Cundinamarca, Venezuela y Quito. El congreso dictó la Ley Fundamental que definió las bases jurídicas y fácticas para la nueva república, nombró presidente a Simón Bolívar, asistido por un vicepresidente en cada departamento, y convocó la reunión de un nuevo congreso en la ciudad de Cúcuta en enero de 1821 para expedir la constitución política definitiva.

En cumplimiento de este mandato, el Congreso de Cúcuta se reunió el 6 de mayo, se extendió hasta el 3 de octubre de 1821 y expidió la Constitución mediante la cual dio marco jurídico a la existencia de la república de Colombia, conformada por los departamentos de Cundinamarca, Venezuela y Quito. Poco después solicitaron y obtuvieron su anexión a la Gran Colombia: Panamá, en noviembre de 1821, y el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en junio de 1822. Posteriormente, los historiadores dieron a esta república el nombre de Gran Colombia.

El Congreso no estuvo exento de tensiones, en particular porque revivieron las propuestas y discusiones de centralismo y de federalismo para la República. La Constitución declaró a Colombia como república unitaria y centralista. Promulgó las plenas libertades públicas, en particular la de expresión. Permitió el alcance de nuevas reformas para la libertad social, económica y política de los territorios. Declaró que el Gobierno sería popular y representativo. El poder tendría tres ramas separadas entre sí, el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Podrían votar los mayores de veintiún años o que estuviesen casados, y que poseyesen alguna propiedad raíz por valor de al menos cien pesos, o que, en su defecto, ejercieran algún oficio, profesión, comercio o industria útil, con casa o taller abierto sin dependencia de otro en calidad de jornalero o sirviente. Dio libertad a los hijos de las esclavas. Ordenó la libertad de imprenta, con sujeción a las normas de responsabilidad.

16. La liberación de Venezuela. La campaña del Sur

Después del triunfo de Boyacá, Bolívar partió hacia Venezuela, donde continuaba establecido Pablo Morillo. El ejército español estaba concentrado en el campo de Carabobo, y allí se celebró la batalla decisiva el 24 de junio de 1821, en la que triunfaron las tropas republicanas y sellaron la independencia de Venezuela.

La provincia de Guayaquil (en el departamento de Quito) se declaró independiente y pidió el apoyo de las fuerzas colombianas. Bolívar envió al general Antonio José de Sucre, quien consiguió defender Guayaquil y, además, emprender ofensivas contra los realistas en Quito.

Cuando Bolívar terminó su participación en el Congreso de Cúcuta, en octubre de 1821, encargó a Santander de la Presidencia de la Gran Colombia y se dirigió al sur para consolidar la independencia de la región. Al intentar cruzar por Pasto, recibió gran resistencia de las tropas españolas y del pueblo pastuso. Después de la difícil batalla de Bomboná, en mayo de 1822, consiguió la capitulación de Pasto y su anexión a la Gran Colombia.

Sucre triunfaba en la batalla de Pichincha, en junio de 1822, con la que selló la independencia de la provincia de Quito.

Bolívar llegó a Guayaquil en julio de 1822, y se reunió con el general y libertador argentino José de San Martín, quien venía de iniciar la liberación de Perú. Ambos coincidían en que la independencia de Perú consolidaría la independencia de América. San Martín delegó el mando de su ejército en sus subalternos y abandonó el país. Bolívar tomó el mando operativo del ejército. Después se le unirían tropas peruanas para conformar así el Ejército Unido Libertador del Perú.

La independencia de Perú se consiguió con la victoria en las batallas de Junín bajo el mando de Bolívar, el 6 de agosto de 1824, y de Ayacucho bajo el mando de Sucre con la importante participación de José María Córdova, el 9 de diciembre de 1824.

BIBLIOGRAFÍA

Jaramillo Uribe, Jaime, editor. “Manual de historia de Colombia. Instituto Colombiano de Cultura. Tres volúmenes. Bogotá, primera edición, 1978.

Tirado Mejía, Álvaro, editor. “Nueva Historia de Colombia”. Planeta Colombiana Editorial, S. A. Seis volúmenes. Bogotá, primera edición, 1989.

Wills Franco, Fernando, editor. “Gran Enciclopedia de Colombia”, Círculo de Lectores S. A. Veinte volúmenes. Bogotá, primera edición, 2007.

PARA SAMUEL

Una reflexión a partir de la película *Un guardián ante el espejo*

Andrés Felipe García Fernández
Universidad Autónoma Latinoamericana
andres.garcia8762@gmail.com

Ficha técnica:

UN GUARDIÁN ANTE EL ESPEJO, una película de Martín Agudelo Ramírez.

Dirigida por: Andrés Ricaurte y Martín Agudelo Ramírez.

Producida por: Punto 8 Audiovisual

Reparto: Felipe Giraldo, Katerine Giraldo, Tiberio Rojas, Jhon Gutiérrez.

Géneros: drama, intriga, filosófico.

País: Colombia.

Año: 2018.

Duración: 19.46 min

Guion: Martín Agudelo Ramírez

Tráiler: <https://www.youtube.com/watch?v=GP365pohJlw>

Sinopsis: El juez Samuel (Felipe Giraldo), un auténtico hombre de leyes, agobiado por el peso de sus decisiones será increpado por la encarnación de la verdad desnuda, la Verité (Katerine Giraldo). Atormentado por sus miedos y sus pasiones se verá obligado a desnudar su alma ante la acusadora mirada de la hija del Tiempo.

„Das Wahre ist gottähnlich: es erscheint nicht unmittelbar, wir müssen aus seinen Manifestationen erraten.“

“Lo verdadero es semejante a Dios: no aparece directamente, tenemos que adivinarlo a partir de sus manifestaciones” (Goethe, 2019)



La verdad desnuda, valerosa, sublime, haciéndole frente a los equívocos reflejos de aquel mágico instrumento que domina las mentes de los hombres. El vanidoso juzgador juzgado. Sin la pompa de la toga y de las leyes se encuentra con el alma desnuda ante los ineludibles encantos del espejo y la divina Verité.

Un guardián ante el espejo es una obra filosófica de alto calado. La verdad, la dualidad, lo real, lo simbólico, el miedo, la pasión. Todos temas que plagan cada segundo del ambicioso metraje.

Ahora bien, una vez hecha esta corta introducción a la obra, es menester penetrar en las entrañas del film. Someterlo a examen, juzgar el retrato del juzgador juzgado. ¡Ay, Samuel!, el poder te ha obnubilado. No sabes quién eres, ¿eres un hombre?, ¿eres varios hombres?, ¿eres, acaso, todos los hombres?

“(...) a todos nos une el mismo deseo loco de huir de la vida, el mismo pavor de vivir, la misma timidez de nuestra locura”. (Cioran, 1996)

El observador juicioso encontrará en este metraje una amplia oportunidad de reflexión, podrá adentrarse en los rincones más lúgubres de la mente de un hombre sumamente atormentado por sus demonios, preso del tiempo y de sus actos.

Un hombre debe, necesariamente, hacerse dueño de las consecuencias de sus actos. Sartre (1980) alguna vez nos dijo que todo hombre es responsable de lo que es y, por tanto, debe asentar sobre él la total responsabilidad de su existencia (p.15-17).

¿Podrá nuestro enterrador de la verdad abandonar sus fastuosos rituales y abrazar la verdad real sobre la formal?, ¿será capaz de enfrentarse cara a cara con su otro yo y rendirse cuentas de su pasado?

El autor nos lleva de la mano por un cortometraje excitante que mantiene la atención del espectador de principio a fin. Es una valiosa y pertinente obra del cine judicial cuyo mayor mérito es dejar a la concurrencia con más inquietudes que respuestas, brindando la oportunidad de cavilar, como ya se apuntó, sobre cuestiones harto trascendentes para la filosofía y práctica jurídica.

Samuel, ¿tendrás el valor de sacar la verdad del foso en el que tú y los tuyos la han metido?

Unus est legislator et iudex, qui potest salvare et perdere; tu autem quis es, qui iudicas proximum?

Uno solo es el legislador y el juez, que puede salvar, y puede perder. Tú empero ¿quién eres, para juzgar a tu prójimo? (Santiago 4:12, Versión de Nácar y Colunga)

¿Samuel, eres un hombre?

Es, pues, nuestro bíblico Samuel, un juez, un vanidoso y exégeta juez. Así se retrata, de forma muy evidente, la dualidad que vive el hombre que en este escrito desnudamos. Justamente, esta dualidad, es un elemento que no es solo trascendente en tanto concepto filosófico, sino que se sitúa como pieza capital para que esta producción sea de relevancia para aquellos que se dedican al honorable quehacer de justicieros.

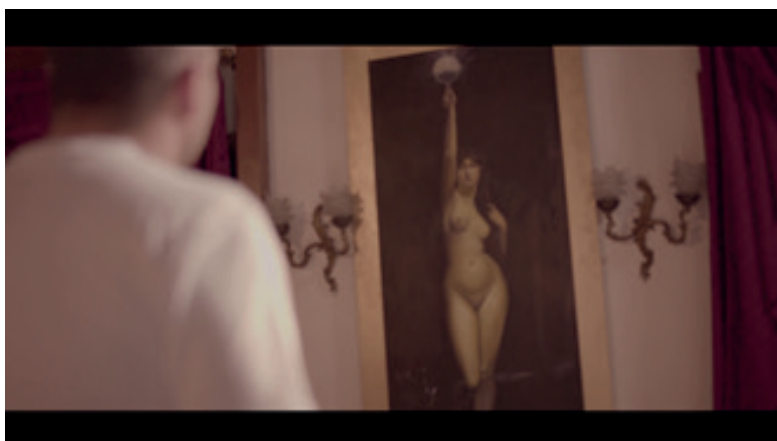
Samuel, ¿eres varios hombres?

Puede concluirse de lo antedicho que la obra es de alta significación para aquellos dedicados a la noble tarea de impartir justicia y, cómo no, para aquellos que se encargan de rogar por ésta ante los primeros.

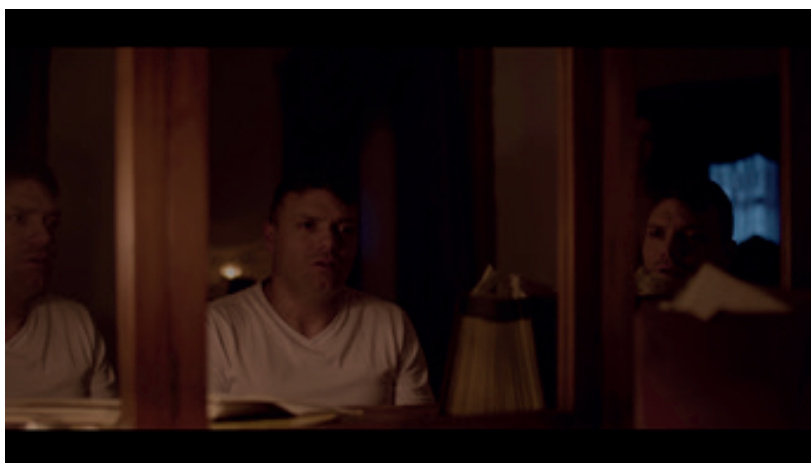
Así las cosas, la obra en comento transporta a ese conjunto de hombres dedicados a la ley a los momentos más aciagos de su ocupación; los lleva a empellones a ver la realidad más allá de los ritos y de las solemnidades, a encontrarse de frente con eso que se niegan a ver: **su humanidad**. Samuel se encuentra en una pugna contra la verdad, contra el miedo, contra el amor, en contra de los desordenados apetitos que su condición reprime; Samuel lucha contra él y contra el mundo.

Samuel, ¿eres, acaso, todos los hombres?

El onírico encuentro de nuestro Samuel con la Verité nos conduce, ineludiblemente, a dirigir la mirada más allá de las armónicas y preciosas formas de la verdad desnuda. Pues, aunque la majestuosa hija de Saturno se presente haciendo gala de sus atributos, vendrá armada con la luz, que tal vez hiera más que la espada.



La condición humana es, ante todo, una condición miserable. El ser humano es patético, sufre, ama, ríe y, entre muchas otras manifestaciones de su alma, desea. En este punto el lector se preguntará la relevancia del comentario frente al examen de *Un guardián ante el espejo*, y la conclusión es tan pretenciosa como cierta: este espejo no refleja solo a Samuel, refleja a todos los hombres. De suerte que nos presenta de modo más palpable la conclusión subsiguiente, y es que los demonios que enfrenta Samuel, el juicio inquisitivo en el que se ve inmerso ante la *Verité* no es solo de aquel, como no lo es solo del grupo de hombres que se ven representados por el quehacer que desempeña; es un juicio a la débil condición humana.



Resulta inocuo para este menester advertir cada uno de los padecimientos del protagonista y como los sufre la generalidad. Por lo tanto, solo es dable a este servidor manifestar que tanto para gentes especializadas en el quehacer jurídico como para la generalidad esta es una obra de alto valor, pues, parafraseando a Kafka y trayéndolo al caso concreto, esta obra puede ser el hacha que rompa el mar helado dentro de nosotros.

BIBLIOGRAFÍA

Agudelo Ramírez, M., & Ricaurte, A. (Dirección). (2018). Un guardián ante el espejo [Película]. Colombia.

Cioran, E. (1996). El Libro de las Quimeras. Barcelona: Tusquets Editores S.A.

Goethe. (27 de Septiembre de 2019). Aphorismen.De. Obtenido de <https://www.aphorismen.de/zitat/963>

Nácar Fuster, E., & Colunga, A. (1967). La Sagrada Biblia. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

Sartre, J. P. (1985). El Existencialismo es un Humanismo. Buenos Aires: Editores del 80.

DECLARACIÓN DE PARTE COMO MEDIO PROBATORIO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO¹

Ricardo Miguel Argoty Hernández²

Resumen

La declaración de parte como medio probatorio autónomo en el Código General del Proceso surgió como producto del cambio de un sistema de expedientes a sistemas por audiencias, regido por la oralidad en la que el juez está en contacto con las partes, lo que acrecienta la inmediación y la libre valoración probatoria. En este sentido constituye fuente de prueba, a pesar de la sólida postura doctrinaria y jurisprudencial, relativa a que la declaración de parte solo constituye medio de prueba cuando de ella se produzca confesión. Es así que la parte procesal es más activa en el proceso, y no solo es parte, sino también medio de prueba, y como tal, su valoración se someterá a reglas de la sana crítica, siendo la actividad del juez más rigurosa, a fin de determinar la fuerza o peso probatorio, en tanto que suministre valiosa información, no sea contradictoria y tenga un mérito objetivo, verificando además si el declarante fue responsivo, exacto y completo, en procura de buscar la verdad, la garantía de la justicia en la decisión judicial y la eficacia de los derechos sustanciales.

Introducción

El presente texto aborda la declaración de parte como medio probatorio en el Código General del Proceso, de manera que, es preciso indicar que a partir de la expedición del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012) se incorporó en la sección tercera, título único, lo relacionado con el régimen probatorio y se incluyó la declaración de parte y la confesión como medios probatorios autónomos, tal como se desprende del artículo 165, a diferencia de lo que contenía el Código de Procedimiento Civil en el artículo 175.

Disponía el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970, art. 194) cinco medios

¹Artículo derivado del trabajo presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Sede Medellín, 2018.

²Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social, de la Universidad Nacional de Colombia y en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia. Abogado Asesor Grado ²³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral. rargoty@gmail.com

de prueba, entre estos la declaración de parte, en cambio el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012, art. 165) consigna siete medios de prueba, en donde separa la confesión de la declaración de parte, y los estipula de manera separada, lo que da a entender, por lo menos desde la perspectiva formal que uno y otro medio probatorio son diferentes.

De allí parte la contextualización del problema que se plantea en el presente artículo, pues más allá de que en el Código General del Proceso, a diferencia del Código de Procedimiento Civil, haya incluido un medio probatorio como es la declaración de parte, surgen los planteamientos respecto a la finalidad misma y respecto a la relación con otros medios probatorios como la confesión.

La anterior afirmación es lo que lleva a estudiar por qué la declaración de parte constituye medio probatorio autónomo y cuál es la diferencia con la confesión, en tanto que, ello implica no solo desde el punto de vista formal analizar la disposición normativa entre uno y otro código, sino, también, la incidencia que implica en materia probatoria y en el discernimiento que sobre estos específicos medios probatorios realiza el juez a la luz de los principios que inspiran el nuevo código de procedimiento.

Así, el objetivo general está circunscrito a determinar los aspectos sustanciales que en materia probatoria representa la inclusión de la declaración de parte como medio probatorio autónomo en el Código General del Proceso.

1. El objeto de la prueba y el derecho a la prueba

La prueba constituye el punto de partida en el ámbito del proceso, pues es la base que permite la concreción de un derecho a favor de quien es titular de la acción o por vía de excepción de quien es la parte pasiva de la relación procesal, y ello implica determinar qué se entiende por actividad de probar, ya que de allí depende el resultado del proceso, pues se trata por parte de quien predica la prueba de demostrar los hechos sobre los cuales pretende que el juez profiera la decisión. Y es aquí donde resulta importante ir al concepto de la prueba judicial como lo establece Azula Camacho (2008) en su obra *Manual de derecho procesal*: “un acto procesal mediante el cual se le lleva al juez el convencimiento de los hechos materia u objeto del proceso” (p. 4).

Del mismo modo no puede dejarse de lado que el objeto de la prueba es el hecho, y en ese sentido Peña Jairo (2008), en el libro *la Prueba judicial Análisis y valoración* asienta que: “el hecho se determina en la medida en que es el presupuesto para la aplicación de las normas en casos particulares” (p. 22), aspecto que hace que la prueba constituya la base esencial del proceso, bien sea desde lo sustancial o desde lo procesal, es más, se puede concatenar con la máxima *da mihi factum, dabo tibi ius*, esto es, dame el hecho y te daré el derecho.

Es importante memorar los aforismos que trae Canosa Suárez (2013), como: “los derechos no son nada sin su prueba”, “es igual no tener un derecho que no poderlo probar” (p. 23), “el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas”

(p. 23), “aquello que se afirma sin evidencia, también puede descartarse sin evidencia” (p. 23) y “no se puede prescindir de la prueba sin atentar contra los derechos de las personas. Sin la prueba sería un imposible la aplicación de las normas” (p. 23), aforismos que resaltan lo importante que resulta la prueba en el proceso judicial y la actividad de probar en el sentido de demostrar los hechos en el proceso.

Indica igualmente Canosa Suárez (2013) a manera de conclusión en lo relativo a la prueba que:

La prueba permite justificar la verdad a manera de verificación, control, reconstrucción o confrontación de los hechos. Paralela a la noción técnica o jurídica de la prueba, existe una noción corriente o general, según el cual prueba es todo lo que sirve para darnos certeza, para hacernos conocer un hecho, para convencernos de la realidad (p. 24).

Ahora, en este mismo sentido, la Corte Constitucional señala que el “derecho a la prueba incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino la de que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte” (T-555/99).

Apelando a Taruffo (citado en Ruiz, L.B, 2017) encaja en la nueva percepción del derecho a la prueba como una acepción “propia del mundo contemporáneo que responde a sistemas jurídicos sometidos a la razón (o lo razonable) y en las que hay garantías de carácter constitucional como lo son los derechos fundamentales” (p.8). Lo primero que viene a propósito colegir es que la oralidad constituye el báculo de la implementación del Código General del Proceso, aspecto que ha repercutido en el ámbito probatorio, pues así lo sostiene Canosa Suárez (2013) al establecer que: “El proceso, en todas estas ramas del derecho, no sólo en Colombia, sino en el contexto europeo y americano, está cambiando, dirigiéndose hacia la oralidad y, de la mano con el proceso, se están renovando las instituciones probatorias” (p. 23).

Así pues, el Código General del Proceso, al igual que el Código de Procedimiento Civil, contiene el principio de la necesidad de la prueba, el cual como lo sostiene Nisimblat (2013) “es el resultado de la prohibición constitucional del fallo sin pruebas” (p. 158), y en tal sentido, tanto el artículo 174 del CPC como el artículo 164 del CGP establecen que toda decisión deberá fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Ahora, por regla general, de conformidad con el artículo 167 del CGP, le compete a la parte probar el supuesto de hecho del derecho que reclama, no obstante, como lo asienta Nisimblat (2013) el Código General del Proceso “incluyó las modernas tendencias reconocidas por el consejo de Estado y la Corte Constitucional” (p. 181) en lo relativo a la carga de la prueba.

En similar sentido, Montilla y Jiménez (2016) hacen un análisis minucioso en lo concerniente a la carga dinámica de la prueba concebida en el Código General del Proceso, con el fin de establecer el alcance y las limitaciones de aquella frente a los diferentes aspectos de derecho

que se plasman dentro del artículo 167 que concibe tal principio, igualmente en lo que concierne a otras figuras jurídicas establecidas en el código como son: los deberes de las partes, el principio de auto responsabilidad y los deberes del juez.

Ahora, es preciso dejar sentadas las acepciones de la prueba en el CGP, para lo cual, atendiendo a Canosa Suárez (2013) se señala que son tres las acepciones, a saber: “a) Como un conjunto de razones o motivos que llevan conocimiento o certeza al juez sobre determinados hechos” (p. 25), “b) Como medio de prueba es el vehículo, instrumento u órgano que le suministra al juez el conocimiento sobre los hechos” (p. 25) y “c) Como resultado es el conocimiento, convencimiento o certeza del juez sobre los hechos” (p. 25).

2. Antecedentes, naturaleza y características

Concatenando con el anterior capítulo, es importante apreciar que, para adentrarse en la parte procesal como medio de prueba, lo primero que viene a propósito razonar es la incidencia que aquella tiene en el proceso judicial y el cómo llegó a incluirse como medio probatorio, no solo en Colombia sino en otros sistemas judiciales de la región, en donde se comparte una nota característica en común de su incorporación en el proceso judicial.

Señala Felipe Marín Verdugo (2011), en el texto *Modernización de la Justicia Civil*, el razonamiento de la inclusión de la declaración de parte como medio de prueba en sistemas jurídicos como Chile y Uruguay, en la que precisa que:

Desde hace algunas décadas nuestra región ha transitado por un camino de profundos cambios en sus sistemas judiciales. A pesar de las diferencias entre las distintas reformas de nuestros países y en el derecho sustantivo que cada una de ellas ha regulado (civil, laboral, familia, etc.), es posible identificar en la gran mayoría una tendencia común: se trata de un cambio desde sistemas por expedientes hacia sistemas por audiencias. Esto significa, en lo medular, que las decisiones judiciales deben ser tomadas personalmente por el juez, previa audiencia dirigida por él mismo (p. 447).

En el mismo texto indica el autor aspectos esenciales que tienen que ver con los antecedentes de la declaración de parte, tales como la inhabilidad para declarar por la parte procesal, en la medida en que tiene un interés directo o indirecto en la resolución del conflicto, y en ese sentido expresa que la parte podía estar tentada a mentir en defensa de sus intereses, o en matizar u omitir alguna información que le pueda perjudicar, lo que le colocaba en el terreno de “una persona inhábil o excluible para declarar” (p. 458); del mismo modo, plantea que en el sistema escrito se presentan limitaciones a la declaración de parte como medio probatorio, pues cómo el juez hace un análisis de la credibilidad del relato si nunca pudo presenciar su declaración, lo que significa la “falta de la relación directa del juez con la prueba” (p.458).

