

# Disertaciones jurídicas sobre la aplicación y garantía de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho

Compiladores

Juan Diego Restrepo Yepes

Ana Carolina Gaviria Morant

Víctor Julián Moreno Mosquera

# Disertaciones jurídicas sobre la aplicación y garantía de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho

## **Compiladores**

Juan Diego Restrepo Yepes

Ana Carolina Gaviria Morant

Víctor Julián Moreno Mosquera

 **Fondo Editorial**  
Institución Universitaria de Envigado

Disertaciones jurídicas sobre la aplicación y garantía de los derechos fundamentales en el estado social de derecho / compiladores Juan Diego Restrepo Yepes, Ana Carolina Gaviria Morant, Víctor Julián Moreno Mosquera – Envigado: Institución Universitaria de Envigado, 2021.

221 páginas.

ISBN pdf: 978-958-53318-6-0

1. Estado social de derecho – 2. Derechos fundamentales – Garantías constitucionales

342.085

*Disertaciones jurídicas sobre la aplicación y garantía de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho*

© Institución Universitaria de Envigado, (IUE)

Colección Científica

Edición: julio de 2021

Hechos todos los depósitos legales

Rectora

Blanca Libia Echeverri Londoño

Director de Publicaciones

Jorge Hernando Restrepo Quirós

Coordinadora de Publicaciones

Lina Marcela Patiño Olarte

Asistente Editorial

Nube Úsuga Cifuentes

Diagramación y diseño

Leonardo Sánchez Perea

Corrección de texto

Erika Tatiana Agudelo

Edición

Sello Editorial Institución Universitaria de Envigado

Fondo Editorial IUE

publicaciones@iue.edu.co

Institución Universitaria de Envigado

Carrera 27 B # 39 A Sur 57 - Envigado Colombia

www.iue.edu.co

Tel: (+4) 339 10 10 ext. 1524

Los autores son moral y legalmente responsables de la información expresada en este libro, así como del respeto a los derechos de autor. Por lo tanto, no comprometen en ningún sentido a la Institución Universitaria de Envigado.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento -No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional. Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

# Contenido

<b>Prólogo</b> .....	5
<i>Gabriel Alonso Campuzano Cadavid</i>	
<b>Introducción</b> .....	6
<b>Capítulo 1.</b> Conceptualización de la argumentación jurídica a la luz de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en Colombia. ....	9
<i>Adriana del Pilar Henao Ochoa y Liliana Damaris Pabón Giraldo</i>	
<b>Capítulo 2.</b> El razonamiento jurídico principal en el Estado social de derecho colombiano y para el postconflicto. ....	51
<i>Sergio Estrada Vélez y Juan Diego Restrepo Yepes</i>	
<b>Capítulo 3.</b> La partición patrimonial en vida: un caso de corrección constitucional en el derecho familiar colombiano, a partir del análisis de la Sentencia C-683 de 2014. ....	75
<i>Víctor Julián Moreno Mosquera, Juan Diego Restrepo Yepes y Catalina Clavijo Urrea</i>	
<b>Capítulo 4.</b> Gobernanza hídrica en la cuenca del río Aburrá: un análisis del derecho humano al agua y el Consejo de Cuenca. ....	95
<i>Mauricio Madrigal-Pérez</i>	
<b>Capítulo 5.</b> Aplicación y eficacia de las acciones afirmativas en la contratación estatal. ....	120
<i>Diego Alejandro Hoyos, José Leonardo Ospina, José Fernando Hoyos García, María del Pilar Marulanda Calvo y Cristian Valencia Giraldo</i>	
<b>Capítulo 6.</b> El derecho a la educación: casos de discriminación en las instituciones educativas de Colombia. ....	146
<i>Mary Luz Tobón Tobón y Néstor Iván Cortez Ochoa</i>	
<b>Capítulo 7.</b> Regulación estatal del uso del azúcar en niños y niñas en la primera infancia: un debate sobre la protección de sus derechos. ....	164
<i>Olga Cecilia Restrepo Yepes, Gloria Liliana Duque Chica, Liliana Damaris Pabón Giraldo, Juan Diego Restrepo Yepes, Víctor Julián Moreno Mosquera, Rubén Darío Palacio Mesa y Juan Edilberto Rendón Ángel</i>	
<b>Capítulo 8.</b> Implementación de la Política Pública de Infancia y Adolescencia en Antioquia 2012-2015. ....	202
<i>Miguel Ángel Montoya Sánchez, Nora Alba Cossio Acevedo, Lina Marcela Estrada Jaramillo y Iván Adolfo Gordillo Vera</i>	
<b>Autores</b> .....	216

# Prólogo

Como elemento fundamental en los procesos de transformación de la sociedad y de los ciudadanos, el derecho permite, a través de la investigación jurídica, no solo conocer perspectivas teóricas y conceptuales que dan claridad y precisión, sino también ahondar en su aplicabilidad consciente y precisa en realidades específicas y concretas, ofreciendo en consecuencia fundamentos determinantes a la hora de la creación legislativa, judicial y de políticas públicas.

El fortalecimiento de los procesos investigativos que permiten construir conocimiento ha sido y seguirá siendo uno de los principales y más determinantes objetivos trazados en cualquier institución educativa, en atención a las necesidades y retos que deben encararse en la actualidad social, económica, y política del país, que exigen de los sujetos la capacidad de aplicar el conocimiento obtenido y de apoyar el desarrollo de nuevos y mejores conceptos.

En ese orden de ideas, el esfuerzo constante y progresivo de la Institución Universitaria de Envigado (IUE) por fortalecer sus procedimientos investigativos como elemento fundamental en la formación académica y personal, no solo de sus estudiantes sino también de sus docentes, ha permitido alcanzar desde las diferentes facultades importantes resultados.

En esta oportunidad, gracias a la promoción del trabajo en proyectos multidisciplinarios y a la consecución de alianzas estratégicas con otras instituciones y redes académicas y científicas como objetivo específico dentro del sistema de investigaciones de la Institución, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas tiene el placer de presentar a toda la comunidad académica un nuevo texto de *Auditorio Constitucional*, denominado *Disertaciones jurídicas sobre la aplicación y garantía de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho*, en el que se ofrecen elementos importantes de reflexión y enriquecimiento académico a todos los lectores.

**Gabriel Alonso Campuzano Cadavid**

Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

# Introducción

La configuración del Estado social de derecho como marco político y jurídico establecido a partir de la promulgación de la Constitución Política de Colombia en el año 1991 generó cambios sustanciales en las dinámicas de creación, aplicación e interpretación del derecho colombiano. La búsqueda de la dignidad humana y la garantía de los principios y derechos fundamentales de los ciudadanos, se convierten en el sustento y el norte que orientan el funcionamiento del Estado y perfilan los fines que lo rigen.

El derecho y la forma de ser concebido se ha ido transformando con los años de manera incontenible; la constitucionalización, como fenómeno transversal al derecho, ha logrado entregar nuevas perspectivas a las áreas jurídicas más tradicionales y exegéticas, permitiendo su expansión más allá de los viejos códigos y las anquilosadas interpretaciones, para darles cabida en las transformaciones sociales.

De igual manera, el estudio del derecho y la investigación jurídica se han visto permeados por estas nuevas dinámicas constitucionales; razón por la cual los investigadores adscritos al grupo Auditorio Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado (IUE) y aquellos invitados a participar activamente en el mismo comparten en esta entrega los productos de los procesos investigativos en los que han estado involucrados como aspecto fundamental de su quehacer docente, de su desarrollo y del mejoramiento académico continuo. En el presente escrito comprueban cómo cada uno, desde sus propias y diferentes especialidades, ha logrado incluir los fundamentos constitucionales que sustentan el Estado social de derecho.

Así, entonces, el lector encontrará en este texto un total de ocho capítulos que exponen temáticas vinculadas con la garantía de los derechos y valores constitucionales como rectores del estudio y la investigación jurídica.

El capítulo primero, titulado “Conceptualización de la argumentación jurídica a la luz de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en Colombia”, a cargo de las investigadoras Adriana del Pilar Henao y Liliana Damaris Pabón, identifica las diferentes teorías de la argumentación jurídica establecidas desde la antigüedad hasta nuestros días, para luego analizar un muestreo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombiana, entre los años 1992 al 2019, con el fin de establecer qué teorías de la argumentación adoptan las altas cortes y los jueces en el país.

“El razonamiento jurídico principal en el Estado social de derecho colombiano y para el postconflicto” conforma el segundo capítulo del libro y fue escrito por los investigadores Sergio Estrada Vélez y Juan Diego Restrepo, quienes con su texto buscan resaltar, a treinta años de la creación de la Constitución Política de 1991, las transformaciones del razonamiento jurídico a partir del ingreso de los principios considerados normas fundamentales y prevalentes del ordenamiento jurídico, señalar los obstáculos para la incorporación de un razonamiento principal exigido por el Estado social de derecho colombiano y promover la enseñanza de los principios jurídicos como normas vinculantes y esenciales del ordenamiento que, además, facilitan la adopción de decisiones.

El tercer capítulo que compone este texto fue denominado por sus autores, los investigadores Víctor Julián Moreno, Juan Diego Restrepo y Catalina Clavijo, “La partición patrimonial en vida: un caso de corrección constitucional en el derecho familiar colombiano, a partir del análisis de la Sentencia C-683 de 2014”. En este se busca develar las claves en que es expresada la corrección constitucional del derecho familiar en el área del régimen sucesoral, a partir del análisis estático de la Sentencia C-683 de 2014, que declara la exequibilidad de la figura de partición en vida, permitiendo visualizar la afectación de la perspectiva legalista, clásica y tradicional de la enseñanza y aplicación del derecho sucesoral, para convertirlo en un área jurídica en consonancia con los criterios axiológicos de dignidad humana y justicia social, propios del Estado social de derecho, que permiten garantizar la efectividad material del derecho de familia.

En el capítulo cuarto, llamado “Gobernanza hídrica en la cuenca del río Aburrá: un análisis del derecho humano al agua y el Consejo de Cuenca”, el investigador Mauricio Madrigal propone un marco analítico que integra los postulados de la ecología política del agua y el derecho humano al agua para estudiar el proceso de gobernanza hídrica desarrollado en el Consejo de Cuenca del Río Aburrá, un espacio de participación creado por primera vez en este territorio.

Por su parte, en el capítulo quinto “Aplicación y eficacia de las acciones afirmativas en la contratación estatal”, Diego Alejandro Hoyos, José Leonardo Ospina, José Fernando Hoyos, María del Pilar Marulanda y Cristián Valencia plantean un análisis crítico respecto a la efectividad y aplicación de las acciones afirmativas como herramientas que garantizan beneficios, igualdad y protección especial de personas excluidas y grupos reconocidos como minoritarios en el sistema contractual público colombiano.

En el capítulo titulado “El derecho a la educación: casos de discriminación en las instituciones educativas de Colombia”, Mary Luz Tobón Tobón y Néstor Iván Cortez Ochoa plantean la educación como un derecho intrínseco al ser humano y un medio indispensable para la realización de otros derechos humanos como la dignidad humana y el libre desarrollo

de la personalidad, así como el principal medio que permite a los adultos y a los menores marginados salir de la pobreza y participar plenamente del ejercicio de la democracia y la toma de decisiones en el Estado social de derecho. Se plantea en el texto un análisis acerca del derecho a la educación, la igualdad y la prohibición de la no discriminación en Colombia a la luz del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, culminando con la revisión de algunos casos de tutela concretos que dan cuenta del tratamiento dado por la Corte Constitucional colombiana para garantizar el derecho a la educación y la prohibición de discriminación en las instituciones educativas.

El séptimo capítulo del libro, de autoría de Olga Cecilia Restrepo, Gloria Liliana Duque, Liliana Damaris Pabón, Juan Diego Restrepo, Víctor Julián Moreno, Rubén Darío Palacio y Juan Edilberto Rendón Ángel, titulado “Regulación estatal del uso del azúcar en niños y niñas en la primera infancia: un debate sobre la protección de sus derechos” plantea estudios que han puesto de manifiesto las preocupaciones sobre el alto contenido de azúcar en alimentos de acceso libre, evidenciando las consecuencias en la ingesta dietética y la salud del grupo etario escogido, de cara a la regulación del derecho a la alimentación.

Por último, en el octavo capítulo denominado “Implementación de la Política Pública de Infancia y Adolescencia en Antioquia 2012-2015”, Miguel Ángel Montoya Sánchez, Nora Alba Cossio Acevedo, Lina Marcela Estrada Jaramillo e Iván Adolfo Gordillo Vera analizan los problemas de la implementación de la Política Pública de Infancia y Adolescencia en Antioquia 2012-2015, entre los que se cuentan la falta de articulación de los actores debido a la discontinuidad por el cambio de gobierno o por intereses políticos particulares, por la delegación indebida o la concentración de tareas en el comisario de familia.

# Capítulo 1

## Conceptualización de la argumentación jurídica a la luz de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en Colombia<sup>1</sup>

Adriana del Pilar Henao Ochoa  
Liliana Damaris Pabón Giraldo

### 1.1. Introducción

Argumentar una decisión es dar razones sobre la misma, tanto desde el punto de vista interno como del externo. Es justificar el porqué de ella, partiendo de concatenar unas premisas o hechos probados con la consecuencia lógica que desencadena el resultado, fundamentando adecuadamente cada una de sus premisas empleadas en la providencia. La argumentación jurídica se concibe por los funcionarios jurisdiccionales como medio para la legitimación de su decisión. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que una de las principales obligaciones de los jueces consiste en argumentar sus sentencias:

[...] Aduciendo las razones de hecho y de derecho que le permiten arribar a la decisión que ponga fin a la controversia planteada, motivación que no sólo permite a las partes conocer los fundamentos que tuvo el juzgador para llegar a una conclusión determinada, sino el mecanismo a través del cual se busca erradicar la arbitrariedad del Estado”. De esta manera, la argumentación, como medio técnico de control de cualquier decisión en el Estado social de derecho, no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo,

---

<sup>1</sup> Este capítulo de investigación es resultado del proyecto de investigación denominado “Implicaciones de la teoría de la argumentación jurídica para un debido proceso probatorio”, financiado por la Universidad de Medellín y del cual las autoras fueron investigadoras. Proceso iniciado en el año 2010 y culminado en el año 2014.

de allí que la teoría estándar de la argumentación jurídica imponga que las decisiones deban contar no sólo con una justificación externa, sino interna. En ésta última, como lo enseña el profesor Robert Alexy, se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación (Corte Constitucional, T-597, 2007a).

Pero, en términos del autor español Manuel Atienza (1997, pp. 49-54), en una providencia se puede argumentar de manera jurídica o utilizar una argumentación práctica, tal como sería la argumentación de tipo político o moral; lo deseado sería la prevalencia de una argumentación jurídica real (pero en pocos casos se verifica), y así es reconocido por este doctrinante, quien le da preponderancia a la argumentación jurídica, pero entendiéndola como un argumento de autoridad:

la argumentación dirigida a justificar una decisión jurídica no puede prescindir ni de las normas vigentes, ni de los precedentes, ni incluso de la doctrina jurídica elaborada al respecto por la llamada “dogmática jurídica”; esto es lo que explica también que *el argumento de autoridad* cumpla en el Derecho un papel más importante que en la moral o en la política (lo que no quiere decir tampoco que en estos últimos campos no se argumente —y en ocasiones, sin duda, de manera legítima— por referencia a autoridades) ( p. 51).

En la actualidad judicial colombiana el argumento y la argumentación jurídica se efectúan de manera sistemática como un silogismo, tal como lo expresan Bonorino y Peña Aya-zo (2003), al indicar que:

Un argumento es un conjunto de enunciados en el que un subconjunto de dichos enunciados, constituyen las razones para aceptar otro de los enunciados que lo componen. A los enunciados que constituyen las razones se los denomina premisas, y al enunciado que se pretende apoyar con éstas se lo llama conclusión [...] Podemos definir la noción de argumentación como aquel texto argumentativo en el que encontramos una gran cantidad de argumentos y sub-argumentos enlazados, de manera tal que algunos de ellos resultan el fundamento para la adopción de premisas de otros de los argumentos que la componen (pp. 24 y 33).

En ese orden de ideas, es importante tener en cuenta que Aristóteles desde la antigüedad estructuró y definió la lógica tal y como hoy es conocida, es decir, estructuró la teoría de la inferencia, pero concebida desde un pensamiento racional. En consecuencia, es viable afirmar que la argumentación jurídica *está íntimamente ligada a la lógica*, pero siempre entendiéndola como el desarrollo progresivo de la dialéctica hasta la retórica, método que fue puesto a prueba por Cicerón en Roma, con los argumentos retóricos, diferenciando la elocuencia de la dialéctica (Sánchez, 2006, pp. 76-78). Allí describe la primera como la forma más extensa de argumentar perorando y adornando las palabras, y a la dialéctica como

la forma restringida de argumentar. Por ello para llegar a una argumentación se debe razonar desde argumentos deductivos o desde argumentos inductivos, a pesar de que el primero de esos fundamentos parte de premisas verdaderas para llegar necesariamente a una conclusión verdadera, y los segundos parten de premisas que en determinado momento pueden ser verdaderas, pero que no dan la pauta para llegar a conclusiones verdaderas (Bonorino y Peña Ayazo, 2003, p. 52).

No obstante, si bien desde la antigüedad hasta nuestros días se han proporcionado diferentes herramientas para realizar una correcta argumentación jurídica, como medio de corrección de las decisiones judiciales, lamentablemente en determinados momentos procesales se utiliza la argumentación “jurídica” como distractor o distorsionador de la verdad. En otras palabras, se podría afirmar que en Colombia la mayoría de los argumentos se presentan como verdaderos entimemas, es decir, se hacen razonamientos basados en silogismos retóricos y no lógicos, que no responden de manera coherente a unas premisas reales sino probables dejando de lado uno de los valores y fines fundantes de un Estado social de derecho, como lo es la justicia (Constitución Política de 1991, preámbulo). De allí que muchas decisiones no respondan a una verdadera teoría de la argumentación jurídica, pues se habla en nuestro país de una motivación de la decisión, sin ahondar en el cómo realizarla debidamente. Por eso, solo desde el punto de vista teórico puede hablarse de la posibilidad de aplicación de alguna de las teorías de la argumentación jurídica, pero en la práctica o en la realidad judicial colombiana no puede afirmarse que se utiliza la argumentación jurídica y mucho menos que los jueces estén adscritos en una o alguna de las teorías de la argumentación jurídica.

Producto de ello, surgió la siguiente pregunta de investigación: ¿cuál es la conceptualización<sup>2</sup> de la argumentación jurídica a la luz de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombiana? El objetivo central es analizar la conceptualización de la argumentación jurídica a la luz de las sentencias proferidas por estos altos tribunales en Colombia.

Para tal efecto se empleó una metodología teórica, porque se realizó un estudio respecto de la teoría existente en el medio frente a la argumentación jurídica; y una metodología analítica, porque se efectuó la búsqueda y análisis de las sentencias proferidas por dos altas cortes colombianas desde el año 1992 hasta 2019 relacionadas con la motivación de las decisiones, a fin de verificar cómo abordan el tema investigado en sus sentencias, para de esta forma aportar un peldaño en la construcción de un enfoque argumentativo claro basado en esquemas que no den la oportunidad de dudar al momento de fundamentar en una senten-

---

<sup>2</sup> Término que debe ser entendido como una idea que concibe o forma el entendimiento, o un pensamiento expresado con palabras (Real Academia Española, 2019).

cia o una decisión de fondo en un proceso. En definitiva, se trata de evitar que quien deba argumentar lo haga basado en impulsos determinados por factores políticos, económicos, sociales o ideológicos (Atienza. 1997, pp. 124-125).

El presente capítulo se divide en tres acápite, así: (i) se parte de una exposición de algunos aspectos conceptuales utilizados en la argumentación jurídica; (ii) se realiza un recorrido histórico de la argumentación jurídica desde la antigüedad hasta el momento actual; y se finaliza con (iii) el análisis acerca de la motivación y argumentación de algunas sentencias, desde el año 1992 al 2019, proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombiana, con el fin de comprender la conceptualización que estas tienen respecto de las teorías de la argumentación jurídica.

## 1.2. Aspectos conceptuales utilizados en la argumentación jurídica

Con el desarrollo de la investigación se logró evidenciar que en la práctica judicial no se hace una diferenciación entre los vocablos argumentar, motivar, justificar, asumiendo las acepciones de estas palabras como sinonimias, sin que sean definidas dichas aseveraciones desde la semántica de estos conceptos. De allí que sea necesario definir claramente algunos vocablos utilizados de manera indiscriminada en las providencias judiciales.

En ese sentido, es importante definir y diferenciar las siguientes locuciones en el contexto de la argumentación jurídica: argumento, argumentar, entimema, justificar, motivación, fundamentar, explicar, retórica, dialéctica, convencer, persuadir y teoría de la argumentación.

**Argumento.** Según Miranda Alonso (2002) es “El conjunto de razones que se entrelazan para justificar una opinión o una acción se denomina argumento” (p. 7). Es exponer de manera clara el conjunto de razones, con buen desarrollo conceptual del lenguaje, y teniendo la capacidad de expresarlo de manera verbal o escrita. El argumento como tal es la base o el inicio de la argumentación, es el punto de partida para una construcción lógica y concatenada de la argumentación, en la que se busca la aceptación razonable de la tesis expuesta. Desde la lógica, el argumento es percibido como una actividad individual de la razón, y así es expresado por García Restrepo (2003), cuando afirma que:

Conviene precisar que el pensamiento lógico nace de una operación mental llamada razonamiento, y se revela como argumento, o expresión lingüística, explícita y analizable. [...] El argumento es entonces la expresión verbal o escrita del razonamiento, y consta de varias proposiciones, de las cuales unas sirven de base para sustentar otra; las primeras son premisas y la segunda conclusión (p. 53).

**Argumentar.** Según la definición de Weston (2002) es:

ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo a una conclusión. Aquí, un argumento no es simplemente la afirmación de ciertas opiniones, ni se trata simplemente de una disputa. Los argumentos son intentos de apoyar ciertas opiniones con razones (p. 11).

En consecuencia, el vocablo argumentar se refiere a la interacción de un conjunto de argumentos estratégica y lógicamente agrupados con el fin de apoyar y servir de legitimación a una posición; es decir, argumentar es poner en acción el argumento, entendiendo que es la parte activa en la cual se ejercitan de manera adecuada y coherente los argumentos. Es válido aseverar, entonces, que argumentar es un ejercicio consciente del argumento, con el fin de validar una posición sustentada por un sujeto. Para mayor ilustración, en términos del tratadista Zuleta (2008) argumentar es una actividad que proporciona apoyo para la justificación de una conclusión.

Entiendo por “argumentar” la actividad consistente en formular ciertos enunciados que proporcionan razones en apoyo de algo que se pretende justificar, como puede ser una afirmación, una creencia, una actitud, una acción o un juicio de valor. El producto de esta actividad se llama “argumento”. Dentro de esta amplísima caracterización quedan incluidos elementos que presentan importantes diferencias (p. 15).

**Entimema.** En el contexto de la argumentación es necesario tener claridad sobre este concepto, entendiéndolo como “un silogismo en el que está implícita alguna de las premisas o la misma conclusión. El entimema le produce al auditorio la ilusión de que infiere por su propia cuenta” (Díaz, 2002, p. 25). Desde la retórica, Aristóteles definió el *entimema* como un razonamiento argumentativo en el que las premisas podían ser probables, generando que el resultado pudiese o no ser verdadero, ya que a la demostración retórica se le denominaba entimema, y este a su vez era una forma de razonamiento (Bernabé, 1998, p. 49). Por este motivo la argumentación en algunos eventos puede tornarse entimemática, porque responde a la práctica amañada de su autor, y no a la construcción lógica de un silogismo. En consecuencia, el entimema es una falaz argumentación, en la que los argumentos utilizados por el sujeto matizan la realidad de los hechos frente a una posición.

**Justificar.** Para Villamil Portilla (2004) es “entendida no sólo como las razones simples de la decisión sino como las razones mismas que encarnan la justicia [...] Todo indicaría que una adecuada y excelente justificación no podría conducir razonablemente a una decisión injusta” (pp. 32-33). Es decir, la justificación es la forma más directa y coherente de aproximarse a la razón última del derecho, que es la justicia. En consecuencia, cuando se justifica se hace el ejercicio de soportar justamente, con argumentos o no, la razón última de una determinación. En otras palabras, la argumentación es un eslabón básico y necesario

para poder justificar una decisión. Aunque para justificar se necesita utilizar la argumentación, no es lo mismo argumentar y justificar, ya que el argumentar hace parte esencial de la justificación.

**Motivar.** Es la acción de la palabra motivo, entendiendo motivo como la “fundamentación concreta y la justificación de un acto volitivo” del hombre (Rosental e Iudin, 1997, p. 327). Si se dice que motivar es la acción volitiva del individuo, se está en presencia de un incentivo interno que desarrolla el individuo para poder ejercitar desde la razón una actividad argumentativa; por ello se debe concebir que motivar es solo uno de los elementos necesarios e internos para configurar una argumentación. Frente al tema expresa Villamil Portilla (2004):

Cuando se hace referencia a los motivos de la decisión judicial, se interpela al conjunto de factores que, para un observador externo, son los verdaderos motivos de la decisión. Para explicar de qué se tratan los motivos de la decisión hay expresiones tales como justificación externa, legitimación, fundamentación o cualquier otra semejante, aunque difícilmente se eludiría la equívocidad de los términos (p. 70).

Se observa que en la práctica judicial colombiana no se hace diferencia entre motivación, justificación, fundamentación o argumentación, ya que cuando se quiere referir a la necesidad imperiosa de que los jueces argumenten sus decisiones, se utiliza el término motivar como sinónimo de argumentar, justificar y fundamentar, sin hacer la claridad de que la diferencia esencial está en que motivar es la razón interna que mueve al individuo a desplegar una serie de argumentos en pro de una argumentación, que en el campo del derecho se denomina argumentación jurídica. El deber de motivar las decisiones jurisdiccionales se consagra expresamente en el ordenamiento legal colombiano. Es así como, a título de ejemplo, en el Código General del Proceso, Ley 1564 (Congreso de la República, 2012, art. 42), se estipula: “Deberes del juez. Son deberes del juez: [...] 7. *Motivar* la sentencia y las demás providencias”. Igualmente, en el Código de Procedimiento Administrativo, Ley 1437 (Congreso de la República, 2011), se estableció en el artículo 43 el contenido de la decisión, indicando que “con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, *que será motivada*”.

**Fundamentar.** En lo jurídico cuando se fundamenta se dan los motivos o razones que se tienen en cuenta para concluir con una decisión, es decir se cimienta y edifica la conclusión que es la decisión; y así es sostenido por Salas (2006) cuando expresa:

“fundamentar” un fallo significa dar argumentos o razones plausibles para justificar por qué se ha tomado precisamente esa decisión en lugar de otra. Es en este sentido general que Sauvel dice que: “Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio [...] Los motivos invitan [al que

pierde un caso] a comprender la sentencia y le piden que no se abandone durante demasiado tiempo a *maldecir a los jueces*". Otra definición general del concepto la ofrece Haba: "Solicitar que las afirmaciones tengan un fundamento vale decir que estén respaldadas en razones (aceptables). Esto constituye la definición misma del pensamiento racional, e inclusive del que simplemente pretende ser razonable. La cuestión del fundamento surge por el hecho de pedir un por qué para aceptar cierto juicio (p. 9).

En la argumentación jurídica el vocablo *fundamentar* hace referencia a la forma en que se construyen los argumentos, no a la materialización en sí de la argumentación; claro está que desde la acepción general que se tiene de la palabra *fundamentar* es viable entender este término como la calificación de la actividad argumentativa, pero no es en sí dicha actividad. En otras palabras, la argumentación se puede calificar como la forma de construir los cimientos de la decisión, pero el fundamentar o construir dichos cimientos no se asemeja a la actividad de concatenar los argumentos en el ejercicio racional de argumentar.

**Explicar.** Desde el ámbito filosófico, es una herramienta lógica y metodológica por la que un concepto conocido que es impreciso se sustituye por otro concepto preciso (Rosental e Iudin, 1997). Por ello explicar o dar una explicación es realizar un desarrollo coherente de ideas con el fin de hacer más claro o entendible un tema, pero no necesariamente el desarrollo coherente de estas ideas pueden formar argumentos; es decir, en ningún momento con la explicación o con el explicar se cumple la función que entraña la argumentación, pues no requiere de la elaboración concatenada de ideas con el propósito de buscar un fin determinado, sino que es buscar un método adecuado y lógico para hacer más comprensible lo que se presenta como confuso. Se puede afirmar que la explicación es un elemento esencial del argumento, con el que luego de la unión de estos argumentos se puede desarrollar una argumentación adecuada para el caso concreto. En consecuencia, la explicación es un peldaño más en el que se debe avanzar en busca de una debida argumentación.

**Retórica.** En términos de san Isidoro de Sevilla (1951), es:

La ciencia del bien decir en los asuntos civiles para persuadir lo bueno y lo justo por abundancia de elocuencia [...] está íntimamente unida al arte de la gramática. En la gramática aprendemos la ciencia de hablar rectamente, y en la retórica cómo expresar lo que hemos aprendido (pp. 49-51).

Por consiguiente, en términos de Aristóteles (Bernabé, 1998, p. 52), es la facultad de considerar en cada caso lo que puede ser convincente, utilizando las herramientas propias para desarrollar esta "disciplina", como pueden ser la elocuencia y el lenguaje en todas sus dimensiones. La elocuencia del lenguaje, sea escrito o verbal, es en sí la retórica, diferencian-

do el resultado que se consiga con la utilización de la retórica que puede ser un resultado persuasivo o convincente.

La retórica se refiere a las técnicas del orador que se dirige a una masa reunida en una plaza pública que no posee ningún saber especializado y es incapaz de seguir un razonamiento un poco elaborado. Pero la nueva retórica, por oposición a la antigua, concierne a los discursos dirigidos a toda clase de auditorios, trátase de una masa reunida en la plaza pública o de una reunión de especialistas, [...] incluso, ella examinará los argumentos que uno se dirige a sí mismo cuando delibera íntimamente (Perelman, 1997, pp. 23-24).

En conclusión, la retórica es una de las formas de poner en movimiento la argumentación; uno de los caminos que se utilizan para materializar la argumentación con el fin de persuadir, algunas veces razonadamente, a un auditorio.

**Dialéctica.** Podría decirse que es una evolución de la retórica, dada desde los sofistas, quienes utilizaban el diálogo razonado en búsqueda de una “justa” verdad en la que uno de los contendores resulta refutado (Plantin, 1998, p. 10); pero esta forma de dialéctica fue criticada por el aristotelismo donde busca permitir encontrar verdades científicas. San Isidoro de Sevilla (1951) indica que la dialéctica es:

La disciplina ordenada a conocer las causas de las cosas. Es una parte de la filosofía que se llama lógica, esto es, racional, y se ordena a definir, investigar y diferenciar... Después, Aristóteles redujo a reglas esta doctrina y la llamó dialéctica, porque en ella trata de los dichos... y por esto después de la retórica se pone la dialéctica, ya que tiene muchas cosas comunes con ella (pp. 60-61).

Al igual que la retórica, la dialéctica es una de las formas de poner en movimiento la argumentación, uno de los caminos que se utilizan para materializar la argumentación jurídica, con el ánimo igualmente de convencer.

**Persuadir.** Según lo expresa Haba (2004):

No son sino como autómatas las personas a quienes se persuaden [...] la persuasión será considerada como una transposición injustificada de la demostración así, según Dumas, en la persuasión “uno se contenta con razones efectivas y personales” y frecuentemente la persuasión es “sofística” [...] (p. 161).

Es decir, en la persuasión no está presente la voluntad razonada del auditorio, el auditorio es llevado de manera irreflexiva a creer de manera emotiva en algo. Con la persuasión el sujeto se deja llevar por la emoción sin que su intelecto de manera razonada haya asumido o comprendido la posición adoptada.

**Convencer.** Para Haba (2004) convencer está íntimamente ligado con la racionalidad.

Para quien se ocupa del carácter racional de la adhesión, convencer es más que persuadir. Por lo demás, ese carácter racional de la convicción puede residir ya sea en los medios usados o en las facultades a las que se dirige (p. 161).

Convencer es por tanto un ejercicio racional en el que se lleva al auditorio a reflexionar y a decidir algo; por ello en el convencer es preciso que quien habla, por medio de las palabras, cause en la audiencia creencias nuevas y que se dé un reconocimiento racional de la audiencia. Es decir, se logra el convencimiento del auditorio cuando el individuo desde la razón acepta la argumentación como parte integral del intelecto.

**Teoría de la argumentación.** Según el profesor Gómez Giraldo (2001a)

Es la disciplina que estudia las técnicas discursivas que permiten producir o acrecentar la adhesión de un auditorio [...] Es una disciplina descriptiva [...] Sólo se vuelve una disciplina normativa en tanto nos enseña los mecanismos argumentativos buenos o malos, y nos permite sacar una lección de esa explicación (pp. 23-25).

En realidad, la teoría de la argumentación busca unificar unos criterios argumentativos en la práctica judicial; no busca enseñar el método para realizar una argumentación, no que cada individuo pueda argumentar mejor, sino de una manera correcta; es decir, propende por una corrección en las argumentaciones esbozadas.

Conforme con lo expuesto, es claro que cada uno de los vocablos mencionados tiene injerencia en la argumentación jurídica, pues hace parte esencial de la cadena que conforma una argumentación jurídica; pero se hace necesaria su utilización correcta, desde su real acepción, no de forma indiscriminada como se observa se da en la práctica judicial.

### 1.3. Concepciones de la argumentación jurídica a lo largo de la historia

A lo largo de la historia se han desarrollado innumerables teorías de la argumentación que han sido llevadas a la práctica judicial, tendientes a lograr una adecuada motivación, fundamentación y justificación de las decisiones jurisdiccionales. Se asevera que estas teorías se han desarrollado desde un enfoque retórico y dialéctico y cada uno de estos enfoques ha desarrollado de manera diferente la lógica. Por este motivo, desde la antigüedad hasta nuestros días, se ha evolucionado en las teorías de la argumentación en el campo jurídico, pero siempre en perfección de la retórica o de la dialéctica con el componente racional de la lógica.

### 1.3.1 Teorías de la argumentación jurídica en la Antigüedad

En Grecia, hacia el siglo v a. C., se utilizó la teoría de la argumentación para defender a los acusados con “una teoría del doble discurso”, técnica que desarrollaron Córax y Tisias en Siracusa.

La retórica nace como fenómeno judicial con un fuerte componente político, en Siracusa, en el siglo v a. C., cuando una revuelta democrática derroca a los tiranos Gelón y Hierón, que habían requisado muchas tierras para dárselas a sus mercenarios. Su caída comporta el comienzo de una serie de litigios encaminados a recuperar las tierras expropiadas. Córax y Tisias enseñan retórica a todo aquel que necesite hacer frente a estos litigios. Su retórica se fundamenta en preceptos prácticos alejados de la idea filosófica de búsqueda de la verdad que se desarrollará a partir de los sofistas, ya que, a los jueces no les interesa la verdad abstracta sino la verosimilitud, los acuerdos válidos para cada juicio (Capdevila, 1999, p. 1).

La teoría del doble discurso elaborada y desarrollada por Córax de Siracusa<sup>3</sup> para defender a los acusados, se fundamentaba en que “más vale lo que parece verdad que lo que es verdad, pues la verdad que no es creíble difícilmente es aceptada” (García García, 2005, p. 11). Es decir, valiéndose de la retórica, Córax demostraba lo que era creíble así no se acercara a la verdad; por ello lo importante estaba en probar que eran propietarios de los terrenos arrebatados, preparándolos para que supiesen hablar bien ante la asamblea de jueces y así hacer valer los derechos de los antiguos ciudadanos a esas tierras. Realmente, lo importante de la teoría desarrollada en ese momento por Córax es que no era indispensable el descubrimiento de la verdad como tal, sino que lo esencial era demostrar que lo que se pedía ante la asamblea de jueces era definitivamente creíble o verosímil según lo probado ante estos estrados.

Igualmente los sofistas,<sup>4</sup> personas que inicialmente eran consideradas sabias, se encargaban de preparar a la gente para la vida pública; enseñaban la sabiduría con sabiduría, utilizaban el discurso y la retórica como forma de impartir conocimiento general, pero no llevado a lo jurídico, partiendo de una crítica a los valores, que consideraban relativos. Posteriormente, los sofistas fueron considerados personas que solo buscaban la utilidad práctica de sus enseñanzas, evidenciándose en los diálogos platónicos el sentido peyorativo de hábil engañador en que se convirtieron.

Como consecuencia de ello, Gorgias (490-380 a. C.) intenta desarrollar la teoría del doble discurso de Córax (hacia el 450 a. C.), pero para él se podía emplear de dos formas: en

---

<sup>3</sup> “El primer manual de retórica tal vez se podría adjudicar a Córax de Siracusa” (García García, 2005, p. 11).

<sup>4</sup> Sofista. Del griego *sophía* (σοφία), sabiduría y *sophós* (σοφός), sabio.

una de ellas como adulación y deshonrosa oratoria que utiliza la demagogia; y en la otra, en cambio, de manera esplendorosa, pues su objetivo era discurrir dentro de los márgenes de la justicia en aplicación de la teoría de Córax.

Sócrates (470-399 a. C.) desarrolla con la mayéutica un método utilizado para buscar la verdad, del cual se valió Platón (427-347 a. C.) para avanzar hacia la dialéctica en busca de un conocimiento verdadero, dado desde el convencimiento y no desde la persuasión. Es así como Platón critica y desnaturaliza la esencia misma de los sofistas, quienes según él eran engañosos, pues solo utilizaban un argumento aparente para defender o persuadir lo que es o podía ser falso, sin llegar a la verdad. Es evidente que Platón desconoció el verdadero valor histórico de los sofistas, sin tener en cuenta que para los griegos el sofista era un sabio que enseñaba de la vida práctica.

Isócrates (436-338 a. C.) practicó una forma de argumentar denominada en la época: *retórica*; se encargó de aleccionar en la retórica de manera superficial, no hizo uso de argumentos lógicos, sino que desde su concepción buscó adhesiones basadas en la oratoria y no en la razón, fue discípulo de Gorgias, quien influenció de manera evidente su tendencia en la retórica; es de allí que Aristóteles (384-322 a. C.) le da desarrollo a la retórica como una posibilidad más de la dialéctica, facilitando la construcción de esquemas argumentativos, que podían ser utilizados en los juicios, y de ello da cuenta en el libro *Retórica* (Bernabé, 1998, pp. 53-55).

Puede considerarse que es realmente Aristóteles quien hace de la argumentación retórica una especie de teoría de la argumentación, para que los jueces o el auditorio decidan razonadamente los asuntos sometidos a su estudio.

Pero como la retórica pretende que se llegue a una decisión (pues en la deliberación se decide y un juicio es una decisión), es necesario que no sólo se atienda a que el argumento sea convincente y fidedigno, sino a ponerse a sí mismo y al juez en una determinada posición, pues tiene mucha importancia para la persuasión, especialmente en las deliberaciones, aunque también en los juicios [...] Con todo es en las deliberaciones donde es más útil que el orador muestre una determinada actitud, mientras que en los juicios lo es que el auditorio se encuentre en cierta disposición (Bernabé, 1998, pp. 53-55).

Aristóteles (1999) se tornó en un crítico de la retórica como estaba planteada en esa época, por ello planteó la retórica desde la lógica, en perfeccionamiento de la dialéctica como método para alcanzar de manera racional la “verdad”; y es así como enseña, en sus libros *Metafísica* y *Retórica*, la forma de afrontar los litigios ante la plaza pública y ante los magistrados; en los primeros lo esencial es persuadir y ante los segundos lo esencial es convencer.

Desenvuelve a su vez el método de la dialéctica, en forma que lo hace cambiar de aspecto. Aristóteles se fija principalmente en ese movimiento de la razón intuitiva, que pasa por medio de la contraposición de opiniones, de una afirmación a la siguiente. Se esfuerza por reducir a leyes ese tránsito de una afirmación a la siguiente [...] porque es el origen de lo que hoy llamamos lógica [...] no ha cambiado en todos estos siglos [...] la teoría de la inferencia [...] Las leyes del silogismo, sus formas, sus figuras, son, pues, el desenvolvimiento que Aristóteles hace de la dialéctica. Para Aristóteles el método de la filosofía es la lógica, o sea la aplicación de las leyes del pensamiento racional (García Morente, 1992, p. 27).

Posteriormente en Roma, Cicerón (106-43 a. C.) es quien hace referencia práctica a lo planteado por Aristóteles, ajustando la retórica aristotélica a través del discurso o la escritura como forma tangible de las defensas judiciales ante los pretores, en busca del convencimiento o la persuasión de los tribunales y del auditorio en general (Cicerón, 2006, pp. 76-79).

Es decir, desde el contenido del discurso se hace referencia a la manera organizada y concatenada en que se forma la argumentación, no solo apoyada en la retórica o la dialéctica, entendiendo estas como disciplinas de la elocuencia, sino además desde la interdisciplinariedad propia necesaria en cada juicio.

De consuno, a pesar de ser incipiente en su concepción pero rica en fundamentación filosófica, la argumentación jurídica en la antigüedad siempre se enmarcó en la búsqueda de una mejor defensa ante los tribunales; y ello se evidencia, pues en los inicios de la argumentación se aprendió a utilizar la retórica como un medio para obtener un fin, a pesar de que ese fin no necesariamente era la demostración de la verdad; lo que se buscaba, inicialmente, era hacer creíble los hechos que se presentaban ante el tribunal. Luego, tratando de perfeccionar la utilización de la retórica, esta se desarrolló a través de la dialéctica y la lógica, convirtiéndose, si se quiere, en una subdivisión de la dialéctica, como un método de argumentación en busca de la verdad.

### 1.3.2. Teorías de la argumentación jurídica en la Edad Media y Moderna

La Edad Media es una etapa de la historia en la que el devenir jurídico involucionó, debido al criterio de autoridad que imperaba, según el cual no era admisible el debate jurídico, pues en los juicios de Dios u ordalías lo que regía era la voluntad divina a través de la máxima autoridad terrenal.

La Edad Media tomó como base para el juzgamiento el desarrollo del *inquisitio* usado en Grecia y Roma en la época antigua.

Hacia el siglo XII el anticlericalismo había inundado a Europa. Esto determinó al poderoso clero organizado a desarrollar, como medio para combatirlo, un procedimiento judicial que, germinal, se encuentra en las antiguas Grecia y Roma [...] en Roma, cuando no se encontraba quien acusase al culpable, el juez citaba al sospechoso y hacía una “inquisitio”; esto es, una investigación oficiosa sobre el caso. De este excepcional procedimiento tomó el nombre la inquisición medieval. Este instrumento de persecución religiosa se pretendió legitimar con una interpretación del evangelio de san Juan según el cual: “Si alguno no permaneciere en mí, será apartado como una rama y se secará; y lo recogerán para arrojarlo al fuego, donde arderá”. De hecho, muchos hombres y mujeres, presuntos herejes, ardieron como una rama seca en las hogueras de la inquisición [...] El procedimiento inquisitivo salió de su marco primitivo e invadió todo el marco de juzgamiento en Europa. Prácticamente rigió hasta la Revolución Francesa (Ortiz Rodríguez, 1976, pp. 26-28).

Siendo coherentes con el desarrollo del derecho en el Imperio romano, donde se generó y degeneró la concentración de todo poder político, jurídico y religioso en el Emperador, las teorías de la argumentación de la época más crítica para la humanidad, la Edad Media, se transformaron en criterios de autoridad, que fundamentaron el devenir jurídico del momento.

Es necesario advertir que las teorías de la argumentación jurídica como aquella disciplina que conocemos en la actualidad, al parecer solo pudieron ser desarrolladas a partir del año 1950. En el Medioevo no había necesidad de argumentar las decisiones jurisdiccionales, ni las defensas de los implicados, porque estas radicaban en el arbitrio del poder político supremo y absoluto, que buscaba en consecuencia la redención divina del infractor. En esta época, entonces, el progreso en la argumentación jurídica fue poco, ya que las decisiones jurisdiccionales solo respondían a la sagrada autoridad de quien detentaba el poder político y religioso.

Cuando se transcurre hacia la finalización de la Edad Moderna, con la transición que proporciona la Revolución francesa, se empieza de manera incipiente a tratar que los jueces den un paso hacia la argumentación de las decisiones jurisdiccionales, pero basados, únicamente en la ley como poder sustituto del momento, y de ello puede dar cuenta la autora Rodríguez Boente (2003):

Durante el Antiguo Régimen los jueces no tenían la obligación de motivar. Se puede afirmar que en dicho período la justicia era un auténtico caos. Permanecía la jurisdicción eclesiástica no sólo para los asuntos directamente relacionados con la iglesia, sino también para los mixtos y para los *ratione peccati*. Por otro lado, la justicia no se aplica ni mucho menos con generalidad, sino que los regímenes especiales eran la “regla”, con justicias feudales, señoriales, estamentales u corporativas. En fin, los titulares de los tribunales consideraban su puesto en propiedad pues en realidad así lo era, al haberlo comprado el Rey [...] Entre los “iluminados” que denuncian la situación de Derecho del Antiguo Régimen y su

aplicación por los jueces, destacan los nombres de VOLTAIRE, BECCARIA, [...]. Ya casi con la expiración del siglo XVIII llega la revolución francesa que conduce a principios del XIX a la época de grandes Codificaciones. Se puede decir que comienza en ese momento a exigirse “oficialmente” la motivación de las sentencias. Se exige como “única y exclusiva” motivación de apelación a la ley. La revolución francesa supuso, entre otras cosas, [...] la defensa de la ley como única fuente del Derecho, y además una ley lo suficientemente clara, precisa y racional como para no necesitar ser interpretada. Los cambios afectan a los centros de poder de tal forma que “el enfático poder de la justicia del Rey como atributo personal debía ser sustituido, [...] por el poder impersonal y general de la ley” (pp. 201-205).

Es así como, con el advenimiento de la Revolución francesa, se hace necesario iniciar un camino hacia la construcción de teorías de la argumentación jurídica, pues en la nueva concepción de Estado se hace relevante argumentar las decisiones tomadas por quienes imparten justicia.

En ese sentido la Corte Constitucional colombiana (C-145, 1998) ha concebido el desarrollo de la argumentación jurídica post Revolución francesa así:

A partir del siglo XIX se consolida el principio de que las sentencias judiciales deben ser motivadas, con lo cual las decisiones deben ceñirse a lo establecido en la ley y basarse en las pruebas aportadas dentro del proceso (Un paso fundamental en ese sentido se había dado en la Revolución Francesa, mediante la ley del 16 de agosto de 1790 que, con el objeto de romper con la arbitrariedad y el voluntarismo judicial del Antiguo Régimen, dispuso que los jueces debían motivar sus sentencias. También desde la perspectiva del control de la arbitrariedad judicial debe entenderse la creación del Tribunal de Casación, mediante la Ley de 27 de noviembre de 1790, y la obligación que se impuso a los jueces de ajustarse en todo caso a la ley). El fallo ya no constituye únicamente una expresión del poder de juzgar y decidir, sino que también responde a un proceso de búsqueda de la verdad y de procura de convencimiento del público acerca de la legitimidad de la resolución tomada, proceso que necesariamente está vinculado a la utilización de principios de lógica racional. Este hecho es precisamente el que permitirá ejercer un control sobre las sentencias y facilitará la interposición de los recursos, en tanto que éstos se basarán en acusaciones acerca de las carencias de las sentencias en la utilización de la lógica judicial.

En conclusión, es cierto que la argumentación jurídica fue la gran ausente durante la Edad Media, pero también es real que, con la Revolución francesa se buscó de nuevo la “motivación” como una forma de justificar las decisiones jurisdiccionales, que para la época solo podían estar basadas en la ley. En efecto, es una conquista de la Revolución francesa que los jueces estuviesen sometidos al imperio de la ley en su tenor literal, y era impensable motivar con argumentos que fueran más allá de la ley.

En síntesis, hubo una imposibilidad manifiesta de que la argumentación jurídica tuviera algún tipo de desarrollo en los siglos v al xv (período de la Edad Media); mientras que en la Edad Moderna resurgió la necesidad de que las autoridades judiciales justifiquen sus decisiones, siendo palmario que la “motivación” debía ser conforme a la ley, pues la nueva forma de Estado estaba basada en la legislación expedida por el órgano competente.

### 1.3.3. Teorías de la argumentación en la actualidad

En el siglo xx se desarrollan múltiples teorías de la argumentación jurídica, con perspectivas diferentes, desde la retórica y la dialéctica: ambas permeadas por componentes lógicos que dan cuenta de un desarrollo racional, en el que cada una puede buscar persuadir o convencer para generar certeza con visos de verdad en las causas jurisdiccionales.

**Desde la retórica** se han creado teorías como el enfoque temático de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y el modelo de argumentación de Toulmin, en el que se alude a que la adecuación de un argumento no está determinada por la validez de la lógica, ya que en términos de Feteris (2007): “La decisión sobre la validez del argumento depende, por consiguiente, de la exactitud de las interpretaciones elegidas” (p. 71). Es decir, la lógica en sí misma limita el desarrollo material y procedimental del argumento, resultando limitada también la argumentación jurídica en su concepción retórica.

Repasaremos a continuación las nociones de algunos autores representativos de esta corriente retórica.

**Theodor Viehweg**, con la publicación del libro *Tópica y Jurisprudencia*, considera que el enfoque temático está dado por la defensa de una *doctrina tópica*,<sup>5</sup> establece que el pensamiento jurídico debe configurarse como un pensamiento sobre problemas, dada la necesidad de resolver una situación adversa concreta, de modo que la solución propuesta puede ser aceptada por todas las partes que se debaten en el conflicto. Por ello las decisiones jurídicas tienen una justificación interna (en la que se parte de premisas tópicas aceptadas, que no son discutidas) y una justificación externa (que trata de descubrir una serie de premisas —tópicos— para la resolución del caso concreto). La argumentación jurídica se realiza siempre desde una discusión, partiendo de unas bases que carecen de carácter evidente, en la que se pueden presentar soluciones posibles, ya que para Viehweg a pesar de que se parte de un problema en concreto, dado en la vida real, su evolución puede dar lugar a la aporía, llevando a buscar su resolución en tópicos comunes. Con ello se verifica que el derecho es una técnica. Según la teoría de Viehweg, no era necesario plantear una lista de verificación específica

---

<sup>5</sup> En la *Retórica* de Aristóteles, la tópica se entiende como un conjunto de lugares a los que recurre el pensamiento para formar argumentos.

para la argumentación, ya que cada caso se planteaba de manera distinta, pero con unos tópicos comunes.

En la teoría de Viehweg hay tres elementos conectados entre sí, que caracterizan la tópica. El primer elemento entiende su objeto como una técnica del pensamiento problemático; en el segundo elemento, referido a la perspectiva del instrumento con que opera, emerge la noción de topos o lugar común; y en el tercer elemento, la tópica es observada como tipo de actividad, ya que es una búsqueda y examen de premisas. Resulta claro que en esta forma de pensamiento la mayor fuerza de los elementos recae en las premisas (Piña Mondragón, 2012, pp. 88-102):

La tópica se caracteriza por ser un procedimiento de búsqueda de premisas (de tópicos) que nunca termina, el repertorio de tópicos siempre es provisional, elástico; y para Viehweg deben entenderse de una manera funcional, como posibilidades de orientación e hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas (Piña Mondragón, 2012, p. 95).

En conclusión, y en términos de Juan Antonio García Amado (citado en Atienza, 2003), la tópica propuesta por Viehweg es simplemente el inicio para la elaboración de una teoría de la argumentación jurídica; ya que la tópica es en sí es un elemento esencial e inicial para la elaboración de una argumentación jurídica desde la retórica.

**Chaïm Perelman**, desde 1958, con la publicación del libro *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica* en compañía de Olbrechts-Tyteca, opta por un enfoque racional, en el que se hace muy importante la aceptación que tenga la decisión tomada por el juez para las tres audiencias (las partes, los abogados o los jueces inferiores y superiores, y la opinión pública relevante en el momento). Para Perelman, la argumentación hace parte de un proceso comunicativo, por lo cual debe darse desde lo fáctico y lo pragmático, sin buscar esquemas procedimentales en la solución de conflictos.

Según Feteris (2007), la teoría de la argumentación jurídica de Perelman se sintetiza en puntos de partida y esquemas de la argumentación jurídica. En el punto de partida el juez usa las normas, los principios del derecho aceptados por la comunidad jurídica específica que es la que obra como audiencia. Y de otro lado, cuando el juez elige los esquemas de argumentación, debe considerar los métodos jurídicos de interpretación y las técnicas argumentativas aceptadas por la comunidad jurídica particular que es la que obra como audiencia (2007, p. 101).

En conclusión, este autor buscó poner en práctica el desarrollo de una lógica de los valores, la cual en la medida en que profundizó en su teoría, se encontró con que la lógica formal, aquella que había desechado, podía ser fundamento de la teoría de la argumentación:

Después de varios años, Perelman y Olbrechts-Tyteca descubrieron que no existía una lógica especial de los valores, ni una lógica especial de la acción, sino que existía una disciplina que servía para justificar toda clase de tesis, disciplina tan vieja como la lógica formal, cuyo fundador también había sido Aristóteles (Gómez Giraldo, 2001b, pp. 34-35).

**Stephen Toulmin**, desde una perspectiva filosófica, rebate el silogismo aristotélico, plantea una teoría de la argumentación desde la “lógica informal o lógica factual”; para ello utiliza la construcción de esquemas argumentales y/o de razones, con las siguientes categorías de análisis (Santibáñez Yáñez, 2001, pp. 5-7):

- Garantías (*Warrant*): principio general, premisa mayor, norma tácita, supuesto o enunciados generales, de naturaleza formal, que llevan los datos a la conclusión.
- Apoyo o respaldo (*Backing*): cuerpo de contenidos desde donde emanan las garantías como los códigos, jurisprudencia, doctrina, principios o supuestos sociales que permitan acudir a una garantía.
- Datos (*Grounds*): son de orden empírico o factual, que permiten la construcción de una pretensión o conclusión.
- Conclusión (*Claim*): son las pretensiones, demandas o alegatos, que buscan las posibles alternativas.
- Calificativos o matizadores modales (*Qualifiers*): construcciones lingüísticas que permiten atenuar una pretensión.
- Excepciones (*Rebuttals*): condiciones de refutación que la conclusión permite, son las circunstancias excepcionales que pueden minar la fuerza de los argumentos.

En la teoría de la argumentación, Toulmin desecha en parte la lógica formal, pero establece un método inductivo, en el cual hace que el modelo argumentativo sirva de soporte al razonamiento lógico, retomando parte de la retórica o de los tópicos. En consecuencia, en esta teoría de la argumentación jurídica se hace un proceso de secuencias que llevan a una conclusión, luego de verificar las premisas tomadas en consideración; es decir, el esquema planteado por Toulmin puede darse a partir de una evidencia (datos), se formula una aseveración (proposición), una garantía conecta los datos con la aseveración y emerge su cimiento teórico-práctico o experimental: el respaldo; los cualificadores modales (ciertamente, sin duda) indican el modo en que se interpreta la aseveración como verdadera, contingente o probable; y, finalmente, se consideran las posibles objeciones que puedan darse.

Esta fue una propuesta que abrió la posibilidad de una nueva concepción del razonamiento (desde la lógica informal), en la que la argumentación y la discusión crítica permiten la búsqueda de un acuerdo razonable a partir de ciertos datos y las autorizaciones y garantías que los fundamentan. El elemento esencial de la teoría de la argumentación en Toulmin radica en que las garantías y conclusiones se pueden discutir.

**Desde la dialéctica** se concibe que el argumento jurídico hace parte de la discusión racional, se usa el método o modelo dialógico; por ello se desarrollan diversas teorías como las de Aarnio, Alexy, MacCormick y Habermas, en las cuales el enfoque es más formal y racional desde la justificación interna que redundando en la externa del argumentador, basadas en principios como consistencia, eficacia, comprobabilidad, coherencia, generalidad y sinceridad, a partir del diálogo (Feteris, 2007, pp. 44-45).

**Aulis Aarnio**, partiendo de una teoría normativista de la justificación de las interpretaciones jurídicas, considera necesario que toda argumentación tenga un componente procedimental en el cual se especifiquen unas reglas para una más eficiente racionalidad (reglas de eficiencia, sinceridad, de generalización y de apoyo) y un componente sustancial en el que se verifique la aceptabilidad del resultado final. Por ello distingue entre audiencia concreta e ideal y audiencia universal y audiencia particular. Esta distinción le permite analizar entre las distintas clases de audiencias la que reúna mejores condiciones para desarrollar la idea de “aceptabilidad racional”. Elimina la audiencia concreta ideal, entendiendo que esta se conforma por todos los hombres racionales vivientes en un momento específico.

Para Aarnio es esencial lo que denomina “expectativa de certeza jurídica”. Este concepto responde a dos dimensiones distintas de la decisión jurídica. *Una dimensión formal de la certeza jurídica*, en la que lo importante es evitar la arbitrariedad, es decir, tratar de que no se responda a elementos volitivos tanto impredecibles como imperceptibles, de las decisiones jurídicas. Y *una dimensión material de la certeza jurídica*, que necesita la realización de dos exigencias en la decisión: concordancia con el derecho (válido) y satisfacción de determinados criterios de justicia y equidad (corrección material de la decisión).

En la teoría de la argumentación de Aarnio, la justificación externa se concibe como un diálogo hipotético en el que el intérprete o aplicador del derecho presenta al auditorio o destinatario de la decisión la interpretación de los argumentos en que se sustenta la misma y rebate los contraargumentos que se le opongan. Se trata de un ejercicio de convicción, no de persuasión, por ello busca la aceptabilidad racional y no una simple aceptación de hecho. En la interpretación jurídica no solo es necesaria la relación entre quien hace la norma, el legislador, y quien aplica la norma, juez; sino que también se hace importante verificar la relación que se da con los miembros de la audiencia destinataria de la decisión. Para Aarnio (1991), no solo basta un procedimiento racional que establezca un resultado aceptable, sino que el resultado de dicho procedimiento también debe ser razonable: “No decimos que el proceso de razonamiento es razonable, sino que hablamos del resultado razonable de la interpretación. Para ser aceptable, el resultado tiene que responder al conocimiento y al sistema de valores de la comunidad jurídica” (pp. 247-248).

**Robert Alexy** sostiene que, partiendo de la racionalidad, la argumentación jurídica debe garantizar una decisión final. Desarrolla una teoría procedimental-normativa, y es así como tiene que darse una coherencia entre los precedentes y el caso concreto, cuya resolución se reclama.

Las reglas que el intérprete del derecho ha de aplicar a un caso particular deben conseguir el equilibrio entre los resultados de casos precedentes y análogos, y las exigencias de lo correcto. La argumentación es el resultado de un procedimiento en el que se distingue entre las justificaciones internas y las externas; en las primeras, reconstruye el argumento ofreciendo un perfil completo, incluyendo los supuestos implícitos; mientras que, en la segunda se muestra que las afirmaciones que forman parte del argumento son aceptables de acuerdo con los estándares legales de exactitud en el enunciado normativo. Al ser procedimental, la teoría de Alexy debe entender que un enunciado es correcto si, y solo si, puede ser el resultado de un procedimiento determinado. Argumentar es un acto del intelecto y del habla, y por ello debe estar sujeto a ciertas reglas que lo definen, las cuales, si no se respetan, darán como resultado un acto fallido.

Para Alexy (1997), el discurso jurídico es una especificidad del discurso práctico general, es una relación de especie y género. La diferencia entre estos dos discursos radica en la limitación del discurso jurídico frente al discurso práctico general, pero en ambos discursos se plantea una pretensión de corrección de los enunciados empleados. Lo que hace la diferencia entre los dos discursos es la limitación del discurso jurídico única y exclusivamente al campo del derecho.

En el discurso jurídico se trata de un caso especial, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras. Entre estas, se debe mencionar especialmente la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como —lo que concierne, sin embargo, al discurso científico-jurídico— las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal (Alexy, 1997, p. 36).

Pero en definitiva la pretensión de corrección de los enunciados jurídicos es la esencia de la teoría de la argumentación de Robert Alexy, la cual está dada únicamente para las decisiones judiciales que se adopten en marco del ordenamiento jurídico vigente; que para el caso colombiano se circunscribe a lo preceptuado en el artículo 230<sup>6</sup> de la Constitución Política de Colombia.

---

<sup>6</sup> Los jueces están sometidos al imperio de la ley, pero entendiendo la ley en sentido material, es decir, como el ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, C-836, 2001).

**MacCormick** expone una teoría normativa-descriptiva, en la que las decisiones jurídicas deben estar justificadas internamente, pero con unos límites en la justificación, como la de formulación de premisas normativas o fácticas. Las justificaciones se dan en dos niveles: una para los casos fáciles y otras para los casos difíciles. En los fáciles, como el juez acude a una norma clara, puede apelar a una “justificación” deductiva, la cual es suficiente para el caso en concreto. En los casos difíciles se requiere una justificación de segundo nivel, utilizando un modo consecuencial de argumentación; para ello deben utilizarse argumentos de coherencia, en los cuales las normas son coherentes si puede subsumirse en una serie de principios generales o de valores que resulten aceptables. Al respecto se tiene que:

Frente a los casos difíciles, los jueces no gozan de discreción en sentido fuerte, puesto que –como hemos visto– sus decisiones están limitadas por los principios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias, por otro lado, los jueces tienen autoridad para decidir casos de una manera que puede ser definitiva, pero eso no quiere decir que tengan el poder de decidir sobre qué constituya una buena razón a favor de una decisión (Atienza, 2003, p. 127).

Por tanto, para MacCormick la coherencia normativa es un mecanismo de justificación, la coherencia narrativa justifica creencias sobre un mundo que es independiente de nuestras creencias sobre él y los argumentos de consistencia son aquellos en los cuales las premisas normativas no entren en contradicción con normas válidamente establecidas. Por lo cual, es obligación de los jueces no infringir el derecho vigente y ajustar a la realidad la prueba (se prueba o no); todo ello cumpliendo con el requisito de universalidad, esto es, que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema.

Finalmente, la “teoría de las pasiones” expone que el juez, al momento de tomar las decisiones, no puede separar su parte sensible, biológica, subjetiva, de su parte racional. MacCormick asevera que hay premisas o argumentos últimos que no se pueden demostrar de manera racional, y esto es conocido como el contexto del descubrimiento, entendido como un decisionismo o irracionalismo. Es decir, se toman decisiones con argumentos arbitrarios, sin que se utilice un procedimiento discursivo basado en premisas racionales. Por ello apela al contexto de justificación que se basa en un procedimiento argumentativo racional, en el que la decisión no sea el resultado del simple decisionismo del juez, sino que esté fundada en argumentos racionales.

**Jürgen Habermas**, con una perspectiva comunicativa y dialógica, desarrolla una teoría desde una discusión racional, en la cual el discurso debe estar limitado por la razón.

Habermas sostiene que en toda emisión comunicativa el hablante plantea cuatro pretensiones de validez, que son universales, frente a las que el oyente ha de tomar postura

con un sí o con un no. En el caso de que el oyente reconozca las pretensiones, se habrá logrado el entendimiento o el acuerdo y eso servirá para coordinar sus planes de acción. Pero en el caso de que la postura sea un no a la pretensión, se puede poner fin al acto del habla —que habrá fracasado—, o bien se podrá exigir el desempeño discursivo de su pretensión. De ahí nace el compromiso de argumentar siempre nuestras opiniones. Es esa posibilidad de “demostrar” una pretensión de validez que Habermas tiene caracterizar la racionalidad: ésta se traslada a un común “dar razones” de nuestros propios actos del habla. El modelo de las pretensiones de validez está tomado, por cierto, de la práctica judicial: según la estructura de la argumentación jurídica, A, un hablante, sostiene que puede, llegado el caso, justificar la oferta comunicativa que ha realizado B (Carabante Muntada, 2012, p. 210).

Esta teoría hace una descripción ideal de lo que debe darse en una discusión racional; las condiciones son iguales para todos, pues lo que se requiere en esta teoría es llegar a un consenso de la norma bajo las condiciones de un discurso ideal. Esta teoría no puede ser llevada a la praxis, pero puede ser el punto de partida en el análisis teórico de la racionalidad de los procedimientos (Carabante Muntada, 2012), ya que:

La norma final de aceptabilidad de los enunciados teóricos y prácticos es el consenso argumentativamente bien fundamentado. Sólo se puede considerar que un enunciado es un enunciado verdadero racionalmente fundamentado si todos los interlocutores potenciales pueden llegar a un acuerdo sobre ese enunciado en una discusión que cumpla con las condiciones de un discurso ideal (Feteris, 2007, p. 107).

En consecuencia, se puede afirmar que esta teoría se traduce como una práctica universal que reconstruye los presupuestos racionales implícitos en el uso del lenguaje, teniendo en cuenta que, en el acto del lenguaje, como lo es el habla, va dirigido a la comprensión y aceptación mutua; este acto de comunicación siempre tiene pretensión de validez, pues tiende a considerarse que lo dicho por el interlocutor es válido y verdadero. Por lo tanto, la corrección de las normas depende de que se alcance un consenso en una situación de libertad entre los que integran y hacen parte del discurso, desde quien lo emite, lo recibe y quienes hacen la corrección.

En síntesis, es claro que, en cada etapa de la historia, es decir desde la antigüedad hasta nuestros días, se ha venido implementado lo que hoy se denomina teoría de la argumentación jurídica: modelos teóricos de argumentación que buscan establecer esquemas que puedan justificar una decisión válida. Desde épocas antiguas, la sociedad, y en especial la comunidad jurídica, ha tenido la necesidad de desarrollar teorías que cimienten la argumentación en el campo jurisdiccional, respondiendo a criterios objetivos del juez y no a la subjetividad o necesidad política del momento.

Y es a partir de 1950, cuando la comunidad académica en el área de la filosofía y el derecho se ocupa con mayor preponderancia en desarrollar teorías de la argumentación jurídica desde una concepción iusnaturalista o positivista, basados en la retórica o la dialéctica, generando profundos y diversos estudios; y es así como Alexy, Habermas, MacCormick, Aarnio, Toulmin, entre otros, han nutrido teóricamente la argumentación jurídica, como forma de buscar justificar la decisión judicial, de la cual se espera que sea la mejor en beneficio de la sociedad.

Pero en realidad, desde la praxis, las teorías de la argumentación solo sirven de apoyo para que el destinatario de las decisiones o el operador jurídico pueda tener criterios de corrección o justificación adecuada de la decisión, según el método filosófico en el que hayan sido formados, ya que independientemente de la utilización de la retórica, la dialéctica o la lógica, lo importante es que la argumentación dado al caso en concreto genere en la audiencia o destinatarios el convencimiento de que se adoptó la mejor decisión.

## 1.4. Conceptualización de la argumentación jurídica en algunas providencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombiana

Luego de analizar el desarrollo conceptual de la teoría de la argumentación, y de aclarar diferentes conceptos, se estudiará una serie de sentencias partiendo de la premisa que dio razón al presente escrito, la pregunta sobre: *¿cuál es la conceptualización de la argumentación jurídica a la luz de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de Colombia? Así, se presentarán a continuación sentencias de estas altas cortes, en aras de verificar qué teorías o qué métodos de argumentación se han asumido y de observar las instrucciones que para ello imparten en su condición de órganos de cierre.*

Efectuada una búsqueda de sentencias desde el año 1992 a 2019, con variables como *motivación y argumentación*, se encontró lo siguiente:

### 1.4.1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia ha tenido un copioso desarrollo jurisprudencial respecto del deber de motivar; ha requerido de los jueces una debida motivación de las decisiones jurisdiccionales, para que se dé aplicación al “principio de motivación de las sentencias” y se preserve con ello al máximo la garantía constitucional del debido proceso.

Del muestreo jurisprudencial realizado, se pueden observar en la tabla 1.1 las sentencias que se relacionan directamente con el tema objeto de estudio:

**Tabla 1.1.** Sentencias con variable motivación Corte Suprema de Justicia

Referencia	Sala	Magistrado ponente	Fecha	Tipo de sentencia
Expediente N.º 4219	Civil	Héctor Marín Naranjo	1 de septiembre de 1995	Casación
Expediente N.º 9952	Penal	Fernando E. Arboleda Ripoll	5 de noviembre de 1997	Casación
Expediente N.º 4821	Civil	José Fernando Ramírez Gómez	24 de agosto de 1998	Casación
Expediente N.º 15402	Penal	Fernando E. Arboleda Ripoll	27 de febrero de 2001	Casación
Expediente N.º 20 756	Penal	Marina Pulido de Barón	22 de mayo de 2003	Casación
Expediente N.º 17 738	Penal	Mauro Solarte Portilla	31 de marzo de 2004	Casación
Expediente N.º 5969	Civil	César Julio Valencia Copete,	23 de enero de 2006 <sup>a</sup>	Casación
Expediente N.º 24 783	Penal	Sigifredo Espinosa Pérez	28 de febrero 2006 <sup>b</sup>	Casación
Expediente N.º 22 041	Penal	Yesid Ramírez Bastidas	28 de septiembre de 2006 <sup>c</sup>	Casación
Expediente N.º 23 495	Penal	Mauro Solarte Portilla	19 de noviembre de 2006 <sup>d</sup>	Casación
Expediente N.º 11001-0203-000-2004-00729-01	Civil	Edgardo Villamil Portilla	29 de agosto de 2008	Revisión
Expediente N.º 26 177	Penal	Julio Enrique Socha Salamanca	16 de septiembre de 2009	Casación
Expediente N.º 37 695	Penal	Augusto J. Ibáñez Guzmán	17 de noviembre de 2011	Casación
Expediente N.º 37 047	Penal	María del Rosario González Muñoz	7 de marzo de 2012	Casación
Expediente N.º 40 733 S.P. 3382-2014	Penal	María del Rosario González Muñoz	19 de marzo de 2014	Casación
Radicación SL9346-2016/66590	Laboral	Gerardo Botero Zuluaga	1 de junio de 2016	Anulación
Sentencia SP17407-2017	Penal	Fernando Alberto Castro Caballero	25 de octubre de 2017	Apelación
Sentencia SP2956-2018/46740	Penal	Eyder Patiño Cabrera	25 de julio de 2018	Casación
Radicación N.º 76 690 SL2077-2019	Laboral	Rigoberto Echeverri Bueno	22 de mayo de 2019	Anulación

*Fuente:* elaboración propia

Conforme a ello, se ha optado por resaltar el análisis concreto de las siguientes sentencias: Sala Civil, Casación, expediente 5969, M. P. César Julio Valencia Copete, 23 de enero de 2006; Sala Civil, Sentencia de Revisión, expediente 11001-0203-000-2004-00729-01, M. P. Edgardo Villamil Portilla, 29 de agosto de 2008; Sala Penal, Casación, expediente 37 695,

M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, 17 de noviembre de 2011; Sala Penal, Casación, expediente 4733, M. P. María del Rosario González Muñoz, 19 de marzo de 2014; Sala de Casación Laboral, Sentencia SL9346-2016/66590, M. P. Gerardo Botero Zuluaga, 1 de junio de 2016; Sala Penal, Apelación, expediente SP17407-2017, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero 25 de octubre de 2017; Sala de Casación Penal, Sentencia SP2956-2018/46740, M. P. Eyder Patiño Cabrera, 25 de julio de 2018 y Sentencia recurso de anulación en materia laboral SL2077-2019 Radicación 76 690, M. P. Rigoberto Echeverri Bueno, 22 de mayo de 2019.

Estas providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, anulación, apelación y revisión dan cuenta de cómo se ha explicado la necesidad de la motivación de las decisiones jurisdiccionales y la forma en que se pueden atacar, en sede de casación o revisión las sentencias que afecten el debido proceso, cuando presenten defectos tales como la ausencia de motivación, la motivación deficiente, la motivación equívoca y la motivación falsa o sofisticada.

En ellas es reiterativa la reflexión de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que el deber de motivar las sentencias tiene su origen en la evolución normativa del principio de motivación de la sentencia, el cual apareció plasmado en la Constitución Política de Colombia de 1886, en el artículo 161: “Toda sentencia deberá ser motivada”, y que hoy, a pesar de que ese principio no aparece claramente consagrado en la Constitución Política de 1991, el desarrollo de la legislación vigente lo contempla, y es así como desde la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), en concordancia con las estipulaciones legales establecidas en cada uno de los códigos de procedimiento de las diferentes áreas, se materializa el principio de motivación de la sentencia, principio que ha sido desarrollado vía jurisprudencia, decantándose cuáles deben ser las características mínimas de la motivación.

*1.4.1.1. Sala Civil, Casación, Ref. Expediente N.º 5969, M. P. César Julio Valencia Copete, 23 de enero de 2006.*

Desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia (2006a), la argumentación de las sentencias emerge del principio de motivación de la sentencia, y así es reconocido cuando manifiesta:

El principio de la motivación de la sentencia no aparece en forma expresa en la Constitución Política de 1991, pero el mismo surge del principio de publicidad de la actuación judicial, explícitamente reconocido por los artículos 29 y 228, porque con ella se da a la luz, a la publicidad, las razones de convencimiento que tuvo el juez para adoptar la decisión, permitiendo desterrar de la sentencia la discrecionalidad y la arbitrariedad, haciendo de ella una obra razonable y racional (no emocional), que por contera garantiza el control del fundamento de la decisión por las partes, el juez de la impugnación y la opinión pública en general, según explicación de Liebman. De manera que la motivación de

la sentencia es una exigencia que se entronca con el propio Estado Social de Derecho, en tanto se constituye como un factor legitimante de la actividad judicial, siempre y cuando guarde coherencia y tenga fuerza persuasiva, pues a partir de ella se hace la jurisprudencia, que no es otra cosa que el imperio de la ley aplicado al caso particular.

Es evidente que lo que la Corte Suprema de Justicia busca es la protección máxima del debido proceso, con el cumplimiento absoluto, por parte de todos los jueces, del principio de motivación de las sentencias, ya que con motivación razonable y racional (no emocional) se erradica de las sentencias la discrecionalidad y la arbitrariedad, y se garantiza la corrección externa e interna de la decisión.

Esta sentencia se fundamenta, en cuanto a la forma de realizarse la motivación, en la decisión tomada por la misma Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de agosto de 1998, en el expediente 4821 donde fungió como magistrado ponente José Fernando Ramírez Gómez, en la que se esquematiza, de manera genérica, la forma de realizarse la motivación de las decisiones, destacando la importancia de motivar las decisiones en un Estado social de derecho. Es una providencia por la cual se consolida la postura clara y pragmática de la Corte Suprema de Justicia, en materia de motivación en esos quince años, es decir desde 1992 a 2006. En ella se nota una constante y coherente posición de la Corte Suprema en cuanto a que “la motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad, y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen”.

*1.4.1.2. Sala Civil, Sentencia de Revisión, Expediente N.º 11001-0203-000-2004-00729-01, M. P. Edgardo Villamil Portilla, 29 de agosto de 2008.*

En esta sentencia se indica la forma en que deben motivarse las sentencias, realiza un análisis histórico de la argumentación jurídica en el mundo occidental y en Colombia, reconociendo que la obligación de motivar las decisiones judiciales, en la actualidad, emerge como un logro alcanzado en la Revolución francesa, el cual llegó a nosotros por influencia española. Al respecto sostienen que:

Desde 1790, cuando se instaura en Francia la obligación de motivar, hasta nuestros días, es posible identificar varios períodos; Chaid Perelman, uno de los teóricos que ha estudiado del tema, identifica tres fases que surgen del distinto papel que se le asigna a la función judicial: el período de la escuela de la exégesis, que termina alrededor de 1880; el de la escuela funcional y sociológica, que llega hasta 1945; y el período influido por el proceso de Nüremberg, que se caracteriza por una concepción tópica del razonamiento judicial. Podría hablarse de un cuarto período, el actual, dominado por las corrientes discursivas y racionales que pretenden conciliar la estricta sujeción a la ley, con la validez

axiológica de las decisiones judiciales. En cuanto a la evolución del deber de motivar las sentencias como se ha presentado en el Derecho español, [...] Menéndez Pidal asocia la motivación de las resoluciones judiciales a la existencia de jueces técnicos, capaces de destilar una argumentación que dé cuenta de los fundamentos de la decisión. [...] 7. Es de señalar que en Colombia son más bien escasos los estudios específicos sobre el deber de fundamentar las decisiones judiciales. Así, el profesor Tulio Enrique Tascón, escribía en 1934 a propósito del artículo 161 de la constitución de 1886: “Esta exigencia obedece a la necesidad de evitar la arbitrariedad de los Jueces: ellos en sus fallos deben exponer las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión (Corte Suprema de Justicia, 2008).

Es así como en esta providencia la Corte enfatiza que si bien la regla respecto de que las sentencias deben ser motivadas desapareció en la Constitución de 1991, la exigencia de fundamentar las decisiones pasó a ser parte de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y está implícita en el debido proceso, en la medida en que además de hacer visible la decisión, de dar publicidad de la misma, de ayudar a materializar un control frente a la decisión, implica legitimidad del sistema jurídico, en la medida en que proscribiera toda arbitrariedad.

La Corte realiza un juicioso y nutrido análisis de la necesidad de fundar las decisiones jurisdiccionales, desde una perspectiva racional y razonable de argumentación jurídica, en la que se dé la posibilidad de validar interna y externamente la decisión. Es esta entonces una sentencia pertinente, ya que se hace un llamado a los jueces para que la motivación o argumentación de las sentencias sea organizada, pues se considera que es obligación (constitucional) del juez asumir compromisos argumentativos sobre la vigencia de la norma, su validez formal y axiológica, así como sobre la posición que ella ocupa en el ordenamiento jurídico, y además seleccionar el conjunto de premisas fácticas, que a manera de proposiciones acerca de la realidad, tienen la pretensión de ser aceptados como verdaderas, para lo cual ha de mostrar el soporte probatorio mediante la disección de las pruebas y la explicación del mérito de convicción que ellas merecen separadamente y en su conjunto, así como de la correspondencia entre las fórmulas normativas, los hechos probados y la consecuencia que de ellos se desprende. Resalta la Corte que la debida fundamentación facilita un rastreo aproximado sobre cuáles fueron las motivaciones que llevaron al juez a elegir, por eliminación o por grados de aceptabilidad, entre las varias alternativas en competencia, para extraer de ellas la resolución que considera es más acorde con los dictados de la justicia.

*1.4.1.3 Sala Penal, Casación, Ref. Expediente 37 695, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, 17 de noviembre de 2011.*

En esta sentencia la Corte reconoce lo fundamental de una buena motivación en las sentencias. En caso de que existan falencias en la motivación expone de manera clara cómo se

debe, formalmente, atacar las decisiones jurisdiccionales cuando hay falta de motivación, insuficiente motivación, o motivación equívoca. Se explica que en estos casos es claro atacar en sede de casación, a través de la causal tercera de casación estipulada en el Código de Procedimiento Penal, por constituir errores *in procedendo*; pero cuando se está frente a una decisión en la que hubo una falsa motivación es necesario invocar la causal primera cuerpo segundo, por estar frente a un vicio de juicio o *in iudicando*.

Igualmente, la Corte hace una ilustración diáfana, en el sentido de que, dependiendo del tipo de defecto de motivación que emane de la sentencia atacada, es posible o no revocar la decisión o anular el fallo y prevé que en el caso en el que haya falta de motivación es necesario que se profiera la nulidad del fallo, para que pueda el juez de instancia realizar la motivación esperada. Por ello, cuando el vicio invocado es la falta de motivación, no le es viable pronunciarse a la Corte Suprema emitiendo un fallo de reemplazo, ya que, al no haber existido la motivación, la sentencia no se considera proferida formalmente y es menester que cada instancia culmine con decisión de fondo (sentencia).

#### **1.4.1.4. Sala Penal, Casación, Ref. Expediente 40 733, M. P. María del Rosario González Muñoz, 19 de marzo de 2014.**

En esta sentencia se reitera la posición adoptada por la corporación en jurisprudencia anterior, en cuanto al deber de motivar las decisiones jurisdiccionales, advirtiendo que la motivación garantiza un debido proceso, pues permite que las partes en desacuerdo con la decisión puedan ejercitar de manera clara su derecho a la impugnación. Además, recuerda nuevamente el origen normativo del deber de motivar en el ordenamiento jurídico colombiano, refiriéndose al postulado previsto en el artículo 163 de la Constitución de 1886, e indica que:

No obstante, aunque tal norma no fue reproducida en la Carta Política de 1991, se ha reconocido que constituye pilar fundamental del derecho a un debido proceso, habida cuenta que comporta una garantía contra la arbitrariedad y el despotismo de los funcionarios, a la vez que se erige en elemento de certeza y seguridad para efecto de ejercitar el derecho de impugnación por parte de cualquiera de los sujetos procesales intervinientes en el trámite judicial. [...] Es por lo expuesto, que el deber de motivar no se satisface con la simple y llana expresión de lo decidido por el funcionario judicial, pues menester resulta la indicación clara, expresa e indudable de su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto, como que no de otra manera se garantizan los derechos de los sujetos procesales, a la vez que se hace efectivo el principio [...] de sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico (Corte Suprema de Justicia, 2014).

La Corte Suprema de justicia ha sido categórica en adoctrinar a los jueces en una debida motivación de las decisiones de fondo, ya que con ello se garantiza el principio de la doble

instancia, consagrado constitucionalmente en el artículo 29 de la Constitución Política inmerso en el debido proceso. Es claro este máximo tribunal en señalar que la motivación debe responder a un juicioso y concienzudo análisis con lógica racional de los hechos, pruebas y normativa aplicable, a fin de concluir con una decisión considerada por el juez como la más plausible para el caso en concreto.

*1.4.1.5. Sala de Casación Laboral, Sentencia SL9346-2016/66590, M. P. Gerardo Botero Zuluaga, 1 de junio de 2016.*

En esta sentencia, la Corte diferencia entre una decisión en equidad y una en derecho, expresando la no necesidad de motivar fallos en equidad, ya que son conforme a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Como la decisión de un Tribunal de arbitramento obligatorio que resuelve un conflicto de carácter económico se dicta en equidad, no exige la motivación amplia y propia de una sentencia judicial o de la jurisdicción ordinaria de trabajo que resuelve un conflicto jurídico; [...] Sobre la circunstancia de no estar suficientemente motivado el laudo arbitral, en sentencia de anulación de la CSJ SL 8693-2014, 26 feb. 2014, rad. 59713, se puntualizó: [...] *La ausencia de motivación per se no puede ser causa de anulación del laudo arbitral en tanto el ordenamiento jurídico no lo exige, sin embargo, ello no quiere decir que nada tengan que decir frente a las decisiones, pues lo más razonable es que lo hagan* (Corte Suprema de Justicia, 2016).

Para la Corte Suprema la diferenciación que hay entre una decisión en equidad y otra en derecho parece radicar en la necesidad o no de motivación, pero olvida que aunque es cierto que la motivación jurídica no puede ser exigida en un laudo en equidad, también es cierto que, como forma de aceptación, las decisiones en equidad deben tener una motivación tal que hagan válida la decisión frente a sus destinatarios, pues si bien las decisiones se sustentan en principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, es menester que estos laudos tengan criterios de corrección para que las partes acaten estas decisiones. Las decisiones sin motivación —como lo pretende validar la Corte en esta sentencia cuando afirma: “La ausencia de motivación per se no puede ser causa de anulación del laudo arbitral en tanto el ordenamiento jurídico no lo exige”— podrían confundirse con criterios de autoridad arropados en un manto de equidad. No hay que olvidar que el arbitramento en cualquiera de sus modalidades (equidad, técnico o en derecho) es válido en el ordenamiento jurídico, porque la Constitución en el artículo 116, inciso 4, le reconoce jurisdicción de manera transitoria, y por ello administran justicia en nombre del Estado, en calidad de hetero-componedores.

*1.4.1.6. Sala de Casación Penal, Sentencia SP2956-2018/46740, M. P. Eyder Patiño Cabrera, 25 de Julio de 2018.*

En esta sentencia se reitera el deber de motivar las decisiones jurisdiccionales y se advierte que la motivación garantiza la publicidad, el debido proceso y el derecho de defensa, además de ser un control a las decisiones de los jueces.

Sobre el fundamento jurídico que sustenta la solución a los eventos de deficiencia en la motivación, esta Corporación sostuvo en CSJ AP4618-2017, rad. 49683, que cuando hay defectos de motivación (ya sea por ausencia absoluta, deficiencia o dilógica) la solución es la nulidad, por constituir tal yerro un error *in procedendo*, en razón a que el deber de sustentar las providencias es una expresión de garantías como la publicidad, el debido proceso y su correlato el derecho de defensa, amén de ser un control a los desafueros de los jueces (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Esta sentencia es una reiteración de la directriz de la Corte Suprema de Justicia frente a la necesidad por parte de los jueces de motivar las sentencias, con el fin de garantizar el debido proceso y evitar decisiones arbitrarias, requiriendo de los funcionarios el deber de motivar para garantizar el derecho de las partes de controvertir los fallos en un debido proceso. Igualmente, la Corte hace la relación silogística sobre cómo se debe proferir un fallo y, en consecuencia, motivar las sentencias en materia penal.

*1.4.1.7. Sala de Casación Laboral SL2077-2019 Radicación N.º 76 690, M. P. Rigoberto Echeverri Bueno, 22 de mayo de 2019.*

En esta sentencia de recurso de anulación de laudo arbitral, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hace una reiteración respecto a la no necesidad de motivar los fallos proferidos en equidad, como sucede con los árbitros cuando profieren laudos en equidad, pues la motivación solo es exigible en el ordenamiento jurídico para las decisiones jurisdiccionales. En esta sentencia se reitera lo expuesto en fallos de 2016 y 2014: la motivación jurídica no puede ser exigida en un laudo en equidad, pero olvida que una de las formas de aceptación de las decisiones en equidad es la motivación, con el fin de hacer válida la decisión frente a sus destinatarios, ya que también requieren criterios de corrección para que las partes las acaten.