En este punto, Devis Echandía (2017) lo primero que advierte en relación con la declaración de parte es que en el derecho procesal se da aplicación con excesivo rigor a la máxima latina

nemo testis in re sua auditor, nemo (o nullis) idoneus testis in re sua intelligitur y nemo in propria causa testis esse debet, esto es, que nadie puede tener la calidad de testigo de su propia causa; empero, el mismo autor, apelando a Mauro Ceppelletti, plantea que “en el derecho moderno existe una marcada tendencia a reevaluar tales máximas para dejar al juez en libertad de apreciar el contenido, favorable o desfavorable, de la declaración de parte” (p. 539).

Importa destacar que Devis Echandía (2017), respecto a la declaración de parte, la describe como “el Testimonio que rinde la parte que declara” (p. 539), y que tal declaración de parte puede darse con fines probatorios o con fines meramente aclarativo e informativo, siendo que el carácter probatorio se da cuando la declaración deviene en confesión, y meramente aclarativo o informativo - *Ad clarificandum* -, cuando el juez requiere a la parte a rendir interrogatorio, pero con la finalidad de “poner al juez en contacto con las partes para obtener mayor claridad sobre los hechos que interesan al proceso, sin una finalidad específica probatoria” (p. 546).

Asienta más adelante el autor sobre el interrogatorio de parte con fines aclarativos e informativos, que:

Con este interrogatorio no persigue el juez formar su convencimiento sobre la realidad de los hechos, sino procurar un contacto personal con las partes, una mejor intermediación para un adecuado conocimiento de la causa, que le permita decidir con equidad y acierto. No se trata de tomar una prueba, ni de recibir una declaración informativa representativa, como sucede en la confesión o el testimonio, sino de precisar la declaración de la voluntad de la parte en el planteamiento del litigio (p. 546).

Se destaca también que para Devis Echandía (2017) la relación de la declaración de parte y la confesión es de género-especie, siendo la primera el género de la segunda, afirmando que “toda confesión es una declaración de parte; pero esta puede contener o no una confesión” (p. 540). Seguidamente, Devis Echandía (2017) plantea frente a la declaración de parte, que durante siglos el interrogatorio se utilizó como instrumento para obtener la confesión o el reconocimiento de los hechos desfavorables, con sustento en que desde tiempos del derecho romano se negaba “todo valor probatorio a la declaración de parte favorable a sus intereses” (p. 49), no obstante, plantea de manera contundente que:

El moderno derecho exige someter esta prueba, como las otras, al libre criterio del juez, y, por lógica consecuencia, de restituirle su naturaleza de declaración, válida también en lo favorable al declarante, aun cuando, como es natural, sin alcance de plena prueba en esta parte y sujeta a una rigurosa y libre crítica del funcionario (p. 549).

Por su parte, Parra Quijano (2010) apunta respecto a la declaración de parte que “negamos que el interrogatorio sea un medio de prueba, es simplemente un método o instrumento para provocar la confesión de la otra parte. Lo que sí es medio de prueba es la confesión que se obtenga utilizando el interrogatorio.” (p. 421); en el mismo sentido se expresa Morales (2008, p. 316) cuando hace alusión a la declaración de parte como medio probatorio, pues

manifiesta que con ello se hace referencia a la confesión provocada, es decir, que no le da el alcance de medio probatorio autónomo a la declaración de parte, sino que lo relaciona directamente con la confesión.

Volviendo a la importancia de la declaración de parte como medio de prueba, Canosa Suárez (2013), recurriendo al tratadista Mauro Ceppelletti, extrae de este que “el sujeto mejor informado de los hechos deducidos en juicio es normalmente la parte misma”(p.141), para cuyo fundamento, precisa que:

(...) no puede haber una efectiva realización de la concepción de la oralidad en un proceso en el cual no se haya valorizado plenamente el interrogatorio libre de la parte... como un examen o un coloquio de las partes ante el juez sobre los hechos de la causa, del cual el juez pueda sacar elementos para formar su propio libre convencimiento sobre la verdad de los hechos (pp.141-142).

Así las cosas, la incidencia de la declaración de parte como medio probatorio autónomo, implica desde la óptica jurídica la relación de la actividad del juez en el proceso, la intermediación de la prueba, la conducta de las partes procesales, las cargas procesales que le competen a cada una de las partes, la finalidad del proceso, la valoración en conjunto de las pruebas representado en la sentencia y la eficacia de la prueba en el proceso, aspectos inherentes a la valoración de la prueba, de los cuales se delinearán más adelante.

Una de las razones por las cuales se consolidó la declaración de parte como medio de prueba en el CGP, tiene que ver precisamente con asumir las nuevas tendencias que se enmarcan en el derecho procesal, y precisamente la oralidad constituye una de esas razones, aunado a las apreciaciones doctrinarias de la importancia de la parte procesal como medio de prueba, no solamente en lo tocante a la confesión, sino también en los demás dichos que realice la parte procesal y que no constituyan confesión, pues su valoración queda a competencia del juzgador, quien es el indicado para que, atendiendo a las reglas de apreciación y crítica probatoria, le imprima su valoración como cualquier otro medio de prueba dentro del proceso.

Así pues, Canosa Suárez (2013) indica que:

El nuevo sistema oral supone intensificar en alto grado el contacto entre los sujetos del proceso, también en los aspectos probatorios, desarrollando nuevos mecanismos de averiguación de la verdad. En el sistema esencialmente escrito del CPC el saber de las partes era un instituto aprovechado limitadamente mediante el interrogatorio de la contraparte para provocar la confesión. Ahora ese dicho o saber de las partes incrementa en el CGP su utilidad para la formación del convencimiento del juez, porque podrá usarse como fuente de prueba, aunque no sea perjudicial para el declarante, esto es, así beneficie a la propia parte (p. 140).

Igualmente, establece Canosa Suárez (2013, p. 1) que la inclusión de la declaración de parte y la confesión como dos medios de prueba autónomos en el Código General del Proceso, fue un aspecto de intensas polémicas, dado que históricamente se ha rechazado la confiabilidad respecto de los hechos que pueden beneficiar a la parte; no obstante, dado que en el CGP se adopta la oralidad como principio rector, permite al juez el contacto con las partes lo que acrecienta la inmediación y la libre valoración probatoria.

Del mismo modo, Sanabria Villamizar, R.J (2015) al hacer el paréntesis del análisis de la prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso y en el proceso penal, de manera general precisa que la creación del proyecto del CGP y su posterior promulgación se debe “a uno de los fenómenos de gestación legislativa más democrática de la historia jurídico colombiana”, y que por ello, en materia probatoria puede apreciarse “la adopción tácita de garantías como la confrontación de la prueba” (p.2), derecho de confrontación que ha tenido su desarrollo con mayor rigor en el proceso penal como lo ha sostenido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, considerando tal derecho como una garantía judicial prevista “en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP606,2017).

Las anteriores acepciones no escapan de la órbita del CGP, pues con la declaración de parte como medio de prueba, la parte procesal tiene la facultad de interrogar, contrainterrogar, comparecer al proceso y hacer comparecer a la contraparte, e incluso permite la posibilidad de estar frente a frente con ella, características esenciales del derecho de confrontación, y que en efecto se encuentra de manera tácita prevista en el CGP, a manera de ejemplo, en lo regulado en el inciso final del artículo 198 del CGP, donde se establece el careo entre las partes al momento de practicar el interrogatorio.

Ahora, el Consejo Superior de la Judicatura (2013) con fundamento en el nuevo sistema oral del CGP, establece que si bien se afirmaba que nadie podía crearse a su favor su propia prueba, restándole valor probatorio a la simple declaración de parte, ahora, en virtud del deber de veracidad propio de la oralidad, puede utilizarse el dicho de la propia parte en los procesos judiciales, correspondiéndole al juzgador la valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en conjunto con los demás medios de prueba.

Finalmente, no pueden pasarse por alto las características esenciales que plantea Álvarez Gómez Marco Antonio (2017), en su obra *Ensayos sobre el Código General del Proceso*, sobre la inclusión de la declaración de parte como medio probatorio, entre las que relieves, el derecho a ser oído, es decir, la garantía constitucional de la parte a relatar los hechos materia de controversia ante el juez y que sea este último quien valore tal declaración bajo los postulados de la sana crítica. La segunda característica relacionada con que el derecho a ser oído difiere del proceso por audiencias y el proceso escrito, pues, en el proceso por audiencia permite desarrollar el principio de inmediación, en la medida que el juez recibe en la declaración el relato de los hechos por la misma parte procesal. La tercera característica,

la función del juez, en tanto que, como cualquier medio de prueba, la declaración de parte debe ser valorada con sujeción a las reglas de la sana crítica; y la cuarta, que en la actualidad no son aceptables las inhabilidades por credibilidad, en tanto que nos encontramos en procesos por audiencias donde rige el principio de oralidad, con la finalidad de que el juez se “entere de los hechos por la boca misma de las partes” (Álvarez, M, 2017, p.14).

Ahora, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-927/00), al estudiar la declaración de parte como se encontraba establecida en el Código de Procedimiento Civil, establece que sirve como medio de prueba, en la medida en que se pretenda obtener la confesión de los hechos que se debatan en el proceso. Igualmente, esta Corporación (C- 559/09) define la prueba del interrogatorio o declaración de parte como un mismo medio probatorio cuyo fin u objetivo es buscar la confesión, es decir, que bajo la óptica del Código de Procedimiento Civil se descarta la simple declaración de parte sobre hechos o circunstancias que no necesariamente resulten desfavorables o le perjudiquen, y así lo dejó adocinado en tal providencia:

El interrogatorio o declaración de parte tiene por objeto obtener de los demandantes o demandados la versión sobre los hechos relacionados con el proceso y puede llegar a configurar una confesión, siempre y cuando recaiga sobre hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la parte contraria y se cumplan los demás requisitos señalados por el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil (C-559/09).

Desde la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, igualmente consultada en su página oficial, se ha venido sosteniendo en relación con la declaración de parte y la confesión, que la declaración de parte solo constituye medio de prueba en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o favorezcan a la parte contraria. Así las cosas, se encontró que la sentencia con radicado No 3979 del 13 de septiembre de 1994, es la más reiterada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que afincó su posición en relación con la declaración de parte, en los siguientes términos:

De otro lado, no puede confundirse la confesión con la declaración de parte, como lo insinúa la censura. La confesión es un medio de prueba por el cual la parte capacitada para ello relata en forma expresa, consciente y libre hechos personales o que conoce, y que a ella le son perjudiciales, o, por lo menos, resultan favorables a la contraparte. La última es la versión, rendida a petición de la contraparte o por mandato judicial oficioso, por medio de la cual se intenta provocar la confesión judicial.

En consecuencia, la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario. O, lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 3979,1994).

Así mismo, otra de las posiciones que al respecto se encuentra en la jurisprudencia sobre la declaración de parte, hace relación a la siguiente:

(...) no puede entenderse como confesión la manifestación relativa al tiempo poseído, pues en cuanto no constituía una afirmación que le desfavoreciera (art. 195 num. 2 C.P.C.), requería de prueba por medios completamente diferentes —claro está— a su propia y mera afirmación, de conformidad con lo señalado por el artículo 177 del C.P.C. Lo contrario, lisa y llanamente, sería admitir que el demandado, '*mutatis mutandis*', pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5573, 2000).

La anterior sentencia fue relacionada en la sentencia con radicado No 5502 del 4 de abril de 2001, en la que adicionalmente, expresó que las declaraciones que favorezcan a la parte:

(...) apenas podrían ser consideradas como simples afirmaciones que, por lo general, no merecen credibilidad con sujeción a los principios de la prueba contenidos en el estatuto procesal civil, en la medida en que a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5502,2001).

A su vez, esta última providencia viene a ser replicada en sentencia del 9 de marzo de 2017, radicación No 2017-00440 en una de acción de tutela. Del mismo modo, la Alta corporación de la especialidad civil, en la misma línea de interpretación adoctrina al respecto que:

Desde luego que no hay lugar a aceptar para probar el referido aspecto la versión dada por la demandante al rendir el interrogatorio de parte, toda vez que, como lo enseñan elementales nociones de derecho probatorio, jamás las expresiones notoriamente interesadas de la misma parte pueden favorecerla, pues, en esencia, este medio de prueba únicamente ha de ponderarse por el fallador en cuanto contenga una verdadera confesión, o sea, sólo cuando aparezcan manifestaciones que lleguen a producir consecuencias desfavorables a quien las hace, -contra se-, de la manera pregonada por el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 6709, 2003).

Tal posición fue propalada en la sentencia con radicado No 11001-31-03-035-1994-02695-01 del 23 de octubre de 2006, Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar. Otra de las sentencias que resultan relevantes en derredor de la declaración de parte, es la sentencia de radicado No 7246 de 2004, en la que rememora una sentencia del 12 de febrero de 1980, para expresar al respecto lo siguiente:

Es que, según es sabido, “es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo *onus probandi incumbit actori* no existiría, si al demandante le bastara con afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el juez’ (Sentencia de 12 de febrero de 1980)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 7246, 2004)¹.

Colofón de lo anterior, sólida es la postura de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, atinente a establecer que la declaración de parte solo constituye medio de prueba cuando de ella se produzca confesión, restándole valor probatorio a la declaración que realiza la parte de aspectos que no necesariamente le sean desfavorables, situación que como se delineó anteriormente constituye un cambio sustancial en el Código General del Proceso, al incluir la declaración de parte como medio probatorio autónomo, desligándolo de la confesión, lo que significa que todo ese andamiaje jurisprudencial se matizaría posteriormente tras la vigencia del CGP, y a su vez, como medio probatorio autónomo, constituiría un elemento que debe ser valorado por el juzgador conforme a las reglas generales de apreciación de las pruebas, y es allí donde se profundizara en el capítulo siguiente, en tanto que, la declaración de parte como cualquier medio probatorio está sujeto a la valoración o crítica probatoria, lo que significa también aterrizar en qué tan importante para el proceso judicial resulta este medio probatorio.

3. Naturaleza jurídica de la valoración de la prueba

Este principio guarda estrecha relación con la declaración de parte, en la medida en que bien sea por activa o pasiva, la parte procesal rinde su versión de los hechos materia de litigio con el fin de incidir en el convencimiento del juez, con lo cual le impone el deber de ceñirse a la lealtad procesal, pues apelando a Guimarães Ribeiro (citado en Ruiz, L.B, 2017) exige de las partes “una conducta procesal de colaboración con el proceso, observando la lealtad, la buena fe y otros valores, so pena de sanciones en el mismo proceso” (p. 195).

Del mismo modo, Devis Echandía (2017) referenciando a Silva Melero, plantea que el principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba rigen para el proceso en general, no obstante en lo respectivo a la prueba tiene una particular importancia, en tanto que, si la prueba permite la reconstrucción de los hechos tal como ocurrieron, las partes “deben colaborar a la obtención de la voluntad de la ley, subordinando el interés individual a una sentencia justa”, y que si bien tal exigencia puede resultar excesiva, en la medida en que la parte procesal persigue un interés particular, plantea el autor que “una cosa es tratar de

¹Providencia citada en extenso en la sentencia del ¹⁴ de julio de ²⁰¹⁴, radicación No 11001-31-03-002-2005-00139-

defender los propios derechos, y otra muy diferente poder hacerlo con mala fe y deslealtad” (p. 113).

En el CGP, al igual que en el derogado CPC, se mantiene el sistema de libertad probatoria, lo que significa que las partes cuentan con un abanico de medios probatorios que puedan llevar a la acreditación de los hechos en el proceso judicial, en la que se encuentra la declaración de parte, desligándose de lo que históricamente se ha entendido como confesión, tal como se desprende del artículo 165 del CGP, e inclusive ampliando el espectro probatorio al indicar que además de los allí relacionados en el artículo 165 *ibídem*, sirven como medio de prueba “cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”, que se practicarán de manera semejante a otros medios de prueba, siempre y cuando se preserven los principios y garantías constitucionales.

La declaración de parte con el CGP se anejó a los medios probatorios en el proceso judicial, reafirmando así la inexistencia de un catálogo exacto o cerrado de medios probatorios en el sistema de libertad probatoria, en la que la parte procesal, bien sea por activa o por pasiva, no solo cuenta con la posibilidad de demostrar los hechos objeto de debate con los medios probatorios tradicionales, sino también que en el sistema de audiencias le permite ser parte procesal y medio probatorio a la vez, pues la información que aporte la parte procesal a través de la declaración al proceso, es de cardinal importancia en la formación del convencimiento del juez, y como cualquier medio probatorio se someterá a la valoración del juzgador.

La autorresponsabilidad es el deber que tiene la parte de demostrar un hecho mediante una prueba, aspecto que se concatena con la carga de la prueba, en el sentido que por regla general conforme al postulado “*onus probandi*”, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, según lo dispone el artículo 167 C.G.P. antes 177 C.P.C, lo que quiere significar que no basta con afirmar, sino que es necesario acreditar o demostrar los hechos aducidos; no obstante, tal regla se ha flexibilizado, y tanto la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 30 de enero de 2001, radicación 5507, como la Corte Constitucional, han venido adocinando la teoría del traslado de la carga de la prueba, como detallada e históricamente se expone en la sentencia T-074 de 2018, en el sentido de facultar al juez la potestad de distribuir la carga de la prueba a la parte que está en mejor condición para demostrar lo alegado en el litigio.

En efecto, la autorresponsabilidad como la carga de la prueba se relacionan con la declaración de parte, pues en el proceso la parte procesal no solo funge como parte, sino además como medio probatorio dirigido a demostrar un hecho, y al rendir tal declaración, está cumpliendo con la carga de la prueba de los hechos que pretende demostrar con su declaración, y como cualquier medio probatorio debe ser valorado por el dispensador de justicia. Como lo expresa Devis Echandía (2017), el juez es el receptor de la prueba, y a su vez el sujeto que valora y aprecia la prueba, indicando que quizás es “la más importante de las actividades probatorias y una de las principales en el proceso” (p. 253), lo cual se

verá reflejado en la sentencia, pues dispone el artículo 164 del CGP que “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, y a su vez el artículo 176 *ibídem* consagra que “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”, además de que “El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Ilustrativo resulta traer a colación lo enseñado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que hace todo el andamiaje jurídico sobre la valoración en conjunto de la prueba y lo relativo a la sana crítica, expresando que:

(...) la valoración individual y en conjunto del contenido de las pruebas, y la elaboración de las conclusiones sobre los hechos probados corresponden –en sentido estricto– a la fase de apreciación material de las pruebas (art. 187 C.P.C.), es decir, al desentrañamiento, develación o interpretación de su significado; o, lo que es lo mismo, a lo que la prueba dice respecto de su objeto, o a su correspondencia con los hechos, que es lo que determina la calidad de la prueba y el contenido de verdad de la decisión judicial (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC9193, 2017).

En lo particular a la declaración de parte, el inciso final del artículo 191 del CGP establece que se valorará de acuerdo con las reglas de apreciación de las pruebas, y en tal sentido, como cualquier otro medio de prueba se someterá a las reglas de la sana crítica, siendo el juez el que determine la fuerza o el valor de tal medio probatorio, en tanto que suministre valiosa información, no sea contradictoria y tenga un mérito objetivo. Álvarez Gómez Marco Antonio (2017), en su obra *Ensayos sobre el Código General del Proceso*, plantea dos aspectos esenciales en lo que respecta a la valoración de la declaración de parte; lo primero, que “nada obsta para que se emita una sentencia respaldada probatoriamente en la declaración de parte que triunfa” (p. 16); y lo segundo, que al ser la declaración de parte un testimonio de los hechos narrados por la misma parte, el juez debe verificar si fue responsivo, exacto y completo. (p. 16)

Ahora, desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se adoctrina que:

La suficiencia o plenitud de la prueba es siempre relativa al *thema probandum*, por un lado, y al contexto de referencia, por el otro, pues no existe una prueba completa en sí misma (a menos que la ley lo disponga expresamente), sino unos medios que proveen el conocimiento con la aptitud o eficacia para explicar las circunstancias en que se basa la controversia, a la luz de un análisis contextual de la realidad social, profesional o técnica en que se dan los hechos que se investigan (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC9193, 2017).

De otra manera Devis Echandía (2017) explica lo que llama fuerza probatoria material, es decir, que el medio probatorio, “convenza por sí solo (valor probatorio absoluto o total) o en concurrencia con otros (valor probatorio relativo o incompleto)” (p. 299).

Finalmente, no se puede dejar de lado que la parte procesal persigue un interés particular

en el proceso, bien sea por activa o por pasiva, con lo cual, la intelección que el juez haga de tal medio probatorio, bien sea que haya sido el único medio probatorio recabado en el proceso, o que concurra con otros, tiende a ser más riguroso, pues quien hace el ejercicio de valoración debe determinar su consistencia, coherencia, y mérito objetivo, en procura de buscar la verdad, la garantía de la justicia en la decisión judicial y la eficacia de los derechos sustanciales.

Conclusiones

El sistema jurídico procesal ha evolucionado pasando de un sistema de expedientes a sistemas por audiencias, en donde la oralidad ha sido el báculo de los diferentes cambios normativos, en particular, en las instituciones probatorias se pasó de la inhabilidad para declarar por la parte procesal en tanto que podía estar tentada a mentir en defensa de sus intereses, o que nadie puede tener calidad de testigo de su propia causa, a una nueva concepción en la que el sujeto mejor informado de los hechos es la parte misma, y en tal sentido, en un sistema por audiencias regido por la oralidad el juez está en contacto con las partes y por ello la declaración de la propia parte puede usarse como fuente de prueba, no solo en lo desfavorable que constituya confesión, sino también en lo favorable.

Si bien la declaración de parte como fuente de prueba tiene como objeto llevar al juez el convencimiento de los hechos materia u objeto del proceso, al existir un arraigo muy marcado desde antaño en negar todo valor probatorio a lo declarado por la parte que favoreciera sus intereses, esto cambia diametralmente con el CGP, permitiendo que la parte procesal emita su declaración en el proceso sobre los hechos de la causa, sometándose al libre criterio del juez, quien valorará tal medio probatorio.

Desde la doctrina jurisprudencial, la postura de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en vigencia del Código de Procedimiento Civil, es sólida en lo atinente a establecer que la declaración de parte solo constituye medio de prueba cuando de ella se produzca confesión, lo que significa que todo ese andamiaje jurisprudencial se matizaría posteriormente tras la vigencia del CGP, pues la base con la cual se construyó la postura jurisprudencial está dada en que el demandante no puede esculpir su propia prueba, en que a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo favorece, o que jamás las expresiones notoriamente interesadas de la misma parte pueden favorecerla; posturas que se revalúan, y que a pesar de haber sido la inclusión de la declaración de parte en el CGP un aspecto de intensas polémicas, ya que históricamente se ha rechazado la confiabilidad respecto de los hechos que pueden beneficiar a la parte, la oralidad, permite al juez el contacto con las partes, lo que acrecienta la inmediación y la libre valoración probatoria.