## 1.4.2. Sentencias de la Corte Constitucional

En salvaguarda del ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional es la llamada a sentar las directrices para garantizar una debida motivación o argumentación de las decisiones jurisdiccionales. Tal labor se evidencia en las reiteradas decisiones que ha adoptado respecto del deber de motivar, no solo de los jueces, sino de toda autoridad administrativa que deba

tomar una decisión de fondo que afecte a un tercero. Y así lo ha manifestado, entre muchas, en las sentencias que se relacionan en la tabla 1.2.

**Tabla 1.2.** Sentencias con variable motivación Corte Constitucional

<b>Sentencia</b>	<b>Magistrado ponente</b>	<b>Fecha</b>	<b>Tipo de sentencia</b>
C-037 de 1996	Vladimiro Naranjo Mesa	5 de febrero de 1996	Constitucionalidad del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia”.
C-145 de 1998	Eduardo Cifuentes Muñoz	22 de abril de 1998	Constitucionalidad de los artículos 656 (parcial), 657 (parcial), 660, 661, 662, 675 (parcial), 676 y 680 del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988).
T-259 de 2000a	José Gregorio Hernández Galindo	6 de marzo de 2000	Acción de tutela contra el Seguro Social
T-806 de 2000b	Alfredo Beltrán Sierra	29 de junio de 2000	Acción de tutela contra providencias proferidas por el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- y el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, en su calidad de juez de primera instancia en proceso penal contra miembros de la fuerza pública por el delito de homicidio
T-114 de 2002	Eduardo Montealegre Lynett	21 de febrero de 2002	Acción de tutela contra la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá
T-590 de 2005	Jaime Córdoba Triviño	8 de junio de 2005	Constitucionalidad del artículo 185, parcial, de la Ley 906 de 2004
T-247 de 2006	Rodrigo Escobar Gil	28 de marzo de 2006	Acción de tutela contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
T-233 de 2007	Marco Gerardo Monroy Cabra	29 de marzo de 2007	Acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia.
T-597 de 2007	Jaime Córdoba Triviño	3 de agosto de 2007	Acción de tutela instaurada contra Humanavivir EPS.
T-302 de 2008	Jaime Córdoba Triviño	3 de abril de 2008	Acción de tutela instaurada por AB a nombre propio y en representación de sus tres nietos Ni, Nii y Niii, en contra del Juzgado Catorce de Familia de Bogotá
T-310 de 2009a	Luis Ernesto Vargas Silva	30 de abril de 2009	Acción de tutela interpuesta por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. BBVA Colombia contra la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería
T-868 de 2009b	Jorge Iván Palacio Palacio.	27 noviembre de 2009	Acción de tutela interpuesta por XX, en representación de su hijo YY, contra el Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá.

<b>Sentencia</b>	<b>Magistrado ponente</b>	<b>Fecha</b>	<b>Tipo de sentencia</b>
T-589 de 2010	María Victoria Calle Correa	26 de julio de 2010	Acción de tutela interpuesta por Yaqueline Rodríguez Espejo contra el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá D.C.
T-214 de 2012a	Luis Ernesto Vargas Silva	16 de marzo de 2012	Acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
SU-424 de 2012b	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	6 de junio de 2012	Acción de tutela en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.
SU-449 de 2016	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	22 de agosto de 2016	Acción de tutela interpuesta contra la sección tercera, subsección "A" del Consejo de Estado.
T-453 de 2017a	Diana Fajardo Rivera	14 de julio de 2017	Acción de tutela contra providencias judiciales.
SU-354 de 2017b	Iván Humberto Escrucería Mayolo	25 de marzo de 2017	Acción de tutela contra providencias judiciales. Decisión sin motivación como causal de procedibilidad.
T-643 de 2017c	Luis Guillermo Guerrero Pérez	17 de octubre de 2017	Acción de tutela contra providencias Judiciales. Decisión sin motivación como causal de procedibilidad.
T-678 de 2017d	Carlos Bernal Pulido	16 de noviembre de 2017	Acción de tutela contra providencias judiciales. Decisión sin motivación como causal de procedibilidad.
T-041 de 2018	Gloria Stella Ortiz Delgado	16 de febrero de 2018	Acción de tutela contra providencias judiciales. Decisión sin motivación como causal de procedibilidad.

*Fuente:* elaboración propia.

Del muestreo jurisprudencial relacionado en precedencia, se analizaron las sentencias T-233 de 2007, T-868 de 2009, T-214 de 2012, SU-449 de 2016, SU-354 de 2017, T-643 de 2017, T-678 de 2017, T-041 de 2018, las cuales son de relevancia para la investigación, pues condensan la doctrina dada por la Corte Constitucional en materia de motivación.

#### *1.4.2.1. Sentencia T-233 del 29 de marzo de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.*

En esta sentencia la Corte Constitucional consideró que, al proferir las providencias, los jueces deben motivarlas, ya que si incurren en una falta de motivación de la decisión judicial procede la acción de tutela, por no verificarse los fundamentos fácticos y jurídicos que den lugar a identificar las razones por las que la decisión fue proferida.

En relación con la obligación de sustentación y motivación de las decisiones judiciales, la Corte ha dicho que, conforme lo establece el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, la sustentación de los argumentos que llevan al juez a proferir sus decisiones resulta crucial

en el ejercicio de la función jurisdiccional. Al respecto, la Corte Constitucional dijo en la Sentencia C-037 de 1996 que: “[...] que se expliquen en forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada, las razones que llevaron al juez para desechar o para aprobar los cargos que fundamenten el caso en concreto”. A propósito del tema, la Corte también ha dicho que la necesidad de motivación de los fallos garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico previsto, lo cual, en últimas, contribuye al respeto del debido proceso, [...]. En esos términos, la motivación de los actos jurisdiccionales constituye pilar fundamental en el esquema de proscripción de la arbitrariedad judicial y garantiza, como ninguna otra herramienta, la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control de la providencia (Corte Constitucional, 2007b).

En esta sentencia, que compila lo dicho en anteriores pronunciamientos, la Corte establece que hay una necesidad perentoria de motivación de los fallos, con el fin de garantizar que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico previsto. En consecuencia, el fallador debe emitir sentencias razonablemente fundadas en el sistema jurídico, mediante la aplicación de las reglas a las circunstancias de hecho sobre las cuales haya recaído el debate jurídico surtido en el curso del proceso y la evaluación final que realice, al impartir justicia, en apego a la sana crítica y a la autonomía funcional que los preceptos fundamentales le garantizan.

#### *1.4.2.2. Sentencia T-868 del 27 de noviembre de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.*

En esta oportunidad, la Corte Constitucional consideró que la falta o la indebida de motivación es una de las anomalías superlativas y excepcionales suficiente para ser considerada de manera individual como un defecto de forma, que debilita la validez de la sentencia. Por ello:

La motivación de los actos jurisdiccionales contribuye, en gran medida, a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia, además se evita la arbitrariedad judicial. [...] Es importante recordar que la motivación, que juega un rol trascendental, constituye una garantía constitucional y legal para las partes en el proceso, que les permite identificar el raciocinio que efectúa el operador jurídico para fundamentar su determinación. [...] la obligación principal de los jueces consiste en otorgar explicaciones suficientes en sus providencias, presentando de manera clara las razones de hecho y de derecho en las que se apoya (Corte Constitucional, 2009b).

En esta providencia la Corte reitera claramente que existe una necesidad apremiante de motivación de los fallos, con el fin de garantizar que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico previsto. En consecuencia, la obligación principal de los jueces consiste en otorgar explicaciones suficientes en sus providencias, presentando de manera clara las razones de hecho y de derecho en las que se apoya.

#### *1.4.2.3. Sentencia T-214 del 16 de marzo de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.*

En esta oportunidad la Corte Constitucional expuso que:

La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos [...]. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. [...] En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. [...] exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes. [...] sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, [...] la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas (Corte Constitucional, 2012a).

En esta sentencia, la Corte ya muestra un avance en materia de argumentación jurídica al determinar que es necesario que el juez observe estándares de racionalidad y razonabilidad, y determina que en el caso de los jueces de última instancia, la motivación es la fuente de legitimación democrática o una manera de corrección externa de las decisiones, pues el control ciudadano se convierte en un medio para corregir posturas adoptadas, adecuando los nuevos fallos a circunstancias jurídicas y sociales actuales.

#### *1.4.2.4. Sentencia SU-449 del 22 de agosto de 2016, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.*

En esta oportunidad, con relación a la procedencia de la acción de tutela frente a sentencias judiciales, el máximo tribunal expresa que no se trata de casos en los que el juez imponga de forma grosera y burda su voluntad, pues es necesario exponer una argumentación suficiente, sin lugar a caprichos, en los casos en los que se aparte del precedente. Asimismo establece que existe un error inducido o vía de hecho cuando se da una sentencia sin motivación, “que implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, pues precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”. Se enfatiza en que:

Es evidente que una exigencia de racionalidad mínima de toda actuación judicial es que exprese los argumentos que hacen inferir la decisión correspondiente. Cuando este

ineludible presupuesto no puede verificarse, la sentencia contradice aspectos que hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso (Corte Constitucional, 2016).

Al respecto es clara la necesidad que establece la corte de argumentar adecuadamente las decisiones, so pena de violar el debido proceso. No obstante, no indica cómo hacerlo, a pesar de que el desconocimiento del precedente sin la debida motivación configura un defecto sustantivo, pues su acatamiento es una obligación de las autoridades judiciales. Regla que no es absoluta, que implica que se pueden apartar el mismo, pero para ello:

Debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (Corte Constitucional, 2016).

En conclusión, el hecho de que no se motiven las decisiones, se convierte en causal autónoma para que proceda la acción de tutela contra la sentencia, aspecto que se relaciona con la legitimidad del funcionario. Sin embargo, no existe regla de derecho que indique lo que constituye una motivación adecuada, pero la Corte ha expresado que debe entenderse que el juez de tutela activa su competencia cuando en los casos en los que falta la argumentación se convierte la providencia en una arbitrariedad.

#### *1.4.2.5. Sentencia SU-354 del 25 de mayo de 2017, M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.*

En esta providencia la Corte Constitucional reconoce el valor del precedente jurisprudencial nuevamente, e indica que el juez puede apartarse del mismo como potestad de su autonomía judicial constitucional. No obstante, para que esto sea válido es necesario “un proceso expreso de contraargumentación que explique las razones del apartamiento”. Se concluye que desconocer el precedente sin la debida justificación configura un defecto fáctico sustantivo como causal de procedencia específica de la acción de tutela; aspecto que corrobora la línea que al respecto ha venido sosteniendo el máximo tribunal de lo constitucional.

#### *1.4.2.6. Sentencia T-643 del 17 de octubre de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.*

Se reitera la jurisprudencia respecto a la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por configurarse un defecto sustantivo, al desconocer el precedente vertical. En efecto, ya la sentencia SU-298 de 2015 se había referido al tema, y nuevamente se indica que existe incumplimiento en la motivación cuando no se da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión. Además, a renglón seguido dice que:

En un Estado Social y Democrático de Derecho, la obligación de sustentar y motivar las decisiones resulta de imperativa observancia para el cabal ejercicio de la administración de justicia como garantía ciudadana. En ese sentido, la motivación de un acto jurisdiccional puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, en la medida en que se erige como barrera contra la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al orden jurídico y al posterior control sobre la razonabilidad de la providencia (Corte Constitucional, T-643, 2017c).

Y al respecto concluye que la motivación suficiente es algo que se debe analizar en cada caso en concreto. Tema corroborado en Sentencia T-678 del 16 de noviembre de 2017, M. P. Carlos Bernal Pulido, cuando al analizar un caso específico la Corte decidió como procedente la acción de tutela por adolecer la sentencia proferida de un defecto sustantivo, al contar con una motivación aparente.

#### *1.4.2.7. Sentencia T-041 del 16 de febrero de 2018, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.*

Esta providencia nuevamente trae a colación los argumentos ya esbozados por el alto tribunal en las sentencias anteriores, puesto que se refiere al defecto sustantivo por indebida motivación en las sentencias y a la procedencia de la acción de tutela en este caso, sin especificar lo que implica argumentar ni asumir alguna de las teorías de la argumentación jurídica existentes.

Así las cosas, es claro que estas altas cortes colombianas, en la dimensión funcional que les corresponde, se han pronunciado copiosamente respecto del deber de motivar que tienen los jueces o las autoridades administrativas al momento de tomar decisiones de fondo. En ese aspecto, las corporaciones decantan directrices claras en cuanto a cómo se debe justificar, motivar o argumentar una decisión; buscando que el fallador tenga en cuenta, al momento de argumentar, criterios de razonabilidad y racionalidad, en los que se dé la posibilidad de validar interna y externamente la decisión.

No obstante, el hecho de que exista jurisprudencia que demande de los funcionarios que administran justicia una necesidad perentoria de motivar las decisiones de fondo, estas no dan cuenta de la aceptación, por parte de las dos altas cortes colombianas estudiadas, de algunas de las teorías de la argumentación jurídica actuales y, en consecuencia, no se evidencia la adopción de un concepto sobre la forma de realizarse la motivación. Sin embargo, lo que sí se extrae claramente de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales es la directriz de que, al momento de motivar las sentencias, los jueces respondan a criterios lógicos de argumentación. Se pide aplicar de manera llana la lógica formal, que exige desde la racionalidad la fundamentación de cada una de las tesis adoptadas, pues es con la lógica como se buscan los enlaces válidos entre las conclusiones y las premisas que las

fundamentan; es con la lógica como se le da validez formal a la motivación, toda vez que se encarga de legitimar la relación entre los fundamentos y lo fundamentado, pues para que la sentencia sea aceptada al menos debe existir una claridad conceptual con base en las inferencias realizadas (García Restrepo, 2003).

En consecuencia, con base a lo expresado anteriormente, efectuado un análisis respecto a la conceptualización del deber de motivar las decisiones jurisdiccionales desde la jurisprudencia colombiana, se puede concluir que la lógica formal es la esencia conceptual de la argumentación o motivación jurídica en Colombia. Por ello, si bien a partir de los lineamientos de estas dos altas cortes colombianas se prevé la necesidad de motivación de las decisiones jurisdiccionales (incluyendo en este deber no solo a los jueces, sino a otros órganos que conforme al artículo 116 de la Constitución Política administran justicia) de cara a un debido proceso, a la legitimidad de la decisión y a evitar arbitrariedad en la decisión judicial, es necesario conceptualizar de forma más clara la argumentación jurídica que debe ser empleada en las decisiones o asumir una de las teorías de la argumentación jurídica estudiadas, para que se emplee un discurso expositivo cuya finalidad sea defender con razones o argumentos una idea y convencer al auditorio, por ser esta una actividad racional, no retórica, que emplea una técnica discursiva y “que permite acrecentar o disuadir a una o muchas personas sobre la tesis que propone un orador o escritor, en la medida que busca adhesión sobre la misma pero siempre basada en argumentos racionales” (Pabón Giraldo et al., 2017, p. 109).

## 1.5. Conclusiones

Ha existido una evolución histórica en las teorías de la argumentación jurídica desde la Antigüedad hasta nuestros días. Desde el siglo v a. C. se acudió a la argumentación ante los estrados judiciales, ya que fue utilizada la teoría del doble discurso, elaborada y desarrollada por Córax de Siracusa, para defender a los acusados en cada una de las controversias judiciales. Posteriormente, con Sócrates, Platón y Aristóteles como principales exponentes, se evolucionó hacia un desarrollo lógico de la retórica y de la dialéctica en busca de convencer o persuadir, dependiendo del escenario; es decir, si se necesitaba argumentar frente a la asamblea, se buscaba persuadir, pero si se argumentaba ante los magistrados, se buscaba convencer acerca del conocimiento de la verdad real. Pero es realmente con Cicerón, en Roma, cuando se utiliza la retórica de Aristóteles, y se materializa en un ejercicio judicial ante la magistratura.

Para la Edad Media se da un marcado criterio de autoridad en las decisiones jurisdiccionales, la teoría de la argumentación jurídica no tiene injerencia y entra en un estado de

involución, pues imperan los argumentos de autoridad del soberano, lo que hace más difícil retomar los conceptos construidos en la Antigüedad. La teoría de la argumentación evoluciona en los siglos XIX, XX y XXI, con perspectivas diferentes. Esto ha hecho que los estudiosos del derecho se empecinen cada día en tratar de encontrar un método adecuado en el desarrollo de una teoría de la argumentación jurídica aplicándola a la práctica judicial, lo que ha desencadenado en el siglo XX y XXI un sinnúmero de teorías lógicas desde la retórica y la dialéctica, tales como el enfoque Viehweg, la nueva retórica de Chaïn Perelman, el modelo de argumentación de Toulmin, las teorías de Aarnio, Alexy, MacCormick y Habermas, en las que el enfoque es más formal y racional desde la justificación interna que redundando en una justificación externa del argumentador, basadas en los principios de consistencia, eficacia, comprobabilidad, coherencia, generalidad y sinceridad (Feteris, 2007).

Luego, al analizar las providencias emanadas de las altas cortes con la finalidad de determinar el aspecto conceptual de la argumentación jurídica, se puede afirmar que desde la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional se han propuesto orientar a los entes jurisdiccionales para que realicen una motivación jurídica adecuada en las decisiones de fondo que adopten. No obstante, por parte de estos tribunales los vocablos justificar, motivar, fundamentar y argumentar son utilizados de manera indiscriminada como sinónimos, desconociendo de tajo la real acepción de cada una de estas palabras, lo que evidencia la ligereza e indiferencia ante una verdadera concepción de la argumentación jurídica, con lo que confunden a la comunidad jurídica colombiana en el entendimiento de una debida argumentación jurídica. Por ello se hizo necesario clarificar cada término para llamar la atención de los funcionarios jurisdiccionales con el fin de desarrollar en la actividad jurisdiccional una debida argumentación y no una simple motivación.

Además, se pudo constatar que no existe una línea jurisprudencial que responda a la pregunta de investigación formulada, pues estas no utilizan concretamente alguna de las teorías de la argumentación mencionadas a fin de fundamentar sus decisiones. Solo se limitan a citar en sus fallos algunos autores preponderantes o reconocidos en la teoría de la argumentación, sin que pueda extraerse de las providencias alguna conceptualización de la argumentación jurídica. Hay que reconocer que existe una tendencia a adoptar tangencialmente los postulados de Robert Alexy, en la medida en que en las decisiones judiciales se observan razonamientos y argumentación silogística procedimental, constituidos por premisas normativas que llevan a conclusiones normativas, en forma de preponderancia legal o en su defecto en reiteración de un precedente jurisprudencial.

En consecuencia, el tema objeto de estudio llevado a la práctica jurisdiccional permite evidenciar que es casi imposible dar aplicación real a una teoría de la argumentación en el contexto de las decisiones jurisdiccionales, en tanto desde la praxis solo se hace viable remitir

a lo expuesto por algunos doctrinantes en esta materia, sin que sea menester la aplicación directa de alguna teoría específica; máxime si estos fallos son decisiones adoptadas por cuerpos colegiados que responden de manera individual a una formación académica, filosófica e ideológica diferente, que incluso permite afirmar que sus decisiones en muchos de los casos responden de manera pragmática a una situación política o social y no a una teoría de la argumentación jurídica, es decir, y sin ser osados, estas decisiones son el producto empírico de un razonamiento lógico político.

Por lo anterior, aunque hoy se tienen criterios teóricos de validación de las sentencias, lo importante es que la argumentación jurídica adoptada por los jueces en Colombia se realice frente a la necesidad real de la comunidad, y no por la preponderancia del perfil autoritario de la autoridad jurisdiccional. En este sentido, se requiere educar a la comunidad jurídica respecto de las diferentes teorías de la argumentación jurídica, a fin de que los jueces adopten sus decisiones más acordes a la realidad del proceso y no a una realidad política del país. Esto tiene incidencia en la implementación desde las facultades de derecho de asignaturas relacionadas con la lógica y la argumentación jurídica, a fin de brindar competencias adecuadas a los estudiantes respecto a la corrección interna y externa de las providencias que se emitan, y en la formación en nuevas materias diferentes al derecho propiamente dicho para los funcionarios jurisdiccionales.

## 1.6. Referencias

- Aarnio, A. (1991). *Lo Racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centros de Estudios Constitucionales.
- Aristóteles. (1998). *Retórica*. (A. Bernabé, trad.). Alianza Editorial (original publicado en el siglo IV a. C.).
- Aristóteles. (1999). *Metafísica*. (P. de Azcárete, trad.). Decimoséptima edición. Espasa Calpe (original publicado en el siglo IV a. C.).
- Atienza, M. (1997). *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Ariel.
- Atienza, M. (2003). *Las razones del derecho: teoría de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bernabé, A. (1998). Introducción. En Aristóteles, *Retórica* (pp. 7-41). (A. Bernabé, trad.). Alianza Editorial.
- Bonorino, P. R. y Peña Ayazo, J. I. (2003). *Argumentación Judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Universidad Nacional de Colombia. <https://bit.ly/1D5kNbe>

- Capdevila, A. (1999). La recuperación de la argumentación en la era de los medios de masas. *Revista de comunicación audiovisual Universidad de Pompeu Fabra*, (2), 1-6. <https://www.raco.cat/index.php/Formats/article/view/255417>
- Carabante Muntada, J. M. (2012). La teoría discursiva del Derecho de Jürgen Habermas como paradigma de la ciencia del Derecho. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, (13), 189-201. [https://doi.org/10.5209/rev\\_FORO.2011.v13.6](https://doi.org/10.5209/rev_FORO.2011.v13.6)
- Cicerón. (2006). *El orador*. (E. Sánchez Salor, trad.). Alianza Editorial (original publicado en el año 46 a. C.).
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional N.º 116.
- Colombia. Congreso de la República. (2011, 18 de enero). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial N.º 47956.
- Colombia. Congreso de la República. (2012, 12 de julio). Ley 1564. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso*. Diario Oficial N.º 48489.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996, 5 de febrero). *Sentencia C-037* (Vladimiro Naranjo Mesa, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1998, 22 de abril). *Sentencia C-145* (Eduardo Cifuentes Muñoz, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2000a, 6 de marzo). *Sentencia T-259*. (José Gregorio Hernández Galindo, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2000b, 29 de junio). *Sentencia T-806*. (Alfredo Beltrán Sierra, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2001, 9 de agosto). *Sentencia C-836* (Rodrigo Escobar Gil, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2002, 21 de febrero). *Sentencia T-114* (Eduardo Montealegre Lynett, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2005, 8 de junio). *Sentencia T-590* (Jaime Córdoba Triviño, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2006, 28 de marzo). *Sentencia T-247* (Rodrigo Escobar Gil, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2007a, 3 de agosto). *Sentencia T-597* (Jaime Córdoba Triviño, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2007b, 29 de marzo). *Sentencia T-233* (Marco Gerardo Monroy Cabra, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2008, 3 de abril). *Sentencia T-302* (Jaime Córdoba Triviño, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2009a, 30 de abril). *Sentencia T-310* (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2009b, 27 de noviembre). *Sentencia T-868* (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2010, 26 de julio). *Sentencia T-589* (María Victoria Calle Correa, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2012a, 16 de marzo). *Sentencia T-214* (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2012b, 6 de junio). *Sentencia SU-424* (Gabriel Eduardo Mendoza, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2016, 22 de agosto). *Sentencia SU-449* (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2017a, 14 de julio). *Sentencia T-453* (Diana Fajardo Rivera, M. P.).

Colombia. Corte Constitucional. Colombia (2017b, 25 de mayo). *Sentencia SU-354* (Iván Humberto Escru-  
cería Mayolo, M. P.).

Colombia. Corte Constitucional. (2017c, 17 de octubre). *Sentencia T-643* (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.).

Colombia. Corte Constitucional.(2017d, 16 de noviembre). *Sentencia T-678* (Carlos Bernal Pulido, M. P.).

Colombia. Corte Constitucional. (2018, 16 de febrero). *Sentencia T-041* (Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1995, 1 de septiembre). *Sentencia expediente  
4219* (Héctor Marín Naranjo, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (1997, 5 de noviembre). *Sentencia expediente  
9952* (Fernando E. Arboleda Ripoll, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1998, 24 de agosto). *Sentencia expediente 4821*  
(José Fernando Ramírez Gómez, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2001, 27 de febrero). *Sentencia expediente  
15402* (Fernando E. Arboleda Ripoll, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2003, 22 de mayo). *Sentencia expediente  
20756* (Marina Pulido de Barón, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2004, 31 de mayo). *Sentencia expediente  
17738* (Mauro Solarte Portilla, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2006a, 23 de enero). *Sentencia expediente 5969*  
(César Julio Valencia Copete, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2006b, 28 de febrero). *Sentencia expediente  
24783* (Sigifredo Espinosa Pérez, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2006c, 28 de septiembre). *Sentencia expe-  
diente 22041* (Yesid Ramírez Bastidas, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2006d, 19 de noviembre). *Sentencia expe-  
diente 23495* (Mauro Solarte Portilla, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Revisión Civil. (2008, 29 de agosto). *Sentencia expediente  
11001-0203-000-2004-00729-0*, 29. Edgardo Villamil Portilla, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2009, 16 de septiembre). *Sentencia expediente  
26177* (Julio Enrique Socha Salamanca, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2011, 17 de noviembre). *Sentencia expediente  
37695* (Augusto J. Ibáñez Guzmán M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2012, 7 de marzo). *Sentencia expediente 37047*  
(María Del Rosario González Muñoz, M. P.).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2014, 19 de marzo). *Sentencia expediente  
40733 S.P. 3382-2014* (María Del Rosario González Muñoz, M. P.).

- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2016, 1 de junio). *Sentencia expediente SL9346-2016/66590* (Gerardo Botero Zuluaga, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2017, 25 de octubre). *Sentencia expediente SP17407-2017* (Fernando Alberto Castro Caballero, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2018, 25 de julio). *Sentencia expediente SP2956-2018/46740* (Eyder Patiño Cabrera, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2019, 22 de mayo). *Sentencia expediente SL2077-2019*, rad. 76690 (Rigoberto Echeverri Bueno, M. P.).
- De Sevilla, s. I. (1951). *Etimologías*. Talleres Gráficos Montaña (original publicado en 630).
- Díaz, Á. (2002). *La argumentación escrita*. Editorial Universidad de Antioquia.
- Feteris, E. T. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica: revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. (A. Supelano, trad.). Universidad Externado de Colombia.
- García García, F. (2005). Una aproximación a la historia de la retórica. *Icono 14. Revista Científica De Comunicación Y Tecnologías Emergentes*, 3(1), 1-28. <https://doi.org/10.7195/ri14.v3i1.426>
- García Morente, M. (1992). *Lecciones preliminares de Filosofía*. Editores Unidos.
- García Restrepo, L. (2003). *Elementos de la lógica para el derecho*. (2.ª ed.). Temis.
- Gómez Giraldo, A. L. (2001a). *Teoría de la argumentación*. Alego Editores.
- Gómez Giraldo, A. L. (2001b). *Seis lecciones sobre teoría de la argumentación*. Alego Editores.
- Haba, E. P. (2004). *Elementos básicos de axiología general: epistemología del discurso valorativo práctico*. Universidad de Costa Rica.
- Miranda Alonso, T. (2002). *Argumentos*. Editorial Marfil y Universidad de Valencia.
- Ortiz Rodríguez, A. (1976). *Nuevo Curso De Derecho Procesal Penal*. Copyespes.
- Pabón Giraldo, L. D., Toro Garzón, L. O. y Bustamante Rúa, M. (2017). La argumentación jurídica de la solicitud de nulidad en materia procesal penal y civil en Colombia. En *Derecho procesal contemporáneo: Perspectivas y desafíos* (pp. 75-112). Sello editorial Universidad de Medellín.
- Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*. (J. Sevilla Muñoz, trad.). Gredos.
- Perelman, C. (1997). *El Imperio retórico. Retórica y argumentación* (A. L. Gómez Giraldo, trad.). Norma.
- Piña Mondragón, J. J. (2012). La tópica aristotélica en las teorías de argumentación jurídica moderna. *Letras Jurídicas*, (26), 88-102.
- Plantin, C. (1998). *La argumentación*. Ariel.
- Real Academia Española (2019). Argumentación. En *Diccionario de la lengua española*. Consultado el 26 de octubre de 2019. <https://dle.rae.es/?id=3Y4FWGJ>

- Rodríguez Boente, S. E. (2003). *La justificación de las decisiones judiciales: el artículo 120.3 de la Constitución Española*. Santiago de Compostela. Universidad Santiago de Compostela y Servicio de Publicaciones e Intercambio científico.
- Rosental, M. M. y Iudin P. F. (1997). *Diccionario Filosófico*. Ediciones Nacionales.
- Salas, M. E. (2006). ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (13), 1-18. <https://www.uv.es/CEFD/13/minor.pdf>
- Sánchez Salor, E. (2006). Introducción. En Cicerón, *El orador* (pp. 7-24). Alianza editorial.
- San Isidoro De S. (1951). *Etimologías*. Madrid: Talleres Gráficos Montaña.
- Santibáñez Yáñez, C. (2001). La Argumentación. Variantes y ejemplos. *RLA: Revista de lingüística teórica y aplicada*, (39), 183-202. [http://www2.udec.cl/rla/publicaciones/rla39\\_2001.htm](http://www2.udec.cl/rla/publicaciones/rla39_2001.htm) [http://unesco-lectura.univalle.edu.co/pdf/la\\_argumentacion.pdf](http://unesco-lectura.univalle.edu.co/pdf/la_argumentacion.pdf)
- Viehweg, T. (2016). *Tópica y jurisprudencia*. Editorial Civitas.
- Villamil Portilla, E. (2004). *Estructura y redacción de la sentencia judicial*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Universidad Nacional de Colombia.
- Weston, A. (2002). *Las claves de la argumentación* (7.ª ed.) (J. F. Malem, trad.) Ariel.
- Zuleta, H. R. (2008). *Normas y Justificación: Una investigación lógica*. Marcial.

# Capítulo 2

## El razonamiento jurídico principal en el Estado social de derecho colombiano y para el postconflicto<sup>1</sup>

Sergio Estrada Vélez

Juan Diego Restrepo Yepes

### 2.1. Introducción

Con este capítulo se busca dar cumplimiento a los siguientes objetivos: resaltar, a treinta años de la Constitución Política de 1991, las transformaciones del razonamiento jurídico a partir del ingreso de los principios jurídicos considerados normas fundamentales y prevalentes del ordenamiento jurídico; señalar los obstáculos para la incorporación de un razonamiento principal exigido por el Estado social de derecho colombiano; promover la enseñanza de los principios jurídicos como principales normas del ordenamiento; y facilitar, en la administración de justicia, la adopción de decisiones con ayuda de los principios jurídicos.

La metodología de la investigación utilizada en el desarrollo del presente capítulo fue de carácter cualitativo con un enfoque comparativo, que permitió un análisis más detallado a los puntos de estudio. En ese orden de ideas, la investigación presenta tres momentos en los cuales se plantea, en primer término, un recorrido del devenir histórico de los principios en el Estado social de derecho, y el ingreso de los principios jurídicos considerados normas fundamentales y prevalentes del ordenamiento jurídico, en la preparación, identificación y análisis del dato. Luego, una etapa crítico-descriptiva, en la cual se advierten las transforma-

---

<sup>1</sup> El presente capítulo es resultado del proyecto de investigación titulado “El razonamiento principal en el Estado social de Derecho colombiano”, financiado por la Institución Universitaria de Envigado.

ciones de la manera de pensar el derecho con el tránsito del Estado liberal al Estado social. Y una última etapa que trata de un enfoque jurídico-dogmático, con análisis hermenéutico, que utilizó la técnica documental para la recolección de los datos, en el que se propone una adición a la definición de norma con el objeto de que se incorporen los principios jurídicos como herramientas transformadoras del derecho práctico.

Al capítulo, en síntesis, lo componen tres temas principales: el razonamiento jurídico en el Estado social de derecho, en el cual se advierten las transformaciones que sufre la forma de pensar el derecho con el tránsito del Estado liberal al Estado social; la noción de norma jurídica en el Estado social, en el cual se propone una adición a la definición de norma con el objeto de que se incorporen los principios jurídicos; y la importancia de un razonamiento principal como herramienta para el fortalecimiento de una idea de derecho que ayude a la superación de los problemas sociales.

## 2.2. El razonamiento jurídico en el Estado social de derecho

Para efectos del presente escrito, se entenderá por razonamiento jurídico el conjunto de conceptos o ideas básicas, mínimas o fundamentales que describen una específica forma de pensar el derecho a la luz de un contexto social y político, que permiten dar respuesta a preguntas como: ¿qué es el derecho?, ¿cuáles son sus funciones?, ¿cómo se crea, aplica y extingue? De acuerdo con esta noción, no será lo mismo, por ejemplo, definir el derecho en el contexto del Estado liberal que definirlo a la luz del Estado social; no será igual la noción de derecho en un contexto que refleja pocos problemas sociales que en uno que tiene que dar solución a causas generadoras de un malestar social (inequidad, desigualdad, desempleo, ilegitimidad, etc.).

Se puede afirmar que una de las principales causas de la crisis de la formación jurídica y de la administración de justicia en Colombia es la escasez de estudios referidos al razonamiento jurídico que se debe adoptar en el modelo político de Estado social de derecho. En la medida en que se enseñe a pensar el derecho bajo los mismos cánones del Estado liberal será muy difícil exigir al operador jurídico su aplicación bajo las exigencias del Estado social. Quienes nos dedicamos a la enseñanza del derecho hemos sido los principales promotores de la crisis de la administración de justicia, en tanto que los operadores jurisdiccionales no hacen nada distinto que poner en evidencia, al momento de adoptar sus decisiones, algunos de los rasgos más relevantes de su proceso de formación jurídica.

Si razonamiento jurídico es, como se indicó, el conjunto de ideas que describen una forma específica de pensar el derecho al momento de su creación, interpretación, aplicación y extinción, es necesario que toda aproximación al derecho, desde la academia o desde la

práctica, se haga a partir de conceptos básicos que ayuden a responder preguntas como ¿qué es el derecho?, ¿qué fines busca el derecho?, ¿qué funciones cumple el derecho?, ¿cómo se interpreta el derecho?, entre otras. Y si se reconoce, como se debe hacer, que el derecho es un objeto cultural resultante de las diferentes relaciones y tensiones sociales, el razonamiento jurídico debe estar vinculado, inescindiblemente, al particular contexto en el que se desarrolla.

No es posible aspirar a un estudio comprensivo del fenómeno normativo, al margen del conocimiento de las particularidades del contexto en el cual tiene origen y fin. Como objeto social, económico y cultural, el estudio del derecho no puede apartarse del marco de las diferentes relaciones de poder que impone un modelo político específico. En este orden de ideas, no será lo mismo hablar de derecho en un modelo de Estado liberal, que en un modelo de Estado social de derecho.<sup>2</sup> Precisamente allí radica uno de los principales problemas en la enseñanza del derecho: no se han reconocido los elementos básicos que configuran el razonamiento jurídico, a la luz del particular modelo político de Estado social colombiano y, en su lugar, se han trasplantado teorías foráneas de innegable importancia, pero formuladas en contextos diversos a los nuestros.<sup>3</sup>

Es fácil advertir el poco interés que se le ha prestado al estudio del razonamiento jurídico en el Estado social de derecho. Basta ver en un gran número de estudiantes de pregrado y de formación avanzada la noción de derecho que poseen, que es sombra de los postulados racionalistas de finales del siglo XVIII. Los conceptos de norma, ordenamiento jurídico, interpretación jurídica y fuentes de derecho se explican en clave demoliberal: estructura lógica de la norma jurídica, aplicación lógica de la norma a través de la subsunción, plenitud hermética del ordenamiento, analogía y cláusulas generales de exclusión para la superación de lagunas (lo que no está expresamente prohibido está implícitamente permitido, o lo que no está expresamente permitido está implícitamente prohibido), solución de los conflictos de normas a través de las reglas técnicas de precedencia que emplean los criterios cronológico, especialidad y jerárquico, la jerarquización de fuentes, etc.

---

<sup>2</sup> Afirma Prieto Sanchís (2005) respecto de la influencia del modelo político en la configuración del sistema de fuentes: “[...] el sistema de fuentes aparece condicionado por la propia forma que adopte la organización estatal. Así, la revolución liberal de finales del siglo XVIII daría lugar a dos modelos políticos que se corresponden con dos sistemas de fuentes. En Estados Unidos, donde desde sus comienzos se asienta la concepción de Locke que invita a diferenciar claramente entre derechos naturales y gobierno, entre representantes y representados, se forjará un sistema de supremacía constitucional y de riguroso control judicial incluso sobre la ley. En cambio, en Francia, donde se afirma la idea de soberanía indivisible del pueblo (muy pronto del Estado) y la concepción rousseauiana de la ley como expresión de la voluntad general, el esquema de fuentes prescindirá hasta época reciente de la idea de Constitución y de control judicial: todo el sistema gira en torno a la ley”. (p. 160)

<sup>3</sup> Sobre esta adaptación, es de gran importancia el análisis que realiza el profesor López (2004) en su libro *La Teoría Impura del Derecho*.

Nuestra cultura jurídica santanderista, atada a la ley y convencida de que los cambios sociales se logran a través de la sola incorporación de textos normativos,<sup>4</sup> ha promovido una debacle que aún no se ha advertido: la desconfianza profunda en el derecho y en los operadores jurídicos, que repercute en el debilitamiento del Estado social de derecho. Lo más grave es que esa desconfianza ha sido alimentada por quienes nos dedicamos a la enseñanza del derecho. Algunos académicos hablan hasta la saciedad —en términos que hacen honor a su pretensión de pertenecer a un selecto grupo de intelectuales— de la crisis de la justicia, de la crisis social, de la crisis económica, de la crisis de la democracia, de cientos de crisis, pero bajan el tono cuando se trata de analizar la crisis de la educación y la necesidad de un razonamiento jurídico acorde al Estado social y constitucional de derecho.

La constituyente de 1991 adoptó, con gran esfuerzo y loable labor, un modelo político y jurídico encaminado a la promoción del Estado social de derecho, pero es evidente que nuestras facultades no han proporcionado, en este cuarto de siglo, los medios necesarios para lograr las transformaciones en las mentes de quienes están llamados a materializar sus postulados. Aún se observa una actitud reticente al momento de hablar de temas que deberían ser aceptados por simple sentido común: la constitucionalización del derecho,<sup>5</sup> la transformación de la teoría general del derecho, las relaciones de horizontalidad entre la administración y los administrados (apenas recientemente se logró un cambio a través de la Ley 1437 de 2011), y, para el caso que nos ocupa, la incorporación de los principios jurídicos como las principales normas del ordenamiento jurídico en el Estado social de derecho colombiano, pasando de ser considerados criterios auxiliares de la actividad judicial a considerarse criterios de validez de las restantes normas, límites al ejercicio del poder (criterios de legitimación racional) y fundamento de los derechos fundamentales.

No es exagerado afirmar que uno de los principales obstáculos que ha impedido la materialización de los postulados del Estado social de derecho es la presencia de docentes que no han (no hemos) podido cumplir con la mínima labor de ajuste o adaptación de los conceptos jurídicos demoliberales, a la luz de las exigencias del Estado social y constitucional de derecho. Es innegable la importancia de la enseñanza de autores trascendentales como Kelsen, García Máynes, Bobbio, Hart, Alchourrón y Bouligyn, Dworkin y Alexy, entre muchos más, pero estéril sería hacerlo al margen del contexto de nuestro Estado social de derecho.

Se ha olvidado que una aproximación al estudio del derecho desde las tradicionales propuestas iusnaturalistas, iuspositivistas o realistas es claramente insuficiente. Esto lo ad-

---

<sup>4</sup> Un ejemplo del exceso de confianza en la capacidad de los textos normativos para la transformación social es el estudio histórico elaborado por el profesor Botero Bernal (2013), en el que demuestra esa tendencia desde que nacimos como país.

<sup>5</sup> Se asume la idea de que el mejor e insuperable instrumento para la constitucionalización del derecho está representado por los principios, por ser todos ellos constitucionales, ya formal, ya materialmente.

vierten con claridad Bobbio,<sup>6</sup> Ferrajoli<sup>7</sup> y Habermas.<sup>8</sup> Algunas de las principales discusiones jurídicas son consecuencia de las constantes tensiones entre el ser y el deber ser,<sup>9</sup> entre la moral y el derecho, entre la seguridad y la justicia, entre el monismo y el dualismo metódico.<sup>10</sup> En medio de esas fricciones, se reconoce la incapacidad de cada una de las escuelas del pensamiento jurídico para dar cuenta del sinnúmero de problemas que afronta un estudio del derecho, tanto del derecho que *debe ser* como del derecho que *es*.<sup>11</sup>

En conclusión, el estudio del derecho debe partir del reconocimiento de las circunstancias especiales del contexto político y social sobre el cual va a tener lugar su creación, aplicación y extinción que, para el caso colombiano, es el modelo del Estado social y constitucional de derecho.

---

<sup>6</sup> Bobbio (1991a) señala: “Esta tripartición de problemas –hace referencia a la validez, la justicia y la eficacia– es hoy generalmente reconocida por los filósofos del derecho y corresponde en parte a la distinción de las tres funciones de la filosofía del derecho (funciones deontológica, ontológica y fenomenológica [...]). Se entiende que esta distinción de problemas no se debe concebir como una separación en compartimentos estancos. Quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener en cuenta que ella es parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida los hombres asociados” (pp. 38-39).

<sup>7</sup> Ferrajoli (1998) expresa: “la hipótesis de trabajo que propongo es que la teoría del derecho puede configurarse como un sistema de conceptos y de proposiciones que, precisamente debido a su carácter formal, admite una triple interpretación semántica: a) la interpretación empírica que resulta del análisis de las normas jurídicas, tal como lo desarrolla la dogmática jurídica; b) la interpretación empírica que resulta de la investigación sobre los comportamientos regulados por las normas, tal como la desarrolla la sociología del derecho; c) la interpretación axiológica expresada por la valoración y la proyección del derecho, tal como lo propone la filosofía política” (p. 31).

<sup>8</sup> Señala Habermas (1998): “La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista epistemológicos” (p. 68). Igualmente, critica el iusnaturalismo por el reduccionismo del derecho a la justicia, solo lo que es justo es derecho. También critica al positivismo por reducir el derecho a la legalidad, por lo que es necesario una noción de derecho discursivo, argumentativo-racional, en la que la legitimidad sea el resultado de la participación de todos, al menos los que puedan resultar afectados, en la configuración de las decisiones, bajo una discusión abierta, igualitaria, soportada en argumentos racionales y en la búsqueda del consenso. Su propósito claramente lo expresa con estas palabras: “Lo que en este contexto me importa es la elaboración de un planteamiento reconstructivo que haga suyas ambas perspectivas: la de una teoría sociológica del derecho y la de una teoría filosófica de la justicia” (Habermas, 1998, p. 69).

<sup>9</sup> Sobre este dualismo, ver Radbruch (1999).

<sup>10</sup> Señala Robles (1988): “La discusión metódica en la actualidad presenta un panorama sumamente complejo y pluralista, que es, sin duda, el reflejo de la sociedad pluralista contemporánea. Se habla incluso de ‘coexistencia de paradigmas’ para indicar que, a diferencia de la historia pasada, caracterizada sobre todo por el predominio de un paradigma o modelo científico, lo que domina la actitud metódica en nuestros días es precisamente la ausencia de un modelo epistemológico dominante y, en su lugar, la presencia de un amplio y variado pluralismo metódico” (p. 137).

<sup>11</sup> Señala Bobbio (1991b): “El iusnaturalismo y el positivismo jurídico, en tanto teorías, están bien lejos de agotar todo el posible campo de las teorías del derecho. Representan dos polos extremos entre los que hay lugar para teorías intermedias” (p. 83).

## 2.3. Transformación de la racionalidad jurídica hacia la razonabilidad, o logros de lo humano, en el Estado social de derecho

El ingreso del modelo político de Estado social y su tarea de procurar una justicia material generó una transformación del razonamiento que aún no se ha asimilado plenamente, en sus aspectos básicos,<sup>12</sup> por parte de académicos y operadores jurisdiccionales. El paso de una racionalidad formal hacia una racionalidad material, la renuncia de la simple forma por la sustancia, la búsqueda permanente por la materialización de los fines del derecho, la prevalencia de los principios sobre la ley, el fortalecimiento de las garantías individuales y el deber de protección de los derechos económicos, sociales y culturales son, entre otros, aspectos que imponen una nueva forma de responder a las preguntas acerca de qué es el derecho, cómo se interpreta, qué funciones cumple, etc.

Como ocurre en muchas facetas de la experiencia humana, son dos los principales aspectos que han impedido los cambios sustanciales que exige el razonamiento jurídico, acorde con el Estado social de derecho: el temor y el desconocimiento, razones ambas que reflejan el más alto grado de ligereza e irresponsabilidad en el cumplimiento de la misión de formar profesionales del derecho. Nuestro sistema de formación está estructuralmente atado a modelos decimonónicos, de un lado, y está rodeado de una cultura jurídica y judicial reacia al cambio, de otro. Para que haya una transformación de la cultura jurídica es necesaria una reforma de los estudios jurídicos, pero no es un tema que dependa solamente de los profesores, transita por aspectos como la vocación y las razones que posee el futuro profesional para el estudio del derecho.

El temor se representa en diferentes formas, unas más o menos justificables: la reticencia a asumir los nuevos cambios que impone una noción de derecho, en conceptos básicos como seguridad jurídica, legalidad, norma, ordenamiento, fuentes del derecho, entre otros; la desconfianza en una constitución que promueve un discurso axiológico a través de los valores, cuyo uso puede conducir a la arbitrariedad,<sup>13</sup> a un hiperconstitucionalismo que des-

---

<sup>12</sup> En términos de López (2004), estos son los principales temas de los que se ha ocupado la “controversia iustéorica en Colombia”, después de la Constitución Política de 1991: “el papel que debe jugar la rama judicial y, muy especialmente, la Corte Constitucional dentro del sistema jurídico y político; la proporción en la que el sistema jurídico está conformado por reglas y principios y, en consecuencia, la validez en la argumentación de mecanismos de subsunción de hechos en reglas o (alternativamente) de ponderación de intereses o derechos en conflicto; la naturaleza de los principios jurídicos (si se acepta su existencia); y, finalmente, la derrotabilidad de reglas legisladas a través de principios y derechos fundamentales” (p. 412).

<sup>13</sup> No se puede asumir, como en ocasiones se ha hecho, que el constitucionalismo se erige en una amenaza para la formulación de una dogmática jurídica; todo lo contrario, como lo indica Ferrajoli (2008) se constituye en el mejor espacio para “recomponer las diferentes fracturas disciplinarias (entre ciencia del derecho, sociología y filosofía) que han marcado la historia de la cultura jurídica moderna” (p. 66).

borda su principal tarea como límite al ejercicio del poder; el temor a una idea de activismo judicial que usurpe las funciones asignadas a otros órganos del poder público.

Atado a ese temor, se encuentra el desconocimiento acerca de lo que se debe entender por “material”, en afirmaciones como “justicia material” o “validez material”. Grave error aceptar pasivamente la existencia de un acuerdo tácito acerca de lo que la sociedad y, en especial, la comunidad académica entiende por “material”. Ha transcurrido un cuarto de siglo en búsqueda de la “justicia material”, pero aún no se sabe qué significa. Dos son los sentidos que se ha otorgado a dicha expresión: uno axiológico y otro jurídico. Desde la perspectiva axiológica, por “material” se ha entendido la necesidad de condicionar toda reflexión jurídica a los valores o normas morales que representan los fines o metas del derecho, y desde la dimensión jurídica por material se ha entendido la obediencia a los principios asumidos como normas jurídicas, que condicionan la validez de las restantes normas del ordenamiento.

No es necesario profundizar en las razones para el rechazo de una noción “material” desde la perspectiva moral. De acuerdo con la acertada opinión de Kelsen y Habermas, el uso de los valores puede convertir el control constitucional en un control en contra de la constitución y del Estado de derecho. La imposible determinación del contenido de los valores,<sup>14</sup> su imposibilidad de ser razones para la acción perentoria (Atienza y Ruiz Manero, 2004),<sup>15</sup> su indeterminación semántica,<sup>16</sup> su carácter eminentemente teleológico o finalístico (Corte Constitucional, T-406, 1992a) son argumentos que impiden el fortalecimiento del Estado de derecho entendido como modelo político, en el que toda expresión de poder debe estar limitada por una norma jurídica.

Situación contraria se presenta cuando por “material” se entiende el conjunto de normas jurídicas prevalentes sobre las restantes normas y, en consecuencia, criterios de validez, límites al ejercicio del poder, fundamento de derechos fundamentales. Esas normas jurídicas son los llamados principios jurídicos o principios de derecho positivo, cuya naturaleza y funciones en el Estado social aún no se comprenden. El desinterés por su estudio ha llevado a que sean asumidos como normas extrasistemáticas, fines que solo sirven de criterios de interpretación, esto es, se asumen los principios como valores, reduciendo el derecho a la moral, con las consecuencias ya advertidas. En conclusión, el paso de la racionalidad formal a la racionalidad práctica o lógica de lo razonable exige tener claridad acerca de los elemen-

---

<sup>14</sup> Se desconoce que la axiología afirma que los valores poseen una estructura compuesta por objetividad, sustancialidad, polaridad y jerarquía, lo que hace difícil hacer de ellos normas jurídicas.

<sup>15</sup> “Cap. IV. Los Valores en el Derecho”.

<sup>16</sup> Carrió (1973) sugiere la expresión “principios de derecho positivo” para hacer referencia a todos los principios que están en el ordenamiento.

tos jurídicos que fungirán de parámetros de evaluación de la razonabilidad de las decisiones: los principios jurídicos (Carrió, 1973) o principios generales del derecho (Bobbio, 1991a).

El estudio del derecho en el Estado social puede asumirse, según la naturaleza de los problemas objeto de estudio, desde dos perspectivas: una interna y otra externa.<sup>17</sup> Desde un punto de vista interno, el estudio del derecho se preocupará principalmente por problemas atinentes a la relación entre las normas (coherencia), a la pretensión de plenitud del ordenamiento jurídico, la jerarquía del ordenamiento. Esta perspectiva es la que generalmente ocupa el interés de la denominada Teoría General del Derecho. El punto de vista externo se preocupa por las relaciones que existen entre el derecho, la sociedad y el poder. A través de este punto de vista, en el estudio del derecho no se puede olvidar que es objeto cultural, y que no puede estar al margen de las diferentes expresiones políticas y/o sociales.

El problema del conocimiento del derecho en el Estado social surge cuando se busca una comprensión del fenómeno normativo desde una sola de esas dimensiones. La academia, en general, y en especial quienes asumen el estudio de la Teoría General del Derecho, en su pretensión de conservar un rigor científico se han preocupado por las relaciones lógicas entre los conceptos, dejando de lado el estudio del derecho como objeto cultural y, en particular, de los principios como objetos culturales axiológico-jurídicos. Así se continúa perpetuando la racionalidad, dejando de lado la razonabilidad.<sup>18</sup>

La ausencia de claridad en la naturaleza del derecho y en la forma de aproximarse a su estudio ha promovido lo que el mismo Kelsen quería evitar: una confusión entre una teoría pura del derecho y la teoría de un derecho puro. La diferencia recae en el sujeto del predicado: la teoría en el primero y el derecho en el segundo. De esa distinción surge, de manera evidente, la conclusión de que, mientras la teoría puede, con ayuda de la lógica deóntica, ser pura, el derecho, en atención a su naturaleza cultural, no puede jamás ser puro.<sup>19</sup>

Un estudio del derecho anclado, de manera excluyente, en alguna de las tres perspectivas que tradicionalmente se han empleado para su comprensión (iuspositivista, iusnaturalista o realista) promueve actitudes que impiden el conocimiento integral del derecho: o se ve como una técnica a la que toda persona que posea conocimiento de la lógica puede acceder, como una herramienta al servicio de los diferentes intereses en pugna en una sociedad o como una concreción de la justicia. La primera huye de temas como la vinculación de la

---

<sup>17</sup> Derecho como norma o derecho como hecho; entre la ciencia del derecho y la sociología del derecho; *law in the books and law in action*; o, en términos de Hart (1963), punto de vista interno y punto de vista externo.

<sup>18</sup> Una distinción entre racionalidad y razonabilidad, *scientia juris* y *juris prudentia*, racionalidad formal y racionalidad material, se puede ver en Zagrebelsky (1997).

<sup>19</sup> Expresa Kelsen (1992): “[...] la teoría pura del derecho es una teoría pura del derecho, no la teoría de un derecho puro como sus críticos han afirmado erróneamente a veces” (p. 32).

moral y la política al derecho, y se centra en el problema de la certeza, la seguridad jurídica y la legalidad formal; la segunda, reduce el derecho a un problema de poder o de eficacia, desconfiando de un estudio del derecho que tenga una pretensión lógica o científica; la tercera, incurre en el problema de reducir el ser al deber ser: solo es derecho lo que sea justo. Validez, justicia y eficacia son tres momentos distintos del mismo fenómeno normativo.<sup>20</sup>

Se debe advertir que ninguna de esas formas de aproximarse al estudio del derecho es más idónea que la otra, son caminos diferentes para conocer algunas de las manifestaciones del derecho. No deben ser asumidas como visiones excluyentes, sino complementarias. El derecho es un sistema que, como muchos otros, debe tener en cuenta tanto las relaciones entre todas sus piezas, como las relaciones con otros sistemas. A modo de ejemplo, el reloj no es tal porque tiene las piezas necesarias para su funcionamiento, sino porque permite la ubicación temporal; el ser humano no es tal por su condición anatómica, sino por su capacidad relacional con otros seres humanos.

Quienes se encuentren familiarizados con la enseñanza de la Teoría General del Derecho podrán consensuar que uno de los principales problemas en el proceso de formación profesional en nuestro contexto social radica en la perpetuación de conceptos y de modelos de enseñanza del derecho propios del siglo XIX, desconociendo los cambios políticos y sociales propios de la incorporación del Estado social de derecho, que presionan una transformación en el razonamiento jurídico. Si por razonamiento jurídico se entiende el conjunto de ideas o conceptos que describen el derecho en su creación, interpretación, aplicación y extinción, es necesario establecer mínimos criterios distintivos entre el razonamiento jurídico del Estado liberal y el del Estado social de derecho. Si el derecho es un objeto cultural, los aspectos políticos, económicos y filosóficos afectan sustancialmente su noción. Se sintetizan esas diferencias en la tabla 2.1:

**Tabla 2.1.** Estado liberal y Estado social y constitucional de derecho

Aspectos	Estado liberal	Estado social y constitucional de derecho
<b>Economía</b>	Propiedad como atributo de la personalidad.	Función social y ecológica de la propiedad.
	No intervencionismo del Estado.	Intervencionismo del Estado.
	Feudalismo-mercantilismo.	Economía solidaria.
	Autonomía de la voluntad.	Límites a la autonomía de la voluntad.

<sup>20</sup> Acerca de la importancia de un enfoque tridimensional del derecho para una integral comprensión del fenómeno jurídico, así como la necesidad de superar las fricciones iusnaturalismo-iuspositivismo, se puede leer: Atienza (1997); Vigo (2004); Aarnio (2000); Goldschmidt (2005); Robles (1988); Nino (1994); Kriele (1980); Peces-Barba (1993); Perelman (1979) y Zagrebelsky (1997).

Aspectos	Estado liberal	Estado social y constitucional de derecho
<b>Política</b>	Voto censitario.	Voto igualitario.
	Soberanía en la nación.	Soberanía popular.
	Democracia representativa.	Democracia directa y participativa.
	Democracia cuantitativa (mayorías).	Respeto por las minorías.
	Desprotección de las minorías.	Separación de poderes con colaboración armónica. Voto como derecho fundamental.
	Separación de poderes con dominio del legislador.	Democracia sustancial.
	Voto como derecho político.	
<b>Filosofía</b>	Democracia procedimental.	
	Iusnaturalismo racionalista.	Pluralismo epistemológico.
	Defensa de las libertades individuales.	Equilibrio entre justicia y seguridad.
	Seguridad jurídica.	Democracia deliberativa.
	Igualdad formal.	Igualdad material.
<b>Derecho</b>	Dogmática jurídica lógico-formal.	Dogmática a partir de la razonabilidad.
	Ley como principal fuente (omnisciencia y omnipotencia del legislador).	Principios jurídicos como principal fuente.
	Validez formal.	Validez material
	Constitución como parámetro político.	Constitución como norma de normas.
	Racionalidad.	Razonabilidad.
	Límites a la discrecionalidad.	Fortalecimiento de la función del juez.
	Inexistencia de control constitucional.	Control constitucional.

*Fuente:* elaboración propia.

Una de las principales tareas a cargo de los docentes es promover en el estudiante un razonamiento jurídico, esto es, enseñarle a pensar como abogado, pero no como cualquier tipo de abogado, sino como uno firmemente comprometido con la protección y promoción del Estado social y constitucional de derecho. No obstante, no se ha resuelto la pregunta acerca de cuáles son los elementos mínimos sobre los que debe pensar el abogado en el Estado social de derecho. Ello alimenta la pervivencia de una noción de derecho que responde a la pretensión demoliberal de convertir el derecho en ciencia, a través del uso de la lógica. No se sabe por qué aún se insiste en un modelo de enseñanza del derecho centrado en la racionalidad, dejando de lado la razonabilidad o logos de lo humano, a pesar de las múltiples voces que advierten sobre la necesidad de su complementación.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Señala Ollero (1996): “Razón y voluntad se dan la mano en la experiencia jurídica y en la reflexión sobre el derecho, al igual que la teoría se funde con la praxis” (p. 501); Zagrebelsky (1997); Pérez Luño (2002); Nino (2001); Recasens Siches (1980); Calsamiglia (1990) y Hernández Gil (1981).

Conceptos como la estructura lógica de la norma, su aplicación lógica, la plenitud hermética del derecho a través de las denominadas reglas generales de exclusión (lo que no está expresamente permitido está implícitamente prohibido, o lo que no está expresamente prohibido está implícitamente permitido), la eliminación de las lagunas de la ley a través de un mecanismo lógico como la analogía, la superación de las antinomias a través de las reglas técnicas de precedencia, la jerarquización del sistema de fuentes del derecho, entre otros aspectos, reflejan claramente una enseñanza del derecho que promueve la lógica y resuelve los problemas internos del sistema jurídico, descuidando su condición de objeto cultural al servicio de la sociedad y la dignidad de la persona humana, sus relaciones con el poder y las consecuencias de esa aplicación lógica en el caso concreto (problemas externos).

Para comprender el problema del estudio de los principios, de su naturaleza y de sus funciones, se puede recordar la respuesta que, en ocasiones, se da a la pregunta por la fórmula química del oxígeno: se indica, inadvertidamente,  $H_2O$ , que corresponde a la fórmula del agua. Ninguna persona objeta el valor del oxígeno para la existencia de la vida, pero pocas veces abordamos el estudio de su fórmula. Con los principios es igual: todos hablan de la necesidad de los principios,<sup>22</sup> pero muy pocos conocen su naturaleza, así como sus funciones y forma de aplicación en un Estado constitucional, lo que conduce a situaciones de arbitrariedad en detrimento de la legitimidad de la función jurisdiccional. Ello debido a que las facultades de derecho no han advertido la importancia de la enseñanza de la principialística, graduando operadores que desconocen aspectos básicos que deben ser tenidos en cuenta al momento de aplicar los principios. La teoría de los principios se constituye en condición para la existencia, fundamentación y legitimidad de todo nuestro sistema jurídico y democrático. Los principios son parte esencial en la vida misma del derecho, son su oxígeno.

Si se entiende el derecho como un objeto cultural, es necesario reconocer que los fenómenos políticos que tienen lugar en la sociedad deben motivar cambios en el razonamiento jurídico. Si el paradigma normativo varió con el paso del Estado liberal al Estado social, lo que representó el tránsito del imperio de la ley al imperio de la constitución política, de un derecho por reglas a un derecho por principios jurídicos, es necesario abordar un estudio de su naturaleza y funciones en el Estado social de derecho. Colombia adoptó una constitución política claramente principial, pero son escasos los trabajos dedicados al estudio de su naturaleza y funciones. Si los principios son normas jurídicas prevalentes a la ley, criterios de validez material, límites al ejercicio del poder, razones de la decisión en las sentencias de las altas corte y fundamento de los derechos fundamentales, es necesario indagar por las razones que han impedido una formación jurídica principial.

---

<sup>22</sup> Para estudiar la necesidad y naturaleza de los principios, véase Valencia (2007), capítulo 3º y capítulo 4º.

El razonamiento jurídico del Estado social se debe soportar en los principios jurídicos, por lo que la comprensión de su naturaleza y funciones (concreción de valores, criterios de validez material, límites al ejercicio del poder) no puede depender del particular camino que elija quien asume su estudio (el iusnaturalismo o el iuspositivismo), sino del contexto social y político en el cual se inscriben.<sup>23</sup> En otros términos, el estudio de los principios está atado a dos aspectos fundamentales: a) la mayor o menor legitimidad del legislador en un contexto determinado; b) la mayor o menor preocupación por limitar el ejercicio del poder. Cuanto mayor sea la legitimidad del legislador y menor la preocupación por limitar el ejercicio del poder, poca importancia tendrán los principios; cuanto mayor sea la desconfianza en el legislador y mayor el deseo por limitar su potestad de configuración, mayor será la importancia de los principios.

En Colombia se ha reconocido que los principios son normas jurídicas prevalentes, que determinan la validez de las restantes normas, que fungen de criterios de casación, límites al ejercicio del poder y *ratio decidendi* de las decisiones de las altas cortes. No obstante, al momento de su enseñanza se acude a cánones que corresponden al Estado liberal (estructura lógica y aplicación subsuntiva), descuidando el estudio de los principios. Es necesario construir una noción de norma que sea coherente con el Estado social de derecho.

## 2.4. La noción de norma jurídica en el Estado social de derecho

Hace un cuarto de siglo entró en vigencia el Estado social de derecho, en el que los principios adquieren “importancia excepcional” (Corte Constitucional, T-406, 1992a) y se erigen en su paradigma normativo, de la misma manera que lo fue la ley en el Estado liberal, pero aún se enseña en las clases de Teoría del Derecho (que son más de Introducción al Derecho) una noción de norma jurídica que excluye el estudio de los principios. Norma es igual a regla que se aplica a través de la subsunción silogística, de manera perentoria,<sup>24</sup> del todo o nada, y como ejemplo se repite, mecánicamente y sin advertir el enorme daño que se les hace a los futuros abogados, el manido ejemplo del tipo penal del homicidio “El que matare a otro tendrá una pena de x años”. Juan mató a Pedro (ni siquiera han podido cambiar los nombres), en consecuencia, Juan tendrá la pena x.

---

<sup>23</sup> Señala Zagrebelsky (1997): “El contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte” (p. 124).

<sup>24</sup> Señala Alexy (1993): “las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos” (p. 87). A su vez, sostiene Dworkin (1984): “Las normas –entiéndase reglas– son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión” (p. 75).

Es paradójico que la principal herramienta de trabajo de todos los abogados sean las normas jurídicas, pero pocos asumen la idea de normas acorde al contexto del Estado social de derecho, en tanto que replican una idea racional de norma entendida como un enunciado que posee una estructura lógica de supuesto de hecho, cópula y consecuencia, y que se aplica a través de un proceso de subsunción. La culpa no es de ellos, sino de una academia que ha sido irresponsable en el proceso de formación de los futuros profesionales del derecho.

Aún se advierte la enseñanza, a niveles de pregrado y postgrado, de una noción de norma que corresponde al razonamiento lógico del Estado liberal decimonónico y que se podría sintetizar, en términos sencillos, como un enunciado prescriptivo creado por un órgano competente, que posee una estructura lógica de supuesto de hecho, cópula y consecuencia, suministrando como ejemplo de norma la cláusula: quien matare a otro tendrá una pena de x años. Se enseña: el supuesto de hecho es “el que matare a otro”, la cópula y operador deóntico es “tendrá” y la consecuencia jurídica “una pena “. Con esa noción de norma se da origen a los siguientes problemas, que afectan la formación de un razonamiento jurídico acorde al Estado social de derecho:

1. Se promueve una noción de derecho conformado a partir de las normas tipo regla, dejando de lado las normas tipo principio.
2. Se promueve, desde los inicios del proceso de formación profesional, un razonamiento lógico formal que no permite advertir la importancia del logos de lo humano o de la lógica de lo razonable.
3. Se alimenta la idea de que todo razonamiento jurídico opera de la misma manera en la que se desarrolla el razonamiento jurídico-penal, olvidando que la legalidad en el derecho penal, entendida como tipicidad, funge de garantía frente al *ius puniendi* del Estado, muy distinto a la noción de legalidad en el derecho administrativo, ambiental, de familia, etc. Esto es, se enseña a los estudiantes de derecho a pensar lógicamente sin atender a las razones de ese pensamiento y la necesidad de adaptarlo según las circunstancias o el área del derecho.
4. Con esa noción de norma se elimina la distinción entre enunciado y norma, entendido aquel, en términos lingüísticos, como el significante, y esta como el significado, reduciendo el derecho solo a textos, olvidando que cada uno de sus significados puede ser una norma.
5. Con la indistinción entre enunciado y norma, a través de una idea de derecho que se reduce a un conjunto de enunciados que se aplican lógicamente, se desconoce la importancia de la interpretación y de la argumentación al momento de aplicar los mismos. Ello se refleja en la actitud apática de los estudiantes de pregrado frente a las materias

de Hermenéutica Jurídica y Argumentación, consideradas “rellenos” con frases como “para qué interpretar si el texto es claro”. Se debe advertir que el ingreso de la argumentación en el derecho, como “nueva” metodología, requiere una transformación cultural que tendrá éxito solo con una reingeniería del modelo educativo.

6. Esa idea de norma reduce el derecho a reglas y asume los principios como criterios auxiliares, normas extrasistemáticas, mandatos de optimización que se aplican de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas.<sup>25</sup> Pero: ¿acaso las reglas no se aplican de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas? Una cosa es que una regla, en atención a su estructura, se aplique del todo o nada, y otra muy distinta que esté llamada o tenga vocación de ser aplicada del todo o nada. Bajo una lógica de lo razonable propia del Estado social, ninguna norma puede ser aplicada del todo o nada. Quienes asumen esa noción de principios los ubican en el último peldaño dentro de una versión de fuentes del derecho que insiste en su jerarquización, en lugar de dar paso a la coordinación, como efecto del tránsito de la primacía del legislador a la colaboración armónica entre los poderes públicos. Esa noción de norma promueve un razonamiento lógico que sustituye la labor del jurista, de adecuar el derecho a la realidad social por la del técnico, a la que le basta encajar los hechos en el enunciado.

La noción de norma jurídica que se enseña a los estudiantes desde Introducción al Derecho (que dista, se insiste, de ser una Teoría General del Derecho) no corresponde a la noción de norma que exige el Estado social de derecho. Regularmente, en la materia no se ofrecen los elementos necesarios para la determinación de las características de la norma jurídica principal, en tanto que se ciñe a la noción demoliberal racionalista que reduce la norma a un enunciado, con una estructura lógica tipo regla. Esa labor se ha dejado en manos de los docentes de Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional que, hay que decirlo, no han podido determinar lo que son los principios jurídicos en el Estado social de derecho colombiano. Aquellos, en tanto que explican los principios con ayuda de las propuestas de Hart, Dworkin, Alexy, etc., claramente insuficientes a la luz de nuestros requerimientos políticos y sociales; los segundos, por cuanto desconocen dos aspectos fundamentales: a)

---

<sup>25</sup> Al momento de distinguir principios de reglas, señala Alexy (1993): “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas” (p. 86). Resulta ser más profunda la distinción entre principios y reglas presentada por Atienza y Ruiz Manero (2004), al señalar, con relación a la función de los principios en el razonamiento jurídico, que pueden ser menos que las reglas (no permiten ahorrar tiempo al momento de decidir un curso de acción y son menos concluyentes que las reglas), y los principios son más que las reglas porque tienen un mayor poder justificativo y poseen una mayor fuerza expansiva (en ellos se fusiona una dimensión directiva y valorativa que no se encuentra en las reglas).

la voluntad del constituyente de hacer de los principios las más importantes normas del ordenamiento, y b) la presencia de una constitución política que reconoce principios que gobiernan importantes áreas del derecho (principios del derecho del trabajo, principios de la seguridad social, principios de la función pública, principios del derecho tributario, principios del derecho procesal, etc.).

En consecuencia, muchos de quienes asumen la enseñanza de los principios, de su naturaleza y funciones, adoptan una actitud formalista, en tanto que se ciñen al texto del artículo 230 de la Constitución Política (C.P.) para explicar que son criterios auxiliares, idea que se apoya en la Sentencia C-083 (Corte Constitucional, 1995), que se erige en el más grande obstáculo para el desarrollo de una teoría principial a la luz del Estado social de derecho, por cuanto señala que los principios son normas morales o extrasistemáticas.<sup>26</sup> Van treinta años de vigencia de la C.P. de 1991 y el formalismo jurídico que afectó la legitimidad de la función jurisdiccional es el mismo que sirve de causa de la actual crisis de la administración de justicia;<sup>27</sup> en su momento era el formalismo legal, ahora es el formalismo constitucional. Se puede concluir que ni con la doctrina a la que está familiarizada nuestra academia, ni con la jurisprudencia de la Corte Constitucional es posible construir una noción de norma y de principio jurídico acorde con el Estado social de derecho colombiano.

## 2.5. El razonamiento principial en el posconflicto

Se indicó al inicio que el derecho se puede analizar desde dos perspectivas: una interna y otra externa. Ya aludimos a una idea de principios como normas jurídicas prevalentes, criterios de validez material, principales normas del ordenamiento jurídico. Ahora es necesario entender los principios jurídicos desde una perspectiva externa, con relación al contexto, a los problemas sociales y políticos. Desde este punto de vista, encontramos que los principios ejercen una relevante función política: son los elementos más relevantes del ordenamiento jurídico a través de los cuales es posible establecer límites al ejercicio de toda expresión de poder, esto es, en la noción de legitimación racional ejercen una función legitimadora que en el Estado liberal desempeñaba la ley.<sup>28</sup> Es necesario un razonamiento principial<sup>29</sup> en defensa

---

<sup>26</sup> Remitimos al lector a nuestro texto “Los principios generales del derecho en el artículo 230 de la Constitución Política ¿normas morales o normas jurídicas?” (Estrada, 2016a).

<sup>27</sup> Con agudeza crítica, Botero Bernal (2017) señala que el modelo jurídico prometido por la Constitución Política de 1991 no nos llegó; antes bien, el sistema tradicional, el establecimiento, cambió la Constitución para que no lo cambiase.

<sup>28</sup> Se recomienda la lectura del capítulo IV, “Los principios jurídicos como criterio material de legitimación y expresión de la soberanía jurídica del poder constituyente”, de Estrada (2011).

<sup>29</sup> De gran importancia resaltar las dimensiones explicativa, justificativa y legitimadora de los principios señaladas por Atienza y Ruiz Manero (2004).

del Estado social de derecho, que reduzca la posibilidad de que el derecho sea empleado como una herramienta de opresión social, generadora de nuevos conflictos.

Un abogado que reduzca el derecho a simples formas, ajeno a las consecuencias sociales de la aplicación de la norma, desentendido de los procesos de creación del derecho, apático frente a su estudio, desconocedor de las transformaciones del razonamiento jurídico con el ingreso del Estado social y constitucional de derecho (de la racionalidad a la razonabilidad), se constituye en una de las principales y peores causas generadoras de violencia. El desconocimiento de la noción de norma puede convertir al derecho en una herramienta para la afectación de las garantías individuales. No hay peor atentado contra la legitimidad del Estado de derecho que una noción de norma que ignore los principios jurídicos.

Existe una realidad a la que se le ha dado la espalda en este cuarto de siglo: las facultades de derecho, en especial los docentes que se dedican a la enseñanza de Teoría del Derecho o de Derecho Constitucional, no han promovido, por regla general, una constitucionalización del derecho en tanto que continúan replicando categorías propias del Estado liberal al momento de explicar la noción de norma y de principios jurídicos; continúan atadas a una forma de pensar el derecho racional que prescinde de criterios de razonabilidad. Han sido insuficientes los esfuerzos de la academia durante el último cuarto de siglo, para promover un razonamiento jurídico acorde a la Constitución Política de 1991. Ahora, con miras a la generación de condiciones sociales e institucionales que permitan la superación del conflicto armado y evitar la germinación de otros, es necesario incentivar un razonamiento principal que asuma los principios jurídicos, como concreción de valores, límites al ejercicio del poder, fundamento de derechos fundamentales y criterios de validez de las restantes normas del ordenamiento.

No ayuda a ese propósito la supresión de materias como Sociología, Filosofía del Derecho<sup>30</sup> y Ciencias Políticas, necesarias para la comprensión del núcleo del derecho y de sus funciones esenciales. Tampoco la sustitución de la enseñanza de Teoría General del Derecho por una Introducción al Derecho, que no es otra cosa que el cambio de una actitud analítica, crítica y reflexiva, por una simplemente descriptiva; sin contar con otros factores, como la burocratización del conocimiento que lleva a la supresión de lo importante para dar paso a lo urgente, la exagerada formalización tanto del derecho como de los procesos de enseñanza y la mercantilización salvaje de la educación en derecho.

Hay una realidad que permanece oculta por obra de quienes se dedican a la enseñanza del derecho o a la administración de la educación: las facultades se han convertido en espacios para la producción de técnicos del derecho, más que para la formación de juristas

---

<sup>30</sup> Señala Ollero (1996): “Sólo el jurista que ejerza, conscientemente, de filósofo del derecho podrá mantenerse a cubierto de una ciega instrumentalización disfrazada de tecnicismo” (p. 503).

integrales, robando la ilusión de quienes se aproximan a ellas con el propósito de satisfacer su deseo de justicia y cambio social a través del derecho, entendido como herramienta para el logro de esos fines supremos. Los abogados no leen ni hacen filosofía ni teoría del derecho, pero pretenden tener la legitimidad para responder a preguntas como qué es el derecho y para qué sirve. Es la misma imagen de quien desea llegar a unos Juegos Olímpicos sin entrenar, o ser un buen escritor sin saber leer. En otro espacio se denunció:

Las conocidas en nuestras universidades como “ciencias humanas”, dan la espalda a la humanidad. La realidad social que les sirve de sustento es cada vez más desconocida y todo ello ocurre bajo la indiferencia de cierta concepción de academia que se conforma con publicar en revistas indexadas, con formar para la obediencia ciega del texto de la norma y con cumplir de manera engañosa con los parámetros mínimos de calidad. Se vive una real civilización académica del espectáculo. La universidad, siempre generalizando, no está cumpliendo con sus propósitos de ser gestora del cambio. No funge de centro de pensamiento del cual brote el conocimiento necesario que requieren los ciudadanos para la adopción de las mejores decisiones que ayuden a la transformación social y al fortalecimiento de la democracia [...]. El constituyente fue claro al señalar el papel de los principios jurídicos como criterios de validez material, la jurisprudencia es cada vez más enfática al destacar su importancia, el mismo legislador les otorga el carácter de normas prevalentes, pero la academia no ha ajustado sus currículos a pesar de haber transcurrido casi 25 años de la que parece ser, todavía en razón a su desconocimiento, una nueva Constitución Política (Estrada, 2016b).<sup>31</sup>

Un cuarto de siglo no ha sido suficiente para advertir la necesidad de un razonamiento jurídico preocupado más por la persona que por la coherencia entre normas. No ha sido posible, a pesar de su fuerza incontenible y argumentos evidentes, reconocer la importancia de los principios jurídicos. El constituyente los erigió como herramientas encaminadas a evitar los desmanes de la función jurisdiccional y como límites al ejercicio del poder punitivo del Estado, algunas de las más importantes leyes los consagran como normas prevalentes, en algunas sentencias de la Corte Constitucional se resalta la importancia de los principios como criterios de constitucionalidad, pero al operador jurídico aún le genera temor al prevaricato su aplicación. La razón de ese temor es resultado de la ausencia de reflexiones acerca de la naturaleza y funciones de los principios en el Estado social de derecho.

Debe reiterarse que si se asumen los principios en el Estado social de derecho como las más importantes normas jurídicas que limitan el ejercicio del poder no pueden ser conside-

---

<sup>31</sup> Sobre las omisiones y tareas de las universidades, en general, y de las facultades de derecho, en particular, se recomienda la lectura de Mendoza (2014) y la crítica de Nussbaum (2010) a la falta de reflexiones humanistas en las facultades de derecho.

rados criterios extrasistemáticos o auxiliares. En el Estado social de derecho toda expresión de poder será legítima en tanto que respete los principios jurídicos.

Si el órgano legislativo ejerce una función legislativa respetuosa de las tareas básicas como representante de la voluntad general, no habrá necesidad de pensar en limitarla, pero si la realidad demuestra una crisis del imperio de la ley —debido a problemas como ausentismo, congestión de la actividad legislativa que genera el hundimiento de importantes proyectos de ley, parapolítica, ausencia de voluntad legislativa en la reglamentación de importantes temas como el matrimonio, la eutanasia, la objeción de conciencia, entre otros— se genera, en términos jurídicos, la necesidad de un control a partir de los principios entendidos como normas que deben limitar el ejercicio de la actividad legislativa. Pero con los principios no solo se limita el poder del órgano legislativo, también se impiden los “desmanes” de la función jurisdiccional, como claramente lo señaló el expresidente de la Asamblea Nacional Constituyente: “Hemos aprobado principios jurídicos que no solo hacen más eficaz la administración de justicia, sino que la vuelven confiable, porque con ellos impediremos sus desmanes” (Gómez, 1991, p. 35).

Las siguientes son algunas de las razones que exigen un razonamiento jurídico, a partir de los principios jurídicos en defensa del Estado social de derecho y de la promoción de un orden justo en el postconflicto:

- a. La voluntad del constituyente de hacer de ellos límites al ejercicio del poder y, en especial, medios de control a la función jurisdiccional (Gómez, 1991).
- b. El reconocimiento de su carácter de normas jurídicas que determinan la validez de las restantes normas del ordenamiento (Corte Constitucional, T-406, 1992a).
- c. El reconocimiento de su carácter de normas cuya violación puede devenir en una causal de casación (Corte Suprema de Justicia, 2009).
- d. La concreción de la moral administrativa en los principios jurídicos (Consejo de Estado, 2007).
- e. El reconocimiento, por parte del mismo legislador, de los principios como normas jurídicas prevalentes sobre las restantes normas del ordenamiento.
- f. El conocido programa Tuning para América Latina, cuyos propósitos eran modernizar la enseñanza del derecho y promover un modelo de calidad de la enseñanza y aprendizaje del derecho, incorpora como una de las competencias básicas “conocer, interpretar y aplicar los principios generales del Derecho y del ordenamiento jurídico” (Tuning América Latina, 2014, p.113-124).

A pesar de la importancia de los principios para el razonamiento jurídico que se debe desarrollar en el Estado social de derecho, se advierte un claro desconocimiento de su natu-

raleza y funciones. Miremos un ejemplo: un juez inaplicó una ley que había sido declarada exequible por la Corte Constitucional, a través de lo que denominó *excepción de prevalencia principal*, con el objeto de dar paso a los principios rectores del Derecho Penal que, en un caso concreto, eran desconocidos por dicha ley. Frente a esa decisión señaló el Tribunal Superior de Medellín en segunda instancia:

Con preocupación se observa la liviandad con que la primera instancia asumió la decisión de este caso exponiendo una extravagante y confusa argumentación que tuvo como única finalidad desconocer de manera flagrante una sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional [...] como insólitamente lo entendió el juez de primera instancia [...] resulta un verdadero sinsentido jurídico el planteamiento del juez a quo [...] creó un nuevo parámetro de validez normativo (Tribunal Superior de Medellín). Con esas apreciaciones de un Tribunal Superior pocos jueces se atreverían a aplicar un principio jurídico, a pesar de ser normas prevalentes, criterios de validez, límites al poder jurisdiccional y fundamento de los derechos fundamentales. A pesar de ese obstáculo, se debe resaltar la valerosa actitud del juez de primera instancia, quien aplicó en otro caso el mismo razonamiento con ayuda de la Excepción de Principialidad.<sup>32</sup>

Es necesario señalar algunas razones que han impedido la incorporación de los principios al razonamiento jurídico, y el desconocimiento de estos como normas prevalentes que fungen de criterios de validez material, límites al ejercicio del poder o criterios de legitimación racional, fundamento de los derechos fundamentales y principales fuentes del derecho:

- a. La promoción de los estudios jurídicos a partir de propuestas, sin duda muy importantes, pero elaboradas al margen de las específicas circunstancias del contexto del Estado social de derecho colombiano. Alexy, con su noción de principios como mandatos de optimización, y Dworkin, con la idea de principios como estándares que se refieren al ámbito moral, poca ayuda prestan al reconocimiento de los principios como principales normas del ordenamiento jurídico.<sup>33</sup> Los más destacados referentes teóricos con relación a la noción de principios, Dworkin (1984) y Alexy (1993), si bien realizan aportes de invaluable importancia a la teoría de principios desde la filosofía del derecho no positivista o desde la teoría de los derechos fundamentales, respectivamente, distan de ser coherentes con el contexto del Estado social de derecho colombiano. La

---

<sup>32</sup> Este mecanismo de control constitucional principal lo explico en el texto del mismo nombre, *La excepción de principialidad* (Estrada, 2000).

<sup>33</sup> Nos atrevemos a afirmar que tres de los textos más importantes para la comprensión de los principios de manera *desworkinizada* y *desalexinizada*, son: *Las piezas del derecho*, *Principios y positivismo jurídico*, y la crítica formulada por Ferrajoli (2011), por su contribución al “debilitamiento de la fuerza vinculante de las principales normas constitucionales constitutivas” (p. 554). En el contexto colombiano, un texto que ayuda a una teoría emancipadora de los principios es el del insigne profesor Valencia (2007), *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*.

teoría de principios de Dworkin es valorativa y justificativa “dirigida a una cultura jurídica en particular”, que es, por lo general, la del autor, en su caso, “la del Derecho anglo-norteamericano” (Rodríguez, 1997). A su vez, Alexy no tiene como principal interés formular una teoría general de las normas jurídicas, sino una teoría de las normas constitucionales que sirven de fundamento a los derechos fundamentales.

Ambos autores confieren mayor importancia al problema de la solución del conflicto de principios, asumiéndolos como normas que se aplican solo en la dimensión del peso, o a modo de mandatos de optimización, descuidando, a nuestro parecer, dos aspectos fundamentales: a) en el Estado social de derecho no se puede afirmar que las reglas se aplican del modo disyuntivo o “todo o nada”, y los principios como mandatos de optimización, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, en tanto que toda norma jurídica, regla y principio debe tener en cuenta al momento de su aplicación las posibilidades o limitaciones fácticas y jurídicas que ofrece el caso específico; b) todos los principios, en tanto que norma materialmente constitucionales, no solo son mandatos de optimización, sino además normas jurídicas prevalentes, de aplicación directa, criterios de validez y límites al ejercicio del poder.

- b. La ausencia de estudios dedicados a la noción de seguridad jurídica y de legalidad, y sus diferencias en el Estado liberal y el Estado social de derecho. Si los abogados no comprenden las relaciones de la seguridad jurídica con la justicia material en el Estado social, y el paso de la legalidad a la juridicidad, es imposible hablar de principios jurídicos como normas jurídicas prevalentes.
- c. La generalizada enseñanza de una teoría de la norma jurídica que promueve un modelo de derecho, tipo reglas propias del Estado liberal y su aplicación lógica o subsuntiva, desconociendo otros instrumentos para aplicar una norma general diferentes a la subsunción, el silogismo y la deducción.
- d. La enunciación, en el artículo 230 de la C.P., de los principios como criterios auxiliares.<sup>34</sup>
- e. La definición de principios como normas extrasistemáticas realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-083 de 1995 (Corte Constitucional, 1995), en la que se interpreta la expresión “principios generales del derecho” en el artículo 230 de la C.P., noción de principios que se reitera en la C-284 de 2015 (Corte Constitucional, 2015).<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> “Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (Justicia Colombia, s.f.).

<sup>35</sup> Una de las más importantes definiciones de principios la ofrece el profesor Valencia (2007) en los siguientes términos: “norma jurídica, fundamental, imperativa, universal, tópica, axiológica, explícita o implícitamente positiva, que sirve para crear, interpretar e integrar el ordenamiento” (p. 65). A esas funciones adicionamos las siguientes: criterios de validez material, fundamento de derechos fundamentales, límites al ejercicio del poder.