Teniendo en cuenta que la parte procesal no solo funge como parte, sino también como medio de prueba, de suyo es que persigue un interés particular, pero ello debe ceder a la finalidad del proceso, pues de lo contrario sería actuar de mala fe y con deslealtad, lo que implicaría también la afectación en la valoración probatoria que el juez realice de la

declaración de parte; del mismo la declaración de parte se anejó a los medios probatorios en el proceso judicial, reafirmando así la inexistencia de un catálogo exacto o cerrado de medios probatorios en el sistema de libertad probatoria, y, finalmente, la parte procesal tiene la autorresponsabilidad de demostrar los hechos objeto de su pretensión o excepción mediante la prueba, para lo cual conforme el postulado “*onus probandi*”, la parte procesal puede suplir, no solo arribando los demás medios probatorios tradicionales, sino eventualmente con la declaración de parte que la misma realice.

Según el artículo 191 del CGP, la declaración de parte se valorará de acuerdo a las reglas de apreciación de las pruebas, conforme a la sana crítica, siendo el juez más riguroso a fin de determinar la fuerza o peso probatorio, en tanto que suministre valiosa información, no sea contradictoria y tenga un mérito objetivo, verificándose por el juez si en la declaración rendida, se fue responsivo, exacto y completo, de manera similar como se aprecia un testimonio, en procura de buscar la verdad, la garantía de la justicia en la decisión judicial y la eficacia de los derechos sustanciales.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, M (2017). Ensayos sobre el Código General del Proceso. Vol. III Medios Probatorios. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

Azula, J (2008). Manual de derecho procesal. Vol 6 Pruebas judiciales. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

Canosa, U. (2013). La prueba en procesos orales civiles y de familia cgp – ley 1564 de 2012 decreto 1736 de 2012. Bogotá D.C.: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

Echandía, H. (2017). Teoría general de la prueba judicial. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

Marín, F. (2011). Declaración de parte como medio de prueba. Universidad de Montevideo. Editor. Santiago Pereira Campos. Disponible en https://works.bepress.com/felipe_marin/1/ Fecha de consulta [07/09/2018]

Montilla, C.E., Jiménez J. M. (2016). Alcance y limitaciones de la carga dinámica de la prueba en el proceso judicial. (Trabajo de grado para optar al título de Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo). Universidad de Medellín.

Morales, H. (2008). Curso de derecho procesal civil. Madrid. Instituto de Estudios Políticos.

Nisimblat, N. (2013). Derecho Probatorio: introducción a los medios de prueba en el código

general del proceso. Principio y medios de prueba en particular. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Parra, J. (2010). Manual de derecho probatorio. Bogotá D.C.: Librería el profesional.

Peña, J. (2008). Prueba judicial Análisis y valoración. Bogotá D.C.: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

Ruiz, L. B. (2017). El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano. (Tesis doctoral) Universitat Rovira i Virgili. Disponible en <http://www.tdx.cat/handle/10803/461598>

Sanabria Villamizar, R. J. (2015). Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: un estudio desde la experiencia procesal penal. Estudios de Derecho. 72(160), 19-50. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a02 Fecha de consulta [27/11/2018]

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil (1994). Sentencia radicado 3979, 13 de septiembre de 1994. M.P. Héctor Marín Naranjo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil (2000). Sentencia radicado 5573, 18 de octubre de 2000. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil (2001). Sentencia radicado 5507, 30 de enero de 2001. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil (2001). Sentencia radicado 5502, 4 de abril de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil (2003). Sentencia radicado 6709, 28 de marzo 2003. M.P. César Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil (2004). Sentencia radicado 7246, 25 de noviembre de 2004. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil (2006). Sentencia radicado 11001-31-03-035-1994-02695-01, 23 de octubre de 2006. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil (2014). Sentencia radicado 11001-31-03-002-2005-00139-01, 14 de julio de 2014. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal (2017). Sentencia radicación No 44950, SP606-2017, 25 de enero de 2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil (2017). Sentencia radicado 11001-02-03-000-2017-00440-00, 09 de marzo de 2017. M.P. Margarita Cabello Blanco.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia T-555 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia C-927 del 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-559 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC): EL CASO DE LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA EN COLOMBIA

David Fernando Quintero Ríos*

El derecho de la competencia en Colombia se divide en dos grandes áreas, por un lado, se encuentra la aplicación pública, que es la encargada del mantenimiento y consolidación de los principios que la libre competencia persigue, para lo cual se estableció un proceso administrativo en el que se sancionan conductas tales como acuerdos, actos anticompetitivos, abuso de posición de dominio y el régimen de integraciones empresariales. Por el otro lado, se encuentra la aplicación privada del derecho de la competencia, en la que se busca la protección individual de la competencia, a través de un proceso jurisdiccional que busca la declaración de responsabilidad del agente del mercado que con su conducta lesione los intereses de los que son sujetos de protección de la norma y el posterior resarcimiento de perjuicios, por las conductas desleales de los competidores.

El presente artículo se ceñirá a los retos que la aplicación pública del derecho de la competencia tiene en la regulación de las empresas tecnológicas de economía colaborativa, tales como Rappi, Domicilios.com, Ifood, UberEats, Uber, Cabify, DiDi, Beat, Picap, Emobi, MercadoLibre, OLX, entre muchas otras, en el marco del desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC). El texto se dividirá en tres partes, en la primera se caracterizarán brevemente las corrientes doctrinarias que dieron origen a la protección de la competencia en el derecho moderno, luego se abordará una caracterización de las normas de aplicación pública de la competencia en Colombia, y se concluirá con la apreciación de la eficacia que las normas actuales tienen en la regulación de las prácticas restrictivas de la competencia que podrían adelantar los modelos comerciales creados en la era de la información y tecnología.

**Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en derecho comercial de la Universidad del Rosario y candidato a Magister en derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Actualmente cuenta con el cargo de oficial mayor en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Envigado – Antioquia.*

El derecho de la competencia en el derecho moderno surgió en Estados Unidos a partir de la promulgación de la Ley Sherman (Sherman Act) en 1890 y la Ley Clayton (Clayton Act) en 1914, leyes que fueron creadas como respuesta a las concentraciones de poder económico de los denominados *robber barons* a finales del siglo XIX (Rockefeller, Carnegie, Morgan, etc.). Ambas leyes se encuentran redactadas en términos generales, la primera declarando la ilegalidad de todo contrato, combinación o conspiración restrictiva del comercio, declarando además reo de delito punible a toda persona que monopolice o trate de monopolizar cualquier actividad del comercio; la segunda ley declaró ilegales la discriminación de precios, los contratos de exclusividad, la adquisición de acciones entre corporaciones y las direcciones de enlace cuando tales prácticas disminuyan la competencia o tiendan a crear un monopolio. Ante la generalidad en la redacción de los textos legales, surgieron dos teorías doctrinales en búsqueda de establecer una interpretación unificada en cuanto a las finalidades que las leyes de protección de la competencia estadounidense perseguían. La primera de ellas gestada en la década de 1960 por teóricos de la Universidad de Harvard (Chamberlain 1933), (Mason 1957) y (Bain 1951, 1959 y 1956), en la que se concluyó que las empresas con poder de mercado tenían una propensión connatural a actuar de manera anticompetitiva y que en efecto así lo hacían, planteando la necesidad de presumir como anticompetitivas todas las conductas desplegadas por los agentes con poder de mercado, presunción que podía ser desvirtuada por el investigado, aportando estudios económicos de gran calado que permitieran probar que la conducta investigada tenía efectos beneficiosos para los competidores, la competencia o el mercado mismo. A dicha presunción se le llamó la regla *per se*.

Posteriormente, en la década de 1980, teóricos de la Universidad de Chicago (Posner 1979), (Kovacic 1990), (Bork 1993) y (Ginsburg 2006) presentaron una nueva forma de ver el derecho de la competencia y de interpretar las normas regulatorias, momento en el cual, tal como lo afirma Cseres, los gobiernos intentaron limitar su intervención en el mercado, creando condiciones en las que los consumidores y la competencia pudiesen empujar a los mercados a resultados económicos y sociales óptimos, abriendo los mercados a la competencia y simplificando la regulación existente. La razón económica detrás de este nuevo enfoque fue que eliminando barreras a la entrada de competidores a los diferentes mercados, y permitiendo a los consumidores una libre elección entre varios proveedores de bienes y servicios, la competencia y la innovación se fomentarían, lo que redundaría en la relación costo-eficacia, precios de consumo más bajos con calidad y variedad mejoradas, y en última instancia conducirían al crecimiento económico (2008, p. 78), por lo cual, se desmontaron las presunciones creadas por Harvard y los tribunales y agencias estatales exigieron la prueba de que la conducta acusada fuera anticompetitiva, esto es, consideraban necesario la investigación seria y profunda de las diferentes conductas investigadas a fin de no intervenir el mercado por intervenir, reconociendo la posibilidad de causarle a este un daño mayor con una intervención estatal apresurada. A dicha exigencia probatoria se le llamó la regla de la razón.

En lo que respecta a la aplicación pública del derecho de la competencia colombiano, en su versión de evitar o contrarrestar prácticas restrictivas de mercado, los antecedentes normativos más relevantes se concretaron en la Ley 155 de 1959, por medio de la cual “se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”, la cual creó la cláusula general de prohibición (Artículo 1), que pese a haber sido expedida hace más de sesenta años, aún sigue siendo eje central de la investigación de prácticas restrictivas de la competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC). Posteriormente se expidió el Decreto Ley 2153 de 1992, el cual es relevante en cuanto tipificó una serie de acuerdos, actos y abusos de posición de dominio contrarios a la libre competencia que siguen vigentes, y posteriormente con la expedición de la Ley 1340 de 2009 “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, se invistió a la SIC como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, esto es, le asignó el conocimiento privativo de las investigaciones en materia de protección de la competencia (artículo 6) otorgándole la facultad de crear doctrina probable (artículo 24), donde además el legislador fijó como propósito de las actuaciones administrativas velar por “la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica” (Artículo 3) . El anterior, pese a ser un recuento oportuno y fiel de la normatividad en lo que aplicación pública del derecho de la competencia corresponde, no ahonda en la totalidad de los aportes que cada uno de los cuerpos normativos han hecho a esta disciplina del derecho, lo cual ha de ser objeto de otro texto jurídico.

En los procesos administrativos sancionatorios adelantados por la SIC, las conductas sancionadas se enmarcan en las tipificadas por los artículos 47 (acuerdos), 48 (actos) y 50 (abuso de posición dominante) del decreto 2153 de 1992 y la prohibición general establecida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959. Dichos procesos en muchas ocasiones se reducen a establecer si la conducta investigada se adecúa al presupuesto normativo fijado y en consecuencia se imponen las sanciones del caso, desatendiendo el estudio de la lesividad que la conducta investigada tiene sobre los bienes jurídicos que el derecho de la competencia protege en el país, en primer lugar porque pese a tener un derrotero de objetivos multidisciplinar¹, no existe un norte claro sobre cuando se tutela uno u otro bien jurídico y en segundo lugar, porque muchos de los presupuestos normativos sancionan cuando las conductas “tengan por objeto o tengan como efecto”, esto es, se presumen como lesivas al derecho de la competencia las acciones descritas en la norma, independientemente si generan una afectación real y material a la competencia, los consumidores o el mercado mismo, lo que le permite a la SIC descansar en las presunciones de lesividad relevándose de la prueba concreta de afectación.

En materia de aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia, la SIC ha tenido una gran popularidad en los últimos años, concretamente con el eco que produjeron

¹El artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 que modificó el numeral 1 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, establece que los propósitos que deben alcanzar las actuaciones administrativas en materia de protección de la competencia son: “la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”

las sanciones a los grandes carteles en materia de fijación de precios, verbigracia, el cartel de los cuadernos (Resolución 54403 de 2016), de los pañales (Resolución 43218 de 2016), del papel higiénico (Resolución No. 31739 de 2016), de los cementos (Resolución No. 81391 de 2017), entre otros. Sin embargo, existe un factor común en todas las empresas sancionadas, cuentan con un modelo de negocio tradicional, relacionado con los parámetros de la era industrial, con una mayor porción de ventas en establecimientos físicos y estructuras burocráticas rígidas, consecuentes con el modelo de negocio en que se cimientan. Por lo que conviene indagar acerca de la participación de las empresas TIC en prácticas restrictivas de la competencia en Colombia, el alcance que la normatividad actual tiene para regularlas y la eficacia con la que la Autoridad Nacional de la Competencia las sanciona. La respuesta es desoladora, pues en lo que a aplicación pública del derecho de la competencia corresponde, la SIC ha impuesto un total de cero sanciones desde que funge como la Autoridad Nacional de Competencia Colombiana. Esto puede suceder a partir de una de dos causas, las empresas de la tecnología TIC, pese a que compiten activamente en casi todos los sectores de la economía, no participan en práctica restrictiva de la competencia alguna; o la regulación normativa en materia de la protección de la competencia colombiana es insuficiente y obsoleta para atender a las nuevas dinámicas del mercado. Para desarrollar el interrogante, se hace necesario, en primer lugar, contextualizar la era industrial en la que nos encontramos.

Teóricos coinciden en la existencia de tres revoluciones industriales en la historia de la humanidad, las cuales se sintetizan en lo afirmado por Cortés:

“A finales de siglo XVIII y principios del XIX, la Primera Revolución Industrial transformó el mundo como ningún otro fenómeno histórico lo había hecho desde el Neolítico. Se pasó de una economía rural basada en la agricultura y el comercio, a una economía urbana, industrial y mecanizada, que cabalgaba sobre la máquina de vapor. En la segunda, la electricidad y los combustibles fósiles darían energía a miles de fábricas que crecieron en tecnificación y tamaño, precipitando una división del trabajo sin precedentes. En la tercera, la industria se informatizó y se automatizó a una velocidad exponencial desde la década de los setenta hasta nuestros días, en la que millones de ciudadanos vivimos conectados a través de nuestros teléfonos inteligentes.” (2016, p. 101)

Posteriormente, Cortés afirma que varios expertos identifican señales evidentes de la gestación de una cuarta revolución industrial, en ciernes, basada en la hiper conectividad y los sistemas ciberfísicos -el internet de las cosas-, o la microfabricación representada por el movimiento maker, gracias a la popularización de las impresoras 3D y la economía directa (2016, p. 101), definiendo la economía directa como la que se caracteriza por un tipo de actividades productivas y comerciales de pequeñísima escala, alto alcance, baja necesidad de financiación y uso intensivo del conocimiento libre. Esta nueva tendencia, viene produciendo un impacto que obliga a replantear la forma en que funciona la industria tradicional, en atención a los cambios en las necesidades del cliente; creándose mercados

que se basan en diferentes enfoques con servicios personalizados e innovadores, tomando como base las tecnologías básicas como las comunicaciones móviles.

Parte de esa economía directa, en desarrollo de la cuarta revolución industrial, ha conllevado al surgimiento de la ya conocida economía colaborativa, con aplicaciones móviles como Rappi, Domicilios.com, Ifood, UberEats, Uber, Cabify, DiDi, Beat, Picap, Emobi, MercadoLibre, OLX, entre muchas otras, que definiéndose a sí mismos como un modelo económico y social basado en la colaboración en el intercambio de bienes y servicios entre iguales a través de Internet, dicen actuar, como intermediarios entre quien desea un servicio y la persona particular que lo presta. Bajo este argumento algunas empresas de economía colaborativa participan en la prestación de los servicios de transporte público en vehículos privados, en algunos casos eludiendo las regulaciones propias de este sector de la economía, otras participan en la prestación de servicios de mensajería, transporte y entrega de productos (comida, mercado, documentos, ropa, medicamentos, electrodomésticos, entre otros), y otras en anuncios clasificados en Internet (compraventa y permuta de artículos nuevos y usados), evadiendo, en ocasiones, las regulaciones propias de este sector de la economía. Aunado a lo anterior y basados en el argumento de ser intermediarios, no se realizan pagos a la seguridad social y demás acreencias laborales de los llamados socios, en parte porque el modelo de negocio no muestra a las empresas de economía colaborativa como un empleador sino como mero intermediario, un proveedor del servicio tecnológico donde usuario y prestador del servicio se encuentran².

Por lo que cabe preguntarse, ¿compiten las empresas TIC en igualdad de condiciones que las empresas tradicionales de transporte público de pasajeros, mensajería, entrega de productos, transporte de mercancía, etc.?; ¿las empresas TIC están obligadas al cumplimiento de la regulación propia de los sectores de la economía donde participan? y de estarlo ¿el incumplimiento se convierte en una ventaja indebida sobre los demás participantes competidores?; ¿de estar obligadas, el incumplimiento en el pago de acreencias laborales y seguridad social a las personas que prestan los servicios ofertados por las empresas TIC genera una ventaja indebida sobre los demás competidores con modelos tradicionales?.

Por tanto, pareciera que la legislación colombiana en materia de prácticas comerciales restrictivas está diseñada para atender la competencia de empresas con modelos de negocio tradicionales, en la que las presunciones de prácticas comerciales restrictivas establecidas en nuestro ordenamiento, parecen ser insuficientes para regular las conductas propias de las nuevas dinámicas del mercado, que se ven reflejadas en las empresas de tecnología que prestan servicios supuestamente gratuitos (a cambio de datos, pero sin cobro monetario) con un acceso inmediato. Compañías como algunas de las empresas de economía colaborativa

²Dicha posición acerca de si la aplicación móvil es o no empleador, es aún materia de discusión en diferentes partes del mundo, ejemplos de tribunales que han reconocido relaciones laborales entre socio y aplicación móvil, han sido: (i) *Douglas O'Connor vs UBER Technologies* (No. 14-16078 (9th Cir. 2018) de la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito de los Estados Unidos; (ii) *Aslam, Farrar y otros vs. Uber* (No. 2202550 de 2015) del Tribunal de Empleados de Londres. Aclarando que se trata de una discusión que no ha concluido, con valiosos argumentos de parte y parte.

que a partir del no pago de acreencias laborales y el incumplimiento de la legislación propia del sector donde se prestan los servicios ofertados, compiten con una clara ventaja sobre los demás agentes que ofrecen servicios similares en forma física y bajo modelos tradicionales, en algunos casos promocionan sus servicios por debajo del costo, ganan terreno captando más usuarios con productos o servicios a precios de cero (precios predatorios), hacen uso de los datos personales recolectados en un mercado para apalancarse en otro, entre muchas otras prácticas. Resguardados en conceptos acuñados últimamente como la economía colaborativa o consumo colaborativo, en los cuales se omite el modelo tradicional de integración vertical para ofrecer servicios, donde las mismas compañías tenían los bienes y contrataban personas para que los operen. Frente a ellos pareciera de alguna manera que nuestro sistema jurídico es ineficaz y las presunciones establecidas por el legislador no atienden de manera efectiva el movimiento del mercado.

Un claro ejemplo de empresas que se han convertido en monopolios naturales en Estados Unidos y pronto a nivel mundial, y que a su vez han mostrado que los mercados se mueven tan rápido que la legislación no puede reaccionar a tiempo, es el caso de los gigantes de la tecnología Amazon, Apple, Facebook, Google y Microsoft, compañías que han desafiado el concepto de agente racional que nunca propende por buscar pérdidas. Donde los Estados, jueces y legisladores, en palabras de Langlois no han podido dar una explicación de por qué los consumidores están siendo perjudicados por empresas que prestan servicios gratuitos o con un acceso barato y rápido a prácticamente todos los productos de la humanidad con el toque de un dedo, a través de dispositivos elegantes que concentran en la palma de la mano todas las habilidades humanas y en general por precios ajustados a la calidad que continúan cada día disminuyendo (2018, p. 412). Un ejemplo concreto es la estrategia implementada por Amazon, quien según Khan ha establecido un dominio relevante gracias a dos elementos de su estrategia comercial: (i) la voluntad de soportar pérdidas e invertir agresivamente a expensas de las ganancias, (ii) y la integración en múltiples líneas de negocios. (2016, p. 746). Amazon, al igual que muchas plataformas tecnológicas como Apple, Facebook, Google, y Microsoft, han decidido utilizar su poder de mercado para ingresar a participar en otras líneas de negocio a partir del establecimiento de precios que podrían ser predatorios y de integraciones verticales, con las que han obtenido una participación relevante en múltiples líneas de negocio, las cuales si bien vienen beneficiando a los consumidores en igual proporción vienen debilitando la competencia. Esta estrategia, que propende alcanzar una alta participación en el mercado a expensas de los rendimientos a corto plazo, desafía la asunción de actores de mercado racionales y con fines de lucro.

Dichas estrategias parecen ser copiadas a pie juntillas por las empresas de economía colaborativa que participan en el mercado colombiano, donde pese a que muchas reportan pérdidas en cada ejercicio social, son avaluadas en miles de millones de dólares, planteando políticas agresivas de descuentos (muchas veces por debajo del costo) para fidelizar usuarios y se ha venido apalancando con los ingresos obtenidos en un sector para participar en otro y su expansión no parece detenerse.

Tal como se dijo, actuaciones desplegadas por las empresas de economía colaborativa, si bien traen beneficios a los consumidores (por ahora), vienen debilitando la competencia, creando barreras de entrada para nuevos competidores y convirtiéndose en monopolios naturales capaces de manipular precios a merced de sus políticas y no de dinámicas del mercado.

Lo anterior sugiere que en Colombia existe la necesidad de una reforma legislativa en materia de protección a la competencia donde se reduzca el número de conductas presumidas como anticompetitivas, flexibilizar la tipificación o instituir únicamente los tipos amplios que vayan acordes con la dinámica de los mercados, donde la SIC como Autoridad Nacional de Competencia no pueda descansar en presunciones donde solo se enmarcan conductas en presupuestos normativos para aplicar sanciones, y comience a crear una doctrina probable sólida en materia de protección de la competencia, participando en todos los sectores del mercado, garantizando así la eficiencia económica y el bienestar del consumidor con mejores precios de bienes y servicios de mejor calidad.

En palabras de la Corte Constitucional:

“Debe entenderse entonces, que la de mercado es una categoría activa, que ostenta dinámicas propias, con las cuales el derecho y la regulación tienen una relación compleja y cambiante. La experiencia indica demás, que las prácticas comerciales y las dinámicas del mercado son mucho más rápidas que las de la regulación y el derecho, hasta el punto de haberse planteado la necesidad de la “desregulación” o de la regulación mínima de algunas actividades económicas o de prácticas comerciales, bursátiles y cambiarias, por considerar que la regulación puede convertirse en una barrera o en un impedimento para el libre juego de los mercados. En sentido contrario esto ha implicado la necesidad de utilizar términos clasificatorios amplios, acordes a las dinámicas de los mercados.” (Sentencia C-032 de 2017).