- f. La enseñanza de los principios en clave iusprivatista a través de su artículo 4 de la Ley 153 de 1887.<sup>36</sup>
- g. El desconocimiento de la Sentencia C-335 (Corte Constitucional, 2008), que explica lo que se debe entender por ley en el tipo penal del prevaricato. De su lectura se deduce que nunca puede existir prevaricato al momento de aplicar principios en tanto que forman parte del ordenamiento jurídico.
- h. La confusión entre principios y valores, lo que lleva a que normas jurídicas sean asumidas como normas morales, o viceversa, las normas morales (valores) sean consideradas normas jurídicas, tal como lo hace la Corte Constitucional al momento de explicar el poder vinculante del preámbulo en la Sentencia C-479 (Corte Constitucional, 1992b).<sup>37</sup>

## 2.6. Conclusiones

A modo de propuesta:

En una oportunidad (Estrada, 2010), se formularon algunas sugerencias dirigidas al conocimiento de los principios jurídicos como principales normas del Estado social de derecho, y a la promoción de un razonamiento jurídico principal. Por su importancia, se insiste en ellas: a) se debe distinguir entre principios morales (principios de derecho natural) y principios jurídicos; b) hay que superar el pluralismo semántico (como lo sugiere Carrió, basta con llamarlos principios jurídicos); c) se requiere distinguir en la Constitución Política los enunciados políticos, axiológicos y jurídicos; d) se debe interpretar el artículo 230 de la C.P. como referencia a una de las funciones de los principios, no a la única, ni a la más importante;<sup>38</sup> e) es importante hacer una revisión crítica de la Sentencia C-083 de 1995, en la que se confunden principios jurídicos y principios morales (extrasistemáticos);<sup>39</sup> f) hay que analizar la existencia o no de diferencias entre los principios generales del derecho y los principios constitucionales;<sup>40</sup> g) se debe superar el estudio de los principios desde una perspectiva iusprivatista, a partir del artículo 4 de la Ley 153 de 1887, en tanto que allí se hace referencia

<sup>36</sup> “Artículo 4. Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Presidencia de la República, 1887).

<sup>37</sup> Se remite al lector a nuestro artículo “De la jerarquización filosófica de los valores a la coordinación jurídica de los principios” (Estrada, 2004/2005).

<sup>38</sup> La misma Corte Constitucional ha señalado, citando a Bobbio, que los principios pertenecen al bloque de constitucionalidad y cumplen con varias funciones, entre ellas, “limitar la validez de las regulaciones subordinadas”. (Corte Constitucional, 2003).

<sup>39</sup> Sobre este punto, se remite al lector a nuestro artículo Estrada (2016).

<sup>40</sup> A nuestro criterio, todos los principios son constitucionales, al menos materialmente.

solo a los principios de derecho natural; i) hay que *desworkinizar* y *desalexinizar*<sup>41</sup> la teoría de principios; j) se debe superar la creencia de que rechazando la teoría de principios jurídicos se defiende un iuspositivismo que, al mismo tiempo, los reconoce; k) hay que diferenciar entre los conceptos de principio y valor; l) se debe promover una teoría de las fuentes del derecho acorde al contexto del Estado constitucional.

Finalmente, solo cuando académicos, estudiantes, facultades de derecho, abogados litigantes, funcionarios jurisdiccionales y administrativos sumemos esfuerzos en la construcción de un derecho acorde a las exigencias del Estado social, preocupado por la dignidad de la persona y el fortalecimiento de la democracia, será posible reducir la inequidad social y ayudar de manera eficaz a la superación del conflicto social.

## 2.7. Referencias

- Aarnio, A. (2000). *Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre filosofía del derecho* (2ª ed.) (P. Larrañaga, trad.). Fontamara.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés, trad.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. (1997). *Derecho y argumentación*. Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2004). *Las piezas del derecho* (2ª ed.). Ariel.
- Bobbio, N. (1991a). *Teoría general del derecho*. (E. Rozo Acuña, trad.). Debate.
- Bobbio, N. (1991b). *El problema del positivismo jurídico*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política.
- Botero Bernal, A. (2010). Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy. En *Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy* Ensayos Jurídicos Sobre Teoría Del Derecho.
- Botero Bernal, A. (2013). La neurosis obsesiva y el síndrome normativo: estudio de las normas antioqueñas sobre caminos en el siglo XIX. En C. Molina (coord.), *Bicentenario constitucional colombiano: la construcción del estado republicano, T. II* (pp. 147-169). Universidad de Medellín.
- Botero Bernal, A. (2017). Balance de los 25 años de la Constitución de 1991: la Constitución de dioses y la de hombres. *Vniversitas*, 66(134), 59-92. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj134.bvac>
- Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la ciencia jurídica* (3ª ed.). Ariel.
- Carrió, G. (1973). *Notas sobre derecho y lenguaje* (4ª ed.). Abeledo Perrot.

---

<sup>41</sup> En relación con la fuerte presencia de Dworkin y Alexy en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, señala López (2004): “Desde 1991 en adelante, la Corte usa de manera consistente a autores como Dworkin y Alexy para defender, primero, la distinción entre ‘principios’ y ‘reglas’; segundo, para dar estructura y contenido a los principios encarnados en ‘derechos constitucionales’.” (p. 454). Una interesante crítica a la propuesta de Alexy se puede leer en Botero Bernal (2010).

- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional N.º116
- Colombia. Congreso de la República. (1887, agosto 15). Ley 153. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Diario Oficial 7151 y 7152.
- Colombia. Consejo de Estado. (2007, 30 de agosto). Sección Tercera. *Sentencia AP 2004-00009* (Enrique Gil Botero, C. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1992a, 5 de junio). *Sentencia T-406* (Ciro Angarita Barón, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1992b, 13 de agosto) *Sentencia C-479* (José Gregorio Hernández Galindo, C. P., y Alejandro Martínez Caballero, C. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1995, 1 de marzo). *Sentencia C-083* (Carlos Gaviria Díaz, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2008, 16 de abril). *Sentencia C-335* (Humberto Sierra Porto, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2015, 13 de mayo). *Sentencia C-284* (Mauricio González Cuervo, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2009, 7 de octubre). *Sentencia 05360310300120030016401* (Edgardo Villamil Portilla, M. P.).
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, trad.). Ariel.
- Estrada, S. (2000). *La excepción de principalidad*. Temis.
- Estrada, S. (2004/2005). De la jerarquización filosófica de los valores a la coordinación jurídica de los principios. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (8), 61-97.
- Estrada, S. (2010). Los principios jurídicos en Colombia. Algunas recomendaciones para su incorporación. *Diálogos de Saberes*, (32), 159-171. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1926>
- Estrada, S. (2011). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad* (3ª ed.). Editorial Universidad de Medellín.
- Estrada, S. (2016a). Los principios generales del derecho en el artículo 230 de la Constitución Política ¿normas morales o normas jurídicas? *Revista Opinión Jurídica*, 15(30), 47-66. <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2018/1786>
- Estrada, S. (2016b, enero 18). Crisis de la formación jurídica. El letargo de las facultades de Derecho. *Blog Justicia, Política y Derecho en Colombia*. <http://estradaavelez.blogspot.com.co/2016/01/crisis-de-la-formacion-juridica.html>
- Ferrajoli, L. (2008). La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos. (I. de la Iglesia, trad.). En L. Ferrajoli, J. J. Moreso y M. Atienza Rodríguez, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (pp. 25-70). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia, Vol. 1*. Trotta.
- Goldschmidt, W. (2005). *Introducción filosófica al Derecho* (7ª ed.). Lexis Nexis.

- Gómez, A. (1991). *Discurso de clausura de la Asamblea Nacional Constituyente*. Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia, (114), 35.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez* (M. Jiménez Redondo, trad.). Trotta.
- Hart, H. (1963). *El Concepto de Derecho* (G. Carrió, trad.). Abeledo Perrot.
- Hernández Gil, A. (1981). *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*. Civitas.
- Kelsen, H. (1992). *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* (E. Garzón Valdés, trad.). Fontamara.
- Kriele, M. (1980). *Introducción a la teoría del Estado* (E. Bulygin, trad.). Editorial Depalma.
- López, D. (2004). *La teoría impura del derecho*. Legis.
- Mendoza, M. L. (2014, 13 de marzo). “El neoliberalismo tomó por asalto a las universidades”: Noam Chomsky. *El Espectador*. <http://www.elespectador.com/noticias/educacion/el-neoliberalismo-to-mo-asalto-universidades-noam-chomsk-articulo-480438>
- Nino, C. (1994). *Derecho, moral y política*. Ariel.
- Nino, C. (2001). *Introducción al análisis del derecho* (10ª ed.). Ariel.
- Nussbaum, M. (2010). *Sin fines de lucro: ¿Por qué la democracia necesita de las humanidades?* (M. V. Rodil, trad.). Katz.
- Ollero, A. (1996). *¿Tiene razón el Derecho?* Congreso de los Diputados.
- Peces-Barba, G. (1993). *Derecho y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica* (L. Díez-Picazo, trad.). Civitas.
- Pérez Luño, A. E. (2002). *La Universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Universidad Externado.
- Prieto Sanchís, L. (2005). *Apuntes de teoría del derecho*. Trotta.
- Radbruch, G. (1999). *Filosofía del derecho* (J. L. Monereo Pérez, trad.). Comares.
- Recasens Siches, L. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (3ª ed.). Porrúa.
- Robles, G. (1988). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Debate.
- Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Universidad de los Andes.
- Tuning América Latina (2014). *Tuning América Latina*. [http://tuningacademy.org/wp-content/uploads/2014/02/TuningLAIII\\_Final-Report\\_SP.pdf](http://tuningacademy.org/wp-content/uploads/2014/02/TuningLAIII_Final-Report_SP.pdf)
- Valencia, H. (2007). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho* (4ª ed.). Comlibros.
- Vigo, R. (2004). *Interpretación constitucional* (2ª ed.). Abeledo Perrot.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil* (2ª ed.) (M. Gascón, trad.). Trotta.

# Capítulo 3

## La partición patrimonial en vida: un caso de corrección constitucional en el derecho familiar colombiano, a partir del análisis de la Sentencia C-683 de 2014<sup>1</sup>

**Víctor Julián Moreno Mosquera**

**Juan Diego Restrepo Yepes**

**Catalina Clavijo Urrea**

### 3.1. Introducción

El régimen jurídico sucesoral colombiano es uno de los subcampos del derecho de familia más conservadores. La razón de esta afirmación radica en que las evoluciones y cambios de las figuras e instituciones centrales de las sucesiones testadas y abintestato han logrado mantenerse incólumes, tanto en la enseñanza y aprendizaje de sus conceptos como en el ejercicio profesional.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Capítulo del libro derivado del proyecto de tesis doctoral en derecho adelantado por el autor Víctor Julián Moreno Mosquera en la Universidad de Medellín, financiado por la Institución Universitaria de Envigado. Este capítulo impacta la investigación sobre corrección constitucional familiar que se encuentra adscrita al grupo Auditorio Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la IUE.

<sup>2</sup> La idea de solidez del escenario sucesoral se puede evidenciar en cómo la acción de tutela no ha sido utilizada como instrumento de corrección y cambio; como sí ha ocurrido en otras áreas del derecho de familia. Basta con hacer un barrido por el índice temático de la relatoría de la Corte Constitucional, para encontrar tan solo catorce resultados; en contraste con los cientos y cientos de fallos de tutelas en materia de derecho familiar. Fuente Corte Constitucional (2019). Relatoría: unidad de análisis HERENCIA. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos=%25&sql=+herencia&campo=%2F&pg=0&vs=0>. Consultado el 28 de marzo de 2019.

Sin embargo, no es posible negar la existencia de cambios relevantes en el derecho sucesoral, muchos de ellos motivados por el fenómeno de la constitucionalización del derecho de familia (Moreno et al., 2015). Los principios y fundamentos axiológicos de la carta superior inciden de manera directa en la lógica tradicional como se ha interpretado y aplicado el derecho sucesoral, corrigiendo y ajustando, por vía de las acciones constitucionales, las relaciones derivadas de las normas mortuorias que subyacen en el frío espectro del legalismo positivista.

Es así como, a partir de la Constitución de 1991, y en el marco de postulados como la igualdad, la dignidad humana y la justicia material, la Corte Constitucional ha modificado el déficit de protección legal, contrastando la concepción tradicional del modelo familiar conservador, que en materia sucesoral tiene sus raíces afincadas en instituciones que datan del Derecho romano y del Código napoleónico. Estos cambios son apreciables en sentencias tan relevantes, como: (i) la C-283 de 2011,<sup>3</sup> (ii) la C-238 de 2012,<sup>4</sup> y (iii) la C-683 de 2014, que serán objeto de análisis detallado en esta investigación.

Estas transformaciones incidirían en las dinámicas del legislativo, quien también busca asumir posturas más progresistas en materia sucesoral, como ocurre con el caso de la Ley 1934 de 2018<sup>5</sup>, y el parágrafo del artículo 487 de la Ley 1564 de 2012<sup>6</sup>. Si bien estos cambios normativos tienen presentes las realidades sociales y económicas del país, aún existe reticencia en su aplicación, en la comunidad académica y judicial en general, por el peso de la tradición de instituciones legadas desde la Constitución de 1886.

En la presente investigación se explora la corrección constitucional que realiza la Corte, al resolver la pregunta formulada por los actores en la demandada contra la norma que configura la partición en vida, en la que se desconocen las prerrogativas de los hijos que al instante de la distribución no tienen la calidad de descendientes del causante. Dicha corrección se hizo en el marco del derecho a la igualdad constitucional, además considerando a terceros interesados futuros que puedan ser lesionados patrimonialmente.

La metodología utilizada para la investigación es de tipo cualitativo, con un enfoque histórico-hermenéutico, habida cuenta que la unidad de análisis central denominada *partición en vida* se analiza desde la reconstrucción histórica de precedentes jurisprudenciales en

---

<sup>3</sup> Esta sentencia declaró la constitucionalidad condicionada de la figura de la porción conyugal, haciéndola extensiva a la unión marital de hecho, sin distinción de su conformación heterosexual.

<sup>4</sup> En este fallo constitucional, la Corte dispuso la constitucionalidad condicionada de la figura del derecho de herencia conyugal, extendiéndolo a los compañeros permanentes, para su participación en el segundo orden sucesoral, incluyendo a las parejas conformadas por la población LGBTI.

<sup>5</sup> Por esta ley desaparece la cuarta de mejoras, como parte de asignaciones forzosas legales, ampliando así la capacidad dispositiva del testador, entre otros cambios.

<sup>6</sup> Esta norma consagra la partición en vida, que es materia de análisis en este trabajo investigativo.

materia de derecho sucesoral. Sumado a lo dicho, como técnicas de recolección documental fueron utilizadas: la extracción de *ratio decidendi* de los fallos de la Corte Constitucional, conforme los criterios de análisis estático (López, 2006), y las revisiones doctrinales en teoría del derecho sucesoral y de familia.

En este orden de ideas, la presente investigación se desarrollará en tres apartados, a saber: (i) el contrato de donación y su relación con la partición en vida; (ii) la corrección constitucional del derecho sucesoral en Colombia, y (iii) el análisis estático de la Sentencia C-684 de 2014. Finalmente, se presentarán las conclusiones y hallazgos derivados de la presente investigación.

## 3.2. Del contrato de donación y su relación con la partición en vida

Antes de entrar a revisar las particularidades de la partición en vida, es menester revisar la institución del contrato de donación, con el ánimo de reconocer sus elementos constitutivos, y la forma en que tradicionalmente es utilizado como modalidad de simulación con el contrato de compraventa. Es común encontrar casos como el que conoció la Corte Suprema de Justicia (2017), en Sala de Casación, en el que estudió la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario que Granos Piraquive S.A. en liquidación promovió contra Inversiones Brothers Smith Hej Ltda. y el Banco GNB Sudameris S.A.<sup>7</sup>

### 3.2.1. De la naturaleza jurídica del contrato de donación

El Código Civil colombiano (Ley 57, 1887) consagra en su artículo 1443 que la donación entre vivos es: “un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que los acepta.” Este acto de liberalidad tiene como característica principal su condición unilateral de transferencia patrimonial, para que otra persona acepte, uno o varios de sus bienes.

Es así como otro de los elementos de la esencia del contrato de donación es su condición de gratuidad, pues al partir de la expresión libertaria de la autonomía privada de la voluntad que realiza el donante en favor del beneficiario o donatario, este acto no le genera erogación patrimonial alguna, mas requiere de la aquiescencia de este para el perfeccionamiento y formalización de la tradición del negocio jurídico (Suárez Franco, 2015, p. 288).

---

<sup>7</sup> En efecto, la Corte casó la sentencia por hallar configurado el error alegado de indebida aplicación de los artículos 1741 y 1523 del Código Civil al sancionarse con nulidad absoluta el contrato de compraventa, en el que se configuró la figura del auto contrato. Es un caso frecuente, los ciudadanos buscan disfrazar una donación a través de una compraventa, generalmente con el ánimo de evitar las cargas tributarias onerosas.

### 3.2.2. De las formas y requisitos de la donación

Básicamente, la donación reviste dos formas: (i) puede suceder de manera simultánea, cuando se producen al mismo tiempo la oferta, la aceptación y la notificación al donante; (ii) puede darse en forma sucesiva, evento en que la oferta, la aceptación y la notificación ocurren en diferentes circunstancias y fechas, una tras otra.

Ahora bien, de cara a los requisitos de validez es necesario que tanto donante como donatario sean plenamente capaces. En caso de presentarse una situación de discapacidad en alguna de las personas intervinientes en el contrato será indispensable que actúen por intermedio de su representante legal, según los términos de la Ley 1306 de 2009; además, los niños, niñas o adolescentes requieren licencia o aval del juez de familia, cuando es el menor de edad quien realiza el acto de enajenación.

Sumado a ello, se requiere que la solicitud se presente por donante y donatario, en forma personal ante notario donde esté domiciliado el donante, de común acuerdo, y que no contraríen ninguna disposición legal. En la escritura deberá especificarse: (i) el valor comercial del bien; (ii) la calidad de propietario del donante; y (iii) la manifestación de que el donante conserva lo necesario para su congrua subsistencia. Si se trata de inmuebles bastará una sola escritura pública para la insinuación y la donación. También será necesaria la insinuación<sup>8</sup> cuando se dona una suma periódica —art. 1459— pero debe entenderse que, según el artículo 1458, las donaciones menores de cincuenta salarios mínimos legales no requieren insinuación (Linares Vesga, 2008, p. 19).

En sentido armónico, el Consejo de Estado (2016) ha definido el contrato de donación, en el marco de otras características como la irrevocabilidad y su naturaleza recepticia, en el que:

[...] participan el donante como único obligado en la relación, quien se desprende de parte de su patrimonio, por un lado y, por otro, el donatario quien, por lo general, no asume ningún tipo de obligación y percibe un incremento patrimonial correspondiente a la prestación a la que el donante se ha obligado. Explicó la Subsección que el contrato de donación es unilateral, por regla general, en tanto solo el donante se obliga para con el donatario, que no contrae obligación alguna; no obstante, excepcionalmente, el donatario puede quedar obligado cuandoquiera que la liberalidad del donante vaya acompañada por cargas o gravámenes. Explicó la Sala que la gratuidad está determinada porque el contrato de donación sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, mientras que la otra sufre el gravamen; asimismo, señaló que es irrevocable, característica que deriva de su naturaleza contractual y se opone a la revocabilidad propia de las asignaciones

---

<sup>8</sup> Al respecto se tiene que la insinuación es un requisito de validez del contrato de donación, y conforme lo establece el artículo 1458 C.C., que: “Corresponde al notario autorizar mediante escritura pública, las donaciones cuyo valor exceda la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales...”. Esta insinuación puede ser ante juez o notario.

testamentarias y expresó que el carácter recepticio deviene también de su naturaleza contractual, pues su perfeccionamiento surge a partir de la confluencia de la voluntad de donante y donatario. (Consejo de Estado, 2016)

Corolario de lo dicho por la Sección Tercera de la Sala, se evidenció que el carácter traslativo de la donación constituye siempre un acto de enajenación que ha de producir un enriquecimiento. La doctrina del Consejo de Estado ha establecido criterios normativos al respecto, en tanto:

[...] Una persona puede enriquecer otro patrimonio, pero no habrá donación si no se produce *un empobrecimiento en el patrimonio del donante y viceversa*: alguien puede empobrecerse, pero si ese empobrecimiento o enajenación no causa un correlativo enriquecimiento en el patrimonio del donatario, tampoco hay donación”. Igualmente, destacó que el *empobrecimiento y enriquecimiento correlativos en el contrato de donación explica también su causa y carácter gratuito*, pues el traslado patrimonial solo puede explicarse bajo esa tipología contractual si el donatario recibe un incremento en su patrimonio; así, por ejemplo, si la carga o el gravamen impuesto por la liberalidad del donante es igual o superior, desde el punto de vista cuantitativo, al monto de la prestación objeto de donación, no se estará ante tal figura jurídica. Podría afirmarse, entonces, que es de la esencia del contrato de donación el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativos de las partes, pues, ante la ausencia de tal característica y a pesar de la voluntad de las partes, el negocio no produciría efecto alguno o devendría en otra figura contractual (Código Civil, artículo 1501) (Consejo de Estado, 2016).

Así las cosas, como lo ha tipificado la Corte Suprema de Justicia (2017), para que exista el contrato de donación deviene imperativo una merma del patrimonio del donante, con el consecuente incremento de los bienes del beneficiario. Ante la falta del citado elemento de transferencia pecuniaria se constituiría causal de simulación contractual, toda vez que se desnaturalizarían las partes del contrato y las obligaciones que correlativamente tienen, como en el caso del donante disponer en transferencia el bien donado, y en el caso del donatario aceptar el bien. Asimismo, cuando se trate de la donación de un bien inmueble es necesaria que sea otorgada por escritura pública y registrada en el registro de instrumentos públicos (Corte Suprema de Justicia, 2017).

### 3.2.3. De las características y la revocación del contrato de donación

Conforme se ha expuesto antes, el contrato de donación entre vivos tiene las siguientes características:

- i. Unilateral: el donante se obliga para con el donatario que no contrae obligación alguna.

- ii. Gratuito: tiene por objeto la utilidad de una de las partes, soportando la otra el gravamen. Es decir, el donante se grava al donar y el donatario reporta utilidad al recibir.
- iii. Principal: subsiste por sí mismo sin necesidad de otro contrato.
- iv. Nominado: está contemplado en la ley y por ella definido.
- v. Consensual o solemne: es consensual en los casos en que la ley no exige solemnidad alguna. Hay que recordar que la donación es ante todo un acto de liberalidad y en tal caso la persona es libre de donar, por ejemplo, bienes menores (muebles) que no requieren solemnidades especiales.

Por otro lado, si bien se ha expuesto que la donación entre vivos es un contrato irrevocable, existen ciertas excepciones, según afirma Linares Vesga (2008), en los siguientes casos: (i) cuando esté pendiente el donatario de realizar la aceptación del bien, o bienes donados; y (ii) cuando el donatario ha actuado con ingratitud. Respecto de la ingratitud, establece lo siguiente el artículo 1485 del Código Civil: “Se entiende por un acto de ingratitud cualquier hecho ofensivo del donatario que le hiciere indigno de heredar al donante”.

### 3.3. De las implicaciones prácticas y el problema con los actos simulados

Cuando se piensa en la partición en vida, el común denominador de los ciudadanos asocia esta figura con la tradicional compraventa simulada, en la que el futuro causante, en vez de realizar un testamento, le dona a uno de sus herederos o a un tercero parte de su patrimonio, pero arrojando esa real intención bajo el traje de una compraventa.

Esta práctica *contra legem* fue uno de los motivos por los que el legislador procesal introdujo la figura de la partición en vida, en aras de desestimar la práctica simulatoria reglada en el artículo 1776 del Código Civil, a saber:

Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero (Ley 1887, art. 1776).

Al declarar la constitucionalidad de esta norma, la Corte Constitucional (C-683, 2014) no solamente descartó la supuesta vulneración o afectación al principio de buena fe que se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, además

abordó el principal problema de este fenómeno que radica en determinar la eficacia que debe otorgársele al secreto del acuerdo simulatorio frente al ostensible.<sup>9</sup>

Se concluyó, entonces, que resultaba ajustado a toda lógica que los efectos de lo acordado en términos modificatorios de un acuerdo inicial solo afectarán a las partes de tal acuerdo, que evidentemente no querían seguirse rigiendo por el contrato inicial (Corte Constitucional, C-683, 2014).

Corolario de lo dicho, los actos simulados llevan consigo la potencial acción de nulidad, sea absoluta o relativa, pues la voluntad por sí sola no basta para generar efectos jurídicos, y el ordenamiento jurídico protege solo las determinaciones serias de voluntad manifestadas de buena fe y con un interés lícito. Por ello, la simulación absoluta que conlleva la inexistencia del acto jurídico es excluyente por incompatible con una declaración de nulidad, situación que no se puede predicar de un mismo acto dispositivo que es simultáneamente inexistente e inválido (Corte Suprema de Justicia, 2016).

Es decir, en la simulación absoluta se hace creer en una situación para engañar a un público, con el entendido de que entre los simuladores no habrán de producirse los efectos simulados. En consecuencia, una vez descubierta la simulación hay que concluir que esta fue inepta para crear, modificar o extinguir relaciones de derecho entre las partes (Ramírez Montoya, 2016). Así, por ejemplo, comprobada la venta de confianza se debe declarar que tal contrato es inexistente, que no generó obligaciones para el supuesto comprador o supuesto vendedor y, por lo tanto, en caso tal de que se hubiese generado algo, deben ser desechadas las obligaciones y, por vía retroactiva, volver todo a su estado inicial.<sup>10</sup>

Así mismo, se puede observar que la Sentencia C-068 (Corte Constitucional, 1999) explica cómo la simulación de una donación disfrazada en una compraventa irrevocable, cuyo fin es defraudar a un tercero, resulta contraria al artículo 83 de la Constitución, generando

---

<sup>9</sup> Y consideró que no podía tener efectos contra terceros sino sólo a favor de estos, precisamente para atajar esta modalidad de simulación por acto posterior secreto, para materializar el principio de buena fe y para proteger a los terceros ajenos al acuerdo contenido en documento privado, que en virtud de la modalidad escogida por quienes lo suscriben se torna desconocido para los primeros. Lo contrario implicaría dejar abierta la puerta a la interpretación subjetiva de los aspectos inherentes a las obligaciones civiles y comerciales en cuanto tocan con los terceros, con el consecuente impacto en la economía procesal. Por lo anterior, la Corte Constitucional acogió la postura jurisprudencial consistente en que los terceros pueden acudir a la declaración hecha en la escritura pública o a lo pactado por los contratantes en la contraescritura, según la conveniencia.

<sup>10</sup> Ahora bien, no ocurre lo mismo en el caso de la simulación relativa, en la que sí existe un negocio vedado que, de no cumplir los requisitos legales de validez, debe anularse. En esta, la conclusión lógica que se impone es diferente, esto es, si existe un acto jurídico dotado de un consentimiento encaminado directa y reflexivamente a producir los efectos propios de dicho acto. Una vez descubierto, ese acto existente pero disimulado debe producir entre las partes la plenitud de los efectos pertinentes a su esencia y a su naturaleza, a menos que esté efectuado por un vicio que lo condene a la ineficacia, la cual ya tiene que ser objeto de una declaración distinta de la simulación y provocada por el ejercicio de una acción, proferida de oficio por el juez (Ramírez Montoya, 2016).

que este acto sea visto como uno de mala fe, pero aun así podrán pedir una acción pauliana o una acción de simulación.<sup>11</sup>

Expuesto todo lo anterior, la Corte Constitucional (C-683, 2014) realiza un esfuerzo pedagógico al exponer, como se muestra en la tabla 3.1, los elementos que diferencian a la institución del contrato de donación entre vivos de la sucesión por mortis causa y de la figura de la partición en vida, para que la ciudadanía pueda reconocer estas modalidades de adquirir el dominio, distinguiéndolas unas de otras.

**Tabla 3.1.** Diferencias donación entre vivos, sucesión mortis causa y partición en vida

<b>Sucesiones por causa de muerte</b>	<b>Donaciones entre vivos</b>	<b>Partición del patrimonio en vida</b>
Naturaleza: acto de disposición de los bienes a título gratuito después de la muerte.	Naturaleza: contrato unilateral de disposición de los bienes a título gratuito en vida.	Naturaleza: acto de disposición de los bienes a título gratuito en vida.
-Título: testamento o ley.	-Título: donación.	-Título: partición del patrimonio en vida.
-Modo de adquirir el dominio: sucesión por causa de muerte.	-Modo de adquirir el dominio: tradición.	-Modo de adquirir el dominio: tradición.
Revocable.	Irrevocable hasta antes de la aceptación de los donatarios.	Revocable hasta tanto no se haya hecho la tradición de los bienes a los asignatarios.
Requiere existencia de los herederos con las excepciones comprendidas en los incisos 3° y 4° del artículo 1019 del Código Civil.	Requiere existencia de los donatarios con las excepciones comprendidas en los incisos 3° y 4° del artículo 1019 del Código Civil.	Requiere existencia de los asignatarios con las excepciones comprendidas en los incisos 3° y 4° del artículo del Código Civil.
Acciones: de nulidad, rescisión, reforma del testamento, petición de herencia.	Acciones: restitución de lo excesivamente donado.	Acción: solicitud de rescisión.

<sup>11</sup> Se parte del supuesto de que los contratantes podrían ocultar mediante la compraventa una donación irrevocable, o simular con su cónyuge tras la apariencia de un contrato de supuesta enajenación de bienes de su propiedad, en perjuicio de terceros, “lo que es tanto como dar por preestablecida la falta de rectitud, lealtad y probidad de quien así contrata, es decir su mala fe, lo que resulta contrario a la norma constitucional consagrada en el artículo 83 de la Carta Política que, precisamente, dispone lo contrario cuando en ella se instituye como deber el proceder conforme a los postulados de la buena fe, sin que existan razones valederas para que pueda subsistir en la ley la presunción de que los contratantes, por ser casados entre sí, actúan de mala fe, como igualmente tampoco resulta admisible la suposición implícita de que, en tal caso, los cónyuges dejan de lado el cumplimiento del mandato constitucional consagrado en el artículo 95, numeral 1 que impone como deberes de la persona y del ciudadano, entre otros, el de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. (Sentencia C-068, Corte Constitucional, 1999, p.24).

<b>Sucesiones por causa de muerte</b>	<b>Donaciones entre vivos</b>	<b>Partición del patrimonio en vida</b>
Normas aplicables: las de las sucesiones por causa de muerte previstas en el Libro Tercero del Código Civil.	Normas aplicables: las de las donaciones entre vivos previstas en el Título XIII del Libro Tercero del Código Civil y, en lo no previsto allí, las reglas generales que rigen la sucesión por causa de muerte.	Normas aplicables: el parágrafo del artículo 487 del Código General del Proceso y, en lo no previsto allí, las reglas generales que rigen la sucesión por causa de muerte.

*Fuente:* Corte Constitucional (2014).

### 3.4. De la corrección constitucional del derecho sucesoral en Colombia

Hablar de la corrección constitucional del derecho familiar colombiano, incluido el derecho sucesoral, implica reconocer la función creadora y transformadora de la Corte Constitucional como máxima custodia de la Constitución Política de 1991. Es así como, a través de las acciones constitucionales, se han adecuado los dispositivos normativos infraconstitucionales de manera armónica con los principios y valores de la dignidad humana y la justicia material que impregnan el modelo jurídico-político del Estado social de derecho.

De acuerdo con lo dicho anteriormente, el derecho sucesoral<sup>12</sup> se ha resistido al cambio y la constitucionalización de sus instituciones. Sin embargo, en la última década se han presentado transformaciones relevantes, de las cuales vale la pena citar las modificaciones introducidas en las sentencias C-283 de 2011 y C-238 de 2012.

#### 3.4.1. Sentencia C-283 de 2011

En este fallo fueron demandadas las normas contentivas de la porción conyugal<sup>13</sup> para el desposado supérstite. Esta figura la define el art. 1230 del Código Civil como la “parte del

<sup>12</sup> Con relación al concepto de sucesión por causa de muerte, Chávez (2019) sostiene que, en sentido estricto, se trata de “la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte de una persona física a los herederos que ella misma determine a través de... testamento o que establezca la ley”. (p. 149). En idéntico sentido se pueden consultar las obras de Lafont (1982); Espinel (1984); Valencia, (1984), y Lopera, (2018).

<sup>13</sup> En la Sentencia C-174 de 1996 se había declarado la constitucionalidad de los artículos 1016-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil, referentes a la figura de la porción conyugal, la cual ha sido considerada por la doctrina como una pensión alimentaria instituida por el legislador a favor del cónyuge sobreviviente o como una pensión indemnizatoria en relación con el patrimonio adquirido por el cónyuge fallecido. Según los demandantes, este fallo desconoció la situación actual de la familia colombiana a partir de la Constitución de 1991 y el creciente desarrollo a nivel social, cultural y económico; por tanto, se buscó un nuevo

patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia” (Corte Constitucional, 2011a).

Los cargos formulados contra las normas acusadas exponen el beneficio exclusivo de la porción conyugal para quienes contraen matrimonio, excluyendo a los compañeros permanentes, del mismo o distinto sexo, quienes al igual que los cónyuges desarrollan proyectos de vida estables, en ayuda, socorro y respeto mutuo. En síntesis, se plantea la vulneración de los derechos a la igualdad, el libre derecho de la personalidad, la libertad de conciencia, y el desconocimiento del derecho a una vida digna y los fines del Estado social de derecho.<sup>14</sup>

En este caso, la razón decisoria de fondo ofrecida por la Corte apunta a que la finalidad de la porción conyugal es proteger económicamente a la pareja que socorrió, apoyó y cuidó al causante, si una vez disuelta la sociedad conyugal, el patrimonio que le correspondió es menor al de la porción conyugal, como una forma de compensar y equilibrar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común, pues no existe una razón válida para sostener que esa protección patrimonial no pueda ser reconocida también al compañero o compañera permanente supérstite.

Extender la garantía de la “*porción conyugal*” a estas parejas, es una forma de proteger los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el principio de no discriminación de estas uniones, que al igual que las heterosexuales no cuentan con una protección efectiva en lo que al tema patrimonial se refiere. No obstante, sin desconocer que constitucionalmente le corresponde al Congreso de la República abordar y regular estos temas, máxime cuando se trata de asuntos que generan tanta sensibilidad en diversos sectores de la sociedad, como es el caso de las regulaciones relacionadas con las parejas del mismo sexo, en *donde el juez constitucional ha venido evidenciado un déficit de protección y en aras de lograr la prevalencia del derecho a la igualdad y no discriminación, la Sala ha tenido que adoptar decisiones que buscan no sólo la protección de lo que se ha denominado grupos históricamente desprotegidos y discriminados, en este caso por su orientación sexual, sino la protección de su libertad de autodeterminación ante la ausencia de regulaciones por parte del órgano de representación popular [...]* (Corte Constitucional, 2011).

En el anterior precedente jurisprudencial es posible reconocer cómo la Corte realiza una corrección constitucional en el régimen familiar colombiano tradicional, al adecuar la figura de porción conyugal, mediante la fórmula de la constitucionalidad condicionada, a la

---

pronunciamiento para sacar esta norma calificada de “anacrónica e inadecuada”, pues entraña postulados contrarios a la Constitución (Corte Constitucional, 2011a).

<sup>14</sup> La Corte formuló como problema, para este caso, si eran “contrarias al principio de igualdad, consagrado en los artículos 5, 13 y 42 de la Constitución, las normas del código civil que reconocen a favor de los cónyuges sobrevivientes la posibilidad de reclamar la “*porción conyugal*”, facultad que no se reconoce a los compañeros o compañeras permanentes” (Corte Constitucional, 2011<sup>a</sup>, p.18).

inclusión de las parejas que conforman una unión marital de hecho, pues el sistema legalista tradicional carece de razones jurídicas que justifiquen un trato discriminatorio por motivos de origen familiar u orientación sexual (Moreno Mosquera et al., 2016, p. 188).

### 3.4.2. Sentencia C-238 de 2012

Este fallo resuelve la demanda de inconstitucionalidad en contra de la expresión “cónyuge” contenida en los artículos 1040, 1046, 1047 y 1233 del Código Civil, impetrada por el ciudadano Juan Carlos Marín Quiceno. Las normas referidas versan sobre el conflicto derivado de la exclusiva vocación sucesoral del cónyuge, situación inconstitucional respecto de los similares derechos y obligaciones que se desprenden de la categoría de compañero o compañera permanente (de otro o del mismo sexo). Para resolver este caso, la Corte consideró necesario subsanar la omisión legislativa relativa y conceder vocación herencial al compañero o compañera supérstite en uniones de hecho integradas por heterosexuales u homosexuales. La razón suficiente de este reconocimiento estriba en que si bien la familia originada en matrimonio y convivencia en unión marital de hecho encarna, per se, diferencias que justifican un trato distinto, no quiere ello decir que todo trato diverso deba ser aceptado. Inclusive, la Corte expondrá que la razón por la que existe vocación hereditaria del cónyuge no es la existencia de un matrimonio, sino la calidad de familiar que tiene el consorte.

De este modo la evolución del concepto tradicional de familia y el surgimiento de una amplia variedad de tipos familiares que superan, con creces, el reconocimiento exclusivo de la modalidad caracterizada por la heterosexualidad y el vínculo acordado según el matrimonio, son factores que conducen a reconsiderar, a partir de supuestos específicos, los alcances de protección que la Carta dispone a favor de la familia en cuanto a núcleo básico de la sociedad, al tenor de lo establecido en los artículos 5° y 6° superiores (...). La organización de la vocación sucesoral obedece, entonces, a un claro criterio familiar y, siendo de esta manera, el reconocimiento al cónyuge de la vocación hereditaria no agota la protección constitucionalmente ordenada a favor de la familia y de sus miembros, pues si bien es cierto que la familia conformada por la pareja que ha celebrado el contrato de matrimonio debe ser protegida, también lo es que la Carta no limita a ella el mandato de protección, sino que comprende en él a otros tipos de familia (Corte Constitucional, C-238, 2012).

Es pertinente recordar que ya la Corte señaló que los miembros de la pareja homosexual que conviven en forma permanente forman una familia, porque el elemento que confiere identidad a la familia no es la heterosexualidad o la consanguinidad sino el afecto que da lugar a su existencia, fundada “en el amor, el respeto y la solidaridad” y en la conformación de una “unidad de vida o de destino que liga íntegramente a sus miembros más

próximos. Adicionalmente, la Corte enfatizó en que esa familia conformada por personas del mismo sexo es, como las demás, “institución básica y núcleo fundamental de la sociedad”, por lo que “merece la protección de la sociedad misma y del Estado”, de donde se sigue que al excluir de la vocación hereditaria al compañero o compañera permanente del mismo sexo también se genera una omisión inconstitucional, en la medida en que la protección que, en la materia analizada, se discierne solamente al cónyuge resulta insuficiente, dados los más amplios términos en que la Constitución la ha concebido.

No hay, entonces, motivo constitucionalmente atendible que justifique negar al compañero o compañera del mismo sexo que sobrevive al causante derecho a recoger la herencia de la persona con quien conformó una familia, menos aún si, con el propósito protector que inspira la regulación superior de la familia, ese derecho ya ha sido reconocido al compañero o compañera permanente que sobrevive tratándose de la unión de hecho integrada por heterosexuales, también reconocida como familia y, por este aspecto equiparable a la unión de hecho entre personas del mismo sexo (Corte Constitucional, C-238, 2012).

Se desprende de los anteriores extractos de la parte motiva de la sentencia que la Corte corrige constitucionalmente esta figura sucesoral otorgándole exequibilidad condicionada a la inclusión de las parejas que conforman una unión marital de hecho, incluso del mismo sexo, tal y como ocurrió en el caso de la Sentencia C-283 de 2011 (Moreno Mosquera et al., 2016).

### 3.5. Del análisis estático de la Sentencia C-683 de 2014

Antes de estudiar la sentencia que concede la constitucionalidad a la partición en vida, es indispensable hacer una breve referencia a la sucesión por causa de muerte. En palabras de Suárez Franco (2015), la sucesión por *mortis causa* constituye una forma de adquirir el dominio conforme la cual el causante transmite su patrimonio a sus asignatarios en virtud de una relación jurídica de parentesco o contractual.

Suárez Franco (2015) agrega que la sucesión por causa de muerte genera la partición y la adjunción de los bienes relictos; que para poder establecer su caudal pecuniario es indispensable, primero, liquidar la sociedad conyugal o patrimonial que haya tenido el finado, en aras de establecer figuras relevantes en la sucesión como los gananciales del fallecido, o la porción conyugal o marital del cónyuge o compañero supérstites.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> La Corte Constitucional (2014) ha expuesto que la sucesión se abre desde la muerte de una persona y ahí surge el derecho de recibirla por parte de quienes en ese momento tengan el carácter de causahabientes. Para poder heredar se

En tal sentido, la doctrina y la legislación discriminan entre sucesión testada e intestada. En la primera, el testamento es un acto que se origina en la voluntad del testador y que requiere de ciertas formalidades para existir. Mediante dicho acto el testador dispone de una parte o de todos los bienes y en cualquier momento antes de su muerte tiene el derecho de revocar o modificar su testamento. De otro lado, según lo expone la Corte Constitucional (2014) en Sentencia C-683, a falta de voluntad testamentaria, la sucesión es intestada y la ley suple la voluntad del difunto adjudicándoles la herencia a los parientes de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos 1037 y siguientes del Código Civil, en las que se establecen los diferentes órdenes de sucesión. De este modo, es posible concluir que en las sucesiones por causa de muerte, ya sea testadas o abintestato, la ley preserva los derechos de los asignatarios forzosos y desde esta perspectiva se impone incluso sobre la voluntad del testador (Corte Constitucional, C-683, 2014).

### 3.6. De la partición en vida y su análisis constitucional

El párrafo del artículo 487 de la Ley 1564 (Congreso de la República, 2012) dispuso el procedimiento para transferir en forma gratuita el dominio del patrimonio del partidor respecto de sus futuros herederos. La norma reza así:

Parágrafo. La partición del patrimonio que en vida espontáneamente quiera efectuar una persona para adjudicar todo o parte de sus bienes, con o sin reserva de usufructo o administración, deberá, previa licencia judicial, efectuarse mediante escritura pública, en la que también se respeten las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales. En el caso de éstos será necesario el consentimiento del cónyuge o compañero. Los herederos, el cónyuge o compañero permanente y los terceros que acrediten un interés legítimo, podrán solicitar su rescisión dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento de la partición. Esta partición no requiere proceso de sucesión (par. art.478, Ley 1564, Congreso de la República, 2012).

De los cargos formulados en la demanda de inconstitucionalidad,<sup>16</sup> se resalta el relacionado con la pregunta que orienta la presente investigación: ¿la partición en vida irroga un

---

requiere además ser capaz y digno de suceder. “En particular, el tema de la capacidad es de gran importancia porque se relaciona igualmente con el hecho de existir como heredero al consolidarse el derecho.”

<sup>16</sup> Los demás cargos impetrados contra la norma, acusados de violación a los artículos constitucionales fueron: i) el 29 C.P., por desconocimiento del derecho de defensa de los hijos posteriores al perfeccionamiento de tal acto jurídico; ii) el 58 C.P., por vulnerar el derecho a la propiedad privada de los hijos posteriores a la partición en tanto son despojados de derechos que, en esa condición, les corresponden; iii) el 158 C.P., por cuanto la naturaleza del asunto tratado es de tipo sustantivo y no procesal, pues genera una forma de adquirir el dominio adicional a las establecidas en el artículo 673 del Código Civil; iv) el 228 C.P., por la abierta oposición de esta norma a la prevalencia del derecho sustancial, dado que con el propósito de favorecer la descongestión jurisdiccional se desconoce que el proceso judicial asegura la

perjuicio al derecho de igualdad de los futuros hijos del partidor y puede, además, lesionar patrimonialmente a terceros interesados futuros?