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de revista

- Chamberlain, E. (1933) The Theory of Monopolistic Competition. The American Economic Review Vol. 23, No. 4, págs. 683-685
- Mason, E. (1957). Economic Concentration And The Monopoly Problem. Cambridge: Harvard University Press.
- Bain, J. (1959) Industrial Organization. New York : Wiley.
- Bain, J. (1956) Barriers to new competition: their character and consequences in manufacturing industries. Harvard University Press.
- Bain, J. (1951). Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing

1936-1940. Quarterly Journal of Economics, 65(3), pp. 293-324.

-Posner, R., (1979) The Chicago School of antitrust analysis. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 27, N° 4.

-Bork, R., (1993) The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself. New York: The Free Press, 2 Ed.

-Kovacic, W., (1990) The Antitrust Paradox Revisited: Robert Bork and the Transformation of Modern Antitrust Policy. Wayne Law Journal, N° 36.

- República de Colombia. Congreso de la República. Decreto 2153 de 1992 “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 40.704 de 31 de diciembre de 1992.

Jurisprudencia:

- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-032/2017.

- Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 54403 del 18 de agosto de 2016 “Por la cual se imponen unas sanciones” a empresas de cuadernos por fijación de precios.

- Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016 “Por la cual se imponen unas sanciones” a empresas de pañales por fijación de precios.

- Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 31739 del 26 de mayo de 2016 “Por la cual se imponen unas sanciones” a empresas de papeles suaves por fijación de precios.

- Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 81391 del 11 de diciembre de 2017 “Por la cual se imponen unas sanciones” a cementeras por fijación de precios.

JUSTICIA CON ROSTRO HUMANO

Diego Fernando Enríquez Gómez*

Ha sido aceptado de antaño que la violencia contra las mujeres es fruto de un problema con profundas raíces socio-culturales y de estructuras políticas, económicas y filosóficas inmersas en la sociedad, de ahí que pretender sofocar el flagelo de manera definitiva se torna en un sofisma. No obstante, es menester aunar en el esfuerzo de la sociedad en su conjunto, y del Estado en particular, para generar los cambios que se necesitan tendientes a lograr el propósito de disminuir las brechas de desigualdad entre hombres y mujeres. Esta violencia contra las mujeres es un fenómeno social de múltiples y diferentes dimensiones. Es la expresión de un orden social basado en la desigualdad, como consecuencia de la asignación de roles diferentes a las mujeres y a los hombres, en función de su sexo. No está por demás mencionar la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en Beijing en 1995, en la cual se identifica a la violencia sexista como una manifestación de las históricas relaciones de poder que existen y persisten entre hombres y mujeres que derivan esencialmente de patrones culturales y presiones sociales.

Por consiguiente, es posible erradicar la violencia contra la mujer en sus variadas formas, tratando de eliminar la discriminación a través de la promoción de la igualdad y velando por el pleno ejercicio de sus derechos humanos. De hecho, la lucha contra la violencia se ha constituido en el eje básico de las políticas de intervención social. De ahí que la Rama Ejecutiva, promotor activo de los derechos humanos, deba asumir su compromiso constitucional de administrar justicia en un plano de igualdad entre todos los individuos que acuden a su llamado, con especial énfasis de aspirar satisfacer los principios y fines del Estado colombiano.

Esa búsqueda legítima de la administración de justicia se ve reflejada en las decisiones judiciales apegadas a la ley y a las fuentes del derecho autorizadas por la Constitución, como también a los instrumentos internacionales vinculantes que hacen parte del bloque de

Diego Fernando Enríquez Gómez Juez Quince de Familia de Medellín, Mg. en DDHH y DIH de la Universidad de Medellín, Mg en Derecho de Familia y del Menor de la Universidad de Barcelona (E), Esp. en Instituciones Jurídico Procesales de la U. Nacional, Docente Universitario, Formador de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en las áreas de Derecho de Género, Derecho Procesal y Conciliación, actual Presidente del Comité Seccional de Género de la Rama Judicial.*

constitucionalidad. En esa medida, en la identificación de la población que pueda estar en condiciones menos favorables, o que históricamente ha sido discriminada, opera un juicio diferenciador integrado por principios constitucionales que así lo respaldan, con ayuda de categorías conceptuales prácticas para materializar los derechos, como lo es la perspectiva de género en tratándose de casos en los cuales se encuentre vinculada la violación de los derechos de las mujeres particularmente.

En efecto, la perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad, respondiendo a la obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder. El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural.

La base normativa de la perspectiva de género se edifica en el artículo 13 de la Constitución Política (en adelante CN), al igual que en los tratados ratificados por el Estado colombiano y que hacen parte del bloque de constitucional a través de su artículo 93 ídem. El juez/a, por consiguiente, debe juzgar con perspectiva de género, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de “Campo Algodonero”, en la cual se considera que en los casos de violencia contra las mujeres, el art. 7.b. de Belém do Pará impone “obligaciones reforzadas” en cuanto al deber de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. En definitiva, el logro efectivo de la igualdad es un mandato constitucional y convencional dirigido a quienes imparten justicia.

Precisamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) del 18 de diciembre de 1979, en su artículo 2 literal c) señala el compromiso de los Estados Parte de: “Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”. Esto implica, que la perspectiva de género, más que una dádiva se torna en vinculante para los y las funcionarios/as judiciales, y su desconocimiento es una falta grave reprochable y sancionable. En este plano jurídico, la perspectiva de género se erige como una categoría analítica en la creación e interpretación jurídica, llamada a garantizar el principio de igualdad consagrado en nuestra Carta Magna. Así entonces, la perspectiva de género es un planteamiento de interpretación judicial que pretende poner en manos de los y las jueces/as, un nuevo elemento de juicio a la hora de resolver los casos que se presentan en la práctica judicial.

Hemos dicho que el género –y su relación con la concepción de sus roles sexuales de hombres y mujeres– viene de un construir cultural en un espacio social determinado. Este “ha sido conceptualizado como elemento estructurador de un conjunto de relaciones sociales -las relaciones de género- que determinan las interacciones de los seres humanos en tanto personas sexuadas. Las relaciones de género son socialmente construidas y, por lo tanto, son transformables; no proceden de la biología ni son necesariamente armoniosas, al

contrario, pueden ser de oposición y conflicto.”¹

Luego, la aplicación metodológica de la perspectiva de género en el ejercicio de la administración de justicia permite cumplir dos objetivos cardinales en la garantía de los derechos de las mujeres. Estos son los siguientes:

- 1.-) Reconocer los estereotipos que podrían encontrarse en la trama del caso concreto y eliminarlos a la hora de adoptar una decisión judicial; y
- 2.-) Lograr una igualdad material en la relación procesal para ciertos casos específicos.

Entendido lo anterior, conviene entonces conceptualizar también lo que se entiende por Estereotipos de Género. Éstos se han definido como aquellos comportamientos y expectativas “aprendidas”, asignadas a hombres y mujeres en una sociedad determinada mediante el proceso de “socialización”. Son determinados según la división social del trabajo y las responsabilidades asignadas por sexo. Se trata de un conjunto de ideas preconcebidas que utilizamos para analizar e interactuar con las personas en razón del género (roles). La discriminación se sustenta en gran medida sobre los estereotipos que se han ido generando en torno a la idea que tenemos sobre cómo deben comportarse los hombres y las mujeres (concepciones de género), los papeles que deben desempeñar en el trabajo, en la familia, el espacio público e incluso en cómo deben relacionarse entre sí.

Por su parte –y siguiendo el mismo programa de definiciones fundamentales en el contexto del quehacer del juez/a frente a la teoría de género–, la Corte Constitucional Colombiana define las Categorías Sospechosas en los siguientes términos: “(I) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (II) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (III) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.” (Sentencia C-481 de 1998). Estas categorías se identifican también como ciertas violencias específicas de acuerdo al grupo poblacional caracterizado en ellas, como lo es la violencia en razón al género.

La violencia en razón al género

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas define la violencia contra la mujer de la siguiente forma: “Por violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública, como en la vida privada”.²

¹ <http://educacionsexual.uchile.cl/index.php/hablando-de-sexo/conceptos-de-genero-sexualidad-y-roles-de-genero>

² Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, dedicada a los derechos de las mujeres. Fue adoptado por la Asamblea General el 7 de noviembre de 1967.

Esta definición es recogida casi en iguales términos en el artículo 2º de la Ley 1257 de 2008, norma que regula la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.”

En términos sumamente claros nuestra Corte Constitucional hace esta reflexión: “En Colombia las mujeres han padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Es necesario recordar que se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, no podían acceder a la universidad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula “de” como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones. En consecuencia, con el fin de equilibrar la situación de desventaja y aumentar su protección a la luz del aparato estatal, la Constitución Política reconoció expresamente la igualdad jurídica al consagrar que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades” y que “la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”. Adicionalmente, dispuso que el Estado le otorgue asistencia durante el embarazo y después del parto, así como un especial amparo a la madre cabeza de familia.”³

De lo anterior puede llegar a afirmarse que tal vez la más democrática de todas las acciones positivas de los Estados es la de imponer una justicia basada en miramientos objetivos, alejada de estereotipos o formas de perpetuar la violencia a través de las decisiones judiciales de los jueces y juezas.

Ahora bien, en lo que respecta a la figura del juez/a constitucional, no es posible concebir su trascendencia sino es dentro del llamado estado social de derecho, que en el caso colombiano, se impuso con la promulgación de la Constitución política de 1991, en donde el juez/a “tiene como una de sus obligaciones la protección de la Constitución, impidiendo que deambulen o regulen en el ordenamiento, normas que carecen de validez, en tanto que chocan con las normas de superior jerarquía que son las constitucionales”⁴

En comparación con el estado de derecho, en el que si bien el juez/a tenía encomendado la protección de las normas constitucionales, la inaplicación de las normas que fueran consideradas como violatorias de la constitución y a su vez derogar las normas que en el mismo sentido contraviniesen mandatos constitucionales, en el estado social de derecho, el trabajo del juez/a “se incrementa en volumen y en importancia, puesto que ya no solo tendrá que controlar la constitucionalidad de las normas, sino que deberá invertir el orden lógico de su trabajo para decretar la constitucionalidad o no de acontecimientos que se someten a su conocimiento”.

Como lo decía Aharon Barak, ex presidente de la Corte Suprema de Israel en su famoso discurso “EL PAPEL DEL JUEZ EN UNA DEMOCRACIA”: “...Por encima de todo

³Sentencia T-878/14

⁴Ibidem. Pág. 58.

creo que garantizar y cultivar los derechos humanos es la primera y sagrada obligación del juez. La democracia no es simplemente el gobierno de la mayoría; la democracia son también los derechos humanos. En ausencia de los derechos humanos la democracia no puede existir.” (...) [el juez] “Debe abstenerse de imponer sus propios valores subjetivos a la ciudadanía. Inevitablemente el juez es producto de su época, formado por el tiempo y la sociedad en la que vive”.

El juez/a constitucional en consecuencia, puede y debe hacer uso de la perspectiva de género en aras de ser el artífice de una sociedad regulada por normas que tiendan a garantizar los derechos humanos. No es una elección del juzgador/a acudir a esta herramienta como si se tratase de un método de interpretación adicional del derecho, es imperioso su uso a la luz de los instrumentos internacionales, normas internas y jurisprudencia patria, edificados en el principio de igualdad y no discriminación.

El principio de igualdad y no discriminación

Los derechos a la igualdad y a la no discriminación, más allá de ser reconocidos como tales, revisten la especial connotación de ser principios transversales a la totalidad de los derechos humanos. Es el núcleo duro del concepto de derechos humanos y se encuentra sustentado en que todo individuo de la especie humana es acreedor de igual protección sin distinción alguna, a saber, raza, sexo, etnia, discapacidad, nacionalidad, etc.

Ello ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales⁵, llegándose a considerar como normas de carácter *ius cogens*. Lo anterior implica que surgen para los Estados parte obligaciones ineludibles tendientes a garantizar la materialización de los mentados derechos.

En nuestro ordenamiento jurídico, propiamente la Constitución Política, contempla el derecho en cuestión en su artículo 13.⁶ Se ha entendido que en tal precepto, se encuentran incorporados tres conceptos del derecho a la igualdad. El primero, en una dimensión formal, bajo el entendido que todas las personas nacen iguales ante la ley.

La segunda faceta del derecho a la igualdad, es la igualdad de trato, materializada en la prohibición de discriminación; que no impide el establecimiento de diferencias, sino que éstas deben tener un fundamento. Constitucionalmente tales fundamentos son, (i) que se persigan objetivos admisibles y legítimos, (ii) que se funden en una diferencia relevante y (iii) que se trate de un medio adecuado y proporcionado para alcanzar ese propósito legítimo.

⁵Carta de las Naciones Unidas, arts. 1.3 y 55; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5 (ratificada por Colombia mediante la Ley 22 de 1981)

⁶“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.

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.”

Es por ello que ésta faceta o dimensión, comprende a su vez dos aspectos relevantes, la prohibición de actos que restrinjan derechos o creen privilegios sin ningún tipo de justificación y, el imperativo de combatir las diversas formas de discriminación existentes⁷.

El tercer concepto de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, es el material⁸. Esto implica para el Estado la obligación de garantizar la igualdad real entre las personas, combatiendo las situaciones de discriminación que afectan especialmente a grupos históricamente vulnerables.⁹

Las categorías sospechosas

Puede sostenerse “que la nota común es que estas categorías se refieren a un grupo vulnerable o desaventajado, en tanto encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, en razón de circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, o bien en razón de su edad, género, estado físico o mental. En el caso de los motivos de discriminación especialmente prohibidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, existe una presunción de que quienes pertenecen a alguna de las categorías así definidas se encuentran en una situación vulnerable”¹⁰

La Corte Constitucional Colombiana¹¹ ha identificado cuatro elementos determinantes, cuya identificación da pie a considerar una categoría como sospechosa.

El primero de ellos, cuando la distinción se funda en rasgos que resultan inherentes a las personas, es decir, que de ellos no hay forma de despojarse, v. gr., raza, sexo, identidad de género, etnia. La distinción en razón del sexo, cuando es explícita, trasunta el acogimiento de estereotipos o prejuicios que tornan atendible la pretensión de considerar que las normas que la contengan resultan *prima facie* “sospechosas” de inconstitucionalidad. El segundo, cuando la categoría efectúa una distinción de trato que históricamente ha sido empleada para discriminar. En tercer lugar, tales categorías suelen ser dirigidas a grupos de personas que no poseen representación política o bien resulta ser escasa. Por último, cabe decir que se considera sospechosa una categoría cuando no se mira como un criterio racional para distribuir derechos y obligaciones en una sociedad.

En consonancia con las líneas anteriores, el papel del juez/a debe ser estricto a la hora de inspeccionar tales categorías sospechosas, a la hora de su utilización por parte de las autoridades públicas e incluso otros operadores judiciales. Así, el máximo tribunal de lo constitucional en Colombia¹² ha indicado que han de someterse a un control estricto de

⁷Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General 18: No discriminación.

⁸Segundo y tercer inciso del artículo 13 de la Constitución Política.

⁹T-254/16

¹⁰Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011 Treacy, Guillermo F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, ps. 181-216. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/treacy-guillermo-f-categorias-sospechosas-y-control-de-constitucionalidad.pdf>

¹¹Ver Sentencias C- 481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero y C – 371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹²Sentencia C- 521 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

constitucionalidad las disposiciones legislativas que incorporen clasificaciones sospechosas como las establecidas en el artículo 13 de la C.N., que afecten a personas en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional, que desconozcan el goce de un derecho constitucional de carácter fundamental o que incorporen un privilegio exclusivo para un sector de la población.

De otro lado, nuestra Corte Constitucional ha dicho que cuando se esté en presencia de tratos discriminatorios apoyados en las pluricitadas categorías sospechosas, el juez/a se encuentra en la obligación de aplicar un “test estricto de igualdad”, en el cual el operador/a judicial deberá determinar la existencia de justificaciones al trato diferenciado, a saber, (i) si se pretende alcanzar un fin constitucionalmente imperativo, (ii) que sea adecuado e indispensable para dar cumplimiento a dicho fin y (iii) que sea proporcionado, en la medida en que sean mayores los beneficios que sus costos, en tratándose de lesión a derechos¹³.

Este test estricto de igualdad debe considerar en todo momento la calidad del sujeto que en virtud de los mandatos constitucionales y jurisprudenciales han sido definidos como de especial protección con rango constitucional, a quienes ha de ubicarse en un plano de enfoque diferenciador.

Sujetos de especial protección constitucional y enfoques diferenciales.

Ahora bien, en consonancia con las tres dimensiones predicables del derecho a la igualdad, especialmente con la material, se origina para el estado de combatir todas las formas de discriminación en contra de grupos poblacionales considerados como vulnerables. Por ello, el artículo 13 de la Constitución Política ha permitido un trato diferencial en favor de las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad.

A partir de ese deber estatal e institucional de promocionar, proteger y garantizar dicha igualdad material, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de dar contenido a la categoría de sujetos de especial protección constitucional, como aquellas personas que no se encuentran en igualdad de condiciones con el resto de individuos, obstaculizando ello el goce efectivo de sus derechos.¹⁴

Dentro de ese concepto han sido incluidos grupos poblacionales como: niños, adolescentes, mujeres en estado de embarazo, pueblos indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad, adultos mayores, personas con orientación sexual e identidad de género diversas.¹⁵

¹³ Ver sentencias de la Corte Constitucional C- 445 de 1995 y C- 093 de 2001

¹⁴ En la sentencia T-167/11 se define: “La categoría de sujeto de especial protección constitucional, según ha definido esta Corporación, se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”

¹⁵ Véase sentencias de la Corte Constitucional SU – 225 DE 1998, C- 796 DE 2004, T – 736 DE 2013; T – 373 DE 1998, C- 776 DE 2010, T 706 DE 2013; T – 652 DE 1998, T – 955 DE 2003; C – 253 DE 2013, T 608 DE 2007, entre otras.

La finalidad de la construcción de ese concepto no solo es la de visibilizarlos, sino reforzar la garantía de sus derechos, aplicando para ello, en palabras de la Corte Constitucional, un escrutinio judicial estricto para evaluar la constitucionalidad de disposiciones presuntamente discriminatorias.

Pero para poder identificar qué grupos de la población deben ser considerados como sujetos de especial protección constitucional, ha sido necesario desarrollar el concepto de enfoques diferenciales. Esta es una herramienta analítica y metodológica empleada para identificar a aquellos que han sido objeto de tratos discriminatorios de forma arbitraria¹⁶. Igualmente permite determinar las medidas correctivas para los perjuicios irrogados dependiendo del tipo de vulneración.¹⁷

El deber de los jueces(as) se contrae en principio a que sus decisiones se encuentren ajustadas a ley por así ordenarlo el artículo 230 de la CN, cuando establece expresamente: “Los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”. Siendo que la Constitución Política es la ley de leyes, sus disposiciones han de servir de faro de interpretación frente a todo el andamiaje jurídico; por ello, cuando el artículo 13 prevé que todos somos iguales ante la ley, sugiere de contera que en su aplicación han de observarse todos aquellos eventos en los cuales pueda materializarse la igualdad en términos reales y no solo formales, para que de igual forma no sea la ley la que produzca mayor discriminación al tratarse como iguales a quienes por sus variadas condiciones merezcan trato diferencial, y con el deber para el Estado, así lo establece el mismo artículo, de adoptar “medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

En ese propósito constitucional, el Juez/a, operativo de la ley, ha de ser más cauto y receloso con el deber de evitar tratos discriminados a los judicializados, máxime si en sus decisiones ha de imperar la justicia. Es entonces, la perspectiva de género la herramienta que le permite juzgar para evitar la discriminación, y, a la postre, garantizar la igualdad real de quienes por su condición sexual pueden ser afectados en sus derechos.

Al respecto, en reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil¹⁸, ante la pregunta ¿Qué es juzgar con perspectiva de género?, en la precitada sentencia responde:

¹⁶El artículo 3 del Decreto 1737 de 2010, en donde se señala que el Enfoque Diferencial constituye un Principio y una Definición. “Artículo 4. Definiciones. Enfoque Diferencial: expresa el reconocimiento y acciones del Estado para contrarrestar o minimizar la forma distinta, a veces incluso desproporcionada, en que la violencia y las amenazas afectan a determinados grupos sociales en relación con sus características particulares de edad, género, etnia, salud, discapacidad u opción sexual. Estas diferencias, determinadas de manera cultural, social e histórica, resultan decisivas en la aplicación de todos los dispositivos de prevención y protección establecidos en este decreto y en la forma como las entidades deben establecer su trato con los sectores mencionados, a fin de evitar ahondar en la discriminación y el daño causado”

¹⁷El Enfoque Diferencial es el instrumento jurídico idóneo para revertir o evitar los procesos y actos que generan las condiciones actuales o históricas de discriminación e impiden el goce efectivo de derechos.

¹⁸M.P.: Margarita Cabello Blanco, radicación proceso 2500022130002017-00544-01, sentencia del 21 de febrero de 2018

“Juzgar con «perspectiva de género» es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa”.

Por consiguiente, y como ha podido verse, nuestros juzgadores/as cuentan, hoy por hoy, con suficientes insumos jurídicos a fin de garantizar los derechos humanos de las poblaciones que históricamente han sido víctimas de discriminación y por ende tratadas de manera desigual; sin embargo, el reto de la administración de justicia es y será asumir, desde la sensibilización de cada uno de las y los operadores de justicia, que ese caudal normativo sea lo suficientemente efectivo para germinar la semilla de la igualdad en una sociedad más equitativa y justa.

En últimas, como lo dice la Corte en la precitada referencia “es necesario aplicar justicia no con rostro de mujer ni con rostro de hombre, sino con rostro humano”.

LA MUJER HOY: UNA MIRADA A SU CONDICIÓN DE GÉNERO

“Por un mundo donde seamos socialmente iguales,
humanamente diferentes y totalmente libres”.

(Rosa Luxemburgo)

José Alejandro Gómez Drozco*

Más que exponer un tema con una inclinación solo académica, el tema de equidad de género debe ser tratado de manera singular y con un alto contenido social y humano, por cuanto, no es saturando nuestros ordenamientos jurídicos de normas protectoras o equilibradoras para garantizar la eficacia de los derechos de toda mujer, contra toda forma de discriminación y violencia, sino la introyección en la conciencia de cada hombre o mujer del significado que esto implica en el desarrollo de una sociedad, hasta no cambiar hábitos conscientes e inconscientes de rechazo, de discriminación, tolerancia, complicidad o de simple ignorancia sobre el valor real e intrínseco de la condición de ser Mujer, es pues un asunto de las más necesaria y pura educación que simplemente no puede ser reducido a lo puramente legal, sino toda una labor para deconstruir.¹

Para ese fin debemos conocer así sea de manera breve una,

*Juez Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

¹«Deconstruir» no es destruir, sino revisar, analizar, cuestionar, desmontar a veces, buscar, preguntarse..., para buscar y encontrar nuevas fórmulas, que tampoco serán eternas, sino nuevamente revisables. Así como no aceptamos dogmatismos ni absolutismos, tampoco los podemos imponer. Relativizamos lo que cuestionamos, pero también lo que proponemos. Deconstruir es un paso necesario, pero no para destruir sin más, sino para reconstruir una realidad nueva, transformada, que tenga mejor sentido que la realidad anterior. No se trata de hacer tabla rasa y partir de cero. No podemos partir de cero. Partimos de donde estamos y de lo que tenemos. «Al destruir pierdes forma y fondo, al deconstruir, ganas nuevas formas al revisar el fondo» (Jacques Derrida).