Este cargo en particular, referido como el segundo por parte de la Corte, tiene como soportes la vulneración a los artículos 13 de la Constitución Política, relacionado con el principio general de igualdad real y efectiva, y el artículo 42 acerca del deber estatal de tratar igualmente a todos los hijos. Así pues, lo expresa la Corte, al fijar el espectro de la discusión en este juicio de constitucionalidad:

a). En primer lugar, se desconocerían los derechos hereditarios de los hijos cuyo nacimiento o adopción se produzca con posterioridad a la partición prevista en el parágrafo demandado. En particular, los bienes o recursos correspondientes a las asignaciones forzosas se encontrarían en cabeza de personas con el mismo derecho o incluso con menor derecho. A pesar de que la norma demandada prevé la posibilidad de iniciar un trámite orientado a obtener la rescisión de la partición, se trata de un procedimiento más complejo que impone un trato diferente incompatible con la igualdad entre los herederos en primer grado. Adicionalmente, el término para iniciar esta acción es más corto que aquel previsto para “la pretensión de una rescisión corriente de 4 años o de la invocación del acervo imaginario de 10 años por donaciones hechas en vida.”

b). En segundo lugar, se establece un trato desigual frente a los hijos extramatrimoniales en tanto estos “no sólo deben emprender la lucha de la filiación extramatrimonial, sino que además deben solicitar la rescisión y posteriormente el cumplimiento de la asignación forzosa o la petición de herencia”. Ello adquiere una relevancia mayor si se considera que, a diferencia del trámite de partición impugnado, el desarrollo de un juicio sucesorio supone actuaciones más estrictas para hacer públicos los trámites (Corte Constitucional, C-683, 2014).

### 3.7. De la naturaleza de la partición en vida según la Corte Constitucional

Para la Corte, el fenómeno de la partición en vida es una respuesta a las situaciones descritas en el aparte primero de esta investigación sobre las prácticas *non sanctas* de acudir a la compraventa como parapeto de una donación o autocontrato, con el ánimo de vulnerar derechos de acreedores. Esta figura creada por la Ley 1564 de 2012, que constituye una nueva forma de adquirir el dominio —junto con la sucesión por *mortis causa* y las donaciones entre

---

protección de derechos y principios muy importantes; y v) el 229 C.P., por el desconocimiento al derecho de acceder a la administración de justicia al establecer un término muy corto para solicitar la rescisión de la partición (Corte Constitucional, 2014).

vivos—, garantiza el respeto de los gananciales, las asignaciones forzosas y los intereses de los acreedores, y tiene la finalidad de permitir al partidor que transfiera a título gratuito su patrimonio entre sus causahabientes, sin que medie trámite sucesoral.

Según lo afirma la Corte, es por la condición de gratuidad de la partición que existen parecidos con el contrato de donación entre vivos y que, incluso, puede parecerse a la institución del testamento.<sup>17</sup> En efecto, en la exposición de motivos ofrecida por el legislador para crear esta figura se consideró la necesidad de impedir negocios jurídicos simulados o procedimientos complejos como las fiducias o la creación de sociedades, que realizaban ciertas personas con el fin de ocultar el verdadero interés de partir en vida su patrimonio y de este modo evitar procesos de sucesión innecesarios. Vale decir que es una manera de reconocer la autonomía de la voluntad del partidor, a la vez que se protege el peculio de los herederos y los acreedores, en tanto que debe mediar la licencia judicial (Corte Constitucional, 2014).

### 3.7.1. De los requisitos de la partición en vida

La Corte identifica los siguientes requerimientos legales para lograr la nueva forma de transferir el dominio del patrimonio del partidor en vida:

i) Capacidad del partidor; ii) licencia judicial previa; iii) respeto de asignaciones forzosas, gananciales e intereses de acreedores; iv) contingente liquidación de sociedad conyugal o patrimonial, consentida por el cónyuge o compañero permanente; v) consentimiento de los asignatarios; vi) solemnidad de elevar a escritura pública el acto partitivo; vii) advertencia de la potencial reserva del usufructo o la administración del patrimonio partido; viii) registro de la escritura pública contentiva de la partición para efectivizar la tradición pecuniaria; ix) ausencia de trámite sucesoral (Corte Constitucional, C-683, 2014).

Ahora bien, es de la esencia de la partición en vida su índole revocable, hasta tanto no se haya realizado la tradición del peculio transferido a los beneficiarios,<sup>18</sup> en atención a la condición unilateral del acto partitivo. En este orden de ideas, la partición del patrimonio en vida es el título y el modo es la tradición.

---

<sup>17</sup> En efecto, para la Corte Constitucional (2014), la fundamentación normativa civil de la partición del patrimonio en vida implica una relación entre ella y el instituto sucesoral, conforme al Título sobre procesos sucesorios y específicamente al Capítulo IV relativo al trámite de las sucesiones que, además, se describe en el parágrafo del artículo 487 del Código General del Proceso.

<sup>18</sup> Los convocados a este acto partitivo están limitados por las reglas del artículo 1018 del Código Civil, en términos de ser dignos y capaces. Con todo, pueden ser convocadas “personas que no existen, pero se espera que existan antes de expirar los diez años subsiguientes al proceso de apertura de la partición que no haya sido revocada por quien la realiza, verbigracia, descendientes póstumos o los hijos que no hubiesen sido reconocidos al momento de la partición” (Corte Constitucional, 2014, p.38).

De otro lado, podrán recurrir el acto partitivo en acción rescisoria: el cónyuge, el compañero permanente, los causahabientes e, incluso, los acreedores que demuestren interés real y afectación de sus derechos, dentro de los dos años siguientes a que tuvo o debió tener conocimiento de la partición, sin que sea óbice para su formulación la muerte del partidor.<sup>19</sup>

### 3.7.2. De la extracción de la *ratio decidendi* constitucional

Partiendo de la pregunta que interesa para esta investigación, esto es, el desconocimiento de las prerrogativas superiores a la igualdad de los futuros hijos y la defensa de los derechos de los demás interesados (cónyuge, compañero o acreedores), se extrae la siguiente motivación ofrecida por la Corte, según la cual resuelve la causa de constitucional en el sentido de considerar que la norma atacada no vulnera los principios constitucionales y es especialmente armónica con los artículos 13 y 42 superiores, así:

Los hijos reconocidos y los que no lo son en el momento de la partición, no pueden recibir el mismo trato porque representan supuestos que no son susceptibles de compararse. Los primeros existen en el momento de la partición, los segundos no. Así las cosas, los hijos cuya relación paterno filial se encuentra consolidada tienen derecho a participar en el proceso porque tienen un vínculo de parentesco reconocido y por ende un interés legítimo de participar en la partición del cual carecen los hijos que no han sido reconocidos y que no tienen por consiguiente vocación hereditaria.

Lo mismo vale para los futuros terceros interesados, como por ejemplo los acreedores futuros. Se trata de personas indeterminadas y no determinables que en el momento de la partición no tienen interés legítimo en la partición y a quienes no se les puede reconocer ningún derecho puesto que no tendrían para ese entonces vínculo alguno con quien realiza el proceso (Corte Constitucional, C-683, 2014).

Así las cosas, para la Corte no hay lugar a la declaración de inexecutable de la figura de la partición en vida, por el cargo de vulneración de igualdad de los hijos futuros, pues el partidor bien podría incluirlos al acudir a la excepción del inciso 2º del artículo 1019 de la normativa civil.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Ahora bien, como otra forma de protección para los hijos que no han nacido en el momento de la partición, operan las reglas generales de suspensión de la prescripción de las acciones civiles que se aplican a los menores de edad. “Así, cuando no existe en el momento de la partición certeza sobre la calidad de heredero o tercero interesado, la acción rescisoria de la partición del patrimonio en vida asegura la participación de personas que hayan sido excluidas de este proceso.” (Corte Constitucional, 2014)

<sup>20</sup> Al respecto, precisa la Corte que independiente de las diversas razones que inhabilitan la capacidad de comparecer de estos hijos futuros a la partición, existe en el término 10 años siguientes al inicio del proceso de partición, “siempre que este no sea revocado por la persona que lo realiza antes de que se efectúe la entrega del patrimonio a los asignatarios” (Corte Constitucional, 2014).

Para ser más precisos, conviene diferenciar claramente los momentos del proceso de partición que corresponden a (1) su iniciación por voluntad de quien desea asignar una parte o la totalidad de sus bienes a los asignatarios, (2) la fase de la licencia judicial, (3) la escritura y entrega de los bienes a los asignatarios. Si durante las dos primeras partes del proceso los hijos no reconocidos o los terceros interesados desean hacerse parte, pueden hacerlo en el marco del proceso judicial que se surte para autorizar la partición, pero deberán demostrar su interés legítimo (...). En el marco de la autorización judicial que se tramita mediante este tipo de procesos, se asegura la publicidad para garantizar los derechos de los terceros que podrían verse perjudicados por la partición, se practican las pruebas que sean necesarias y se reconoce la posibilidad de interponer recursos. Así, los terceros que acrediten su interés o los hijos extramatrimoniales no reconocidos que se encuentren en un proceso de filiación, podrán acudir al juez y aportar las pruebas que consideren oportunas para hacer valer sus derechos. Así las cosas, de existir procesos de filiación en curso no procederá la autorización judicial [...] (Corte Constitucional, C-683, 2014).

Así pues, cumplida la tradición de los bienes partidos, existe la acción rescisoria para enervar la validez de dicho acto, dentro los dos años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento de la partición. De esta acción de rescisión también se alega el desconocimiento del derecho a la igualdad y se la compara con otras acciones como la rescisión corriente, la lesión enorme, la invocación del acervo imaginario y la petición de herencia. La Corte encuentra que la lesión enorme y la rescisión del artículo 1750 del Código Civil no son comparables con la acción rescisoria de la partición del patrimonio en vida, puesto que se emplean en supuestos diferentes. No obstante, otras acciones de los procesos sucesorios plantean hipótesis semejantes a las de la partición.<sup>21</sup>

### 3.8. Conclusiones

Existen cambios constitucionales que afectan la manera de interpretar el derecho sucesoral actual. Las correcciones y adecuaciones constitucionales al derecho familiar en clave mortuoria se sustentan en las transformaciones del sistema político jurídico colombiano y responden a los postulados del Estado social de derecho.

---

<sup>21</sup> En este sentido, en el marco de los trámites sucesorales, los asignatarios forzosos cuentan con varias acciones, corolarios de las cuales concluye la Corte, que: i) Lo que se pretende proteger con las mencionadas acciones son las asignaciones forzosas, es decir, lo que le corresponde por ley a ciertos herederos de acuerdo con el orden de sucesión. En este orden de ideas, quienes pueden interponer estas acciones son los legitimarios; ii) los términos de prescripción de las acciones descritas varían entre cuatro años –para la reforma de testamento y la restitución de lo excesivamente donado– y diez años para la petición de herencia; iii) todas estas acciones se interponen después de la muerte del causante; iv) la reforma de testamento y la petición de herencia pueden ser acumuladas con la acción de filiación (Corte Constitucional, 2014).

Lo anterior, permite inferir que los cambios legales, como el de la creación de la partición en vida introducida por el Código General del Proceso, son producto de las adecuaciones constitucionales que buscan ajustar el ordenamiento jurídico a la realidad social y económica del país, permitiendo que principios constitucionales como el derecho a la igualdad de los hijos y la unidad familiar sean armonizados con postulados propios del derecho civil como la autonomía privada de la voluntad, expresada en el acto de liberalidad autónomo que frente a su propiedad pecuniaria puede realizar el partidor en vida.

Deviene así de todo lo dicho que si bien la Corte Constitucional en el análisis de la norma acusada no encontró motivos para la declaratoria de inconstitucionalidad, sí ofreció razones y argumentos que develan la conexión del parágrafo del artículo 487 de la Ley 1564 de 2012 con el marco supralegal, al evidenciar los mecanismos de protección y amparo que consagra esta figura para quienes no participan en la distribución que en vida realiza el futuro causante.

Incluso, partiendo de las finalidades esbozadas desde su creación en el proceso legislativo, de cara a evitar las prácticas simulatorias de compraventas, que eran realmente donaciones, con la figura de la partición en vida, la licencia judicial previa y la constitución de la acción rescisoria de dicho acto se equilibran los bienes jurídicos en juego de futuros interesados que aún no han configurado su interés legítimo para asistir a la partición, como en el caso de los hijos futuros, pues, tal como lo expuso la Corte, no hay vulneración del principio de igualdad entre quienes no tienen la calidad de hijos y quienes lo son para el momento de realizada la partición

Empero, desde una perspectiva crítica, la partición en vida es un proceso complejo con distintas etapas y, si bien la autorización de la partición constituye una garantía estatal de chequeo frente al agotamiento de todos los requisitos legales, no se advierte cómo pueda impactar y cumplir con la finalidad para la que fue creada, en tanto tiene semejanzas con el contrato de donación y el testamento.

En efecto, otro de los hallazgos de esta investigación radica en que, con la inexistencia una legislación propia y específica para esta nueva figura, y la remisión interpretativa que realiza la Corte, en tanto, entiende que las reglas relativas a la sucesión por *mortis causa* le son aplicables a la partición en vida, pierde fuerza y autonomía la creación de este nuevo modo de adquirir el dominio. Lo anterior hace que, en comparación con la realización de testamentos donde se establezcan usufructos o fidecomisos civiles, es preferible acudir a la voluntad mortuoria, que aventurarse a la requisitiva partición en vida, que aún tendría la posibilidad de ser recurrida en acción de rescisión de la partición, una vez en firme.

Es preciso resaltar que la licencia judicial no es una mera formalidad, pues en ella se deben verificar asuntos tales como las asignaciones forzosas, lo que abre una compuerta

para discutir asuntos como alimentos, gananciales, porción conyugal y legítimas, además de verificar la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial; asimismo, deben preverse mecanismos de publicidad y notificación que permitan a las partes enterarse del proceso y participar en él.

En este sentido, la Corte no encuentra que le asista razón al demandante ya que el legislador blindó de garantías la figura de la partición, y el hecho de que no se realice un proceso de sucesión no implica que se desconozcan los derechos de las personas interesadas.

Ahora, si bien es cierto que la Corte explica las claves en que debe entenderse esta figura para no afectar los derechos a la igualdad de los hijos futuros y los intereses de terceros acreedores, cinco años después de su creación, la partición en vida todavía se confunde o se prefiere la realización del contrato de donación, con los problemas que implica, dada la práctica *contra legem* de realizar este contrato gratuito bajo el ropaje de los contratos de compraventa.

Sin embargo, se pudo evidenciar como esta nueva figura jurídica estudiada a la luz de los postulados superiores entra hacer parte de los cambios que en materia sucesoral modernizan las relaciones familiares de orden patrimonial en Colombia. Las correcciones interpretativas introducidas a partir de las acciones constitucionales afectan la perspectiva legalista, clásica y tradicional de la enseñanza y aplicación del derecho sucesoral, y lo han convertido en un área jurídica en consonancia con los criterios axiológicos de dignidad humana y justicia social que buscan dinamizar la sólida forma de entender el mundo de las sucesiones.

### 3.9. Referencias

Chávez Castillo, R. (2019). *Derecho de Familia y Sucesorio*. Porrúa

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional N.º 116

Colombia. Congreso de la República. (1887, 26 de mayo de 1887). Ley 57. *Código Civil*.

Colombia. Congreso de la República. (2012, 12 de julio). Ley 1564. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso*. Diario Oficial 48 489.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016, 10 de febrero). *Radicación 15001-23-31-000-2003-00628-01/39538/* (Hernán Andrade Rincón, C. P.). Sección Tercera. Subsección A.

Colombia. Corte Constitucional. (1999, 10 de febrero) *Sentencia C-068* (Alfredo Beltrán Sierra, M. P.).

Colombia. Corte Constitucional. (2011a, 30 de marzo). *Sentencia C-283* (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).

Colombia. Corte Constitucional. (2012, 22 de marzo) *Sentencia C-238* (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).

- Colombia. Corte Constitucional. (2014, 10 de septiembre). *Sentencia C-683* (Mauricio González Cuervo, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2016, 18 de noviembre). *Sentencia SC16669-2016* (Ariel Salazar Ramírez, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2017, 24 de mayo). *Sentencia SC451-2017* (Fernando Giraldo Gutiérrez, M. P.).
- Espinel, V. (1984). *Derecho Sucesoral*. Temis.
- Lafont, P. (1982). *Derecho de Sucesiones. Tomo I*. Ediciones Librería del Profesional.
- Linares Vesga, J. A. (2008). Aspectos relevantes del contrato de donación entre vivos. *Via Iuris* (5), 15-22. <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/ViaIuris/article/view/48>
- Lopera, D. (2018). *Análisis de la regulación jurídica en el Código Civil colombiano para el tercer orden hereditario* [tesis de maestría, EAFIT]. Repositorio Institucional Universidad EAFIT. <http://hdl.handle.net/10784/13140>
- López, D. (2006). *El Derecho de los jueces*. Legis.
- Moreno Mosquera, V. J., Roncancio Bedoya, A. F., Restrepo Yepes, J. D. y Carvajal Casas, S. (2016). Línea Jurisprudencial Constitucional sobre el cambio de modelo jurídico-político familiar en Colombia (1996-2016). En R. A. Betancurt Durango, J. D. Restrepo Yepes y V. J. Moreno Mosquera (eds.), *Auditorio Constitucional. Discusión y reflexión sobre algunos temas de investigación jurídica* (pp. 133-208). Institución Universitaria de Envigado.
- Moreno, V. J., Londoño, D. A. y Rendón, J. E. (2015). Matrimonio y unitarismo: Condicionantes sociopolíticos del papel de la iglesia católica en la construcción de la identidad política y jurídica familiar en Colombia. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 15(29), 73-92. <https://doi.org/10.22518/16578953.476>
- Ramírez Montoya, D. J. (2016). ¿Consecuencia jurídica de la declaración de la simulación es nulidad o inexistencia? [tesis de grado, Universidad Pontificia Bolivariana]. Repositorio Institucional UPB. <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2900/T.G.%20Deisys%20Joana%20Ram%C3%ADrez.pdf?sequence=1>.
- Suárez Franco, R. (2015). *Derecho de Sucesiones*. Temis.
- Valencia, A. (1984). *Derecho Civil. Tomo VI de las sucesiones*. Temis.

# Capítulo 4

## Gobernanza hídrica en la cuenca del río Aburrá: un análisis del derecho humano al agua y el Consejo de Cuenca<sup>1</sup>

Mauricio Madrigal-Pérez

### 4.1. Introducción

La cuenca del río Aburrá (conocida comúnmente como río Medellín) refleja un problema general y común en las ciudades latinoamericanas: la insostenibilidad ambiental derivada de procesos económicos históricos de cosificación de la naturaleza en los cuales la capacidad de los ecosistemas para recuperarse de manera natural es desbordada. El aspecto distintivo de la cuenca es la confluencia entre los altos niveles de conflictividad, los procesos de innovación social y el hecho de ser uno de los primeros territorios en crear un Consejo de Cuenca conforme al nuevo esquema de planificación hídrica.

Por ello, la garantía del derecho humano al agua se convierte en un aspecto indispensable a valorar en los procesos de gobernanza hídrica, pues permite la prevención y manejo de los conflictos por el agua, la construcción colectiva e inclusiva de políticas y planes hídricos y, en términos generales, contribuye a una gestión participativa, democrática e inclusiva del agua. A su vez, las particularidades de la cuenca del río Aburrá brindan un objeto de estudio particularmente valioso, pues, además de contar con el Consejo de Cuenca conformado y en funcionamiento, tiene serias problemáticas y necesidades, en las que confluyen visiones, imaginarios y realidades contrapuestas, que bajo la pretensión de incorporar un

---

<sup>1</sup> El presente capítulo se enmarca en el proceso de investigación del autor en la maestría en Derecho modalidad investigación de la Universidad de Antioquia, cohorte IX 2016-2017, financiada por el programa de becas de excelencia académica de la Universidad de Antioquia y con distinción sobresaliente.

nuevo modelo de gobernar los recursos hídricos están siendo integradas en espacios para la búsqueda de consensos en torno a la gestión de este vital recurso.

Considerando lo antes mencionado, el objetivo de esta investigación es analizar el proceso de gobernanza hídrica desarrollado en la cuenca del río Aburrá en el periodo 2012-2017 desde un enfoque alternativo que permita la integración del derecho humano al agua. El espacio físico de análisis es la cuenca del río Aburrá con énfasis en el Consejo de Cuenca allí creado, pero considerando la posible existencia de otros espacios y actores que contribuyan al proceso de gobernanza hídrica en la cuenca. A su vez, la investigación se delimita temporalmente al periodo 2012–2017, teniendo como acontecimientos clave la promulgación del Decreto 1640 (Presidencia de la República, 2012) y el primer año de funciones del Consejo de Cuenca del Río Aburrá a junio de 2017.

La presente investigación es socio-jurídica y se desarrolla principalmente desde la metodología cualitativa, teniendo las siguientes estrategias: el análisis documental como actividad investigativa transversal que permite la formulación del enfoque alternativo de la gobernanza hídrica y la evaluación de la información generada por las autoridades ambientales competentes; el estudio de caso, materializado por medio de entrevistas<sup>2</sup> semiestructuradas y focalizadas; el envío de derechos de petición y la observación de reuniones. En ese sentido, durante el año 2017 se realizaron en total doce entrevistas semiestructuradas, se entrevistó a ocho miembros del Consejo de Cuenca, a la coordinadora por parte de la Corporación Autónoma del Centro de Antioquia-Corantioquia del Plan de Ordenación y Manejo de la cuenca del río Aburrá (POMCA), y a tres actores externos.<sup>3</sup> Además de ello, se envió un derecho de petición al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y se asistió a tres reuniones del Consejo de Cuenca del Río Aburrá.

Para cumplir con el objetivo y la metodología propuesta en un primer momento se formula el enfoque alternativo de la gobernanza hídrica por medio del cual se integran los postulados de la ecología política y el contenido normativo del derecho humano al agua en la gobernanza como categoría central de investigación. Después de ello, se analiza el proceso de gobernanza hídrica en la cuenca del río Aburrá, haciendo especial énfasis en los problemas y conflictos a través de la figura de cuenca hidrosocial, la composición y funcionamiento del Consejo de Cuenca del Río Aburrá y la integración del derecho humano al agua. Por último, se brinda una serie de conclusiones sobre los principales hallazgos obtenidos.

---

<sup>2</sup> Todas las entrevistas se basaron en tres categorías: gobernanza hídrica, Consejo de Cuenca y derecho humano al agua. Las preguntas se orientaron a identificar el conocimiento sobre las categorías y la percepción y análisis sobre el proceso desarrollado en la cuenca del río Aburrá.

<sup>3</sup> Su elección se basó en los estudios previos de caracterización de actores realizados por la autoridad ambiental, en los cuales fueron identificados como actores relevantes en la cuenca.

## 4.2. Enfoque alternativo de la gobernanza hídrica

El enfoque propuesto es alternativo al tradicional porque busca integrar en el proceso de gobernanza hídrica dos aspectos: los postulados de la ecología política del agua y el derecho humano al agua. El primero, desde una interpretación amplia de la Observación General N.15 de 2002, integrando los principios generales de derechos humanos y la valoración del agua como un bien social y cultural; y el segundo integrando categorías como la cuenca hidrosocial y reflexiones sobre las relaciones de poder en torno al acceso y distribución del agua, propiciando la integración y visibilización de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad en los procesos de participación en asuntos hídricos.

De conformidad con lo anterior, en un primer momento se brinda la conceptualización de la gobernanza hídrica y se establece la comprensión particular de esta categoría. Después de ello se describe la integración de los dos pilares del enfoque alternativo: la ecología política del agua y el derecho humano al agua. Por último se formula el marco analítico del enfoque propuesto, es decir, la caracterización de un modelo que permite caracterizar todas las formas en las que se presentan en la realidad los modelos decisorios participativos en materia hídrica. De esta manera se visibilizan tanto los procesos integradores, en los cuales las comunidades y los grupos sociales (especialmente los que se encuentran en condición de vulnerabilidad) son actores representativos con incidencia en la toma de decisiones, como aquellos procesos en los cuales esas comunidades y grupos sociales son marginados, excluidos o instrumentalizados por los actores que detentan el poder en el territorio.

### 4.2.1. Conceptualización de la gobernanza hídrica

Existe consenso en que una característica evidente de la gobernanza es su polisemia (Porrás Sánchez, 2016). Esto es, la manifestación de una diversidad de perspectivas, teorías, contextos empíricos y niveles de análisis con los que se construyen nociones de gobernanza (Porrás Sánchez, 2016, p. 21). Porrás a su vez describe cinco posibles realidades o formas de abordaje de la gobernanza:

I. Un criterio hermenéutico que ayuda a organizar información y que permite introducir un enfoque que visibiliza a los actores no gubernamentales en los procesos de gobierno; II. Una teoría en sentido lato que presupone que las problemáticas actuales son tan complejas que sin la colaboración entre gobiernos, sociedades y mercados es imposible resolverlas; III. Una redefinición de la naturaleza o funcionamiento del gobierno, manifestándose a través del uso de NIPP<sup>4</sup> y redes público privadas de política pública;

---

<sup>4</sup> Nuevos instrumentos de política pública.

IV. Un proyecto de cambio o estudio de la realidad buscando mejorar la práctica político – administrativa a través de la transparencia, la rendición de cuentas y el buen gobierno, y V. Un cambio en la sociedad en su conjunto, que multiplica las redes auto-organizadas para complementar o substituir las jerarquías gubernamentales y no gubernamentales en la conducción hacia objetivos comunes (p. 24).

Podría agregarse una sexta forma de abordaje, la desarrollada por los estudios críticos del desarrollo (p.ej. la corriente de la globalización contrahegemónica) que ven en las anteriores realidades de la gobernanza una falta de inclusión de las relaciones y asimetrías de poder, la invisibilización de los marginados y procesos participativos jerarquizados y desde arriba. Lo cual va en contravía de propuestas suyas como la acción colectiva de los excluidos, requisito político para la consecución de las transformaciones jurídicas significativas (De Sousa Santos, 2007, p. 13).

Considerando lo antes mencionado, la gobernanza se debe comprender como un proceso dinámico, particular y flexible, marcado especialmente por el modelo de desarrollo, el marco político-normativo y la cultura. Se propone en ese sentido, la definición de la gobernanza hídrica como un proceso social y dinámico de integración de saberes en la toma de decisiones políticas, normativas y jurídicas, por medio del cual se pretende gestionar equitativa y territorialmente el patrimonio hídrico con el fin de garantizar el derecho humano al agua.

Es un proceso social y dinámico que reconoce que cada territorio cuenta con sus particularidades para la toma de decisiones, que se basa en la integración de saberes, valorando categorías como el ciclo hidrosocial propuesto desde la ecología política del agua. Su fin es lograr, por un lado, la gestión equitativa del patrimonio hídrico, esto es, una gestión fundada en las autonomías culturales, la democracia y la productividad de la naturaleza (Leff, 2003); y, por otro lado, la garantía de los derechos humanos al agua y a la participación ambiental, con una visión amplia de estos derechos, buscando la conservación de las fuentes y ecosistemas hídricos.

A continuación, se describirá la manera como se integran y armonizan algunos postulados de la ecología política del agua en el enfoque alternativo.

#### *4.2.1.1 La ecología política del agua en el enfoque alternativo de la gobernanza hídrica*

A la ecología política, de acuerdo con Leff (2003), le conciernen no solamente los conflictos de distribución ecológica, sino también explorar con nueva luz las relaciones de poder que se entretienen entre los mundos de vida de las personas y el mundo globalizado. La amplia acogida y la diversidad de perspectivas de la ecología política facilitó su consolidación en el ámbito hídrico. Autores como Swyngedouw (2009), Boelens (2013), Budds (2012) y Roca-Servat (2016) han consolidado un campo de investigación que permite visibilizar la

naturaleza dinámica, social y cultural del agua, las diversas relaciones que confluyen en contextos como el latinoamericano y las causas estructurales de los conflictos por el agua, dando voz a los tradicionalmente marginados por medio del uso de metodologías cualitativas y estudios de caso.

En el centro de reflexión de la ecología política del agua están las relaciones entre los diversos agentes construyen el significado del agua (Roca-Servat, 2016, p. 376) y a partir de ello se derivan una serie de líneas de investigación, entre las que se destacan: la neoliberalización y privatización del agua (Ávila-García, 2016), la democratización del agua (Hoogesteger y Urteaga, 2013) y el extractivismo y el despojo hídrico (Yacoub et al., 2015). Un aporte relevante para esta investigación lo brindan Damonte Valencia y Lynch (2016), quienes señalan que la gobernanza del agua “surge como un tema fundamental en el contexto de escenarios de escasez hídrica y desigualdad en el acceso al agua” (p. 9), pero, al desarrollarse bajo el paradigma de la gestión integrada de los recursos hídricos (GIRH) —que hace énfasis en la participación de los usuarios buscando consensos políticos para la asignación de derechos de agua y teniendo a la cuenca hidrográfica como unidad de gestión y gobierno— el agua se concibe como un bien económico y, por lo tanto, los derechos de agua deben asignarse al uso más rentable (Damonte Valencia y Lynch, 2016, p. 10). En términos generales, en un contexto extractivista y neoliberal, la GIRH parece reproducir más que superar las desigualdades en torno al acceso y distribución del agua (p. 11).

Ahora bien, con la integración de los postulados de la ecología política del agua en el enfoque propuesto se busca fundamentar la necesidad de reconocer y analizar en los procesos de gobernanza hídrica las complejas relaciones de poder y los modos de control y apropiación del agua, por medio del acercamiento a la categoría de ciclo o cuenca hidrosocial, “Un concepto instrumental que permite abordar el problema del acceso al agua y su distribución, desde una perspectiva que contempla la complejidad y cuestiona conceptos e ideas dados y utilizados como términos universales” (Langhoff et al., 2017, p. 148). A su vez, se integra la concepción del agua como un bien social, cultural y, por lo tanto, diverso, dependiendo del contexto, la comunidad y el proceso territorial que se analice. Por ello, la visibilización de las relaciones de poder y de los diversos significados del agua permiten valorar la integración de las personas y los grupos en situación de vulnerabilidad.

### 4.3. El derecho humano al agua en el enfoque alternativo de la gobernanza hídrica

El derecho humano al agua en el enfoque alternativo de la gobernanza hídrica parte de los postulados del agua como bien común y de la democracia deliberativa para formular una

concepción amplia de este derecho, lo que resulta fundamental en contextos históricamente conflictivos como el colombiano.

El agua como derecho humano, según los postulados de Acosta (2010), integra la comprensión de patrimonio hídrico reemplazando el de capital natural, con el propósito de garantizar los ciclos vitales del agua y sus diversos usos o valores: ambientales, sociales, culturales y económicos. Además, esta visión es consistente con los derechos de la naturaleza, en tanto obliga a la defensa de los recursos por su propio valor, independientemente de su utilidad comercial.

A su vez, valorar el agua como un bien común implica considerar que su administración, según lo menciona Barlow (2008), es cuidadosa y cooperativa entre todos aquellos que la usan, y por lo general constituye una forma de manejo de los recursos más cautelosa que la privada e incluso a la que se encuentra manos del Estado. Esta es la visión del agua como bien público, común y accesible a todos, como derecho humano fundamental que no debe negársele a nadie por falta de poder adquisitivo o capacidad de pago.

En torno al contenido normativo de este derecho humano, el punto de partida son los criterios establecidos en la Observación general N.15 de 2002 de las Naciones Unidas:

*Disponibilidad:* El suministro de agua para cada persona debe ser suficiente y continuo para uso personal y doméstico; *Calidad:* El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas, o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas; *Asequibilidad:* El acceso a los servicios de agua y saneamiento deben garantizarse sin comprometer la capacidad de las personas para adquirir otros bienes y servicios esenciales (alimentación, vivienda, salud, educación); *Aceptabilidad:* El agua ha de presentar un color, olor y sabor aceptables para ambos usos, personal y doméstico. [...] Todas las instalaciones y servicios de agua deben ser culturalmente apropiados y sensibles al género, al ciclo de la vida y a las exigencias de privacidad; *Accesibilidad:* El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna. Cuenta con cuatro dimensiones, accesibilidad física, sin discriminación, a la información y económica (Naciones Unidas, 2002, pp. 5-7).

Para integrar el contenido básico antes mencionado en el enfoque alternativo de la gobernanza hídrica se deben retomar los postulados de la ecología política del agua y, conforme a ello, trascender las interpretaciones técnicas y volumétricas de este derecho humano. Pues, como lo mencionan Sultana y Loftus (2014):

El derecho al agua corre el riesgo de convertirse en un significativo vacío, utilizado tanto por políticos progresistas como conservadores reunidos en un consenso pos político

superficial que realmente hace poco por efectuar un cambio verdadero en la gobernanza del agua (p. 22).

En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana brinda un marco interpretativo del agua como un derecho fundamental en la Sentencia T-100 de 2017, que establece las facetas del agua:

(i) como un recurso vital y valioso para el medio ambiente, la naturaleza y los seres vivos; (ii) como un recurso hídrico indispensable para la subsistencia de la humanidad que se concreta en un derecho colectivo, por ello, se construyen servicios públicos para su suministro; y (iii) como “un derecho fundamental referido a la exigibilidad de derecho individual” (Corte Constitucional, T-100, 2017).

En su dimensión colectiva, el derecho humano al agua se orienta tanto a la conservación de los ecosistemas como a la gestión equitativa y culturalmente respetuosa del agua, especialmente en lo que tiene que ver con la autonomía de las comunidades. Esto implica acciones, estrategias y políticas que de un lado impidan la sobreexplotación del agua, los monocultivos de alto rendimiento, la deforestación, el vertimiento de residuos y la mercantilización del agua (Federación Iberoamericana de Ombudsman, 2015).

Un aspecto esencial en el enfoque alternativo propuesto es la democratización del derecho humano al agua, el puente que permite su integración es la democracia deliberativa, para lo cual la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) afirma que:

Otra cuestión fundamental para asegurar un sistema de gestión consistente con la realización del derecho humano al agua, es su democratización, la transparencia, el acceso a la información, la rendición de cuentas, la habilitación de sistemas de monitoreo, seguimiento, supervisión y reclamación, y particularmente la participación efectiva de la ciudadanía y el empoderamiento de los sectores sociales más vulnerables, constituyen ingredientes esenciales de un modelo más democrático de gestión del agua, y de los servicios de suministro y tratamiento (2015, p. 40).

La democracia deliberativa ofrece herramientas para garantizar la inclusión de la sociedad en la toma de decisiones. Como lo menciona Domínguez Serrano (2013), brinda un canon de derechos subjetivos de acción que facilitan la participación ciudadana. A su vez, el enfoque alternativo reconoce que:

la legitimidad deliberativa y democrática por el derecho al agua requiere acuerdos sobre términos claves que, a su vez, dependen de un gran conjunto de factores del mundo vital – tales como problemas de accesibilidad, obligaciones, costumbres, tradiciones jurídicas, valores simbólicos, etc. (Schmidt, 2014, p. 144).

Por ello, la categoría de democracia deliberativa se integra en el enfoque alternativo bajo la denominación de democratización del derecho humano al agua.

Es así como la democratización permite integrar al derecho humano al agua tanto el derecho de participación como una serie de criterios y estándares que posibilitan una mayor incidencia de la sociedad, especialmente de las personas en situación de vulnerabilidad. A continuación, se presentan algunos derechos de la mencionada integración:

- *Participación.* Debe ser libre, adaptada a los aspectos culturales y educativos de cada territorio, y como derecho implica el deber de las autoridades de su garantía en tiempo y forma. Existe además la necesidad de dotar a los escenarios de participación de deliberación, de manera tal que en ellos se logren acuerdos que incidan sustancialmente en las políticas públicas hídricas.
- *Igualdad, no discriminación y acciones afirmativas.* Se orienta a reconocer, integrar y proteger a las personas y grupos tradicionalmente marginados en la toma de decisiones. Se fundamenta además en lo consagrado por el artículo 13 de Constitución Política, en el cual se consagra la obligación del Estado de promover la igualdad y adoptar medidas a favor de los grupos discriminados o marginados.
- *La transparencia y rendición de cuentas.* Referida a la gestión de las cuencas hidrográficas, tanto en sus aspectos técnicos que incluyen las finanzas como el relacionamiento entre objetivos y resultados. De acuerdo con el principio de transparencia consagrado en el artículo 3 de la Ley 1712 de 2014, se presume que toda la información en poder de los sujetos obligados por la ley es pública (Congreso de la Republica, 2014).
- *Acceso a la información.* Debe ser oportuno, libre, claro y completo.

A manera de resumen, el derecho humano al agua en el enfoque alternativo de la gobernanza hídrica parte de la valoración del agua como bien común. Según Linton (2014), este derecho es una relación que refleja la identidad colectiva del ser humano como especie y la identidad del agua como proceso, antes que como cantidad (p.77). La denominada “democratización del agua” abarca la participación, el acceso a la información, la transparencia y la rendición de cuentas. Se logra de esta forma “considerar el derecho humano al agua como una norma de gobernanza, se propone un proceso relacional y dialéctico mediante el cual este derecho implique un cambio en las relaciones sociales” (Linton, 2014, p.81).

#### 4.4. Marco analítico

Para el desarrollo de un marco analítico que posibilite la implementación del enfoque alternativo en el caso de la cuenca del río Aburrá se elige integrar las tipologías y elementos tradicionales de la gobernanza, con las adaptaciones debidas para mantener el carácter al-

ternativo, porque de esta forma se logra una mayor profundidad en el análisis del caso, especialmente en los aspectos jurídicos y en los relacionamientos entre los actores. A su vez esta integración permite reconocer que existen aportes del enfoque tradicional que pueden contribuir a alcanzar los objetivos propuestos en esta investigación.

Las tipologías de la gobernanza hídrica en el enfoque alternativo permiten comprender las relaciones de poder y el contenido de las decisiones que se toman en los escenarios de participación. Las tipologías contribuyen de esta forma a determinar los niveles de incidencia y representación en los escenarios de participación en asuntos hídricos. Por ello, se toma como punto de partida la propuesta de Córdoba Hoyos (2014), quien interpreta y adapta los postulados de Rosenau (2002), y se proponen seis tipos de gobernanza: Top-down (de arriba hacia abajo), Bottom-up (de abajo hacia arriba), Market governance (gobernanza del mercado), Networks (redes de gobernanza), Side-by-side (lado a lado), Mobius-web (Multidireccional). Se acoge, además, lo que proponen De Castro et al. (2015), particularmente sobre la descripción de la gobernanza ambiental participativa o híbrida.

A su vez, el enfoque alternativo de la gobernanza hídrica reconoce que uno de los aspectos más críticos de los procesos de gobernanza es su jerarquización y la invisibilización e instrumentalización de las personas situación de vulnerabilidad. Por ello, se proponen una serie de tipologías que parten del actor que dirige y tiene una mayor incidencia en el proceso de gobernanza:

- *Desde arriba:* proceso dirigido por las autoridades públicas, las cuales tienen la mayor influencia en la toma de decisiones. Este proceso puede ser formal (reconocido por el sistema jurídico y abierto al público) o informal (no reconocido y/o reglamentado por el sistema jurídico).
- *Desde abajo:* se caracteriza porque son los movimientos de base, las instituciones educativas, las organizaciones civiles y los colectivos los que dirigen el proceso y tienen mayor influencia en la toma de decisiones. Al igual que el anterior, puede ser formal o informal.
- *De mercado:* tiene como aspecto distintivo que la dirección del proceso y la influencia en la toma de decisiones lo lleva el sector empresarial, generalmente privado. Puede también ser formal e informal.
- *Participativa o híbrida:* el proceso es cogestionado por los diversos actores, no es posible determinar el sector predominante en la toma de decisiones ni en el direccionamiento del proceso.

Por su parte, los elementos de la gobernanza hídrica alternativa son interdependientes y tienen la perspectiva que dan los lentes de la ecología política del agua. Entre ellos se destacan los discursos y la cuenca hidrosocial. Se toma de nuevo como punto de partida

a Córdoba Hoyos (2014) quien propone cinco componentes en su marco analítico para la gobernanza del agua: las normas, los actores, el problema, los contextos de interacción y los procesos. Se plantean acá seis elementos: los discursos, las normas y políticas, la cuenca hidrosocial, los actores, los conflictos por el agua y los escenarios de participación.

- *Los discursos.* Reflejan las visiones y percepciones particulares que los actores en el proceso de gobernanza hídrica tienen sobre el agua. Esto permite generar contrastes entre los discursos y entre estos y las acciones que desarrollan los actores en los escenarios de participación. Así, a su vez, se logran identificar inconsistencias, tensiones y posibilidades de prevenir y manejar los conflictos.
- *Las normas y políticas.* En la gobernanza hídrica alternativa se incluyen, además de las normas jurídicas y políticas públicas, las manifestaciones normativas y políticas informales y alternativas no derivadas de autoridades públicas y procesos formales, sino surgidas desde abajo, por parte de los movimientos sociales y organizaciones de base. Este elemento parte entonces de la comprensión del derecho como el medio para la transformación de las sociedades, la visibilización de las injusticias y la defensa de los excluidos. A lo dicho se suma la conciencia de que las normas jurídicas pueden dar lugar a prácticas sociales plurales, dispares y variables (García Villegas, 2001, pp. 15-17).
- *La cuenca hidrosocial.* Se entiende como una unidad para la gobernanza hídrica, un espacio determinado que integra y visibiliza la naturaleza, las relaciones de poder, el modelo de desarrollo y la cultura. Este elemento refleja la adaptación del ciclo hidrosocial, de acuerdo con los aportes de Ávila-García (2016) y Larsimont (2014), y con los paisajes hídricos brindados por López (2016). Tiene como principio el reconocimiento de la necesidad de proteger, conservar y restaurar los sistemas naturales, partiendo de su complejidad e integralidad. Valora el sistema económico como un subsistema concreto dentro de un sistema más general que es la biosfera, de allí la percepción teórica de que los procesos de producción y consumo y sus límites no pueden estar al margen de las leyes que gobiernan el funcionamiento de la propia biosfera (Bermejo Gómez de Segura, 2014, p. 45).
- *Los actores.* Son los sujetos individuales y colectivos que integran el proceso de gobernanza hídrica, tanto formales como informales. Se reconocen a aquellos especialmente vulnerables y en condición de desigualdad. Este elemento parte de la necesidad de visibilizar, además de los conflictos, las desigualdades y discriminaciones que se desarrollan en los procesos de gobernanza hídrica. Propicia aquellas alternativas que buscan transformar las realidades en nuestros contextos complejos. Se resalta entonces la importancia de reclamar nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no-científicos, y de establecer nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a

partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo (De Sousa Santos, 2010).