VISIÓN DE LA MUJER EN EL ÁMBITO RELIGIOSO Y LA HISTORIA PATRIA.

Comencemos por decir, que al aparecer diversos modelos de familia, la mujer encontró la manera de elegir nuevos roles que no fuera solo madre y esposa dentro la sociedad tradicional, ya no son solo deberes los que debía cumplir, bajo la esfera de su deber moral para con los hombres, la idea antigua e enquistada en el inconsciente colectivo del mundo masculino, de que la mujer sigue arrastrando sola el “pecado original” por medio del cual el hombre fue expulsado del paraíso por su culpa, persigue aún hoy a la mujer, así se expresa en los textos religiosos:

“La idea de una mujer pecadora y maldita a causa de la desobediencia bíblica de Eva supera su propio entorno, legando a todas las mujeres la pesada carga del pecado: ¿No sabéis que cada una de vosotras es una Eva? La sentencia de Dios sobre vuestro sexo sigue vigente: la culpa debe existir también necesariamente. Vosotras sois la puerta del Diablo: sois las transgresoras del árbol prohibido: sois las primeras transgresoras de la ley divina: vosotras sois las que persuadisteis al hombre de que el diablo no era lo bastante valiente para atacarle. Vosotras destruisteis fácilmente la imagen que de Dios tenía del hombre. Incluso, por causa de vuestra deserción, habría de morir el hijo de Dios”. (La mujer en el Islam versus judeo-cristianismo “mito y realidad”. En: www.usuarioslycos.es).

A la par que no podemos olvidar que La autoridad religiosa, más allá de lo religioso, marcó la línea de comportamiento para la mujer, de absoluta estigmatización, subvaloración y exclusión², sumada a la sumisión y obediencia impuesta a la mujer frente a su esposo, padre o cualquier autoridad civil reconocida. Por eso abogamos por una nueva teología que interprete fielmente la reivindicación total y plena de la mujer en toda su dimensión humana, espiritual y trascendente.

Ahora bien, esa “herencia religiosa” trasmitida de generación en generación, se tradujo en parámetros de comportamiento para la mujer marcando su rol de manera definitiva, donde sin duda ella representaba más un “bien sintiente comercial” y de beneficio en los intereses económicos de clase, que ser una persona, pues la carencia de verdaderos derechos o la mera existencia de solo obligaciones por cumplir, opacaba su ser de mujer, situación que fue constante durante siglos. Las mujeres eran consideradas como seres débiles e indefensos, por lo que había que protegerlas; pero también se las estimaban malvadas e inclinadas al

²El papel de la mujer en la sociedad de su tiempo fue claramente descrito por San Agustín y Martín Lutero, el reformador: “Yo no veo la utilidad que puede tener la mujer para el hombre, con excepción de la función de parir a los hijos”. “Si se cansan o incluso se mueren, eso no tiene importancia. Dejémoslas morir en el parto, que es para lo que ellas están allí”. Lo concreto de esta “utilidad” indicaba que a la mujer no le era necesario ni importante educarse, por eso no podía opinar, tener o manejar bienes materiales, es decir, su “utilidad” le restringía los derechos: “Y si quieren aprender algo, pregunten en casa a sus maridos; porque es indecoroso que una mujer hable en una congregación” (LA BIBLIA. I Corintios, 14:35). La Biblia católica concede un derecho a la mujer frente al hombre, se refiere a la restitución de su dignidad: “si un hombre halla a una mujer joven virgen que no esté casada y la viola y son descubiertos, entonces el hombre que se acostó con ella dará al padre de la joven 50 siclos de plata; y ella será su mujer. Dado que él la violó, no podrá divorciarse de ella en toda su vida”. El derecho concedido identifica entre protección e indignación, al someter a la mujer a vivir con la persona que la ha humillado. (LA BIBLIA. Deuteronomio 22:28-30)

pecado desde tiempos de nuestra madre Eva, y por eso, también era necesario vigilarlas y donde apenas la educación que se le podía ofrecer a las mujeres, se reducía de manera indigna para la vida religiosa o para la vida doméstica.

En un sistema educativo sexista, monolingüe, ³autoritario y acrítico; ⁴se requiere una reeducación frente al concepto de mujer y lo que ello implica en la humanidad, donde se modifique el uso del lenguaje para que este fuera inclusivo de las mujeres

Sin duda alguna es también el desconocimiento de grandes mujeres y de lo que estas hicieron, que ha sido un factor que contribuye a que esa inequidad de género se presente históricamente en nuestra historia patria solo para no irnos muy lejos, no es vano solo recordar que mujeres como la célebre Policarpa Salavarrieta y Antonia Santos Plata, sean casi las únicas mujeres que podemos citar por sus hazañas, es por ello, que me tomo la molestia de recordarles solo algunas más:⁵

“María Manuela Beltrán Archila, la célebre mujer que rompió el edicto, el 16 de marzo de 1781 en el Socorro, como señal de protesta a las disposiciones arancelarias del Rey, y dio comienzo al movimiento insurgente más importante el período pre-independentista: la insurrección de los comuneros; su condición de mujer no le permitió registro alguno en la historia, a más del anecdótico acontecimiento de romper el edicto en la plaza principal de la villa”.

“El colegio de la Enseñanza fue idea de doña María Clemencia Caicedo y su razón más importante fue la capacitación de niñas que no pertenecían a familias distinguidas. Empezó a laborar con “25 alumnas de la alta sociedad y 250 “hijas del pueblo”, ¿quiénes podían ser estas hijas del pueblo? Quizás hace referencia solamente, como fue usual en el siglo XIX, a las hijas de los artesanos [...] La educación era gratuita y sólo las niñas de la nobleza, que eran admitidas como colegialas, debían pagar 100 pesos anuales por manutención y comida. Se las educaba para la vida doméstica”.

“La primera educadora que tuvo el colegio fue la madre María Petronila Cuellar, posteriormente conocida por su obra literaria, escrita en 1805, titulada “Riego espiritual para las nuevas plantas. O instrucciones que la M.R.M. María Petronila Cuellar de Jesús, da a sus religiosas de la comunidad de “Hijas de Nuestra Señora de la Enseñanza”. La importancia del escrito radica en la visión futurista que tiene la religiosa, con respecto a lo que debe propiciar el colegio en la vida de las mujeres santafereñas: “[...] esas lecciones, esos

³Que habla o emplea una sola lengua.

⁴Este vocabulario en su etimología proviene del prefijo griego «α» privativa, sin y «κρσις» (krisis) crisis. Por lo tanto, acrítico es el mismo significado del término acrisis «enfermedad sin crisis».

⁵Tomado de: Blanco Blanco, Jacqueline., Cárdenas Poveda, Margarita., “Las mujeres en la historia de Colombia, sus derechos, sus deberes”. Prolegómenos. Derechos y Valores [en línea]. 2009, XII (23), 143-158 [fecha de Consulta 30 de septiembre de 2019]. ISSN: 0121-182X. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617260012>, vol. XII, núm. 23, enero-junio, 2009, pp. 143-158 Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia.

ejercicios, esas conversaciones espirituales, esas tareas y labores, le habrían proporcionado —a la educanda— algún día con qué ganar su sustento”. La Madre Petronila dejó abierta la posibilidad para que la mujer buscara espacios de auto administración de su propia vida, no sólo con la preparación y la formación que se impartía desde el colegio, sino con la visión proyectiva, donde expresa, a pesar de su formación religiosa, la idea de una mujer liberada del dominio y sujeción que el hombre había mantenido sobre ella durante tantos años, esta es la forma como ideológica, ética y religiosamente, la mujer se prepara para asumir un período de transformación política, el inicio del republicanismo, ya lejos de las corrientes medievales y monárquicas, y más cercana al liberalismo francés e inglés, cargado de derechos y posibilidades”. (Cursiva nuestra).

“Algunos historiadores mencionan el papel de mujeres combatientes en las batallas, generalmente al lado de sus maridos, se trataba de mujeres del pueblo a quienes se les conoció como las “Juanas”, las “cholas”, o las “seguidoras de campamento”. Sobre las “Juanas”, cuenta el General Daniel Florencio O’Leary, en sus Memorias, acerca de una de ellas que, siguiendo a las tropas por los Andes, dio a luz en el camino y continuó la marcha al día siguiente, con el recién nacido en sus brazos, por algunos de los peores caminos de la zona. Otros nombres registrados corresponden a Evangelina Tamayo, luchó en la batalla de Boyacá, tenía el rango de Capitán; Teresa Cornejo, Manuela Tinoco y Rosa Canelones, pelearon en Gámeza, en el Pantano de Vargas y en Boyacá.” (tomado de Florencio O’leary Daniel, Memorias del General O’Leary, Narración, 3 vols., Caracas, 1952, vol. I, p. 568).

Sobre el uso del lenguaje y la manera como se usaba este para no reconocer la equidad de género de la mujer ⁶ lo podemos ver en un ejemplo muy doméstico al respecto en una carta de consejos dirigida a su hija a la víspera de su matrimonio, del político conservador Mariano Ospina Rodríguez, escribe lo siguiente:

“De hoy en adelante, la primera persona para usted, la más interesante, el objeto primero de todas sus atenciones, de todos sus cuidados, de todas sus inquietudes, es su marido. Padres, hermanos, parientes, amigos, todos descienden al segundo y tercero lugar, (...) Una de las primeras atenciones de usted será estudiar las inclinaciones, los hábitos y los gustos de su esposo, para no contrariarlos. No pretenda usted imponer su voluntad; ni siquiera el sacrificio de aquellos hábitos y gustos, por insignificantes que parezcan; por el contrario, haga usted de manera que él pueda seguirlos sin estorbo. Frecuentemente sucederá que hay entre los dos hábitos y gustos opuestos: no vacile usted un instante en sacrificar los suyos propios; anticípese siempre a hacerlo (...)”

⁶ Un ejemplo bastante grotesco que explica este uso indebido del lenguaje sobre la mujer, lo encontramos también en el diccionario de Ambrosio Bierce, al definir a la Mujer: “s. Animal que suele vivir en la vecindad del Hombre, que tiene una rudimentaria aptitud para la domesticación. Algunos de los zoólogos más viejos le atribuyen cierta docilidad vestigial adquirida en una antigua época de reclusión, pero los naturalistas del postfeminismo, que no saben nada de esa reclusión, niegan semejante virtud y declaran que la mujer no ha cambiado desde el principio de los tiempos. La especie es la más ampliamente distribuida de todas las bestias de presa; infecta todas las partes habitables del globo, desde las dulces montañas de Groenlandia hasta las virtuosas playas de la India. El nombre que se le da popularmente (mujer lobo) es incorrecto, porque pertenece a la especie de los gatos. La mujer es flexible

Pero sorprende de manera muy positiva como el Papa Francisco en su ministerio ha revolucionado y atacado esa minusvalía de la mujer por parte de la sociedad, al decir recientemente, que la mujer es la que sostiene la armonía en el mundo, y que su rol no puede seguir siendo de simple doméstica, el Pontífice indicó que se debe evitar referirse a la mujer hablando solo de la función que cumple en la sociedad o en una institución, sin tener en cuenta que la mujer, en la humanidad, cumple una misión que va más allá y que no puede ofrecer ningún hombre: “el hombre no trae la armonía, la trae ella. **Es ella la que trae la armonía**, que nos enseña a valorar, a amar con ternura, y que hace que el mundo sea una cosa hermosa”.

En su reflexión sobre la Creación, a partir de la lectura del Libro del Génesis, el Papa Francisco se refirió al papel de la mujer en la humanidad.

Francisco relató cómo el Génesis explica que al principio el hombre estaba solo, sin compañía. Luego, el Señor toma una costilla de Adán y crea a Eva como carne de su carne. Pero el Papa recuerda que “antes de verla, le hace soñar con ella”. “Cuando falta la mujer, falta la armonía”, insistió.

ALGUNOS CONCEPTOS MÍNIMOS QUE SE DEBEN SABER SOBRE LA CONDICIÓN Y LA IGUALDAD DE GÉNERO

1. LOS ROLES DE GÉNERO

De manera general son aquellos que definen cómo se espera que actuemos, hablemos, cómo nos vestimos, y como debemos comportarnos de acuerdo con nuestro sexo tanto hombres y mujeres.

2. EL GÉNERO Y PODER

“La aplicación del concepto género está vinculada con las estructuras de poder. Para Pierre Bourdieu (2000), el género es la forma paradigmática de violencia simbólica que enmarca las demás relaciones (sociales, políticas, religiosas y cotidianas) y se ejerce sobre el agente social con su complicidad y consentimiento, determinando la subjetividad de las estructuras mentales por medio de oposiciones binarias. Así, en la conciencia se construye el habitus de la violencia simbólica.

El género remite al poder (social, familiar, sexual), en especial a la formación psicológica

y grácil en sus movimientos, especialmente la variedad norteamericana (Felis pugnans), es omnívora, y puede enseñársele a callar”.

(sujeto-mujer, sujeto-hombre) como una operación social del poder. En ese sentido, Scott (2008) afirma que el género es una de las formas primarias de relaciones significantes de poder asociada al lenguaje, donde se origina la relación subordinación-dominación. La definición de género que Scott (2008: pp. 65-66) construyó en 1985 sigue siendo un referente obligatorio para su comprensión:

El género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales, las cuales se basan en las diferencias percibidas entre los sexos, y el género es una forma primaria de las relaciones simbólicas de poder. Los cambios en la organización de las relaciones sociales siempre corresponden a cambios en las representaciones del poder, pero la dirección del cambio no es necesariamente única.

El género impuesto a un cuerpo sexuado es una categoría social y cultural que logra vincular al sujeto individual con las organizaciones sociales. Una característica fundamental de la definición propuesta por Scott (2008) es que se deben manejar, de manera simultánea, sus cuatro elementos constitutivos:

1. Los símbolos disponibles que evocan múltiples y, a menudo, contradictorias representaciones. Lo cual es fundamental porque las construcciones genéricas están llenas de discordancias e inconsistencias, pues forman parte de los múltiples estratos de las construcciones simbólicas de las culturas llenas de conflictos.
2. Los conceptos normativos, que a diferencia del elemento anterior son mucho más estructurados y unívocos, se construyen a través de oposiciones binarias fijas, pues intentan limitar y contener las representaciones simbólicas en doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas. Como señala Scott (2008), su historia se escribe como si fuese el resultado de un consenso social. La cuestión clave para deshacer la idea de estabilidad de los conceptos normativos es confrontarlos con los símbolos y sus múltiples posibilidades.
3. Para lograr lo anterior se utiliza el tercer elemento constitutivo: las nociones políticas y las referencias a las instituciones sociales. De tal forma que a partir de estos tres elementos se tiene la posibilidad de acceder a la compleja estructura social, para luego centrar el análisis en procesos subjetivos.
4. El cuarto y último elemento constitutivo es la identidad subjetiva, elemento fundamental que aporta la teoría del género, transformando la sexualidad biológica en un proceso de culturalización (Scott, 2008).

En relación con el análisis de la identidad subjetiva, Marta Lamas (1996) señala que hay que aprender a diferenciar la identidad de género de la identidad sexual. Mientras que aquella se centra en la simbolización cultural y el orden simbólico en torno a la diferencia sexual, principalmente a través del lenguaje por medio del cual nos estructuramos de manera cultural y nos volvemos sociales, la identidad sexual se relaciona más con una construcción

psíquica y el papel fundamental del inconsciente. Así, la identidad del género se construye mediante un proceso simbólico, condicionado por la familia y el entorno social; en cambio, la identidad sexual es un proceso interior de la estructura psíquica de una persona y su reacción individual ante la diferencia sexual.

Se trata de explicar cómo se construyen las identidades de género a través de una serie de actividades, organizaciones sociales y representaciones histórico-culturales específicas y múltiples instituciones (Scott, 2008). El género proporciona una vía de descodificación del sentido y comprensión de las complejas conexiones entre varias formas de interacción humana.

Desde la década de los setenta, la categoría del género ha sufrido diversas transformaciones y distintos usos. Durante dicha época fue utilizado por el feminismo anglosajón que luchaba contra el determinismo biológico y que tenía la intención de equiparar lo sexual con lo biológico; así, las características consideradas femeninas eran adquiridas por un proceso individual y social, no natural. En los años ochenta, el género se consolidó de manera académica en las ciencias sociales y comenzó a utilizarse en una gran variedad de formas, interpretaciones, simbolizaciones y organizaciones de las diferencias sexuales, en búsqueda siempre de su legitimidad académica. En los noventa su uso se popularizó y cada vez se le vinculó más a discursos políticos de equidad de género. Lamas (2006) señala que su uso se convirtió en una moda intelectual y política que distinguió cuatro funciones del género: primero, como producción académica de reflexiones y debates teóricos; segundo, como estudios sobre cuestiones puntuales de relaciones de hombre y mujer; tercero, como programas y políticas públicas que buscaban remediar la subordinación laboral y educativa de las mujeres; y cuarto, como un proceso de transversalización de la perspectiva de género.

En la actualidad, el género engloba varios tipos de estudios: de mujeres; de las relaciones sociales y culturales entre los sexos; de las masculinidades y de la diversidad sexual; investigaciones sobre la organización social de las relaciones entre hombres y mujeres; las conceptualizaciones de la semiótica del cuerpo, el sexo y la sexualidad; las microtécnicas de poder manifestadas en la dominación masculina y la subordinación femenina; las formas en que se construyen identidades subjetivas y las aspiraciones individuales (Lamas, 2006)."

Tomado de "Género y otras categorías De la historia de las mujeres a la historia del género" (From Women's History to History of Gender Ana Lidia García-Peña) página web: analidiag@prodigy.net.mx

En la Universidad Autónoma del Estado de México, México "De la historia de las mujeres a la historia del género Contribuciones desde Coatepec", núm. 31, 2016, dijo también lo siguiente que nos parece relevante tenerlo en cuenta:

"En la historia de las mujeres coexisten diferentes corrientes historiográficas con bagaje teórico y presupuestos metodológicos variados (Nash, 1991). Es evidente que no se puede escribir la historia de las mujeres con una postura metodológica interpretativa única, por

lo que la categoría género en ningún momento pretende adquirir carácter de exclusividad, además de que no estudia a grupos homogéneos. El género pluraliza las categorías de femenino y masculino, con esto produce un conjunto de historias e identidades colectivas, con diferencias de clase, raza, etnia y sexualidad. Debido a lo anterior, es necesario confrontar y complementar esta categoría con otras importantes del análisis social como: clase, etnia, raza y edad. Se trata de mezclar lo social con lo sexual y lo cultural con lo étnico”.

“La categoría clase es fundamental para el análisis social y tiene la ventaja de encontrarse más estructurada que la de género; sin embargo, existe el problema de que a la mujer no se le puede considerar como una clase sojuzgada, ya que las mujeres están presentes en todas las clases y estratos sociales. Estudios histórico-marxistas, que definen a las clases sociales, se limitan al análisis formal de las estructuras económicas y las relaciones con el capital, la producción, el mercado y el empleo, pero dejan de lado el complejo estudio de la historia de las mujeres (Smith-Rosenberg, 1991). El concepto de clase no funciona igual para los hombres que para las mujeres, para éstas, su relación con el capital y el empleo depende muchas veces de su relación con los hombres. Además, la experiencia de clase que para las mujeres incluye su trabajo, para los otros miembros de la familia es distinta y se fundamenta en el género (Bock, 1991).”

“Las mujeres están oprimidas, pero no de la misma manera que los grupos raciales o étnicos; se encuentran subordinadas y explotadas, pero no como las clases bajas. Las mujeres forman parte la historia de la humanidad.”

“Las categorías sociales de raza y etnia, que tienen en cuenta la diferencia corporal y cultural, respectivamente, son fundamentales para entender las relaciones de género, lo mismo que la edad, ya que durante el ciclo de vida la posible subordinación de la mujer no es igual; una sola mujer a lo largo de su vida puede ser dependiente, asistida, casada, concubina y viuda. Se deben estudiar los vínculos que existen entre los cambios en las relaciones de género, clase, raza y etnia, considerando cómo los cambios generales afectan sus distintas relaciones sociales.”

“Actualmente los estudios de la interseccionalidad señalan que es necesario encontrar formas explicativas que puedan combinar varias categorías, además de clase, sexualidad y género, para el estudio de las identidades, sus diversas desigualdades y las discriminaciones sociales que interactúan en múltiples circunstancias y niveles simultáneos (Carbado, 2013)”.

“En resumen, las mujeres deben definirse desde el punto de vista cultural de la categoría género, también son burguesas, obreras, trabajadoras domésticas, inmigradas, indígenas, etcétera. En definitiva, son una pluralidad igual que los hombres.”

3. IGUALDAD DE GÉNERO:

Se define como “la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de las mujeres y los hombres, y las niñas y los niños”. La igualdad no significa que las mujeres y los hombres sean lo mismo, sino que los derechos, las responsabilidades y las oportunidades no dependen del sexo con el que nacieron. La igualdad de género supone que se tengan en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades tanto de las mujeres como de los hombres, reconociéndose la diversidad de los diferentes grupos de mujeres y de hombres. (Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI) <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm> (en inglés).

4. EQUIDAD DE GÉNERO:

Se define como “la imparcialidad en el trato que reciben mujeres y hombres de acuerdo con sus necesidades respectivas, ya sea con un trato igualitario o con uno diferenciado pero que se considera equivalente en lo que se refiere a los derechos, los beneficios, las obligaciones y las posibilidades. En el ámbito del desarrollo, un objetivo de equidad de género a menudo requiere incorporar medidas encaminadas a compensar las desventajas históricas y sociales que arrastran las mujeres.” (Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA): <http://www.ifad.org/gender/glossary.htm> (en inglés).

5. LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

En el libro: “Violencia contra la mujer género y equidad en la salud”, de Claudia García Moreno, publicación ocasional Número 6, emitido originalmente y que es fruto de la colaboración entre el Centro de Estudios de Población y Desarrollo de Harvard y la Organización Panamericana de la Salud (OPS),: como el documento “Violence Against Women, Gender, and Health Equity”(No. 99.15) de la Serie de Working Papers del Harvard Center for Population and Development Studies, Harvard School of Public Health (September 1999)., hace la siguientes oportunas precisiones sobre la violencia de la mujer que consideramos deben ser conocidas por todos:

“Las normas y los valores relacionados con los géneros que sitúan a la mujer en una posición subordinada con respecto al hombre mantienen y refuerzan la violencia doméstica contra ella. Esto sucede en todas las clases sociales, religiones y niveles educativos. Aunque existen variaciones asociadas a la raza, la clase social, la geografía o la región que han de ser explicadas, feministas y otros estudiosos identificaron las relaciones de desigualdad entre los géneros como la pieza clave de la violencia doméstica y sexual contra la mujer.