- *La prevención y manejo de los conflictos por el agua.* Debe ser una de las prioridades de la gobernanza hídrica. Se toma como referencia la propuesta metodológica de Martín y Justo (2015), para abordarlos desde el enfoque de derechos humanos. Esta propuesta menciona que, en términos generales, un conflicto es una clase de relación social cuyos participantes persiguen objetivos incompatibles entre sí. Y en el caso del agua, esas pretensiones discordantes se vinculan con su aprovechamiento real o potencial. Surge con ello una serie de tipologías, entre las que se destacan: (i) conflictos entre usos, (ii) conflictos entre usuarios, i(ii) conflictos con actores no usuarios, (iv) conflictos intergeneracionales, (v) conflictos interjurisdiccionales y (vi) conflictos institucionales (Martin y Justo, 2015 p. 13).
- *Los escenarios de participación.* Son los espacios (formales e informales) y las actividades sociales, económicas y políticas que en ellos se desarrollan, que determinan las decisiones en torno al acceso, control y distribución del agua. Cabe destacar, como se ha manifestado en apartados anteriores, que la presente investigación se enfoca en un escenario de participación particular, el Consejo de Cuenca del Río Aburrá.

A continuación, en la tabla 4.1, se presenta la síntesis del marco analítico propuesto:

**Tabla 4.1.** Marco analítico del enfoque alternativo de la gobernanza hídrica en el estudio de caso de la cuenca del río Aburrá

	<b>Categorías</b>	<b>Aplicación en el estudio de caso</b>
Tipologías	Desde arriba	Reflejan los niveles de incidencia y representación social en el Consejo de Cuenca. Determinan el actor que dirige y tiene mayor incidencia en el proceso de gobernanza.
	Desde abajo	
	De mercado	
	Participativa o híbrida	
Elementos	Discursos	Describen cómo se percibe el proceso de gobernanza desarrollado en la cuenca del río Aburrá por medio del Consejo de Cuenca: las autoridades ambientales, los miembros del Consejo de Cuenca y algunos actores externos al Consejo de Cuenca.
	Normas y políticas	Se enfoca en los planes de ordenamiento y manejo de cuenca (POMCA) del Río Aburrá de 2007 y la actualización realizada desde finales del 2014 hasta la fecha.
	Actores	Se analizan principalmente dos aspectos: el nivel de incidencia y de representación. Este análisis se desarrolla como parte del escenario de participación, en este caso en el Consejo de Cuenca.

	<b>Categorías</b>	<b>Aplicación en el estudio de caso</b>
Elementos	Cuenca Hidrosocial	Se describen y estudian los problemas socio-ecológicos de la Cuenca del Río Aburrá a partir de los informes de la instancia que actualiza el POMCA y en la información de los participantes en la investigación.
	Conflictos por el agua	Se caracterizan los conflictos por el agua, a partir de la metodología de Martín y Justo (2015) y con base en los informes de la instancia que actualiza el POMCA y en la información de los participantes en la investigación.
	Escenarios de participación	Abarca el diseño, la creación, la conformación y el primer año de funciones del Consejo de Cuenca del Río Aburrá. Se incluye el análisis de los actores.
Derecho humano al agua	Percepciones sobre los vínculos con la gobernanza y su reconocimiento y garantía	Refleja la experiencia de los participantes en la investigación.
	Democratización	Participación. Igualdad, no discriminación y acciones afirmativas. Transparencia y rendición de cuentas. Acceso a la información. Autonomía y financiamiento.

*Fuente:* elaboración propia

Considerando lo antes descrito, en el apartado que sigue se efectúa el estudio del caso de la gobernanza hídrica en la cuenca del río Aburrá por medio de la aplicación del enfoque alternativo, reflejando los principales hallazgos obtenidos.

## 4.5. El proceso de gobernanza hídrica en la cuenca del río Aburrá 2012-2017

En el marco del enfoque alternativo de la gobernanza hídrica se analizan en este apartado: el tipo de gobernanza creado para la ordenación y manejo de la cuenca del río Aburrá, los elementos de la gobernanza hídrica y, por último, la valoración del derecho humano al agua por los participantes en la investigación.

### 4.5.1. Tipología

El tipo de gobernanza hídrica creado para la ordenación y manejo de la cuenca del río Aburrá es: desde arriba, dirigido por las autoridades públicas competentes, específicamente las ambientales, actualmente las corporaciones autónomas regionales, las cuales tienen la mayor influencia en la toma de decisiones. Asimismo es un proceso formal, es decir, re-

conocido por las normas jurídicas aplicables (Decreto 1640, Presidencia de la República, 2012) y parcialmente abierto al público. Como lo establece la Resolución 509 (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2013), se exigen una serie de requerimientos para ser consejero de cuenca y la convocatoria para la conformación se hace una sola vez, salvo que existan razones de fondo motivadas y justificadas por la autoridad ambiental competente.

Entre los hallazgos se destacada el direccionamiento del proceso de gobernanza por parte de la empresa consultora, Compañía de Proyectos Ambientales, en adelante CPA, encargada de formular el plan de ordenamiento y manejo de la cuenca (POMCA) del Río Aburrá. Esta empresa convocó en el periodo de investigación a la mayoría de reuniones del Consejo de Cuenca y realizó una especie de mediación con las autoridades ambientales competentes. En ese contexto y considerando la participación personal en varias reuniones del Consejo y las entrevistas, se identificó que varios consejeros estaban inconformes con el rol de CPA, haciendo especial énfasis en que no es una empresa local y en que en el anterior POMCA (2007) el proceso había sido acompañado por la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. La paradoja es que las autoridades ambientales no hacen parte del Consejo de Cuenca, pero sí deben dirigirlo; en este caso y como ocurre en la mayoría de cuencas por medio de subcontratistas, lo que genera tensiones o predisposiciones que inciden en el diálogo y, en general, en la participación de los agentes.

#### 4.5.2. Elementos

El primer elemento son los *discursos*. Para lograr un mejor análisis los actores-participantes se dividieron en: autoridad ambiental, miembros del Consejo de Cuenca y actores externos relevantes. Por su parte, la representante de la autoridad ambiental entrevistada fue nombrada coordinadora de los planes de ordenación y manejo de cuenca de la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia (Corantioquia) entre 2015 y 2016, y por ello tuvo una relación directa con el Consejo de Cuenca del río Aburrá. En la entrevista la funcionaria valora la gobernanza hídrica a partir del conocimiento y empoderamiento que tenga la sociedad en torno a la gestión integral del recurso hídrico. Respecto del derecho humano al agua, lo relacionó directamente con el mínimo vital, como parte de las condiciones esenciales para el desarrollo de todas las personas (Ramírez, comunicación personal, 2017).

Los miembros del Consejo de Cuenca del Río Aburrá entrevistados valoran, en su mayoría, a la gobernanza hídrica como un trabajo mancomunado, una unión de actores, una especie de alianza estratégica que tiene como finalidad principal conservar el recurso hídrico, privilegiando de esta manera el enfoque de red de la gobernanza. De las definiciones brindadas se resalta la siguiente: “proceso integral de participación e incidencia ciudadana, activa y efectiva que parte del reconocimiento de las realidades territoriales, es

una conjunción entre los sectores y manejo de los bienes comunes” (Uribe, comunicación personal, 2017).

De los actores externos, al ser solo tres, es posible exponer cada uno de sus aportes. Sobre la gobernanza hídrica, Javier Márquez, de la Corporación Ecológica y Cultura Penca de Sábila, relacionó conceptos como interacción entre actores, acuerdos entre sectores para la gobernabilidad. Dejó claro que es un concepto cargado de debates y sostuvo que es: “Un concepto muy útil para comprender lo que nosotros queremos crear en oposición a eso, por ejemplo, lo asocio entre lo público y lo comunitario, podría ser una gobernanza a favor de la vida y los territorios” (Márquez, comunicación personal, 2017). La profesora Daniela Blessent, de la Universidad de Medellín, valora la gobernanza hídrica como: “Estrategias, reglamentos y recursos económicos que permitan proteger el recurso hídrico en todas sus formas” (Blessent, comunicación personal, 2017). Por último, el profesor German Valencia, de la Universidad de Antioquia, describe la evolución del concepto de gobernanza en Colombia, pasando por las nociones de gobierno y gobernabilidad, hasta llegar a las relaciones entre múltiples actores, lo cual genera un ecosistema institucional para administrar el agua. Un ecosistema conflictivo que debe ser analizado como un asunto económico, político y jurídico (Valencia, comunicación personal, 2017).

El segundo elemento son las *normas y políticas*, esto es, el contexto jurídico. La gobernanza hídrica en Colombia se ha desarrollado en el régimen de gestión de cuencas hidrográficas, denominada por las autoridades ambientales como gestión integrada o integral de los recursos hídricos, orientada a la sostenibilidad hídrica por medio de la regulación de la oferta y la demanda del agua, la conservación de los ecosistemas hídrico y la gestión del riesgo. Este régimen cuenta con tres instrumentos normativos centrales de carácter nacional: la Política para la gestión integral del recurso hídrico de 2010, en adelante Política Hídrica, el Decreto 1640 de 2012, compilado por el Decreto 1076 (Presidencia de la República, 2015) y la Resolución 509 (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2013) sobre los Consejos de Cuenca. Además, el régimen tiene como eje central los POMCA, formulados e implementados por las autoridades ambientales de conformidad con su jurisdicción y con la priorización de las cuencas hidrográficas<sup>5</sup> realizada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

La política hídrica establece una serie de principios y objetivos para lograr la gestión integral de los recursos hídricos, delimitando un nuevo esquema de planificación hídrica para el país, con dos componentes transversales destacados: la gestión del riesgo y la gobernanza del agua. Este último bajo el término de gobernabilidad, un error conceptual que fue

---

<sup>5</sup> En la actualidad existen 135 cuencas priorizadas, de las 309 existentes en el país (Instituto de Meteorología, Hidrología y Estudios Ambientales, 2013).

corregido tiempo después en otros instrumentos como la Guía Técnica para la Formulación de los POMCA del 2014. El posicionamiento de la gobernanza en la política queda reflejado en el objetivo seis denominado “governabilidad”, desarrollado a su vez por tres estrategias relacionadas con la participación social, la cultura y la prevención de los conflictos (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010).

Con la reglamentación de la política hídrica por medio del Decreto 1640 (Presidencia de la República, 2012), no de una ley como ocurre en otros países,<sup>6</sup> se continúa con la desafortunada tradición de regular los elementos de la naturaleza por medio de decretos emitidos por el poder ejecutivo y no por leyes. En ese contexto, el Decreto 1640, además de regular el esquema de planificación hídrica, consagra dos nuevas instancias de participación: los Consejos de Cuenca y las Mesas de Trabajo<sup>7</sup> para Acuíferos y Microcuencas. Los Consejos son la instancia de participación central en todo el ciclo de los POMCA y se encuentran descritos en el artículo 48 con una naturaleza consultiva y representativa de “todos” los actores que habitan en la cuenca hidrográfica. El Decreto a su vez describe en términos generales quiénes pueden ser consejeros (por un periodo de cuatro años) y las funciones generales del Consejo (participación en las fases del POMCA, canal de comunicación con la sociedad, brindar insumos, prevenir conflictos, entre otros).

Con el propósito de delimitar las funciones de los Consejos y por mandato expreso del artículo 49 del Decreto 1640 de 2012, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2013) publicó la Resolución 509, una norma que cuenta con diez artículos y establece los requisitos para ser consejeros, la conformación y el funcionamiento del Consejo y la participación del Consejo en las fases del POMCA.<sup>8</sup> La Resolución se destaca más por los vacíos que tiene, entre los que se identifican tres en especial: 1. No se establecen procedimientos que permitan definir el alcance de la participación del Consejo, esto es, el carácter vinculante o no de sus actos, la posibilidad de deliberación en la toma de decisiones y la relación con las autoridades ambientales. 2. No existen estándares de acceso a la información, un aspecto clave en territorios con diversidad cultural y en procesos técnicos. 3. Falta de claridad en torno al financiamiento del Consejo, no se define una fuente directa y continua de financiamiento.

Un aspecto fundamental en torno a los POMCA es el de los determinantes ambientales que definen las normas de superior jerarquía en la ordenación del territorio; así lo consagra el artículo 10 de la Ley 388 de 1997. En ese sentido, los avances en la zonificación del POMCA

---

<sup>6</sup> Por ejemplo: México tiene la Ley de Aguas Nacionales de 1992 (Cámara de Diputados de México, 1992) y Perú la Ley N.29338 de 2009 (Congreso de la República de Perú, 2009).

<sup>7</sup> No cuentan con una reglamentación específica.

<sup>8</sup> De conformidad con el artículo 26 del Decreto 1640 de 2012, las fases son: 1. Aprestamiento; 2. Diagnóstico; 3. Prospectiva y zonificación ambiental; 4. Formulación; 5. Ejecución y; 6. Seguimiento y evaluación.

del Río Aburrá se orientan desde dos categorías de uso del suelo principales: a. conservación y protección ambiental y b. uso múltiple, entre los aspectos destacados se encuentra la integración de la gestión del riesgo y el reconocimiento del grave deterioro de los ecosistemas, orientando en ese sentido se formulan algunas medidas para la restauración ambiental (CPA Ingeniería S.A.S., 2017a, p. 233).

Por último, es preciso señalar que el marco jurídico general descrito establece el deber de actualizar o formular los POMCA. En ese sentido, las autoridades ambientales competentes el 30 de diciembre de 2014 declararon el POMCA del Río Aburrá de 2007 en actualización y revisión<sup>9</sup> (Cornare et al., 2014).

El tercer elemento son los *actores*. En el ámbito del régimen de competencias públicas existen tres autoridades ambientales competentes en la cuenca del río Aburrá: Corantioquia, en las zonas rurales de doce municipios de la cuenca, el Área Metropolitana del Valle de Aburrá (Amva) en las zonas urbanas de diez municipios de la cuenca y la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (Cornare) en tres municipios. Estas autoridades tienen una competencia concurrente en la cuenca; por ello, para la formulación del POMCA, se conformaron como Comisión Conjunta, la cual además tiene presencia de la dirección de gestión integral del recurso hídrico del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. La Comisión Conjunta<sup>10</sup> es un escenario para la concertación y armonización del proceso de ordenación y manejo de la cuenca, y, por ello, cuando el mencionado proceso finalice, cada autoridad deberá expedir el acto administrativo respectivo aprobatorio del POMCA.

El proceso de gobernanza hídrica analizado está integrado por un total de 19 actores los que integran el Consejo de Cuenca, representando diez sectores: academia (una universidad); comunidades (una de afrodescendientes); gremios de campesinos (uno); gremios empresariales (tres); usuarios y empresas de servicios públicos (dos); ONG ambientales (tres); juntas de acción comunal (dos); municipios con jurisdicción en la cuenca (tres); departamentos con jurisdicción en la cuenca (uno) y; otros actores (tres) (CPA Ingeniería S.A.S, 2015, pp.55-56). Además, existen dos actores relevantes vinculados al proceso de gobernanza pero que no son miembros del Consejo, las autoridades ambientales descritas en el párrafo anterior y la CPA.

Del mapa de actores elaborado en la investigación con base en dos criterios —incidencia y representación— se obtuvieron los siguientes hallazgos. Existen actores externos que no hacen parte del Consejo y que tienen una gran incidencia en asuntos hídricos; se destaca

---

<sup>9</sup> El POMCA del río Aburrá fue aprobado el 16 de noviembre de 2018 por medio de la Resolución de la Comisión Conjunta.

<sup>10</sup> Artículo 6 y 43 del Decreto 1640 de 2012, compilado por el Decreto 1076 de 2015.

que ninguna de las universidades integrantes del conocido G8<sup>11</sup> hace parte del Consejo; son relevantes los actores sociales, en especial las juntas de acción comunal y las ONG, que sin contar con los recursos financieros suficientes brindan grandes aportes al proceso; falta un enfoque diferencial preestablecido que permita desarrollar de manera planificada y progresiva acciones afirmativas para la inclusión de actores en situación de vulnerabilidad.

En el análisis de la información generada por el Consejo de Cuenca se identificó la solicitud que en esta instancia de participación realizó el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para incluir nuevos miembros en el Consejo, hecho que evidencia una posible subrepresentación. La solicitud fue desestimada por el Ministerio, de conformidad con las actas e informes del Consejo de Cuenca y en los siguientes términos: “la falencia procede precisamente de los mismos actores al no responder a la convocatoria” por ello se considera improcedente “que de manera extemporánea se les convoque a realizar el proceso de selección, definición y vinculación al Consejo, tras dos o tres meses de su conformación” (Consejo de Cuenca del Río Aburrá, 2016, p. 7). Este último aspecto es determinante, pues responde a un formalismo excesivo que restringe los procesos de gobernanza y visibiliza la comprensión generalizada de la participación como un deber más que un derecho por parte las autoridades públicas.

El cuarto elemento es la *cuenca hidrosocial*. Representa el contexto socio-ecológico del agua y reconoce los procesos hidrológicos como moldeados por las actividades e instituciones humanas (Larsimont, 2014, p. 4). Los estudios técnicos realizados durante el proceso de actualización del POMCA confirman la complejidad del territorio; en ese sentido se destaca respecto del estado ambiental en la cuenca del río Aburrá: la dependencia hídrica de otras cuencas, la ilegalidad en el uso del agua, el alto vertimiento de aguas residuales no tratadas y la alta reducción del área ocupada en cobertura boscosa nativa (CPA Ingeniería S.A.S., 2017b, p. 51).

La dinámica social en la cuenca también es compleja. El diagnóstico técnico señala que para el periodo 1985-2016 la población de la cuenca aumentó en un 68,7 %, pasando de 2.268 131 personas en 1985 a 3.827 419 habitantes como población estimada en el territorio de la cuenca para el año 2016. Durante el periodo 2011-2015 el Valle de Aburrá recibió un total de 96 570 personas en situación de desplazamiento forzado (CPA Ingeniería S.A.S., 2017c, pp. 17-18). Un aspecto para destacar es el mantenimiento de los acueductos comunitarios. En total, los estudios técnicos identificaron 192 acueductos (CPA Ingeniería S.A.S., 2017c, p. 131), los cuales reflejan la identidad cultural y las reivindicaciones por la autogestión y la valoración del agua como un bien común y un derecho humano.

---

<sup>11</sup> Universidades: eafit, Universidad Pontificia Bolivariana, ces, Universidad Nacional de Colombia sede Medellín, Universidad de Medellín, Universidad de Antioquia, Universidad Lasallista y EIA

Toda vez que los estudios técnicos desarrollados en el periodo de investigación no analizaron los nexos entre la pobreza y la contaminación, y como tampoco se evaluó el servicio público de saneamiento, fueron esenciales los aportes de los participantes en la investigación para comprender la dinámica de la cuenca.

En las entrevistas un común denominador fueron las expresiones “letrina”, “caño” y “alcantarillado” para describir el estado de la cuenca del río Aburrá. También fue fácil identificar las causas de la contaminación histórica de la cuenca, sintetizadas por Javier Márquez en “la ocupación del territorio contra el río y contra el agua; las quebradas han sido sepultadas por el cemento y usadas como cloacas” (Márquez, comunicación personal, 2017). Los motivos de ese tipo de ocupación también son referidos por algunos participantes entrevistados: la falta de identidad, el desconocimiento, los egos y la ambición. Otros también señalan que el principal factor es la llegada tardía de la legislación que protege el ambiente. En suma, como lo menciona el profesor German Valencia:

Cuando hablamos de la cuenca básica del río de Medellín hablamos del uso que le damos de vertimiento de aguas sucias, contaminadas; y la utilización del agua limpia es muy escasa, solamente se da en las fuentes que no están contaminadas, es sobre ese río contaminado en el que se proyecta y piensa (Valencia, comunicación personal, 2017).

El panorama es claro. Existe una enorme degradación ambiental derivada de un modelo de desarrollo que ha integrado en el último siglo al patrimonio natural, primero, como materia prima inagotable y, segundo, como un componente casi incompatible con las zonas urbanas. Esto se refleja en acciones como la canalización de las quebradas (microcuencas) y la gran cantidad de vertimientos (legales e ilegales) que recibe la cuenca del río Aburrá.

Al considerar el ciclo hidrosocial, y al cuestionamos sobre el vínculo entre ordenación y manejo de cuencas y pobreza y desigualdad, encontramos que hay claridad cuando se estudian las desigualdades en el acceso al agua en contextos urbanos, en los cuales el incumplimiento y la invisibilización se configuran en el presente, por ejemplo: en la desconexión y en la deficiente calidad del agua, en un contexto y momento dados (López, 2015, p. 51). Pero, en la ordenación y manejo de cuencas las acciones se orientan más hacia el futuro: conservación y la protección de los ecosistemas hídricos. En ese sentido, es igual de importante estudiar cómo las comunidades en condición de vulnerabilidad por causas sociales (violencia, pobreza, etc.) se vinculan tanto negativamente, por sufrir efectos adversos, como positivamente, por desarrollar acciones a favor de los ecosistemas hídricos. Ante un reto de tal magnitud, los esquemas de protección jurídica, especialmente la ordenación y manejo de cuenca, deben ampliar su alcance y rigurosidad. Se requiere entonces de cambios estructurales, participativos e incluyentes, que valoren el río como un fin en sí mismo y no como un

medio, como un ecosistema esencial por el cual se pueden generar procesos de integración social y económica.

El quinto y último elemento es el *Consejo de Cuenca del Río Aburrá*. Durante el periodo de investigación (2015-2017) el Consejo realizó ocho encuentros, cinco de ellos integrados en los informes de la empresa CPA y tres recorridos en la cuenca alta, baja y media. Además de ello, formularon el reglamento interno y el plan de trabajo del Consejo.

El Consejo de Cuenca del río Aburrá, en el marco de sus deberes, elaboró dos instrumentos de planeación base: el plan de acción y el reglamento. En el plan de acción se establecen una serie de proyectos relacionados con la capacitación de los consejeros de cuenca, la adquisición de equipos, materiales, un vehículo y de una oficina. También se proyectó en el plan el desarrollo de encuentros con otros consejos de cuencas para intercambiar experiencias. Por su parte, el reglamento describe la misión, visión y principios de funcionamiento del consejo, así como su estructura organizativa. Esta última es muy relevante ya que establece los roles principales, presidente (a) y secretario (a) y sus funciones. También se define la manera como se desarrollarán las sesiones del consejo y se sientan las bases para garantizar la operatividad y sostenibilidad del Consejo de Cuenca.

Desde la experiencia de algunos de los miembros del Consejo se encuentra que en su generalidad coincide con la importancia del mismo, con la necesidad de contar y fortalecer estos escenarios, con la posibilidad de que se conviertan en un órgano integrador y articulador que además de controlar y vigilar la formulación como la ejecución de los POMCA, desarrolle propuestas para la transformación de las cuencas por medio la promoción y consolidación de una nueva conciencia pública en torno a su manejo y conservación.

También la mayoría considera que el Consejo no cumplió con sus objetivos, por dos motivos principales: el primero relacionado con la falta formación y capacitación de los consejeros en asuntos de participación ambiental, que algunos, resumen en falta de empoderamiento y por consiguiente de direccionamiento y liderazgo; el segundo relacionado con la gestión desarrollada por la empresa CPA y las autoridades ambientales respecto al apoyo al Consejo de Cuenca. En ese sentido, algunos miembros manifiestan que se sintieron instrumentalizados, desinformados y relegados como instancia de participación, pues señalan de manera reiterada que con el Consejo simplemente se cumplió con un requisito jurídico, como lo manifiesta el representante de las Juntas de Acción Comunal: “En nuestro último encuentro llegamos a la conclusión en el Consejo que la autoridad ambiental, la comisión conjunta no tuvo en cuenta al Consejo, simplemente éramos convidados de piedra y finalmente las actas que hicimos no fueron tenidas en cuentas porque había que radicarlas, es decir, nuestros encuentros no fueron válidos” (Representante Juntas de Acción Comunal, comunicación personal, 2017)

Las anteriores reflexiones visibilizan la complejidad del proceso y las consecuencias de los vacíos normativos descritos en los apartados anteriores, especialmente en torno al financiamiento y claridad del alcance e incidencia del consejo en el ordenamiento y manejo de la cuenca. También debe valorarse la necesidad de procesos educativos y de capacitación como un aspecto fundamental para la construcción de una cultura de la participación.

## 4.6. Derecho humano al agua

En esta investigación se busca vincular el derecho humano al agua con la gobernanza hídrica en la gestión de cuencas hidrográficas, pasando el eje de discusión a la conservación de las fuentes hídricas, la restauración de las cuencas y caudales, el control de la contaminación, desde una visión a mediano y largo plazo. Esto implica trascender el enfoque tradicional, una necesidad que se refleja, por ejemplo, en el Informe sobre el derecho humano al agua elaborado por la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO):

La eficacia del derecho humano al agua involucra no sólo cuestiones estrictamente de disponibilidad, calidad y accesibilidad del recurso para la satisfacción de las necesidades básicas, sino que se ve afectada por una serie de factores que rebasan el ámbito de los derechos, y que deben atenderse para poder alcanzar la *soberanía hídrica*: a) la contaminación, comercialización y apropiación privada de los recursos hídricos frente a su concepción como bien común, b) los conflictos por las fuentes transfronterizas, c) su valor geoestratégico, d) su dimensión cultural, e) la conservación de los ecosistemas, f) la gestión económica y técnica de los sistemas de suministro, o g) la implementación de nuevas tecnologías para su explotación, distribución y tratamiento (FIO, 2015, p. 30).

Para el desarrollo de esta sección fueron planteadas tres preguntas a los participantes en la investigación. A la primera, ¿considera que existe alguna vinculación entre la gobernanza hídrica y el derecho humano al agua?, todos los consultados respondieron que sí, algunos detallaron que es difícil trascender el enfoque actual de la gobernanza basado en el modelo neoliberal y por tanto lejano del agua como un bien común, pero si se integran nuevos principios y enfoques que orienten y contribuyan a una democracia verdadera, sí pueden existir esas relaciones entre la gobernanza y el derecho al agua.

En relación con la segunda pregunta, ¿considera que el derecho humano al agua es reconocido y garantizado en la Cuenca del Río Aburrá?, la mayoría respondió de forma negativa, pero con diversas justificaciones. Se destacan las que manifiestan que no era necesario discutirlo, porque el río Aburrá o Medellín no provee agua potable en cantidades significativas, y las que señalan que es imposible garantizar este derecho por ser un imposible técnico

y financiero. Todos los consultados tomaron con asombro esta pregunta, señalando que era muy interesante y que no habían reflexionado sobre este tema tan importante.

La tercera y última pregunta fue la siguiente: ¿existen barreras<sup>12</sup> para garantizar el derecho humano al agua en el Consejo de Cuenca y los procesos de gobernanza hídrica en la cuenca del río Aburrá? La mayoría de los entrevistados interpretó las barreras como problemas y en ese sentido coinciden en seis: 1. Falta de presupuesto; 2. Vacíos jurídicos; 3. No participación de actores relevantes; 4. Deficiencias en el acceso y gestión de la información; 5. Falta de deliberación en la toma de decisiones y 6. Necesidad de un mayor empoderamiento de todos los miembros del Consejo y de las autoridades públicas en asuntos de participación.

Teniendo como base lo antes planteado es posible afirmar que en el proceso de gobernanza hídrica desarrollado desde el Consejo de Cuenca en el marco de la ordenación y manejo de la cuenca del río Aburrá existieron diversas barreras que impidieron la garantía efectiva del derecho humano al agua. En cada uno de los criterios expuestos se presentaron deficiencias que reflejan la necesidad de valorar y replantear varios aspectos de los consejos de cuenca, entre ellos: contar con mayor autonomía y financiamiento, que trasciendan la fase de formulación y contribuyan al desarrollo de actividades de seguimiento y evaluación de los POMCA; generar mecanismos alternativos de control social de la gestión de la Comisión Conjunta y el propio Consejo de Cuenca, figuras como los observatorios y las veedurías deben ser valoradas; crear una estrategia para el fortalecimiento de la cultura de la participación, de manera que los sectores juveniles, comunitarios y activistas sean integrados y se sientan parte de estos procesos.

## 4.7. Conclusiones

Los procesos de gobernanza del agua desde el enfoque propuesto deben ser analizados en su integralidad, desde su diseño y conformación hasta la toma de decisiones y las fases de implementación de los planes hídricos. En esta investigación solo fue posible estudiar el diseño, la conformación y algunas actividades del Consejo de Cuenca del Río Aburrá como instancia que materializaría la gobernanza del agua en esta zona del país. En ese sentido los hallazgos son relevantes y permiten formular una serie de conclusiones, pero no brindan una evaluación integral de todo el proceso de gobernanza a nivel nacional, en especial de la fase de implementación en la cual es posible determinar el nivel de incidencia efectiva del Consejo.

Los conflictos por el agua, la diversidad cultural y el nivel técnico de la información ambiental deben ser vistos como una oportunidad para transformar los territorios. Esto es

---

<sup>12</sup> Las barreras preestablecidas para analizar el caso de estudio fueron: jurídicas, administrativas o de gestión, de información, financiamiento, rendición de cuentas y socioculturales.

posible si esas complejidades son mediadas por instancias de participación desarrolladas con enfoques de derechos humanos y con un marco jurídico claro, suficiente y alineado con la flexibilidad requerida en los procesos de gobernanza. Precisamente el enfoque alternativo propuesto busca eso: crear marcos de análisis que faciliten la transformación participativa de los territorios teniendo como eje central la conservación del agua.

Existen una serie de aspectos que se consideran fundamentales para la gobernanza del agua: la reglamentación de los Consejos de Cuenca debe integrar estándares sobre el acceso a la información, rendición de cuentas y participación, esta última como un derecho. El Acuerdo de Escazú sobre derechos de acceso a la información, la participación pública y la justicia en asuntos ambientales (2018) puede ser la referencia adecuada para ese mejoramiento, por su contenido normativo y por el procedimiento participativo desarrollado para su formulación. Otro aspecto relevante es la deliberación en la toma de decisiones, inexistente en la gobernanza del agua reconocida en nuestro país, un requisito esencial para que se pueda hablar de gobernanza.

Por último, se debe reconocer que los procesos de gobernanza hídrica institucionalizados, verticales y formalistas lejos de contribuir con la prevención de los conflictos por el agua, los potencian. Por ello, además de integrar los aspectos antes mencionados, es necesario desarrollar investigaciones sobre la cultura participativa, sobre la relación entre la violencia histórica en nuestro país y la degradación de la naturaleza, sobre las visiones del agua y, en general, realizar estudios aplicados que favorezcan la participación de los actores, la interacción entre las disciplinas y el reconocimiento de la diversidad.

## 4.8. Referencias

- Acosta, A. (2010). El agua, un derecho humano fundamental. En A. Acosta y E. Martínez (Comp.), *Agua un derecho fundamental* (pp. 7-46). Abya-Yala.
- Ávila-García, P. (2016). Hacia una ecología política del agua en Latinoamérica. *Revista Estudios Sociales*, (55), 18-31. <https://doi.org/10.7440/res55.2016.01>
- Barlow, M. (2008). *El convenio azul. La crisis global del agua y la batalla futura por el derecho al agua*. The New Press.
- Bermejo Gómez de Segura, R. (2014). *Del desarrollo sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biotomía*. Universidad del País Vasco.
- Boelens, R. (2013). Seguridad hídrica y derechos locales. El encuentro y desencuentro entre el derecho oficial y las leyes consuetudinarias en América Latina. *Agenda Social*, 7(1), 15-42. [http://www.revistaagendasocial.com.br/files/journals/Revistas/REVISTA\\_AGENDA\\_SOCIAL\\_V7\\_NIRED\\_.pdf#page=15](http://www.revistaagendasocial.com.br/files/journals/Revistas/REVISTA_AGENDA_SOCIAL_V7_NIRED_.pdf#page=15)

- Budds, J. (2012) La demanda, evaluación y asignación del agua en el contexto de escasez: un análisis del ciclo hidrosocial del valle del río La Ligua, Chile. *Revista de geografía Norte Grande*, (52), 167-184. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34022012000200010>
- Colombia. Congreso de la República. (2014, 6 de marzo). Ley 1712. *Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial N.º 49.084.
- Colombia. Corte Constitucional. (2017, 17 de febrero). *Sentencia T-100* (Alberto Rojas Ríos, M. P.).
- Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2010). *Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico*. Viceministerio de Ambiente.
- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2013, 21 de mayo). Resolución 509. *Por la cual se definen los lineamientos para la conformación de los Consejos de Cuenca y su participación en las fases del Plan de Ordenación de la Cuenca y se dictan otras disposiciones*.
- Colombia. Presidencia de la República. (2012, 2 de agosto). Decreto 1640. *Por medio del cual se reglamentan los instrumentos para la planificación, ordenación y manejo de las cuencas hidrográficas y acuíferos, y se dictan otras disposiciones*. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- Colombia. Presidencia de la República. (2015, 26 de mayo). Decreto 1076. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible*. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- Consejo de Cuenca (2016). *Acta tercera reunión del Consejo de Cuenca del 2 de septiembre de 2016*.
- CPA Ingeniería S.A.S. (2015). *Producto 2. Estrategia de participación. Consultoría para actualizar el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica del Río Aburrá, Convenio NSS (2701-01)*. Fondo Adaptación, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Corantioquia, Área Metropolitana del Valle de Aburrá y CPA Ingeniería S.A.S.
- CPA Ingeniería S.A.S. (2017a). *Consultoría para actualizar el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica del Río Aburrá. Convenio NSS (2701-01). Fase prospectiva y zonificación ambiental*. Fondo Adaptación, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Corantioquia, Área Metropolitana del Valle de Aburrá y CPA Ingeniería S.A.S.
- CPA Ingeniería S.A.S. (2017b). *Producto 3. Fase de diagnóstico de la actualización del POMCA Río Aburrá. Consultoría para actualizar el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica del Río Aburrá, Convenio: NSS (2701-01)*. Fondo Adaptación, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Corantioquia, Área Metropolitana del Valle de Aburrá y CPA Ingeniería S.A.S.
- CPA Ingeniería S.A.S. (2017c). *Producto 4. Fase de diagnóstico de la actualización del POMCA Río Aburrá. Consultoría para actualizar el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica del Río Aburrá, Convenio: NSS (2701-01)*. Fondo Adaptación, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Corantioquia, Área Metropolitana del Valle de Aburrá y CPA Ingeniería S.A.S.
- Córdoba Hoyos, L. T. (2014). *Gobernanza y gestión del agua en el municipio de Santiago de Cali* [tesis de maestría, Universidad del Valle]. Repositorio Institucional Universidad del Valle. <http://bibliotecadigital.uni-valle.edu.co/bitstream/10893/7796/1/CB-0516835.pdf>

- Cornare, Área Metropolitana del Valle de Aburrá y Corantioquia. (2014, 30 de diciembre). Resolución 040-1412-20525. *Por la cual se declara en revisión y ajuste el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica del Río Aburrá–NSS (2701-01)*.
- Damonte Valencia, G. y Lynch, B. (2016). Cultura, política y ecología política del agua: una presentación. *Anthropologica*, 34(37), 5-12. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/anthropologica/article/view/15617>
- De Castro, F., Hogenboom, B. y Baud, M. (coord.). (2015). *Gobernanza ambiental en América Latina. 1era edición*. GLACSO y ENGOV. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20150318053457/GobernanzaAmbiental.pdf>
- De Sousa Santos, B. (2007). Más allá de la Gobernanza neoliberal: el Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolitas subalternas. En B. De Sousa Santos y C. A. Rodríguez Garavito, *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita* (pp. 31-60). Rubi, Anthropos, UAM-Cuajimalpa.
- De Sousa Santos, B. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Trilce.
- Domínguez Serrano, J. (2013). *Agua y Territorio derechos de los ciudadanos y organización administrativa*. Instituto Mexicano de Tecnología del Agua.
- Federación Iberoamericana de Ombudsman. (2015). *Derecho humano al agua. XII Informe sobre derechos humanos*. Trama.
- García Villegas, M. (2001). Estudio Preliminar. En *Sociología Jurídica: Teoría y Sociología del derecho en Estados Unidos* (p. 15-18). Universidad Nacional de Colombia.
- Hoogesteger van Dijk, J. D. y Urteaga, P. (2013) *Agua e inequidad. Discursos, políticas y medios de vida en la región Andina*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Instituto de Meteorología, Hidrología y Estudios Ambientales. (2013). *Zonificación y codificación de unidades hidrográficas e hidrogeológicas de Colombia*. IDEAM.
- Langhoff, M. L, Geraldi, A y Rosell, P. (2017). El concepto de ciclo Hidro-social aplicado a los conflictos por el acceso al agua. El caso de la disputa por el río Atuel entre las provincias de la Pampa y Mendoza, Argentina. *Papeles de Geografía*, (63), 146-160. <https://doi.org/10.6018/geografia/2017/280681>
- Larsimont, R. (2014). *Ecología política del agua: reflexiones teórico-metodológicas para el estudio del regadío en la provincia de Mendoza* [sesión de conferencia]. FRH 2014 2ª Encuentro de Investigadores en Formación en Recursos Hídricos, Buenos aires, Argentina. <https://www.ina.gob.ar/ifrh-2014/Eje1/1.03.pdf>
- Leff, E. (2003). La ecología política en América Latina: un campo en construcción. *Sociedade e Estado*, 18(1-2), 17-40. <https://doi.org/10.1590/S0102-69922003000100003>
- Linton, J. (2014). El derecho humano ¿a qué?: Agua, derechos y la relación entre las cosas. En F. Sultana y A. Loftus (compil.), *El Derecho al Agua. Economía, política y movimientos sociales*. (pp.73-91). Ed. Trillas.
- López, M. (2015). *Paisajes hídricos urbanos en disputa: agua, poder y fragmentación urbana en Medellín, Colombia*. CONFIAR, Corporación Penca de Sábila, ISP y SINPRO.
- Martín, L. y Justo, J. B. (2015). *Análisis, prevención y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas- CEPAL. Serie Recursos Naturales e Infraestructura 171.

- México. Cámara de Diputados. (1992, 1 de diciembre). *Ley de Aguas Nacionales*. Diario Oficial de la Federación.
- Naciones Unidas. (2002). *Observación General N.º 15. El derecho al agua*. Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Perú. Congreso de la República. (2009, 31 de marzo). Ley 29338. *Ley de Recursos Hídricos*. Diario Oficial.
- Porras Sánchez, F. (2016). *Gobernanza: propuestas, límites y perspectivas*. Instituto Mora.
- Rosenau, J. (2002). Governance in a New Global Order. En A. McGrew y D. Held (eds.), *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance* (p. 81). Polity Press.
- Roca-Servat, D. (2016). Aproximaciones epistemológicas y metodológicas al estudio de la (in) justicia hídrica. Construyendo conocimiento desde el sur global. En B. Duarte Abadía, C. Yacoub López, J. D. Hoogesteger van Dijk (eds.), *Gobernanza del agua. Una mirada desde la ecología política y la justicia hídrica* (pp. 373-390 ). Abya Yala y Justicia hídrica.
- Schmidt, J. (2014). ¿Escasa o insegura?: El derecho al agua y la ética de la gobernanza. En F. Sultana y A. Loftus (compil.), *El Derecho al Agua. Economía, política y movimientos sociales*. (pp.131-151). Ed. Trillas.
- Sultana, F. y Loftus, A. (2014). *El Derecho al Agua. Economía, política y movimientos sociales*. Ed. Trillas.
- Swyngedouw, E. (2009). The Political Economy and Political Ecology of the Hydro-Social Cycle. *Journal of Contemporary Water Research & Education*, 142(1), 56-60. <https://doi.org/10.1111/j.1936-704X.2009.00054.x>
- Yacoub, C., Duarte, B. y Boelens, R (2015). *Agua y ecología política: El extractivismo en la agroexportación, la minería y las hidroeléctricas en Latinoamérica*. Abya-Yala y Justicia Hídrica.

# Capítulo 5

## Aplicación y eficacia de las acciones afirmativas en la contratación estatal<sup>13</sup>

**Diego Alejandro Hoyos**

**José Leonardo Ospina**

**José Fernando Hoyos García**

**María del Pilar Marulanda Calvo**

**Cristian Valencia Giraldo**

### 5.1. Introducción

La aplicación de las acciones afirmativas en el Estado colombiano ha traído beneficios, igualdad y protección especial para las personas excluidas. El artículo 13 de la Constitución Política que consagra el derecho a la igualdad es un postulado que rige la contratación estatal y las diferentes normativas que la regulan, en las que se lo concibe como un criterio a favor de los grupos minoritarios y como una garantía que requiere control permanente y ratificación para su efectividad duradera.

En esta investigación se analiza cómo la Constitución Política ha permeado el régimen de contratación estatal: cuál ha sido la efectividad y aplicación de los principios constitucionales en el sistema contractual público colombiano.

Para el desarrollo del escrito se llevó a cabo un diseño metodológico estructurado, el cual partió de un paradigma (deductivo aplicado sobre un marco empírico), y tuvo en consideración diferentes hipótesis para lograr concretar un enfoque articulado con el problema objeto de estudio, sintetizado en el desarrollo de la pregunta problemática, de tipo

---

<sup>13</sup> Capítulo de libro derivado del proyecto COD 108 de 2018: “Acciones afirmativas en la contratación estatal”, financiado por la Dirección de Investigación e Innovación de la Institución Universitaria de Envigado.

cualitativo-analítico, pero con medición de algunos datos de impacto, previa recopilación de información.

A partir de la Constitución de 1991, en Colombia se ha trabajado en la implementación de acciones afirmativas en aras de una igualdad efectiva aplicada en un tiempo, lugar y con relación a una gráfica estadística que permita determinar las diferencias y el grado de desigualdad existente entre grupos poblacionales; se ha identificado, en este sentido, la necesidad de tomar medidas que permitan un mayor desarrollo de las personas pertenecientes a los grupos minoritarios.

La contratación estatal no es ajena a este fenómeno, por lo que el Estado propende por la creación y aplicación de leyes a favor de personas discriminadas, buscando su inclusión a través de beneficios preferenciales que cumplen una labor social y se adecuan al precepto constitucional del artículo trece.

Es indispensable analizar si el factor preferencial es realmente lo necesario para una efectiva inclusión en la medida en que se conozca si estas poblaciones vulnerables son protegidas y, si por la rigidez normativa no se satisface dicha protección, cuestionar cuál es el grado de efectividad que se presenta en los procesos contractuales del Estado.

Una medida eficaz en lo público sería una inclusión primaria que beneficie de manera adicional desde la ley al contratista que se presente a las licitaciones públicas, con un valor agregado de puntuaciones y porcentajes.

## 5.2. La igualdad en el Estado

Para determinar la igualdad se requiere establecer una relación entre dos o más sujetos u objetos con características en común lógica, partiendo del axioma “igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales”. Pero esto es una afirmación ciertamente controvertida, dado que no hay personas o situaciones exactamente iguales, por eso el juicio de igualdad no parte de la identidad sino de una igualdad práctica y parcial, toda vez que las personas son iguales en unos aspectos y desiguales en otros.