El contexto cultural específico desempeña un papel importante a la hora de definir los mecanismos por los que la desigualdad de géneros y otros factores influyen en la violencia.

Heise, en el artículo antes mencionado, revisó los estudios publicados y resumió algunos de los factores relacionados con la violencia que logró identificar, organizándolos según los niveles del modelo ecológico que proponía. Muchos de los factores identificados guardan una estrecha relación con las normas y valores que giran en torno a la igualdad social y de los géneros. Por ejemplo, en el nivel familiar, el dominio y control masculinos sobre la riqueza parecen importantes, mientras que en el ámbito macrosocial lo serían los conceptos de titularidad/propiedad del hombre sobre la mujer, de masculinidad vinculada a la agresión y al dominio, de las atribuciones rígidas de género y la aceptación de la violencia interpersonal como forma de resolver los conflictos (Heise 1998)”.

“Según la revisión del Consejo Nacional de Investigación de los Estados Unidos, varios estudios confirman el hecho de que “los hombres criados en estructuras familiares patriarcales en las que se estimulan los papeles tradicionales de los géneros tienen mayores probabilidades de convertirse en Violencia contra la mujer adultos violentos, de violar a mujeres que conocen y de golpear a sus compañeras íntimas, en comparación con los hombres criados en hogares más igualitarios” (National Research Council 1996)”.

“Schuler et al., tras estudiar la violencia contra la mujer en Bangladesh, señalaron que aunque la mayor parte de las agresiones de los hombres contra las mujeres tiene lugar en el hogar, no solo se originan y persisten en dicho contexto. Más bien, la violencia es uno de los elementos de un sistema de subordinación de la mujer a través de normas sociales que establecen su lugar y su conducta (Schuler et al. 1999)”.

“Este estudio muestra que la violencia es más frecuente cuando la mujer transgrede o desafía las atribuciones tradicionales impuestas por la sociedad. Un estudio realizado en una población urbana con escasos recursos del Distrito Federal de México llegó a conclusiones semejantes, encontrando que la violencia contra la mujer y los trastornos relacionados con ella están imbricados en sus relaciones sociales, especialmente en las que mantiene con su pareja masculina (Finkler 1997)”.

“Se señala que las ideologías tradicionales refuerzan la dependencia económica de la mujer con respecto al hombre, los conceptos sobre su papel en el hogar, su inferioridad social y la forma en que estas ideologías se transmiten también a través de la práctica biomédica. Aunque en los estratos socioeconómicos más bajos, tanto los hombres como las mujeres están expuestos a muchas formas de infortunio y denigración, el poder que la ideología prevalente concede al hombre y el uso de la violencia física contra la mujer generan lo que Finkler llama “lesiones de la vida” en la mujer. Estas lesiones se asocian a enfermedad y se sugiere que son la causa de muchos de los cuadros subagudos que no suponen una amenaza para la vida pero que la mujer de los países en desarrollo presenta cuando acude a los servicios de salud y que no son fácilmente tratables con los remedios biomédicos habituales (Finkler 1997)”.

“Los estudios transculturales antropológicos y etnográficos de la violencia contra la mujer, como el de Levinson (1989) y la revisión de 14 culturas efectuada por Counts, Brown y

Campbell (1992) también identificaron la influencia de las costumbres sociales y culturales, incluidas las que giran en torno a las relaciones entre los géneros, en la aceptación y promoción de la violencia contra la mujer”.

“Counts, Brown y Campbell encontraron que la presencia y la gravedad de las palizas a las esposas oscilaba entre una gran frecuencia y su casi inexistencia, aunque la mayoría de las sociedades toleraban e incluso consideraban necesario el castigo físico de aquellas. Estos autores observaron que la existencia de “sanciones” contra la conducta violenta, de “santuarios” para las mujeres que experimentan violencia, o ambas cosas (por ejemplo, cuando la familia o la comunidad pueden intervenir en las disputas o en la violencia matrimonial) se asocia a menores niveles de violencia y viceversa”.

“Las culturas con un concepto “machista” de la masculinidad asociado a dominio, dureza u honor masculinos son también aquellas que poseen los niveles globales de violencia contra la mujer más altos (Campbell 1985)”.

“Las normas culturales que rodean a la violencia, el género y las relaciones sexuales no solo se manifiestan en el ámbito individual, sino que también la familia, la comunidad y el más amplio contexto social, incluidos los medios de comunicación, los refuerzan o combaten”.

“Dobash et al. (1992) demostraron cómo la dominación histórica de los maridos sobre sus esposas, incluido el uso de la violencia, ha sido sancionada por creencias culturales. En muchos entornos, la violencia se considera “normal” y una prerrogativa de los hombres/maridos. La socialización de los niños y las niñas suele reflejar las normas y los valores culturales relacionados. Se estimula a los niños varones a ser agresivos y sexualmente activos, mientras que a las niñas se les enseña a resistir la actividad sexual y a ser dulces”.

“Datos perturbadores de algunos países demuestran que el primer acto sexual que experimentan las niñas suele ser forzado, aceptado por miedo a la violencia. (Wood, Maforah y Jewkes 1998). Este hecho resalta la necesidad de establecer normas y actitudes sociales que favorezcan la igualdad de los géneros y de las relaciones sexuales, comenzando por los niños y los adolescentes. Para poder llevar a cabo intervenciones contra la violencia, es importante comprender que estas normas sociales que perdonan y legitiman la violencia contra la mujer contribuyen a elevar sus niveles.”

(Hasta aquí la referencia a estas reflexiones.)

RESUMEN SOBRE LA LEGISLACIÓN CONTEMPLATIVA DE LOS DERECHOS Y PROTECCIÓN DE LAS MUJERES

Se hace necesario tener presente la legislación y otras medidas legales en materia de equidad de género, que indican si el Estado ha reconocido la existencia de desigualdades que requieren y hacen necesario desde el ordenamiento jurídico la adopción de medidas diferenciadas en función del sexo para garantizar la igualdad y el respeto de los derechos humanos. Normalmente, dichas medidas se incluyen en el concepto de “equidad de género”.

En este sentido, las violaciones, el acoso sexual y la violencia en el hogar son problemas⁷ que, estadísticamente, es más probable que afecten en mayor medida a las mujeres y que, por lo tanto, requieren medidas legislativas (y programas) especiales para proteger sus derechos humanos, su dignidad y su integridad física. El establecimiento de sistemas de cupos también es una medida legislativa temporal destinada a allanar y equilibrar el terreno de juego en la esfera política y combatir los estereotipos negativos y otros tabúes sociales que impiden la plena participación de las mujeres en la vida política de su país. El derecho a participar en la vida política del país está protegido por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21); en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y en la Plataforma de Acción de Beijing (sección G, párr. 191) se recomienda el establecimiento de sistemas de cupos y otras medidas temporales similares en pro de la mujer.

Colombia ha ratificado todos los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos y derechos de las mujeres, y ha hecho un progreso significativo en el desarrollo de leyes para promover la igualdad de género y garantizar los derechos humanos de las mujeres. Algunos ejemplos son los Lineamientos de la Política Pública para la Equidad de Género para las Mujeres y el Plan Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencias aprobados en 2012, y la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, aprobada en 2011, con disposiciones importantes sobre la igualdad de género, así como la Ley 1257 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres”, de 2008 y la Ley 1719 por la cual se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, de 2014, entre otras.

El objetivo fundamental del Movimiento de Mujeres en el proceso previo a la Constituyente fue construir un país más democrático con las consignas:

Sin los derechos de la mujer la democracia no va”.

“Democracia en la casa y en el país”.

Las mujeres realizaron diversas actividades obteniendo resultados positivos, logrando que se aprobaran artículos sobre los derechos de la mujer. De este interesante proceso, el

⁷La Declaración de las Naciones Unidas sobre Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1993, proporciona un marco amplio y útil para definir la violencia contra la mujer, aunque para fines concretos como, por ejemplo, el monitoreo del problema, se necesitan definiciones operativas más específicas. En dicha declaración se define esta forma de violencia como “cualquier acto de violencia basada en el género que produzca o pueda producir daños o sufrimientos físicos, sexuales o mentales en la mujer, incluidas las amenazas de tales actos, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, tanto en la vida pública como en la privada”. En la Declaración se dice también que la violencia contra la mujer abarca, entre otras, “la violencia física, sexual y psicológica que se produce en el seno de la familia y en la comunidad en general, incluidas las palizas, el abuso sexual de niñas, la violencia relacionada con la dote, la violación marital, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales dañinas para la mujer; la violencia no conyugal y la violencia relacionada con la explotación, el acoso sexual y la intimidación en el trabajo, en las instituciones educativas y en cualquier otro lugar; el tráfico de mujeres, la prostitución forzada y la violencia perpetrada o tolerada por el Estado”

Movimiento de Mujeres colombiano salió fortalecido con el surgimiento de la Red Nacional de Mujeres.

Antes del año 1991 no existía ningún artículo de la Constitución que consagrara los derechos de las mujeres. Aunque lo que se logró no es lo ideal, algunos de estos derechos y su reglamentación permitirán una mayor y mejor participación de las mujeres.

258 Derecho a la igualdad: Todas las personas en la sociedad somos consideradas iguales sin discriminación por razón de sexo, raza, origen nacional, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Artículos 5 y 13. Derecho a participar en los niveles decisorios de la administración pública: Se garantiza la adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la administración pública.

Artículo 40. Derecho a la igualdad de derechos y deberes en la pareja: Mujeres y hombres tienen iguales derechos en la pareja y al respeto recíproco. Igualmente podemos decidir conjuntamente el número de hijos que se quieran tener.

Artículo 42. Derecho a la igualdad de oportunidades: Tenemos derecho a igualdad de oportunidades para hombres y mujeres.

Artículo 43. Abolición de toda forma de discriminación de la mujer: Se consagró la abolición de toda forma de discriminación laboral, legal, sexual a la mujer.

Artículo 43. Derecho a la protección especial en el embarazo: Las mujeres tienen derecho a protección especial por parte del Estado durante el embarazo y post-parto y ayuda económica en caso de estar desempleadas.

Artículo 43. Derecho a apoyo especial a las mujeres cabeza de familia o jefas de hogar: Las mujeres jefas de hogar tienen derecho a un apoyo especial del Estado.

Artículo 43. Divorcio para matrimonios religiosos: Los matrimonios religiosos pueden terminarse por divorcio, de acuerdo con la ley civil.

Artículo 4. A pesar de reconocer estas ganancias El Observatorio Legal de la Mujer (CIJUS) de la Universidad de los Andes concluye que: 258 Información tomada de folleto de la Red Nacional de Mujeres, Derechos legales Mis derechos en la nueva Constitución, marzo

(United Nations 1993). Todas estas formas de violencia se asocian a desigualdades de poder: entre mujeres y hombres, entre los niños y sus cuidadores y, con las crecientes desigualdades económicas, tanto dentro de los países como entre ellos. Aún reconociendo las muchas formas de violencia contra la mujer existentes, este trabajo se centra en la violencia doméstica y sexual contra las mujeres. (tomado del libro fruto de la colaboración entre el Centro de Estudios de Población y Desarrollo de Harvard y la Organización Panamericana de la Salud (OPS).: "Violencia contra la mujer género y equidad en la salud" de Claudia García Moreno publicación ocasional NÚMERO 6, Emitido originalmente como el documento "Violence Against Women, Gender, and Health Equity"(No. 99.15) de la Serie de Working Papers del Harvard Center for Population and Development Studies, Harvard School of Public Health (September 1999, página 7)..

de 1993. Reformas constitucionales y equidad de género. Informe final sobre Seminario internacional 282 1. En el tema de derechos de la mujer y regulación de la familia la ANC no superó la aproximación formal a los temas. 2. En el tratamiento de los temas vinculados a la mujer se impusieron las mayorías liberales sobre las conservadoras o las perspectivas de las minorías étnicas. 3. En el proceso constituyente no hubo ideas con perspectiva de género.

La constitución de 1991, acogiendo las demandas del movimiento social de mujeres, consagra: el principio de la no discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, religión, lengua, opción política o religiosa (art.13). La igualdad de derechos y deberes de la pareja en las relaciones familiares. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y de su unidad y será sancionada de acuerdo a la ley (art.42); las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración Pública (art.40). De manera formal, pretende lograr la Equidad de Género para las mujeres colombianas, para ello ha ratificado por Decreto Ley 251 de 1981, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). (1979).

Ley 28 de 1932. Mediante la cual se reconocen los derechos civiles de la mujer en Colombia. En esta Ley, más conocida como la de la “emancipación económica de la mujer”, se establece que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio o que hubiera aportado al mismo, como de los demás que por cualquier causa hubiera adquirido y dispuesto de manera expresa. Que la mujer casada, mayor de edad, como tal puede comparecer libremente en juicio y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital, ni licencia de juez, y tampoco el marido será su representante legal.

Reforma Constitucional 1936. Permitió que la mujer pudiera ser elegida en los Concejos Municipales, en los cuales podría prestar servicios a la comunidad, además se le concedió a la mujer campesina un lugar en la educación para formarlas como maestras. Adicionalmente, se acordó que las mujeres que se casaran con extranjeros tendrán derecho a conservar su nacionalidad colombiana.

Ley 54 de 1962. Colombia ratifica el Convenio 100 de la OIT de 1951 referido a la Igualdad en la remuneración, tanto para hombres como para mujeres por un trabajo de igual valor. Ley 22 de 1967. Colombia ratifica el Convenio 111 de 1958 sobre la igualdad de oportunidades, trato y no discriminación.

Ley 22 de 1981. Ratifica la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. (Aprobada por Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2106A (XX), de 21 de diciembre de 1965), insta a los Estados miembros a erradicar todas las formas de discriminación racial, xenofobia e intolerancia conexas. En relación con las mujeres plantea la urgencia de garantizar los derechos humanos, principalmente los relacionados con el trato igualitario y justo; recibir las mismas oportunidades de formación,

capacitación; acceso y distribución a bienes y recursos.

Ley 82 de 1993. Mediante la cual se dictan normas de protección para las mujeres y hombres cabeza de familia.

1995 Beijing. Conferencia Mundial de la Mujer: las representantes de 189 gobiernos adoptaron la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing encaminada a eliminar los obstáculos a la participación de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada. Esta conferencia define un conjunto de objetivos estratégicos y explica las medidas que los gobiernos, la comunidad internacional, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado deben adoptar a más tardar para el año 2000, con el fin de eliminar los obstáculos que entorpecen el adelanto de la mujer. En la plataforma de acción se identificaban doce obstáculos que impedían el avance en el ejercicio de los derechos de las mujeres, para el cual era necesario adoptar medidas por parte de los gobiernos y la sociedad civil: 1. Mujeres y pobreza 2. Educación y capacitación de las mujeres 3. Mujeres y salud 4. Violencia contra las mujeres 5. Mujeres y conflictos armados 6. Mujeres y economía 7. Participación de las mujeres en el poder y la adopción de decisiones 8. Mecanismos institucionales para el adelanto de las mujeres 9. Los derechos humanos de las mujeres 10. Mujeres y medios de comunicación 11. Mujeres y medio ambiente.

1995-2001 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), surge un nuevo Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe, el cual es adoptado por la Sexta Conferencia Regional con el objetivo de “acelerar el logro de la igualdad de género y la total integración de las mujeres en el proceso de desarrollo, así como el ejercicio pleno de la ciudadanía”.

Ley 248 de 1995. Aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, estableciendo los mecanismos judiciales y administrativos para el resarcimiento y reparación del daño. Considera como violencia contra las mujeres, la discriminación y la educación con estereotipos de comportamiento y las prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Ley 294 de 1996. Dicta normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, penalizando la violencia sexual entre cónyuges y compañeras(os) permanentes y estableciendo medidas de protección inmediatas para operadores jurídicos.

1996 “Convención de Belem do Pará”. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1997.

1997 Comité de Equidad de Género de ACI-Américas. La instancia organizativa de las mujeres en la Alianza Cooperativa Internacional para las Américas (ACI-Américas), cuya labor es promover la equidad de género en las organizaciones cooperativas en el continente americano en concordancia con los planteamientos del Comité Mundial de Equidad de La mujer y el derecho internacional: conferencias internacionales, Organización Internacional

del Trabajo. México: Secretaría de Relaciones Exteriores: UNIFEM: PNUD, 2004, págs. 22 y 23. Género de la ACI. La conformación del Comité se dio el 7 de julio de 1997, a partir de esa fecha se han ido estableciendo comités a nivel de las subregionales tales como del Grupo Andino, Cono Sur, Zona Norte y Centroamérica y el Caribe.

1999 Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999; y aprobado por Colombia mediante la Ley 984 de 2005.

Ley 509 de 1999. Dispone medidas de protección frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y en Pensiones, en materia de cobertura y subsidios. Modificada por las Leyes 1023 de 2006 y 1187 de 2008.

Ley 581 de 2000 “Ley de Cuotas”, por la cual se reglamenta la adecuación y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder Público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones.

La Resolución 1325 de 2000, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, entre otros objetivos, promueve la adopción de medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género. Subraya también la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y tomar medidas para enjuiciar a los culpables.

Ley 679 de 2001. Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.

Ley 731 de 2002 o Ley de Mujer Rural. Tiene por objeto mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales, priorizando las de bajos recursos y consagra medidas encaminadas a acelerar la equidad entre el hombre y la mujer rural.

Ley 750 de 2002. Por la cual se expiden normas sobre el apoyo, especialmente en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a las mujeres cabeza de familia.

Ley 755 de 2002. Concede la licencia de paternidad en beneficio del padre del menor, para que este le brinde cuidado y protección aunque no sea el cónyuge o compañero permanente de la madre.

Ley 800 de 2003. Por la cual se aprueba la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños.

Ley 823 de 2003⁸, por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres. El objeto de esta ley es establecer el marco institucional y orientar las políticas y

acciones por parte del gobierno para garantizar la equidad y la igualdad de oportunidades de las mujeres, en los ámbitos público y privado. Aplicación del principio “a trabajo igual, igual remuneración”, su incorporación al sector de la construcción, la vigilancia y control sobre la afiliación, cobertura y subsidios del SGSSI y el implemento de acciones que garanticen sus derechos sexuales, reproductivos y de salud mental y su permanencia en el sistema educativo en Colombia.

Ley 909 de 2004. Protección a la maternidad: que regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, y que establece medidas Legislación y Pueblos Indígenas de Colombia No. 6 13.

A través del CONPES Social 91 de 2005, Colombia definió las metas nacionales para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. El tercero de estos objetivos, “Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer” apunta específicamente a la equidad de género, no solo como fin en sí mismo, sino también como medio imprescindible para el logro de los otros Objetivos.

Ley 1010 de 2006 adoptó medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.

Ley 1257 de 2008. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

El Auto No. 092 de 2008: Protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado.

LEY 1413 DE 2010: Por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas.

Ley 1432 del 4 de enero de 2011. Se establece un Subsidio Familiar de Vivienda como un aporte estatal en dinero o en especie, otorgado por una sola vez al beneficiario, con el objeto de facilitar el acceso a una solución de vivienda de interés social o interés prioritario, sin cargo de restitución, cuyas viviendas hayan sido o fueren afectadas por desastres

⁸La Ley 823 señala en su artículo 3 que “las acciones del gobierno orientadas a ejecutar el plan de igualdad de oportunidades deberán: a) Promover y garantizar a las mujeres el ejercicio pleno de sus derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales y el desarrollo de sus aptitudes y capacidades, que les permitan participar activamente en todos los campos de la vida nacional y el progreso de la Nación; b) Eliminar los obstáculos que impiden a las mujeres el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos y el acceso a los bienes que sustentan el desarrollo democrático y pluricultural de la Nación; c) incorporar las políticas y acciones de equidad de género e igualdad de oportunidades de las mujeres en todas las instancias y acciones del Estado, a nivel nacional y territorial”. Dicha ley señala en su artículo 11 que deberán implementarse planes regionales de promoción y estímulo a la mujer y que para ello los gobernadores y alcaldes prepararán planes departamentales, municipales y distritales de promoción y estímulo a la mujer, que deberán ser presentados ante la corporación administrativa de elección popular correspondiente, a fin de obtener su aprobación.

naturales o accidentales, por la declaratoria de calamidad pública o estado de emergencia, o por atentados terroristas, debidamente justificados y tramitados ante las autoridades competentes. Parágrafo 2°. Los usuarios de los créditos de vivienda de interés social o interés prioritario, que sean cabeza de hogar, que hayan perdido su vivienda de habitación como consecuencia de una dación en pago o por efectos de un remate judicial, podrán postularse por una sola vez, para el reconocimiento del Subsidio Familiar de Vivienda de que trata el parágrafo anterior, previa acreditación de calamidad doméstica o pérdida de empleo trámite ante las autoridades competentes.

Ley 1434 de 2011 (enero 6), por la cual se modifica y adiciona la Ley 5° de 1992. Se crea la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. La presente ley tiene por objeto fomentar la participación de la mujer en el ejercicio de la labor legislativa y de control político a través de la creación de la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República. La propuesta de este artículo busca institucionalizar a nivel departamental la Comisión Legal de la Mujer. Ley 1450 de 2011 Plan de Desarrollo – Artículo 177. EQUIDAD DE GÉNERO. El gobierno Nacional adoptará una Política Pública Nacional de Equidad de Género para garantizar los derechos humanos integrales e interdependientes de las mujeres y la igualdad de género, teniendo en cuenta las particularidades que afectan a los grupos de población urbana y rural, afrocolombiana, indígena y campesina. La política desarrollará planes específicos que garanticen los derechos de las mujeres en situación de desplazamiento y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias. Esta política será construida de manera participativa bajo la coordinación de la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer (ACPEM), la cual será fortalecida institucional y presupuestalmente para el cumplimiento efectivo de sus responsabilidades y funciones. Parágrafo: La política pública asegurará el cumplimiento del Estado colombiano de los estándares internacionales y nacionales en materia de derechos humanos de las mujeres con un enfoque multisectorial y transversal.

El departamento del Valle del Cauca, la ordenanza 317 de diciembre 13 de 2010 adoptó la política Departamental de Equidad de Género para las Mujeres Vallecaucanas. En el año 2007 se creó la Secretaria de Equidad de Género para las Mujeres Vallecaucanas, como mecanismo rector de dicha política.

La ley 1468 de 2011, amplía la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas. Con la sanción presidencial que logró la Ley 1468 de junio 30 de 2011, y que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, se estableció que en Colombia la licencia remunerada otorgada por concepto de maternidad será de 14 semanas, dos más que lo estipulado en el régimen anterior. Con la disposición, que busca evitar los partos improvisados y disminuir los riesgos que estos podrían originar en la salud de la madre y el bebé – entre los que se encuentran infecciones, malformaciones e incluso la muerte- Colombia se ajustó al estándar manejado por la Organización Internacional del Trabajo, OIT. La medida se extiende a las madres, pero también a los padres reales y adoptantes que hayan perdido a su compañera durante el parto; mientras que en caso de partos múltiples el periodo se ampliará a 16

semanas. Por último, determina la obligatoriedad del empleador de otorgarla por lo menos dos semanas antes de la fecha probable de parto y estará a cargo de la EPS a la que cotiza la empleada.

Comisión 2012. La 56 sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer tuvo lugar en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York desde el 27 de febrero al 9 de marzo de 2012. La sesión de clausura tuvo lugar el 15 de marzo de 2012. Esta sesión estuvo enfocada en las áreas temáticas de: Tema Prioritario: El empoderamiento de las mujeres rurales y su rol en la erradicación de la pobreza y el hambre, el desarrollo y los desafíos actuales. Tema de Revisión: La financiación en favor de la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer. Tema emergente: La participación de las mujeres y los hombres jóvenes, y las niñas y los niños, para promover la igualdad entre los géneros. El Contexto Colombiano.

Ley 1542 de 2012. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal y de Procedimiento Penal. Vínculos entre la violencia contra la mujer, las estructuras patriarcales y la falta de equidad entre los géneros.

ALGUNAS SENTENCIAS RELEVANTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MUJER EN COLOMBIA:

En relación con el tema específico de la prohibición de discriminación en razón de la identidad de género o la orientación sexual, la Corte Constitucional, ha sido prolija en proscribir cualquier tipo de conductas que generen en una desigualdad de este tipo, pues no existe título jurídico que permita discriminar por la orientación sexual diversa⁹.

Por ejemplo en la Sentencia T-435 de 2002¹⁰, esta Corporación advirtió que la sexualidad aparece como un elemento consustancial a la persona humana, por lo que hace parte de su entorno más íntimo, que impide la intervención del Estado o de terceras personas sin la autorización de su titular.

El 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional de Colombia produjo un fallo histórico a favor de los derechos humanos de las mujeres en el país, mediante la sentencia C-355/06 del 10 de mayo de 2006, la Sala Plena del Tribunal Constitucional decidió despenalizar la práctica del aborto en tres circunstancias específicas: “a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación

⁹Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁰Sentencia T-435 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto.

Sentencia T-335/19 Referencia: Expediente T- 7.246.145. Magistrada Sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Igualmente, esta sentencia se refirió al lenguaje como instrumento de discriminación, así:

La Corte, en Sentencia C-147 de 2017 , precisó que la utilidad del lenguaje trasciende el escenario típicamente comunicativo, en el que se orienta al intercambio de pensamientos e ideas, en el marco de la literalidad de lo expresado por la nomenclatura de cada palabra y por la gramática de cada frase. La palabra no se reduce al signo y a su funcionalidad gramática, sintáctica o pragmática, en la medida en que no solo atiende a su significado concreto, sino a la función que se predica de ella en una oración o al contexto en el que se emite o se recibe.

Las palabras no solo responden a su significado formal , sino que este se encuentra ligado al contexto, responde al uso comúnmente aceptado y a la valoración social de la cosa referida . De este modo hablar del lenguaje no solo implica hablar de significados en abstracto, sino de un conjunto de referentes sociales con un alto poder simbólico.

La función potencial del lenguaje no solo se encuentra referida a la capacidad de comunicar ideas, sino también a la posibilidad de crear, transformar o extinguir percepciones sobre las cosas a las que se refieren las palabras. En ese sentido la palabra crea realidad y la difunde , pues asienta socialmente representaciones sobre las cosas nombradas que serán aceptadas o rechazadas conforme la escala axiológica de los emisores y receptores de los mensajes.

1. El lenguaje no es únicamente una herramienta para crear símbolos e interpretarlos. Su alcance no se limita a la descripción de hechos ni a ser un medio de comunicación formal. También tiene capacidad de crear realidades, de construirlas o perpetuarlas, pues la cultura y el poder se moldean, en muchas ocasiones, desde los términos en los que se desarrolla una expresión y los discursos , y a la vez, aquellas definen el alcance del lenguaje. En ese sentido, expertos de la comunicación y lingüistas han identificado que determinados discursos tienen una carga valorativa, que crea privilegios o que excluye y discrimina. Es decir, no solo tienen una fuerte carga emotiva, sino que además se proyectan con efectos conductuales, inclusive jurídicos.

¹¹M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹²FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. Siglo XXI. Buenos Aires, 1968. P. 45.

¹³En la teoría lingüística de Ferdinand de Saussure, se trata de los denominados significantes y significados del signo lingüístico. Ver: ZORRAQUINO, María Antonia Martín. *El Cours de linguistique générale (1916) de Ferdinand de Saussure: algunas reflexiones, desde la lingüística hispánica, en el centenario de su publicación*. Universidad de Zaragoza, 2016.

¹⁴BOURDIEU, Pierre. *¿Qué significa hablar?* Ediciones AKAL, 2008: "(...) el lenguaje es el primer mecanismo formal cuyas capacidades generativas no tienen límite". Además, FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. Siglo XXI. Buenos Aires, 1968. P. 46: "Pues era muy posible que antes de Babel, antes del Diluvio, hubiera una escritura compuesta por las marcas mismas de la naturaleza, de modo que estos caracteres tendrían el poder de actuar directamente sobre las cosas, de atraerlas o rechazarlas, de figurar sus propiedades, sus virtudes y sus secretos."

¹⁵Leach, Edmund. *Cultura y comunicación: la lógica de la conexión de los símbolos*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1985.

2. El académico Van Dijk estudió la especial relación que existe entre el lenguaje y la discriminación. Sostiene que el lenguaje “(...) no es simplemente un instrumento de comunicación entre individuos anteriores a él (...), por el contrario, posee (...) un papel fundante dado su potencial creativo y ordenador”¹⁶. Bajo esa premisa, explica que la desigualdad puede venir de las mismas expresiones lingüísticas que se presentan como descripción de la realidad abstraída de cualquier influencia. Considera que “(...) la coartada discriminatoria induce a concebir las desigualdades como resultado de la naturaleza y no como construcción cultural.”¹⁷ En ese sentido, resalta que la realidad no tiene identidad con la construcción simbólica de lo que en el lenguaje se expresa como una descripción de la realidad, pues la utilización de determinados símbolos o palabras puede tener una carga valorativa para llevar a cierto resultado. En palabras del académico, “(...) debería plantearse que entre lo real y lo que el sujeto percibe como su realidad se ubica precisamente una mediación simbólica a partir de la cual se inducirán, entre otras, las discriminaciones negativas (...)”¹⁸. A su juicio, esa carga valorativa del lenguaje, ha sido determinante para que en ciertas épocas un concepto, una condición o una característica se torne inferior, diferente o meritoria de exclusión.

Por ejemplo, varios estudios han relacionado el lenguaje con la reproducción del racismo en el que se considera que el consenso social está condicionado por determinadas ideologías dominantes¹⁹ que se representan a través del lenguaje, el cual, a su turno “(...) excluye u oscurece a algunos sujetos sociales, no sólo representa lingüísticamente la negación de los mismos, sino que contribuye a la reproducción y permanencia de prejuicios comunes”²⁰.

3. El uso del lenguaje tiene un fuerte impacto en el ideario de cognición social, pues la evaluación del mismo genera la necesidad de la representación, es decir, aquellos contenidos y estructuras de los modelos que la gente elabora para cada suceso social. Se trata entonces de un proceso comunicativo multidimensional que está incrustado en las construcciones sociales y culturales, y que en ocasiones genera escenarios de control y resistencia entre grupos .

Si tú, yo, el, nosotros y ustedes, no empezamos a repensar en que el simbolismo y ser de la mujer debe cambiar en todos, de una idea subordinada social y políticamente, no podremos alcanzar a que se les reivindique como ciudadanas de primera clase como debemos serlos todos.^{22 23}

¹⁶Van Dijk, Teun A. *El lenguaje y el status quo en Lenguaje y Discriminación*, de Islas Azaïs, Héctor.

¹⁷*Ibidem*.

¹⁸*Ibidem*.

¹⁹Van Dijk, Teun A. *Discurso y racismo en Persona y sociedad*, 2001.

²⁰Tapia-Arizmendi, Margarita; Romani, Patrizia. *Lengua y género en documentos académicos*. *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 19, núm. 59, mayo-agosto, 2012, pp. 69-86 Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México.

²¹Van Dijk, Teun A. *Discurso y desigualdad*. *Estudios de periodismo*, Universidad de La Laguna, 1992. Pág. 19-20.

“...las mujeres no se hallarán libres de violencia hasta que exista igualdad, y la igualdad no se conseguirá hasta que la violencia y la amenaza de la violencia desaparezcan de las vidas de las mujeres”.

(Panel Canadiense sobre Violencia Contra la Mujer, 1993)



Los derechos de la mujer, c.a 1954. Óleo sobre lienzo, 226 x 145 cm de la pintora antioqueña Débora Arango Pérez

²²Una característica de la violencia de género que dificulta su erradicación es el bajo grado de visualización y la tolerancia social ante este fenómeno. (*Género y violencia Gender and violence Mercedes B. Arce-Rodríguez El Colegio de Tlaxcala. Melchor Ocampo No. 28. San Pablo de Apetatitlán, Tlaxcala, Tlax. 90600. (marcer@coltlax.edu.mx)*)

²³Cuando me preguntan si la violencia de género es prevenible, mi respuesta es: “¡Sí!” Su prevención, sin embargo, depende en gran medida de un largo y complejo proceso de sensibilización de la sociedad y del compromiso de sus actores para eliminar las inequidades que facilitan la violencia de género. (*George A. O. Alleyne Director Organización Panamericana de la Salud*)

CONTEXTOS GENERALES Y UN CONTEXTO PARTICULAR EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES EN COLOMBIA

José Domingo Ramírez Gómez*

La peor esclavitud es la necesidad y la penuria económica

Dividiré este documento en dos partes. La primera tratará sobre los contextos generales del sistema general de seguridad social en pensiones en Colombia. La segunda, versará sobre un contexto problemático. Se refiere a la declaratoria judicial de ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media (RPM) al Régimen de Ahorro Individual (RAIS) y la orden de regreso automático a Colpensiones.

Los contextos generales en el sistema general de la seguridad social en pensiones en Colombia

La seguridad social es la confianza que tenemos todos en que la sociedad, organizada institucionalmente, responderá con acciones positivas cuando las contingencias propias de la vida toquen a nuestras puertas. Según Fernández

Pastorino, citado por Augusto Enrique Torregroza en su libro *Introducción al derecho de la seguridad social* indica sobre este punto lo siguiente:

“La seguridad social es el resultado no sólo del intervencionismo estatal, sino de una nueva concepción que ha superado los mezquinos principios del Estado liberal. La aplicación de la seguridad social implica la transformación de los fundamentos sociales, la aceptación de que el Hombre es un fin en sí mismo y, por consiguiente, que la sociedad debe encauzar todos los recursos de que dispone para obtener, en definitiva, el desarrollo pleno de la personalidad del individuo”.

Como parte del sistema integral de la seguridad social, la seguridad social en pensiones es el arreglo institucional necesario para cubrir los ingresos básicos para atender al derecho humano al mínimo vital, entendido este como “el conjunto de condiciones materiales

*Docente U de A. Abogado U de A. Economista UNAULA. Magister en administración U; EAFIT; Especialista en Derecho público. Especialista en Seguridad social

necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular”, según interpretación ordenada por la Corte Constitucional en la sentencia C-111-06.

Para una cabal comprensión de los contextos del sistema de seguridad social en pensiones en Colombia debemos abordar el tema desde cinco perspectivas que se complementan. Estas perspectivas son filosófica, política, social, económica y jurídica.

La perspectiva filosófica

Debemos tener en cuenta qué se denomina, dentro de la disciplina de estudio de las Ciencias sociales, con el nombre de modernidad al período comprendido entre el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. Se fundamentó dicho período, principalmente en estos cinco postulados centrales.

El postulado racionalista. La Razón, entendida ésta como la capacidad del Hombre de comprender y decidir de manera óptima, tanto en beneficio propio individual como de la Sociedad en general, en relación con las situaciones políticas, económicas y sociales. Este hiper-racionalismo dió pie a expresiones tan optimistas como “iluminismo” e “ilustración”.

Un segundo postulado es el del Individualismo. Se toma como objeto de estudio al Hombre individualmente considerado, ahistórico e intemporal. De este enfoque surgirán conceptos como el mito del buen salvaje, *el homo economicus*, entre otros.

El postulado del utilitarismo. Este postulado da a entender que existe una racionalidad micro-económica individualista, la cual optimiza, de la mejor manera, el beneficio que se obtiene en cada caso particular. Políticamente, se dirá que la mejor acción es la que produce el mayor bien para el mayor número. Las instituciones son centrales en lo político y en lo económico: “El hombre pasa y las instituciones quedan”. El derecho particular cede al derecho de todos.

El Positivismo: se toman las ciencias naturales o exactas como paradigma del conocimiento, incluso en las ciencias sociales. Premisa básica en la modernidad será la presunta neutralidad de las ciencias formales como la matemática y la estadística. Predomina el estudio de lo empírico y lo experimental. El mundo del ser, no del deber ser. El Derecho y la moral están separados.

Postulado del enfoque analítico en la búsqueda de la solución correcta de los problemas o conflictos. Es un enfoque reduccionista. Analizar un fenómeno es separarlo y reducirlo a sus componentes básicos. Es una perspectiva de carácter mecanicista.

Tal como se desprende de los anteriores postulados, el modelo epistemológico de la modernidad tiene las características de ser un modelo líneal y estático y, por lo tanto, supremamente ineficiente para dar cuenta cabal de la comprensión de los fenómenos sociales, políticos y económicos estudiados.

Efectivamente, ante los graves e inesperados fenómenos políticos, económicos y sociales

ocurridos en la primera mitad del siglo XX y que contradecían la capacidad de comprensión y de previsión que, se presumía, había alcanzado ya la humanidad, aparece una reacción filosófica denominada por algunos como la pos-modernidad o contemporaneidad. Así, a los postulados de la modernidad se opuso un nuevo paradigma o modelo mental que irrumpió con un nuevo enfoque en la forma de abordar el campo estudio de las ciencias sociales, así:

En vez de hiper-racionalidad, se toma lo que antes se nombró como “razón” como la capacidad del ser humano de realizar una deliberación lingüística frente a las percepciones del mundo. La realidad es una construcción lingüística. El Hombre es el único animal que sabe que está vivo, es decir, que sabe que nació y que va a morir. Esa angustia existencial, permitida por el dominio del lenguaje, se traduce en preguntas que es la forma como opera el cerebro y de ahí surge la deliberación consigo mismo o con los otros, a esa posibilidad se llamó “razón”.

En vez de individualismo se entiende al Hombre como ser social. El ser humano es tal en tanto vive en Sociedad, el lenguaje es un producto social. Y dentro de la sociedad, los hombres y mujeres desarrollan su propio proyecto de vida. Contexto histórico. El Hombre es él y su medio.

En vez de utilitarismo, como la búsqueda del beneficio estrictamente individual, la sociedad se presenta como una comunidad cooperativa donde se despliega el afecto y la solidaridad de que son capaces las personas individualmente consideradas. En vez de la máxima política del mayor bien para el mayor número se presenta el respeto, aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales de cada persona a través de las Instituciones públicas. Las instituciones están al servicio del Hombre, no al revés. No tolerancia sino pluralismo. La racionalidad micro-económica no está presente en las decisiones más importantes que toma el ser humano, por lo tanto, no existe un cálculo utilitarista permanente por éste.

En vez de positivismo como eliminación de toda metafísica, se opone a dicha doctrina el normativismo como praxis del deber ser. Adquieren fuerza los valores y principios como parte de la esencia de los fenómenos sociales. Se hace necesaria no solo el pragmatismo eficientista sino solidaridad comunitarista para el desarrollo de la libertad humana dentro de la necesaria construcción social. Es decir, se requiere del deber ser o mundo de lo normativo-prescriptivo.

En vez de enfoque analítico, enfoque sistémico. El estudio aislado de cada unidad que compone la naturaleza, la sociedad y la economía es apenas una parte de la Historia en el estudio de los fenómenos naturales y sociales, la otra parte opera cuando los elementos actúan inter-relacionadamente. Recuérdese que unas son las leyes del árbol y otras diferentes son las leyes del bosque, aunque este último esté conformado por la adición múltiple de aquellos. El movimiento como proceso permanente de construcción social.

A la visión estática y lineal, propia de la modernidad, entonces, en la pos-modernidad se opone una visión dialéctica y sistémica. De ese desencanto con la modernidad y de la

reacción surgida aparece el concepto de “análisis sistémico de la sociedad y de la economía” como disciplina del derecho económico para construir institucionalmente los valores morales y éticos que se requieren para vivir en Sociedad.

La perspectiva política

En la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, revolución francesa, 1789, se emitió una serie de postulados individualistas y abstractos, sin concreción real y práctica, en relación con los derechos fundamentales del Hombre, a los cuales se denominó genéricamente derechos naturales. La vida, la libertad, la igualdad, la propiedad privada y la seguridad física, básicamente, se enunciaron como derechos fundamentales que introdujeron la libertad de contratación en el naciente tráfico comercial pero sin aplicación real y efectiva a grandes grupos poblacionales.

Por el contrario, la Declaración universal de los derechos humanos, ONU, 1948, retomó tales postulados y les dio concreción real pasando a la construcción de la razón práctica de tales postulados. Hubo un giro político que llevó a pasar del Estado de Derecho (individualista y legalista) al Estado social de Derecho (solidario e instrumental). Políticamente se da un giro de ciento ochenta grados pues las instituciones ya no serán un fin en sí mismas sino medio e instrumento de inclusión social y equidad económica.

En la declaración universal de derechos humanos, ONU, 1948, a título de ejemplo; se pasó de enunciar la igualdad en abstracto a la igualdad real y efectiva, del derecho etéreo a la vida se pasó a enunciar el derecho a la vida digna o dignidad humana, a la libertad como posibilidad real de participación de todos, a la función social de la propiedad y al trabajo como derecho humano, entre otros.

Entre nosotros, solo con la nueva Constitución política de 1991 se instituyó el Estado social de derecho y los postulados de conjunto de derechos humanos de la ONU y de otras organizaciones internacionales, así como principios políticos centrales como la democracia participativa directa. Se plasman los principios políticos de solidaridad, institucionalidad y universalidad en los beneficios del desarrollo económico.

La perspectiva social

Ante la histórica realidad de la exclusión y la discriminación, se impuso el valor de la inclusión social; ante la concentración de la propiedad y del ingreso, el de la equidad económica; y ante la tiranía de la necesidad y la precariedad económica, el de la libertad entendida como la posibilidad real y efectiva de participar en el vida económica, política y social.

Nos indican los sociólogos que la desigualdad marcada tiene, entre otras, las siguientes consecuencias: 1) Nos hace más desconfiados, hay que hacerse a recursos como sea. 2) Justifica a los racistas, homofóbicos y sexistas. 3) Produce clasismo, violencia e inseguridad. 4) Nos hace más corruptos. 5) Aumenta la deserción escolar, pues el estudio, no genera sensación de ascenso social.

En el tema del contexto social de la seguridad social en pensiones en Colombia se debe incluir el grave problema de la corrupción, tanto pública como privada. Esta se consume los recursos financieros de la seguridad social, entre ellos los de la seguridad social en pensiones. Ver el caso de la muerte de los niños de la Guajira, de las EPS's, entre otros.

La perspectiva económica

El re-descubrimiento del liberalismo económico clásico en las últimas décadas del siglo XX incidió en concretar, en nuestra legislación superior, la denominada Constitución económica. Ello significó el ascenso al poder de los grupos financieros. Para la cabal comprensión de este contexto económico se debe tener en la cuenta que, siempre, la economía de mercado es una economía monetaria y los activos monetarios los moviliza el sector financiero. Abusando de esa realidad y ante la inacción gubernamental, el sistema financiero impone su interés particular de socializar las pérdidas y privatizar los beneficios.

Infortunadamente, se han impuesto las teorías neo-liberales en el estudio de la sociedad. Entre otros enfoques, el análisis económico del derecho se ha impuesto como perspectiva economicista para estudiar el derecho. El derecho se ha “economizado” como parte de la activa y permanente influencia del pensamiento de la modernidad que persiste.

Como un ejemplo de la nefasta influencia neo-liberal en la seguridad social en pensiones observamos como se privilegia el salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) como mesada suficiente para concretar el acceso real y efectivo a la seguridad social en pensiones. Contrario a ello, según la Corte Constitucional, el sistema pensional está relacionado con el acceso al derecho fundamental al mínimo vital y éste no es el salario mínimo legal vigente. En realidad, el mínimo vital es un conjunto de ingresos necesarios para atender las necesidades básicas. Tan es así que, según el DANE se requieren 2,8 SMLMV por familia en Colombia para atender las necesidades básicas de éstas.

La perspectiva jurídica

Son profundas las diferencias entre los conceptos jurídicos de Estado de derecho y de Estado social de derecho; aquél, mediante la ley como exclusiva fuente normativa, se convierte en garante de las libertades en abstracto y de la Igualdad formal de todos ante la ley. En cambio, en el Estado social de derecho, aparecen los valores y los principios constitucionales y su vocación de eficacia directa en su aplicación por parte de las autoridades públicas. De nuevo hay que mencionarlo, el derecho económico como posibilidad de análisis sistémico de la Sociedad y de la economía desde una perspectiva institucionalista es la alternativa correcta.

Bajo el entendido que no sólo el nazismo alemán, sino también posturas como el estalinismo soviético, el fascismo italiano y el falangismo español, entre otros, ahogaban la dignidad del ser humano, entendida como fin en sí mismo, al ponerlo como mero instrumento político de intereses diferentes al de la libre y voluntaria ejecución del proyecto personal de vida de las personas, se propuso, en el nuevo constitucionalismo que se creaba al finalizar la segunda guerra mundial, cuatro características centrales, unificadas en torno al concepto de

“Estado social de derecho”. Esas cuatro características principales son las siguientes:

1) La esencia del Estado es ser medio o instrumento de desarrollo humano, partiendo de un postulado básico: la dignidad humana. El Estado no es un fin en sí mismo, el fin es el desarrollo integral y armónico de las personas, individual y colectivamente consideradas. A este respecto, debe leerse con detenimiento el artículo segundo de la Constitución, el cual enuncia expresamente los fines del Estado colombiano.

2) No basta con garantizar los derechos fundamentales de carácter civil y político, es función central del Estado proveer los derechos fundamentales de carácter social. Es la única manera de concretar los derechos que, en abstracto, fueron enunciados en la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, en la revolución francesa, 1789. Los Derechos Fundamentales (los derechos humanos constitucionalizados) no son de primera, segunda o tercera clase.

Todos son inherentes al ser humano e irrenunciables por éste, son interdependientes.

3) Los valores y principios enunciados en la Constitución son norma jurídica principal y prevalente, no sólo son guía programática y directriz de la estructura del Estado. Los valores y principios constitucionales son norma jurídica de textura abierta, a diferencia de las reglas, propias de los códigos y leyes positivas las cuales son normas jurídicas de textura cerrada. “Los principios, valores y derechos no son declaraciones o ideales, son garantías efectivas, mandatos que deben ser cumplidos”. Sentencias C-557-01, C-1064-01, C-695-02, entre otras.

4) El Estado como expresión suprema de la solidaridad institucionalizada por oposición a la caridad individualizada. Aquélla necesaria, tanto para cubrir las contingencias a lo largo del ciclo vital de las personas como para concretar el concepto abstracto de libertad promulgado en la revolución francesa. En relación con este último concepto, el experto en antropología jurídica Alan Supiot dice: “En tal caso, la solidaridad es considerada como una manera ya no solamente de proteger a los hombres contra los riesgos de la existencia, sino también de darles los medios concretos para ejercer ciertas libertades, ...” (pag. 289). (Supiot, 2007). *“Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho”*.

En la Gaceta constitucional No. 78, de la Asamblea Nacional Constituyente, mayo de 1991, ponencia para primer debate, se expresó:

“Nuestra opción es por un Estado Social, en sentido estricto, y que como tal no actúa obedeciendo los dictados de la beneficencia y la caridad sino como respuesta a los más elementales derechos de los ciudadanos. Un Estado como agente de justicia social. La finalidad social deberá ser permanente, anticipatoria y prioritaria y no, como hoy, esporádica, reactiva y discrecional. El gasto social en Colombia debe ser prioritario por mandato constitucional, primando el concepto de rentabilidad social sobre el de

fríos rendimientos económicos. La gestión social debe ser la piedra angular sobre la cual se construyan los ideales de la paz y de la democracia”.

Los contextos generales antes discutidos nos dotan de las herramientas conceptuales para discutir debidamente el escenario que a continuación ponemos al análisis de la comunidad académica.

Un contexto problemático y una solución equivocada. Declaratoria de ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media (RPM) al Régimen de Ahorro Individual (RAIS) y regreso automático a Colpensiones.

Los dos sistemas o regímenes pensionales que existen en Colombia son los siguientes: El régimen de prima media con prestación definida, el cual funciona como un sistema de “seguro”, administrado por Colpensiones, antes ISS, y el régimen de ahorro individual con solidaridad, que funciona como un sistema de “ahorro”, administrado por los fondos de pensiones, AFP’s. Actualmente los dos regímenes pensionales co-existen pero son incompatibles.

En la segunda mitad de la última década del siglo pasado, pocos meses después de entrada en vigencia la ley 100 de 1993, y debido a información deficiente y difusa, los trabajadores vinculados en materia de seguridad social en pensiones al Instituto de Seguros Sociales (ISS) salieron en desbandada a afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad. Como consecuencia de ello, ante la eliminación de la base financiera que fondeaba las obligaciones pensionales del ISS, el Estado colombiano, que somos todos, debió empezar a trasladar grandes sumas de dinero a dicha entidad para financiar las pensiones a su cargo.

De hace unos meses para acá, ante la evidencia real de la precaria e ínfima mesada pensional que los beneficiarios del sistema general de seguridad social en pensiones (SGSSP) obtienen en el sistema del régimen de ahorro individual con solidaridad, se viene solicitando la declaratoria judicial de ineficacia de la afiliación al RAIS, imponiéndosele a Colpensiones, en contravención a norma que prohíbe el traslado de los beneficiarios cuando les falte menos de diez años para pensionarse, cargas, deberes y obligaciones financieras exorbitantes.

Es, entonces, válida la siguiente pregunta: ¿A quién corresponde asumir la responsabilidad económica por la declaración judicial de ineficacia de traslado del Régimen de prima media al Régimen de ahorro individual con solidaridad, ya sea de afiliados o de pensionados? ¿Corresponde a Colpensiones, que somos todos nosotros, o a las AFP’s que desobedecieron mandatos normativos expresos de información integral y análisis individualizado de cada caso en la solicitud de afiliación?

Principio jurídico universal de la responsabilidad

Es principio general del Derecho aquel que señala que es obligación de las personas asumir las consecuencias de sus actos, conductas o procedimientos. Es decir, las personas que realizan un acto jurídico deben estar en la disposición de recibir el provecho o beneficio

que de dicho acto dimanara o a reparar las lesiones a derechos constituidos o a indemnizar los daños inferidos o a equilibrar el menoscabo a un derecho legítimamente constituido.

Después de la amplia evolución histórica de la *Lex Aquilia* (287 a. C.) el código civil francés contempló, en su artículo 1382, el siguiente precepto: “Cualquier acto del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquél por cuya culpa ha ocurrido a repararlo”. Y el artículo 1383 de la misma normatividad incluyó la responsabilidad por negligencia o imprudencia. Norma ésta que se trasladó a nuestro código civil, actualmente vigente, en los siguientes términos: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

La visión general de la responsabilidad jurídica que se acaba de esbozar se ve magnificada por la obligación de todos de respetar la ley, incluida en ésta todas las normas y los principios por los cuales el derecho se constituye (derecho constitucional). Tiene definido la Corte Constitucional que el imperio de la ley es, ante todo, el imperio de la Constitución.

El decreto 720 de 1994, el cual reglamentó la actividad de venta de servicios de la Administradoras de fondos de pensiones (AFP's), les ordenó a éstas asumir directamente la responsabilidad por infracciones normativas. Reza así esta norma:

“ARTÍCULO 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión - en especial aquéllos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados - en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación, sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones. Los costos que generen los convenios que celebren las sociedades administradoras del sistema general de pensiones con los promotores no podrán trasladarse, directa o indirectamente, a los afiliados”. Subrayas fuera del original.

En sentencia hito, que se ha consolidado como doctrina probable, la H. Sala de cas. Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No.34.270, entre muchas otras, dejó sentado que la actividad financiera que realizan las AFP's es una actividad de gestión fiduciaria y, por lo tanto, les cabe responsabilidad profesional cuando no han cumplido con el deber de buen consejo o diligencia debida para con el beneficiario del SGSSP al momento del traslado o a lo largo de la permanencia en el fondo. Dijo así la mencionada sentencia:

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y con pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la

naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del código civil, regla válida cualquiera que fuera su fuente legal, reglamentaria o contractual”.

El principio jurídico de relatividad de los actos jurídicos

El principio jurídico de la relatividad de los actos jurídicos hace que no sea correcto trasladar la responsabilidad de un interviniente en un acto jurídico a un tercero ajeno al acto que se declara ineficaz. El principio que aquí se enuncia indica que las consecuencias del acto jurídico benefician o perjudican a quienes hayan participado en él, o a quienes hayan tenido la obligación normativa de participar estando atento a su celebración.

Dice la doctrina jurídica que “los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a los terceros”. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Ospina Fernández, Guillermo. Ospina Acosta, Eduardo. 3ª ed. Edit. Temis. Bogotá. 1987.

Este principio se encuentra atenuado, con algunas excepciones como en la institución de la representación o de la estipulación para otro. Pero aparte de tales situaciones excepcionales, el principio de relatividad de los actos jurídicos nos señala a quien o a quienes se imputa la responsabilidad de una consecuencia dañina en la realización de un acto o contrato.

Es por ello por lo que reza así el artículo 1746 del código civil colombiano:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas en el mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o de mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”. Negrillas fuera del texto original.

¿Estos principios jurídicos, de responsabilidad de los actos propios y de relatividad de los actos jurídicos, deben ser acatados por los jueces en sus decisiones? La obligación de acatar la vigencia de los principios generales del derecho como parte que son del sistema normativo quedó plasmada en *ratio decidendi* de la sentencia C-818-05 de la Corte Constitucional. Allí se indicó por esta Alta Corporación lo siguiente:

“Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos

términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico. Se reconoce a los principios como fundamento, en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, esto es, fijan los criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho. En cuanto a su función como instrumento para la interpretación, esta Corporación ha dicho que los principios se convierten en guías hermenéuticas para descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional. Finalmente, los principios cumplen una función de integración, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la ley para regular todas y cada una de las situaciones que se puedan presentar en el devenir social”. Negrillas fuera del original.

El Estado social de derecho y el principio constitucional de eficacia real (no formal) de los derechos sociales fundamentales

Nuestra Constitución contempló, en la parte dogmática de ésta, la ineficacia de los actos jurídicos que menoscaben la dignidad, la libertad y los derechos mínimos de los trabajadores. Efectivamente, el inciso 5° del artículo 53 de la Constitución reza de la siguiente forma: “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. Y para entender la amplitud del concepto “trabajador” debemos tener en la cuenta que nuestra norma superior indica que Colombia es un Estado social de Derecho basado en el trabajo digno y decente de todos (artículos 1 y 25 de la Constitución).

Así pues, verificado por cualquier autoridad judicial que un acto jurídico violenta el acceso real y efectivo a un derecho social fundamental (incluido el derecho a la seguridad social en pensiones) aquella debe dejar sin efecto dicho acto jurídico. Ha señalado la Corte Constitucional que la autonomía de la voluntad, la presunción de legalidad de los actos administrativos y el principio procesal de la congruencia ceden ante la preeminencia de los derechos sociales fundamentales contenidos en nuestra ley suprema. La Corte Constitucional, en su sentencia C-037 de 1996, y haciendo referencia a los nuevos retos y responsabilidades del Juez en el Estado social de derecho, dijo lo siguiente:

“Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado social de derecho, un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección”.

El artículo 271, ley 100 de 1993, concordado con el art. 13, lit. b), de la misma ley,

no deja duda que la persona natural o jurídica, no solo el empleador, que violente el derecho del beneficiario de la seguridad social en pensiones de seleccionar libremente cualquiera de los dos regímenes, se ve sancionado con la “no eficacia” (ineficacia) del acto jurídico de traslado. El artículo 271 de la ley 100 de 1993 da a entender, como es lo natural, que la afiliación que queda sin efecto es al régimen pensional, regímenes pensionales que son dos como antes se indicó: RPM y RAIS. La selección del fondo o vinculación a él no se puede realizar nuevamente, pues si al beneficiario le faltan menos de 10 años para pensionarse o ya disfruta de la pensión de vejez está imposibilitado legalmente para hacerlo. Ello por razones de carácter económico, pues se requiere de una maduración financiera de los ahorros (colectivos o individuales) que ayuden a constituir la suma necesaria para soportar la pensión de vejez. De acuerdo con los principios jurídicos de la responsabilidad jurídica y de relatividad de los actos jurídicos, a un tercero (como lo es Colpensiones en el acto jurídico de traslado del RPM al RAIS)) no se le pueden imponer cargas, deberes u obligaciones económicas.

En efecto, el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el cual no debe ser interpretado de manera aislada y desarticulada sino que debe ser interpretado armónica y sistemáticamente con el resto del ordenamiento jurídico, indica lo siguiente:

“El empleador, y en general **cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación** y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios”. Negrillas fuera del texto original.

En el artículo que se acaba de leer, la sanción de “no eficacia” se da frente al acto jurídico de afiliación, no frente a la selección (es decir, vinculación) del fondo respectivo. Ya desde los inicios de la vigencia de la propia ley 100 de 1993 se dejó plasmado por las Altas Cortes que la palabra “afiliación” (en materia de pensiones) se prefiere al ingreso al sistema y la vinculación a la selección al respectivo fondo. Recuérdese que faltando menos de diez años para llegar a la edad de pensión de vejez no puede darse el traslado por selección a un fondo diferente, motivado ello por la necesidad de maduración financiera de los ahorros.

La sanción de ineficacia de cambio de régimen pensional (del RPM al de RAIS), contemplada en el artículo que se acaba de transcribir, se debe aplicar judicialmente en contra de la AFP incumplida, no en contra de Colpensiones, imponiéndole a ésta cargas, deberes u obligaciones económicas.

La Administradora de fondo de pensiones (AFP) está obligada a ofrecer información clara, veraz y oportuna al beneficiario de la seguridad social, al momento del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. Efectivamente, reza así el artículo 12 del ya mencionado decreto 720 de 1994:

“ARTÍCULO 12. OBLIGACIONES DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado, según las disposiciones pertinentes”.

Imposibilidad jurídica de seleccionar a Colpensiones por el beneficiario de la seguridad social cuando le falten menos de diez años para la edad de la pensión de vejez

En materia de financiación económica de las pensiones existen unas reglas básicas o principios jurídicos constitucionales que fundamentan las obligaciones normativas, contenidas en la Constitución (en su componente denominado Constitución económica) y en la ley, y las cuales los agentes del sistema pensional deben respetar y las autoridades públicas deben hacer cumplir.

El inciso cuarto del artículo 48 de nuestra Constitución política reza de la siguiente manera:

“No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”.

El inciso tercero del artículo 334 de la Constitución política, es del siguiente tenor, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2011:

“La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”.

Para la efectiva realización de los principios jurídicos constitucionales antes enunciados, una de las reglas económicas instituidas es la de permanencia mínima en el respectivo fondo de pensiones por parte del afiliado, con el propósito de permitir la maduración financiera de las cotizaciones realizadas por trabajador y empleador. Al respecto, ordena el literal f) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

e. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, **el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;**

(...).” Negrillas fuera del texto original.

La norma que se acaba de transcribir se encuentra plenamente vigente y no se puede desconocer inaplicándola con el argumento de salvaguardar derechos sociales fundamentales (tal como es el acceso real y efectivo a la seguridad social en pensiones). Un tercero absoluto o persona ajena al acto jurídico en que se declara ineficaz dicho acto, como lo es el traslado de un régimen pensional a otro, no puede verse perjudicado imponiéndole una carga, un deber o una obligación, ello violenta la normatividad jurídica aplicable al caso. Para la salvaguarda de los derechos sociales fundamentales, como de los demás derechos subjetivos de las personas, existe el principio general de la responsabilidad, ya explicado antes.

Línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en materia de solicitud de traslado del Régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) al Régimen de prima con prestación definida (RPM).

Es línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia – Honorable Sala de casación laboral – que la falta de información precisa, clara y concreta, por parte de las administradoras de fondos de pensiones a los afiliados al sistema general de seguridad social en pensiones, conlleva la nulidad o la ineficacia del traslado, cuando éste se hace del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Además, ha indicado dicha Corporación, que, como consecuencia de lo anterior, la administradora del régimen de prima media con prestación definida (generalmente Colpensiones, antes Instituto de los Seguros Sociales) debe admitir como afiliado, de nuevo, al beneficiario que regresa, obligándosele a aquella entidad a administrar la futura pensión de éste, con las consecuentes cargas administrativas, logísticas y técnicas que ello significa.

Sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Honorable Sala de casación Laboral, en una primera etapa, cuando hizo énfasis en el concepto de nulidad de traslado y en relación con este punto, lo siguiente, en sentencia que ha sido reiterada en múltiples oportunidades:

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

.....” Sentencia de septiembre 9 de 2008, M. P. Dr. Eduardo López Villegas, rad. 31.989”.

Últimamente, la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha pasado de la sanción de nulidad del acto jurídico de traslado, hacia la sanción de la ineficacia por la falta de asesoría completa de los fondos privados del régimen de ahorro individual con solidaridad. Dice esta Alta Corporación, en sentencia muy repetida últimamente:

“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella puede tener frente a sus derechos prestacionales ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa”. Sentencia de septiembre 3 de 2014. M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, radicado 46292.

La Corte Suprema de Justicia – Honorable Sala de casación laboral – en su afán de cumplir con el deber normativo de proteger un claro derecho constitucional, específicamente el derecho social irrenunciable a una pensión digna, ha equivocado la naturaleza jurídica,

las consecuencias y los responsables de la falta, o la deficiente información al afiliado a la seguridad social en pensiones, por parte de los Fondos Administradores de Pensiones, cuando se ordena el regreso automático a Colpensiones. Sostiene esta alta corporación:

“En instancia se ha de indicar que como consecuencia de lo analizado con ocasión del recurso extraordinario, se declarará la nulidad de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual.

Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional”. Sentencia de septiembre 9 de 2008, M. P. Dr. Eduardo López Villegas, rad. 31.989”. Negrillas fuera del texto original.

Mientras que las AFP's, a través del grupo financiero o casa matriz a la cual pertenecen aquéllas, ponen a circular en el circuito económico la suma ahorrada por los afiliados obteniendo tasas de interés promedio del 25% efectivo anual, además de la comisión de administración, y al ahorrador solo se le pagan rendimientos promedio del 7% anual (véase paginan web oficial de la superintendencia financiera de Colombia). Obsérvese como se genera un margen de intermediación altamente lucrativo para el grupo financiero respectivo. Si, sumado a ello, a la AFP se le exime de la obligación de reconocer, liquidar y pagar la pensión respectiva y, en su lugar se la impone a un tercero como lo es Colpensiones (fondo de naturaleza pública que pertenece a todos), con la sola obligación de la AFP de devolver los aportes y los rendimientos pagados al beneficiario (eventualmente la comisión de administración), se redondea la conjunción de circunstancias que hacen inviable financieramente a Colpensiones. Se empobrece a Colpensiones, es decir, al presupuesto nacional, y se enriquece a los grupos financieros. Casi que la suma de dinero que debe trasladar el presupuesto nacional a Colpensiones es equivalente a las utilidades de los grupos financieros por su intermediación financiera.

La solución a la falta de responsabilidad de las AFP's, cuando no dan información clara, veraz y oportuna al momento del traslado del RPM al RAIS y a lo largo de la permanencia en el fondo respectivo, no puede ser la de quitarles la obligación de reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez a la que están obligados para pasarle tal obligación a un fondo público. Ello, entre otros principios jurídicos, viola el que indica que nadie puede beneficiarse de su propia negligencia o descuido. Imaginemos por un momento el escenario contrario, el de una AFP cualquiera obligada a pagar una pensión de vejez por la declaratoria de ineficacia de traslado del RAIS al RPM. Con total seguridad, y con todo derecho, se opondría absolutamente a tal decisión y condena. Además de la razón anterior, se insiste, existe la imposibilidad jurídica de imponer una carga u obligación económica a un tercero (Colpensiones) en la declaratoria de nulidad o de ineficacia de un acto jurídico.

La correcta solución jurídica, para dejar a salvo el acceso real y efectivo (no meramente formal) a la seguridad social en pensiones, es la de ordenar a la respectiva AFP incumplida,

asumir la obligación de pago de la pensión de vejez al beneficiario de la seguridad social en pensiones que haya cumplido con los requisitos para ello, o la de hacer devolución de cálculo actuarial – título pensional.

En el primer caso, se ordena, consecucionalmente, realizar permuta financiera de la pensión de vejez (subrogación pensional). La solución jurídica correcta es ordenar a la AFP pagar la pensión de vejez bajo los requisitos y parámetros del régimen de prima media. Se opondrá a tal decisión el contra-argumento de la imposibilidad legal del régimen de ahorro individual de reconocer y pagar pensiones propias del régimen de prima media. La solución jurídica a este contra-argumento aparece a la vista, para ello se ordena o se impone judicialmente (a la AFP incumplida) la obligación de subrogar tal pensión de vejez con Colpensiones, pagando la AFP, previamente, el cálculo actuarial pensional, que dé lugar a título pensional para subrogación pensional.

De la manera aquí presentada, a mí parecer, se resuelve uno de los problemas jurídicos más relevantes en las actuales circunstancias pues la seguridad social en pensiones es el derecho social fundamental para realizar el principio de la dignidad humana y el derecho al mínimo vital de todos.

A nuestros colaboradores

Solicitamos respetuosamente a nuestros colaboradores tener en cuenta las siguientes instrucciones:

1. Entregue sus artículos después de una cuidadosa revisión. Preste atención a las convenciones ortotipográficas más universalmente aceptadas. Tenga especial cuidado en incluir toda la información bibliográfica completa en sus citas y notas de pie de página. Presente unos originales cuidadosamente revisados. Remita sus trabajos digitados en una única fuente, Times New Roman. Todo artículo debe ser procesado en Word y el texto se ha de entregar impreso, además del respectivo archivo electrónico. El artículo debe estar acompañado de un mini curriculum vitae del autor.
2. Se aceptan máximo quince páginas y mínimo cinco por artículo.
3. El autor es reponsable de los enfoques y conceptos expresados en su colaboración.
4. El Comité de Redacción es autónomo para hacer las correcciones de forma, de los textos que recibe.

Diagramación: Francy Johana Correa Saldarriaga

Impreso y hecho en Colombia por
Aplicaciones Impresas S.A.S.
Calle 50 No. 68 - 53, Medellín
Teléfono: 448 06 21



Confía en 4-72,
el servicio de envíos
de Colombia.

Línea de atención al cliente:
(57 - 1) 472 2000 en Bogotá
01 8000 111 210 a nivel Nacional

.....
www.4-72.com.co

Batallas Emancipadoras

“En Boyacá surge la República de Nueva Granada; en Carabobo la República de Venezuela; en Pichincha la República del Ecuador; en Junín la República de Bolivia; en Ayacucho la República del Perú. Cada victoria es una patria nueva y una patria libre en América”
(Simón Bolívar).

El paso por el Páramo de Pisba. “Es en 13 de junio de 1819. El ejército patriota, compuesto por 2500 bravos, emprende la temeraria empresa de ascensión a la montaña. ¡Allá en la cima se yergue majestuoso, enjaezado por brillantes copos el terrible Pisba!

“En el más alto/ de aquellos montes eterniza/ su diamantino fulgurar la nieve./ Como férvida ola de basalto/ emergió de la tierra fatigada/ por la vana equidad de las llanuras/ ese monte de cima plateada/ y raíces inmóviles y duras”.

Aquel terrible páramo es para los soldados que acompañan a Bolívar, la más espantosa amenaza de muerte: en aquéllos, nada acostumbrados a los rigores del frío, lo escabroso del camino, las cabalgaduras que van cediendo a tantas penalidades, quedando tendidas en mitad de la jornada; la preocupación del hambre, pues el ganado, al igual de los caballos, se rebela a continuar la marcha y se suicida lanzándose a las profundidades de abiertos precipicios; todo esto hace cundir el desaliento, que va extendiéndose hasta el punto de encontrar en los hasta entonces sumisos oficiales, exclamaciones de protesta que amenazan el fracaso de la noble intención de aquellos jefes.

Pero... allí va el hombre de quien “¡no se puede hablar sino con una montaña por tribuna, o entre relámpagos y rayos, o con un manojo de pueblos libres en el puño y la tiranía descabezada a los pies!, según la gráfica expresión de José Martí; allí va, repito, aquel Genio sublime que no cede ante la adversidad y la congoja, aquel Bolívar que con su voz “varonil y alentadora” les grita sin cesar: “¡Adelante... adelante...! Continúen animosos, que venciendo nuestra propia flaqueza, hemos ganado ya la primera y más cruda batalla; Barreiro es incapaz de disputarnos la victoria: le haremos prisionero...”

Y aquel ejército en donde antes cundía el desaliento, recobra nuevas fuerzas y prosigue como los israelitas en busca de la Tierra Prometida.

Bernardo Puerta González

Periodista, poeta, cuentista, novelista e historiador

Titiribí, 25 de marzo de 1891. Bogotá, 21 de junio de 1958