Estamos ante una forma de igualdad en derechos a través de la utilización de las técnicas de la diferenciación y no de la equiparación que es la técnica para la igualdad ante la ley que evita la discriminación y no considera relevantes las diferencias de raza, sexo, religión, ideología, etc. Para un trato desigual en el proceso de especificación desde la igualdad como diferenciación, por el contrario las condiciones que distinguen a los colectivos, sí son relevantes para una protección especial a través de derechos. En este caso la igualdad, como especificación se refiere al estatus personal, al que se afecta la innovación y apertura de horizontes que Bobbio formula (Peces-Barba, 2000, pp. 171).

El Estado social y democrático de derecho, resultado de la lucha contra la tradición milenaria del Estado liberal, generó la transformación del universo jurídico y una mejor forma de cubrir las debilidades estatales respecto del principio de igualdad. En la igualdad se contienen los principios básicos de la democracia liberal que impone un gobierno delimitado por el ánimo de asegurar y proteger derechos colectivos y derechos individuales. La igualdad ha de ser real y efectiva y no solo formal o jurídica; ha de ser dinámica, sujeta a los constantes cambios y al surgimiento de nuevas problemáticas sociales. En este sentido, es necesario proyectar no solo la igualdad de todos en tanto que ciudadanos de un mismo estatuto jurídico, si no también otorgar una igualdad de trato.

### 5.3. Concepto de acciones afirmativas

Muchas teorías que hablan sobre la igualdad desde los aspectos de la religión, la política, lo social, la filosofía y lo legal han establecido su definición general con unos parámetros particulares; pero lo que ignoran dichas teorías es que para establecer la igualdad se debe tener en cuenta desde la nacionalidad hasta el nivel socio económico de las personas. Asimismo, es un hecho innegable que la discriminación o los actos que no son políticamente correctos han existido y existirán en la sociedad.

T. E. Holland ha enumerado las distintas variedades de estatus detectables en los sistemas jurídicos antiguos. Creo que vale la pena repasar la nómina: ser varón o mujer, ser menor, estar sujeto a la patria potestad o ejercerla, ser casado (particularmente ser mujer casada), ser soltero, padecer defectos mentales, padecer defectos físicos, pertenecer a cierto rango, pertenecer a cierta casta, tener cierta posición oficial, tener cierta raza, tener cierto color, ser esclavo, tener cierta posición, haber sido declarado muerto civil, ser ilegítimo (en algún sentido relevante), ser hereje, tener nacionalidad extranjera, tener una nacionalidad considerada hostil a la nacionalidad del país. A esta nómina se suele agregar ser criminal y estar en bancarrota. Cuando se discute el tema de la discriminación es interesante repasar este tipo de antecedentes históricos para advertir hasta qué punto las discusiones en torno al principio de igualdad y al concepto de igualdad van de la mano de una notable evolución en la historia de la humanidad (Rabossi, 1990, p. 178).

Esto evidencia que tradicionalmente existe un déficit de protección de derechos humanos y que es importante reconocer que la sociedad occidental tiene déficits en cuanto a garantizar la igualdad. Estos factores históricos de discriminación nos permiten hacer una relación con los criterios o características establecidos en la declaración universal de los derechos humanos, citados por Rabossi (1990), así:

La Declaración Universal ha sentado la base de la enumeración estándar de criterios críticos, que incluye rasgos o condiciones: a) adquiridos naturalmente (raza, color, sexo); b) condicionados culturalmente idiomas, religión, nacimiento, origen social, posición económica); c) condicionados jurídicamente (origen nacional), y d) decididos personalmente (opinión política o de cualquier índole) (p.180).

Al plantear una solución a la problemática de la discriminación de estos grupos minoritarios cada Estado ha realizado planes o mecanismos encaminados a la igualdad, pero se debe tener en cuenta que existe un margen de intervención efectiva según las condiciones estatales y las medidas de equiparación a favor de los tradicionalmente afectados, de esto que sea pertinente abordar cómo en otros países se han implementado las denominadas medidas de discriminación positiva:

Los proyectos de apoyo a los menos afortunados han ido en aumento alrededor del mundo. En Estados Unidos de América se conocen como programas de “acciones afirmativas”; en India y Reino Unido son llamados “discriminación positiva”; en Sri Lanka son parte del modelo de “estandarización”, entre otros. Asimismo, en Israel, China, Australia, Brasil, Fiji, Canadá, Pakistán y Nueva Zelanda hay grupos preferenciales y cuotas (Sowell, 2005: 15). En México, desde 2003, hay cuotas de género para los puestos de elección popular (López Vela, 2016, párr.6).

Así, en virtud del principio de igualdad se han logrado erradicar grandes factores de desigualdad o de discriminación, como en el caso de la esclavitud, y atenuar en otros temas, como el factor racial o el género femenino. Los criterios o características antes citados no son excluyentes entre sí, por lo que una persona puede estar calificada en más de un criterio o característica. Por ende, es relevante cuestionarse: ¿si entre más grados de vulnerabilidad o de características coexistentes se adquieren una mayor protección o necesidad de aplicación de las acciones afirmativas?

El anterior interrogante nos lleva a plantear dos hipótesis: las acciones afirmativas son iguales para todos los desiguales o entre los mismos desiguales existen factores de desigualdad o discriminación que los obligan a tener una mayor relación en el uso de las acciones afirmativas. En la búsqueda de la tan anhelada igualdad material las acciones afirmativas se concentran en deshacer estos imaginarios de inferioridad que afectan a un buen número de la población, por lo que autoras como Dora Cecilia Saldarriaga Grisales y Andrea Ramírez Monsalve (2015) afirman que para romper estas limitaciones sociales es necesario realizarlo desde la subjetividad.

Para que se pueda aplicar el principio de igualdad deben efectuarse dos subprincipios. El primero de ellos es el de no discriminación que, como se suele decir, es el principio

negativo de la igualdad, en tanto prohíbe diferenciaciones sobre fundamentos irrelevantes, arbitrarios, o irrazonables. El segundo principio es el de la protección, diseñado con el objetivo de imponer y lograr una igualdad positiva que se obtiene por medio de la discriminación activa, mejor conocida como el uso de las acciones afirmativas.

En la legislación colombiana las acciones afirmativas se confunden con las medidas de discriminación positiva. Para no caer en el mismo error, las primeras deben ser consideradas como el objeto general, es decir: la igualdad material, que consiste en dar por terminado el trato diferencial; mientras que las segundas (las medidas de discriminación positiva) se reconocen a partir de las técnicas utilizadas para brindar beneficios a sujetos específicos y ofrecer una real igualdad de oportunidades. Para comprender las acciones afirmativas y el uso que se les debe dar, tomaremos como referente el significado y sentido que les otorga Ruiz Miguel (1994):

La Discriminación Inversa, junto con otros fenómenos más o menos próximos a ella (Acciones Afirmativas) es una forma de diferenciación para la igualdad.

Quienes la defienden sostienen que el fin de una sociedad más igualitaria, considerada más justa, exige políticas que traten desigualmente a quienes son desiguales con objeto de ayudar a los menos favorecidos y de disminuir las distancias económicas, culturales y sociales entre los miembros de una sociedad. La diferenciación aquí, y en su caso la discriminación, produce una desigualdad como medio para conseguir el fin de una situación más igualitaria o justa (p. 77-83).

No obstante, el abuso de las acciones afirmativas puede implicar un aumento de la brecha de desigualdad que se quiere disminuir. Por este motivo, Parra Dussan (2007) estipula que: “las acciones afirmativas no deben considerarse como un fin en sí mismo, sino como un mecanismo transitorio para reducir las disparidades incrementando de este modo la oportunidad de selección de las minorías” (p. 135).

Las acciones afirmativas nunca dejarán de ser un mecanismo en busca de la igualdad, pero si se convierten en la única respuesta, paradójicamente se estaría generando el efecto adverso al buscado y creando un ciclo constante entre iguales y desiguales en el que los que antes eran iguales pasarían a ser desiguales. Un claro ejemplo se presenta en el conflicto internacional de Israel y Palestina. La solución que plateó las Naciones Unidas fue otorgar mediante la Resolución 181 de 1947 un territorio a la población judía afectada por la Segunda Guerra Mundial; el territorio se destinó en un fragmento del Estado de Palestina, dividiendo este en dos (Israel y Palestina). Al no establecerse un control o límite a los israelitas, estos terminaron otorgándose más territorio del asignado, generando así que los que

no tienen territorio hoy sean los palentinos y estableciendo de nuevo una desigualdad entre ambos Estados.

Para continuar con la definición de acciones afirmativas, acudiremos a la jurisprudencia colombiana, que en la Sentencia C-932 (Corte Constitucional, 2007) sostiene que el constitucionalismo contemporáneo obliga al Estado a intervenir para evitar que los agentes públicos o particulares discriminen; y que en determinados casos deberá brindar ciertos beneficios a los que se encuentren en situación de urgencia manifiesta.

Son muchas personas las que pueden llegar a ser discriminadas por diferentes razones (por lo económico, social, cultural, político, religioso o racial), y existen circunstancias o momentos como los conflictos bélicos o las tragedias inesperadas que hacen que las personas sean discriminadas (desplazados, personas de la tercera edad e indígenas, entre otros, se han visto obligados a lo largo del tiempo a exigir una igualdad de una u otra forma).

Todos estos grupos se relacionan entre sí por un factor común: el estado de vulnerabilidad en el que se encuentran. Dependiendo del grupo al que pertenezcan, su afectación o limitación va a ser diferente, pero no se pueden comparar con los denominados iguales, por lo que requieren un trato desigual, dirigido a suplir el factor marginal hasta que no sea necesario el uso de la discriminación inversa.

## 5.4. Nacimiento de las acciones afirmativas en la normatividad

El nacimiento a la vida jurídica internacional de la acción afirmativa tuvo varios antecedentes históricos relevantes. Se empezó a otorgar igualdad a quienes eran tratados antes como desiguales, como los afrodescendientes en EEUU y las mujeres en Europa. En Estados Unidos, en los inicios del siglo XX surgen varios movimientos revolucionarios que buscaban la igualdad de derechos o el uso de la discriminación inversa en favor de los afrodescendientes, para mejorar sus condiciones de existencia. En aras de una igualdad material, las enmiendas decimotercera y decimocuarta de la Constitución de 1776 y principalmente la denominada “cláusula de igual protección” fueron claras medidas que propendieron por la realización de tratos diferenciales para beneficio de esta comunidad en Estados Unidos.

Es esencial hacer unos reconocimientos en este escrito al movimiento racial de EEUU, puesto que logró dar aplicación a la discriminación inversa y a las acciones afirmativas en la contratación pública. Esto se efectuó a través de las Leyes Sin Color, de las cuales resaltamos la orden ejecutiva 11246 de 1995 que estipula que las empresas, para formalizar un contrato con la administración pública por un monto superior a los 50 000 dólares, deben cumplir a cabalidad con acciones afirmativas que favorecen la contratación de trabajadores pertenecientes a minorías.

Similar al caso estadounidense se adoptan medidas en el continente europeo, que hace uso de la discriminación positiva a partir de las décadas de los sesenta y setenta, que tenían como propósito favorecer a grupos sociales tradicionalmente excluidos o desfavorecidos, se empezó por establecer medidas a favor de las mujeres como conjunto históricamente vulnerado en materias de acceso a la educación y al campo laboral principalmente (Vallejo Molina, 2017, p. 156).

Uno de los principales casos de renombre relativos a la inclusión entre hombres y mujeres es el caso *Kalanke vs. Marshall* en el cual la Comisión Europea (1997) señala que para una promoción en caso de igualdad de capacidades existe una tendencia a preferir a los hombres; lo cual afecta a la mujer y fomenta los prejuicios y las ideas estereotipadas sobre las funciones y capacidades de la mujer. En el caso colombiano, la Ley 1257 de 2008 apunta a sensibilización, prevención y sanción de conductas de violencia contra las mujeres y generando medidas antidiscriminatorias tendientes a reducir las desigualdades existentes en la vida social.

Estas medidas encaminadas a una igualdad de género entre hombres y mujeres, en cuestiones laborales, sociales, económicas, entre otras, hoy en día son conocidas como leyes de paridad de género.

Internacionalmente, los países que han aplicado correctamente las acciones afirmativas han logrado atenuar problemas sociales, raciales, económicos y socioculturales, generando así un incremento considerable en la calidad de vida de sus ciudadanos.

## 5.5. Acciones afirmativas en la normatividad colombiana

Los derechos logrados en el extranjero trascienden a Colombia por medio de la Constitución de 1991 en la que se establecen dos nuevos aspectos fundamentales

La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (*welfare State*, *stato del benessere*, *L'Etat Providence*) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático [...]. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurado para todos los ciudadanos, bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (Corte Constitucional, Sentencia T-410, 1992).

Es el principio de la igualdad, materializado por medio de las acciones afirmativas, que son los mecanismos de protección para la población vulnerable. Sobre el principio de igualdad podemos tomar la definición dada por Rabossi (1990): “En todos los aspectos

relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo” (p. 176).

Esta definición, como es de esperar, genera una serie de preguntas. ¿Cuál es el valor relevante para hacer efectiva la discriminación?, ¿cómo se logra esta discriminación sin afectar el principio de igualdad?, ¿se aplica más en casos concretos o en generales? Para responderlas debemos acogernos a un valor subjetivo territorial, ya que es muy difícil establecer criterios diferenciales de manera universal. Esto nos lleva a concluir que el principio de igualdad está encaminado hacer el reconocimiento de un trato diferencial entre los seres humanos; siempre y cuando sea justificado de una manera proporcionalmente aceptable, generando así la necesidad de las acciones afirmativas.

Con relación a lo anterior, según la española María Josefa Ridaura Martínez (2005) las constituciones de un Estado social y democrático de derecho no pueden impedir los tratos desiguales, pues incluso vienen exigidos en estos tipos de Estado; lo que se tiene que prohibir es una desigualdad artificiosa o injustificada, carente de fundamentación objetiva, irracional, por lo que las aplicaciones de las normas se deben regir por el test de igualdad.

En Colombia, se ha logrado dar una protección jurídica por medio de la discriminación positiva a diferentes grupos vulnerables o vulnerados. Como ejemplo de esto tenemos el beneficio otorgado a las mujeres, quienes se pensionan cinco años antes que los hombres: la Ley 100 (Congreso de la República, 1993a) determinó que la mujer se pensiona a los 55 años y el hombre a los 60 años. A partir de 2014 la mujer se pensiona a los 57 años y el hombre a los 62 años. Esta ley fue ratificada o declarada exequible con la Sentencia C-410 de 1994 en la cual el procurador de la Nación manifestó lo siguiente

En ocasiones se dispensa un trato más favorable a determinado grupo de la población “en virtud de la necesidad reconocida constitucionalmente de ‘enderezar las cargas’ o promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, cuando lo anterior ocurre, estamos en presencia de las ‘discriminación positiva’ mecanismo establecido, de conformidad con la actual Constitución, para proteger y apoyar especialmente a personas y grupos tradicionalmente discriminados o marginados de los beneficios de la vida en comunidad (Corte Constitucional, Sentencia C-410, 1994).

A partir de este momento se mencionarán varias leyes y sentencias, en las que se otorga una protección e igualdad a poblaciones que están en constante vulnerabilidad. La primera es una norma dirigida a las mujeres que viven en zonas rurales, la Ley 731 (Congreso de la República, 2002), que busca hacer efectiva la equidad entre los hombres y las mujeres habitantes de zonas rurales. Esta ley se basa en cinco puntos. 1. La participación de las mu-

jeros en los fondos de financiamiento destinados al sector rural. 2. La filiación al sistema de seguridad social. 3. La educación, capacitación y recreación. 4. La inclusión de las mujeres en puestos públicos. 5. Los beneficios otorgados a las mujeres a través de la reforma agraria.

La protección de las familias monoparentales ha sido un punto débil de la sociedad. Este fue el motivo por el cual se creó la Ley 82 (Congreso de la República, 1993b), que establece unas garantías para las madres cabeza de familia y, por el que, a través de la Sentencia T-353 (Corte Constitucional, 2010), se extiende esta protección a los padres cabeza de familia, logrando así una igualdad.

Las comunidades afrodescendientes también se han visto protegidas por las acciones afirmativas mediante la Ley 70 (Congreso de la República, 1993c) que otorga el derecho de propiedad colectiva sobre terrenos baldíos ocupados en los ríos de la cuenca del Pacífico.

Una de las leyes más sonadas, y que se creó con mayor necesidad, fue la Ley 1448 (Congreso de la República, 2011a), mejor conocida como la ley de víctimas, en la que se establecen unos niveles altos de protección en salud, educación, trabajo y vivienda para propiciar bienestar social y calidad de vida a las víctimas del conflicto armado en Colombia.

Una vez hecho el análisis de qué son y cómo funcionan las acciones afirmativas se debe comprender cómo funciona la contratación estatal en Colombia, ya que es el mecanismo mediante el cual el Estado suple o satisface sus necesidades y cumple con sus fines esenciales.

La contratación está dividida en tres momentos o fases. Una etapa conocida como precontractual en la cual se realiza un pliego de condiciones con todos los parámetros, exigencias, puntajes y demás necesidades que se deban tener en cuenta para satisfacer en su totalidad la necesidad. En esta etapa se llama al oferente que hubiese obtenido el mayor puntaje durante el proceso de selección o hubiese ofrecido el menor costo del contrato.

La etapa siguiente es el perfeccionamiento del contrato o etapa contractual, mediante la cual se eleva a escrito lo establecido en el pliego de condiciones, señalando las cláusulas aplicables a cada modalidad de contratación, incluidas las razones por las que se termina el contrato de manera anticipada y sus respectivas sanciones económicas, disciplinarias y penales, según lo señalado en las diferentes normativas relacionadas con la contratación estatal, como la Ley 1474 (Congreso de la República, 2011b). Durante esta etapa el ente contratante tiene la responsabilidad de supervisar, vigilar y controlar que se cumpla a cabalidad lo establecido en el contrato.

Por último se entra a la etapa pos contractual en la que se analiza si hubo un incumplimiento, y de no haberse dado tal incumplimiento se procede a la liquidación del contrato o hacer uso de las pólizas de ser necesario.

En la contratación estatal existen unos principios generales que la rigen. Por una parte están los principios constitucionales que se establecen en los artículos 1, 23, 29, 209, de la carta magna colombiana. Por otra parte están los principios generales del derecho administrativo que se encuentran en la Ley 1437, art. 3 (Congreso de la República, 2011c), en el que se consagra el debido proceso, la igualdad, la imparcialidad, la buena fe, la moralidad, la participación, la responsabilidad, la transparencia, la publicidad, la coordinación, la eficacia, la economía y la celeridad. Por último, están los principios legales de la Ley 80 (Congreso de la República, 1993d), que es la que regula todo el tema de la contratación y establece las diferentes modalidades para contratar (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa).

Esta ley destinada a las entidades, los servidores y los servicios públicos establece unos principios que no solo aplican en Colombia, sino en toda Latinoamérica, como se afirma en el texto de Carlos Mauricio Mantilla-Pallares (2014). “Sin embargo, algunas legislaciones latinoamericanas han regulado expresamente tres principios que rigen la contratación estatal, estos son: transparencia, economía y responsabilidad” (p. 143).

El mecanismo de la contratación estatal regulado por la Ley 80 de 1993 consagra tres principios fundamentales: transparencia, economía y responsabilidad.

A) Respecto del principio de transparencia acogemos la definición dada por Mantilla-Pallares (2014):

El principio de transparencia es el deber ser de la contratación, que se orienta en la selección objetiva atendiendo al interés general, y se fundamenta en: la igualdad de oportunidades de los proponentes; la publicidad de todos los procedimientos y actos del proceso de Contratación que, por regla general, se realizarán por convocatoria pública, salvo las excepciones legales; el respeto por los procedimientos: cumplir con la ritualidad de las modalidades de selección, dar a conocer y controvertir los actos de la entidad y tener reglas claras precisas, completas y objetivas (p. 144).

B) Siguiendo con las definiciones dadas por Mantilla-Pallares (2014), el principio de economía es el “que limita los procedimientos y etapas a los estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable” (p. 146).

C) También el principio de responsabilidad es definido por Mantilla-Pallares (2014) como aquel “que obliga a los servidores públicos a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos” (p. 146).

La aplicación de estos principios de la Ley 80 tiene la finalidad de hacer una selección objetiva, que consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, lo cual

elimina toda motivación subjetiva. Para esto se deben seguir factores determinantes, realizando un pliego de condiciones detallado, claro y concreto. Lo que se busca, la esencia de la contratación estatal es el cumplimiento de los fines del Estado.

Esto significa que, con indiferencia del mecanismo utilizado para la contratación (licitación, concurso de méritos, contratación directa, mínima cuantía o menor cuantía), siempre está obligada la entidad contratante a respetar los principios de transparencia, economía y responsabilidad como criterios que permiten hacer una escogencia objetiva del contratista que haga la mejor propuesta, teniendo en cuenta: cumplimiento, organización, tecnología, planeación, experiencia, plazo y precio, entre otros. El acatamiento de los mencionados principios permite una adjudicación motivada resultante del análisis hecho por la entidad sobre la relación entre la propuesta elegida y el pliego de condiciones previamente diseñado.

En relación con lo anterior se puede pensar que lo que más dificulta la aplicación de las acciones afirmativas es el principio de la economía; por lo que el Estado debe buscar la mayor relación costo-beneficio. Por su parte, el principio de transparencia evita que los pliegos de condiciones se puedan modificar posteriormente e impide en su totalidad agregar puntos adicionales. Por ser pública, se permite la presentación de cualquier oferente, lo que no facilita el trabajo del contratista que aplica las acciones afirmativas y dificulta la participación en igualdad de condiciones.

Lo anterior genera que no se pueda hacer una discriminación positiva o inversa, pues esta igualdad se toma como una discriminación negativa, ya que todos los oferentes son considerados iguales en el pliego de condiciones y no hay una razón aceptada o justificada para no ser así, por lo que si se aplican las acciones es con posterioridad y de manera rogada ante un juez. Para que se puedan aplicar las acciones afirmativas de manera correcta se debe hacer de una manera general y previa, debido a que el contratista no tendría por qué saber que con posterioridad un oferente esté cobijado o beneficiado para realizar esta inclusión.

Para comprender la aplicación en Colombia de las acciones afirmativas en la contratación estatal se deben tener claros los tipos y las características de la discriminación, para lo cual se tomará la clasificación que establece Parra Dussan (2007). Este explica que la discriminación directa es la que se encuentra contenida en una norma jurídica y la discriminación indirecta es la que se expresa mediante la aplicación o interpretación del derecho. La discriminación es activa por dar un trato diferente injusto, y pasiva cuando se omite o desconoce la necesidad de hacer una diferenciación en un caso particular o ante una situación de desigualdad en contra de grupos minoritarios.

Establecido lo anterior, se tomarán como punto de partida y de enfoque todos los tipos o formas de discriminación, excepto la discriminación activa, ya que esta en su desarrollo establece que la diferencia de trato marca un cambio en el apoyo o equiparación al vulnera-

do permitiendo convertir esta diferenciación en algo positivo. La discriminación directa es un derecho otorgado y un reconocimiento a determinado grupo; la discriminación indirecta es la real aplicación, eficiencia y protección de esos derechos adquiridos por esos grupos discriminados y, por último, la discriminación pasiva es la omisión, por carencia de una norma, por su inaplicabilidad o ineficacia para favorecer una minoría, como ocurre con los expresidarios, los cuales sufren una discriminación por parte de la sociedad y no hay ningún tipo de mecanismos que la reduzcan.

Continuando con el análisis que hace Parra Dussan (2007), acudiremos a su clasificación sobre los factores para comprender las acciones afirmativas, en la cual enumera dos de manera textual, pero podemos deducir un tercero a lo largo del escrito. Se plantean, entonces, factores estadísticos, cronológicos y territoriales, de los que ofreceremos la siguiente profundización:

- A) Estadístico: se fundamenta en la discriminación entre desiguales con iguales, para estipular así una brecha discriminatoria a través de mecanismos objetivos y marcar quiénes son minoría.
- B) Cronológico: las acciones afirmativas son de carácter transitorio y están delimitadas en el tiempo.
- C) Territorial: según el contexto social del Estado, las políticas de acciones afirmativas estarán sometidas, para su justificación, a la opinión pública de la sociedad. (Este factor no lo menciona textualmente Parra Dussan).

Para encontrarle más sentido a este factor del territorio, nos remitimos a Saldarriaga Grisales y Ramírez Monsalve (2015) quienes, citando el blog La Silla Vacía del profesor Uprimy, expresan que en la implementación de las acciones afirmativas el ciudadano no puede ser tomado a la ligera, pues no cualquier medida es válida o aceptada y si están mal diseñadas pueden llegar a reforzar estereotipos y estigmas sociales y a incrementar más la desigualdad, lo que conllevaría una afectación del orden social de manera subjetiva.

Estos factores adquieren relevancia en la contratación estatal colombiana, como lo analizaremos a continuación, partiendo del criterio dado en la Sentencia C-932 de 2007, en la cual la Corte estableció:

- I) la discriminación positiva debe ser transitoria; II) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio III) son medidas de grupo que deben ser autorizadas por la Ley o actos administrativos, dependiendo de una situación concreta; IV) debe haber escasez de

bienes o servicios deben ser diseñadas para favorecer a un grupo de personas por lo que no pueden ser abiertas. (Corte Constitucional, C-932, 2007).

En el factor de la temporalidad encontramos la primera problemática sobre el uso de normas que permitan la inclusión de las acciones afirmativas, ya que estas no tienen establecido el tiempo de duración. Al incumplir con este factor no se pueden establecer conductas activas de manera práctica y eficaz por parte del Estado, fuera de las faltas de garantía frente a la duración o estabilidad de los grupos minoritarios en el trabajo, ya que no tienen una claridad sobre la permanencia, después de concedida la contratación.

Hay, por otra parte, un riesgo latente de desigualdad. Se ven casos en los que se genera una alteración en la esencia de las acciones afirmativas, y se consagra un fenómeno que no genera igualdad, pues grupos que antes eran minoritarios pasan a estar, con el respaldo del Estado, por encima de los que antes eran denominados iguales.

Uno de los casos más impactantes de un beneficiario de una acción afirmativa sin limitantes en la aplicación es el de Israel. La protección internacional que le fue dada como retribución terminó siendo una de las causales que originaron su conflicto con Palestina, porque Israel se atribuyó luego un territorio que no le pertenecía.

Una investigación realizada por León y Holguín (citada en Ridaura Martínez, 2005), muestra que Colombia y Argentina tienen un mayor avance en el ámbito jurídico y jurisprudencial con relación a las acciones afirmativas, pero carecen de una discusión académica sobre el asunto, y falta conciencia en la mayoría de los grupos beneficiados sobre los derechos obtenidos en la constitución política.

La acción afirmativa debe tener una justificación constitucional a partir de la cual se fundamente histórica, cultural y socialmente el trato discriminatorio. Esto tiene una relación con los factores de tiempo, lugar y análisis estadístico de los que hablamos anteriormente, y se puede aplicar en el medio de la contratación estatal con base en los artículos constitucionales 1 y 13, además en la normativa y la jurisprudencia que la establece como una discriminación positiva y razonable en aras de una igualdad material.

Las discriminaciones positivas son medidas de grupo que deben ser autorizadas por la ley o los actos administrativos, dependiendo de una situación concreta. En esta característica realmente se imposibilita la aplicación correcta, ya que el oferente no tiene forma de saber antes de hacer la oferta si en esta se va a presentar un oferente beneficiado por la aplicación de las acciones afirmativas, por lo que siguen los criterios generales establecidos por el Decreto 1082 de 2015. Esto porque, al no ser una condición que se premie sino un criterio de aplicación normativa de desempate, no se presenta realmente un estímulo al oferente para que tenga en cuenta implementar medidas de acciones afirmativas al realizar su oferta.

Si se sigue aplicando la discriminación positiva de manera subjetiva, puede comprometerse su efectividad. La entidad debería establecer de manera previa el criterio de discriminación positiva en el pliego de condiciones. En el caso contrario, las acciones afirmativas se aplicarían de manera rogada ante un juez; y ante la saturación de procesos que se presenta en los juzgados colombianos, la adjudicación del contrato ya se habría llevado a cabo y solo quedaría un precedente a futuro.

Se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios cuando determinados grupos tienen facilidad para acceder a ellos y se desprotege a los grupos marginales que no tienen el acceso. Este numeral da respuesta a una de las primeras problemáticas establecidas, y es que en el caso colombiano la desigualdad no es igualitaria, sino que tiene rangos de prioridad, dado que no se reconoce como criterio de validación sino que aparece como criterio de desempate en los procesos contractuales.

En la Sentencia que hemos analizado (la C-932 de 2007), el Departamento Nacional de Planeación refiere en su intervención otra característica digna de estudio: la acción afirmativa debe ser razonable y proporcional. De esto se deduce que a mayor afectación o discriminación demostrada en los esquemas estadísticos comparativos y en el factor local que justifiquen aplicar la discriminación inversa, es razonable una mayor protección y, en este caso, una mayor aplicación o prevalencia normativa en la contratación estatal.

## 5.6. Las acciones afirmativas en la contratación estatal

En el Estado colombiano hay muchos grupos que presentan discriminación y deben ser cobijados por las acciones afirmativas, entre los cuales encontramos:

Las personas en situación de discapacidad: este grupo ha sido incluido en la contratación estatal mediante acciones afirmativas. El primer precedente en Colombia es la Ley 361 (Congreso de la República, 1997) que en su artículo 24 establece una prelación a los particulares que generen una inclusión de personal en estado de discapacidad equivalente al 10% de su nómina total, con un lapso igual al de la contratación. Se generaba una dificultad para su efectividad, ya que el contratista al seguir el sentido literal de lo establecido en el pliego de condiciones si mucho daba aplicación a la acción afirmativa en caso de empate; hecho que no le proporcionaba ningún beneficio, pues se incrementaban sus costos por ese empate, y resultaba más rentable deducir ese tipo de costos en la oferta inicial.

Se intenta solucionar esta problemática con la Ley Estatutaria 1618 (Congreso de la República, 2013a), que en el artículo 5 establece que las entidades públicas en todos sus órdenes son responsables de una inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad, garantizando que todas las políticas, planes y programas garanticen el ejercicio total y efectivo

de sus derechos. Esta ley estatutaria tenía la finalidad de reducir los gastos al contratista por la inclusión de las personas con discapacidad; pero realmente no era efectiva para el Estado por el costo, ni beneficiosa para el contratista porque se requiere más tiempo y trámites para ser efectivas estas coberturas otorgadas por el estado.

Posteriormente entra en vigencia el Decreto 1082 de 2015 el cual establece en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 los factores de desempate. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la entidad estatal escogerá el oferente siguiendo un orden taxativo. Dice así el numeral 4°

Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la Ley que por lo menos el diez por ciento (10 %) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10 %) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25 %) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25 %) de la experiencia acreditada en la oferta (Presidencia de la República, Decreto 1082, 2015).

El Decreto se queda corto respecto a su aplicación, ya que por más que trate el Estado colombiano de generar esa obligación de tener personal reconocido como discapacitado dentro de sus oferentes, estas medidas que lo ponen en el cuarto grado en caso de igualdad de puntuación, solo otorgan un puntaje adicional en el caso de presentarse un empate, no es realmente una normativa que conmine a los contratistas para obtener un beneficio o una prelación real.

El Decreto Ley 392 expedido el 26 de febrero de 2018 que modifica la Ley 1082 de 2015 se aplica a los procesos de contratación estatal, cuyo aviso de convocatoria sea publicado a partir del 1 de junio 2015. Se establece en el artículo 1° que las empresas que tengan en su nómina un número mínimo de trabajadores certificados por el ministerio de trabajo en situación de discapacidad en proporción a su nómina total se les aplicará un criterio de desempate por preferencia. Igualmente, se les otorga un puntaje adicional que equivaldrá al 1 % del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, adicional a los puntos generales dados en los procesos de licitación pública. Se les otorgará dicho puntaje adicional si acreditan el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados en la tabla 5.1:

**Tabla 5.1.** Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. Decreto-Ley 392 de 2018

<b>Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente</b>	<b>Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido</b>
Entre 1 y 30	1
Entre 31 y 100	2
Entre 101 y 150	3
Entre 151 y 200	4
Más de 200	5

*Fuente:* elaboración propia basada en Presidencia de la República (2018).

En este sentido el legislador identificó el problema planteando y propuso como solución el uso de las acciones afirmativas de una manera objetiva, en busca de una práctica y una inclusión de este grupo minoritario que fuera aplicada de una manera directa y no solo normativamente en la contratación pública.

Pero aun con esta protección, hay una falencia: el 1 % asignado es muy poco con relación a los riesgos e incrementos que obtiene el empresario. Como no lo establece Boada Peñaranda (2015), las personas en estado de discapacidad tienen una estabilidad laboral reforzada, por lo que se requiere un permiso especial del Ministerio del Trabajo para despedirlas según la causas, además se debe hacer un seguimiento especial a la evolución y salud de los trabajadores, lo que implica un reajuste en la matriz de peligros y riesgos, se requiere ajustar las restricciones y recomendación medicas laborales, cumplir con las recomendaciones médicas y realizar exámenes ocupacionales, e implementar las acciones necesarias para que la condición de discapacidad no sea un peligro para un accidente laboral o enfermedad laboral. Por los anterior, el beneficio no es un móvil suficiente para el empresario, no es proporcional a los costos y riesgos.

Respecto al rastreo de normas en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra que hay varias que integran medidas afirmativas a favor de personas en estado de discapacidad y su inclusión en la contratación estatal. Entre estas están la Ley 361 de 1997 y el Decreto 392 (Presidencia de la República, 2018), de los cuales podemos hacer una comparación. La Ley 361 creó una necesidad mayor en cuanto al número mínimo de empleados en estado de discapacidad, ya que con el 10 % de su nómina de empleados en situación de incapacidad se obtenía el derecho a una preferencia en las contrataciones estatales. El Decreto 392 de 2018 que modifica la Ley 361 de 1997 disminuye la cantidad de empleados en situación de discapacidad, al estipular un mínimo de 1 y un máximo de 5, además ya no se estableció como una preferencia subjetiva con relación a los demás oferentes, si no que generará un 1 % adicional al puntaje total, de conformidad con el Decreto Ley 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.2.2.9 que estipula los criterios de desempate. En su cuarto numeral encontramos la

inclusión de las acciones afirmativas, aunque realmente es en un quinto o sexto orden, así que es muy poco probable que se aplique. Es decir, solo en el caso de que dos oferentes tengan igual puntuación, será en el quinto y sexto orden respectivamente que se le otorgará un mayor puntaje de desempate en el curso del proceso contractual.

No obstante, lo que es cierto es que disminuir la cantidad necesaria de empleados en estado de incapacidad, y pasar de una preferencia subjetiva a otorgar un puntaje del 1 % adicional a las empresas que desean participar en la contratación estatal y cumplan con los requisitos de la Decreto Ley 392 de 2018, puede llegar a generar una real y efectiva inclusión y aplicación en la contratación estatal (en el caso de que dicha disposición pudiera aplicarse de forma directa, no como un criterio de desempate sino como un criterio de valoración sobre la propuesta dada). Esta efectiva y real aplicación solo se dará si se acata lo establecido en el Decreto Ley 392 del 2018.

Artículo 2.2.1.2.4.2.7. Seguimiento durante la ejecución del contrato. Las entidades estatales a través de los supervisores o interventores del contrato según corresponda, deberán verificar durante la ejecución del contrato que los proponentes que resultaron adjudicatarios mantienen en su planta de personal el número de trabajadores con discapacidad que dio lugar a la obtención del puntaje adicional de la oferta. El contratista deberá aportar a la entidad estatal contratante la documentación que así lo demuestre. Esta verificación se hará con el certificado que para el efecto expide el Ministerio de Trabajo y la entidad estatal contratante verificará la vigencia de dicha certificación, de conformidad con la normativa aplicable.

Parágrafo. La reducción del número de trabajadores con discapacidad acreditado para obtener el puntaje adicional constituye incumplimiento del contrato por parte del contratista, y dará lugar a las consecuencias del incumplimiento previstas en el contrato y en las normas aplicables. El procedimiento para la declaratoria de incumplimiento de que trata el presente artículo deberá adelantarse con observancia a los postulados del debido proceso, en aplicación de los principios que rigen la actividad contractual teniendo presente los casos de fuerza mayor o caso fortuito (Presidencia de la República, 2018).

Para entender lo anterior debemos recordar que el incumplimiento consiste en la imposibilidad que tiene una de las partes de realizar una de las obligaciones establecidas en el contrato celebrado. El incumplimiento debe ser grave, determinante, trascendente, y de gran significación para el objeto contractual para poder hacer uso de la aplicación de la cláusula de incumplimiento.

Esta cláusula tiene unos efectos sancionatorios que consisten en imponer multas, declarar la caducidad del contrato y liquidar unilateralmente un contrato; esto último ocurre si se detiene la ejecución, es decir:

A). El contratista no cumple con las obligaciones a su cargo y la justificación para la inejecución del contrato es imputable en mayor grado a los propios problemas del funcionamiento y operación del contratista

B). El incumplimiento de las obligaciones contractuales por el contratista afecta grave y directamente la ejecución del contrato de tal manera que pueda llevarlo a su paralización.

C). El contratista no cumple con sus obligaciones contractuales, caso en el cual no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal (Colombia Compra Eficiente, s.f.).

En relación con la cláusula de incumplimiento podemos hablar de la permanencia, la cual solo se refiere a la estabilidad que tienen los trabajadores en situación de discapacidad durante la ejecución del contrato.

Para el caso, la aplicación de la cláusula de incumplimiento se da porque se había obtenido un beneficio por contar con ciertos empleados en situación de discapacidad, por lo que la ruptura del vínculo laboral de estos empleados iría en contra de lo pactado en el contrato y atacaría todo lo realizado en la etapa precontractual. Había un nexo causal entre una característica que ofrecía el contratista (contar con ciertos empleados en situación de discapacidad) y la adjudicación del contrato; si se rompe ese nexo, se genera en consecuencia una violación grave al contrato final.

No obstante, se tendrá que considerar si el factor diferencial de incluir entre su nómina empleados en condición de discapacidad fue un hecho relevante para la selección del contratista, porque de lo contrario no se generaría una afectación grave, determinante, trascendental y de gran significación para el contrato.

Para hacer efectiva esta cláusula se deben establecer unos parámetros con el fin de no violentar el debido proceso ni vulnerar los derechos y garantías de la contraparte; estos lineamientos son

A). El incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía.

B). Que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente

C). Que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento (Colombia Compra Eficiente, s.f.).

La sanción más férrea es la declaratoria de la caducidad del contrato, la cual la establecen las entidades públicas una vez generado el incumplimiento por parte del contratista; tienen la potestad de terminar el contrato sin restricción alguna del cobro de cláusulas penales

e indemnización de perjuicios provocados por el mismo incumplimiento. Esto respalda la teoría de que el riesgo no es proporcional al beneficio; ya que no solo se genera una estabilidad laboral reforzada con las modificaciones que esto conlleva en el régimen laboral; sino que además puede haber una sanción pecuniaria y administrativa por incumplimiento.

Tradicionalmente en Colombia las labores del reciclaje, miradas con desprecio, son realizadas por personas en situación de calle u otras personas pertenecientes a un grupo minoritario que las tienen como principal actividad económica.

Los recicladores y los desplazados son dos grupos marginales diferentes, por lo que incluirlos a ambos en una contratación estatal para labores como corte de césped no es una medida efectiva para la inclusión; además de lo que implica cambiarles el oficio a los recicladores, señalando la necesidad de proteger de forma específica los derechos de cada uno y en consecuencia su contraprestación. Esto pasó en Bogotá, por lo cual la Corte Constitucional (2003) se pronunció sobre el acto de licitación pública N.º 001 de 2002 a través de la Sentencia T-724, en la cual sostuvo que prevalecen los derechos de la asociación de recicladores de tener una efectiva participación en la licitación pública, protegiendo su derecho como grupo discriminado. Lo anterior se hace más claro con la lectura de la siguiente cita:

Se requiera de una medida efectiva que permita la participación de la Asociación de Recicladores de Bogotá, como grupo marginado de la sociedad, tendiente al mantenimiento y fortalecimiento de la actividad que han venido desarrollando a través del tiempo, como medio de subsistencia. Con el tratamiento otorgado por la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito de Bogotá se acentúa las condiciones de marginamiento y discriminación social de la población de recicladores, toda vez, que el reciclaje de los materiales sólidos reutilizables quedará en manos de los operadores del sistema, del cual se excluyó a la Asociación de Recicladores de Bogotá. (Corte Constitucional, T-724, 2003).

En su salvamento de voto en la Sentencia C-932 (Corte Constitucional, 2007) el magistrado Monroy Cabra hace alusión a la Sentencia T-724 del 2003 al considerar

Que, sin acciones afirmativas o positivas por parte del Estado, los grupos más débiles no podrán obtener experiencia para contratar, a lo que se agrega el fenómeno de la subcontratación. Por ello, en mi criterio la contratación pública no puede seguir siendo un privilegio de unos cuantos grupos económicos. A este respecto, considero necesario recordar lo que ha ocurrido en el caso de los recicladores, que pueden tener la prelación, pero no las condiciones objetivas para competir en igualdad de condiciones y acceder efectivamente a la contratación con la administración pública (Corte Constitucional, C-932, 2007).

Respecto a esto, Monroy Cabra critica las acciones afirmativas relacionadas con la contratación estatal, pues considera que, aunque grupos como el de los recicladores tienen el derecho a ser oferentes, no cumplen con los demás criterios de valoración que los hagan tener en cuenta en el momento de la adjudicación del contrato, por lo que es necesario una valoración subjetiva que genere una mayor inclusión; valoración eliminada por la Ley 80 de 1993.

Lastimosamente esta sentencia no marca un precedente jurisprudencial por lo que su cumplimiento y aplicación no trasciende a los demás municipios, vincula únicamente al distrito capital de Bogotá.

Con respecto a la equidad para las mujeres, siguiendo lo estipulado en los artículos 13, 40, 43 de la Constitución, el Congreso de la República (2000) expide la Ley 581 por medio de la cual reglamenta la efectiva participación de las mujeres en los niveles decisorios del poder público. El artículo 4 de esta ley dispone que deberán ser ocupados por mujeres mínimo el 30 % de los cargos de máximo nivel decisorio en entidades de las tres ramas y en órganos del poder público, sea en el ámbito nacional, departamental, regional o municipal, y también en los cargos de libre remoción en las ramas ejecutivas, legislativas y demás órganos de poder público. Con esta ley se protege la participación de la mujer en altos cargos del poder público y se les otorga una estabilidad laboral.

La Ley 1448 (Congreso de la República, 2011a) trata de las víctimas del conflicto interno armado y en su artículo 131 establece que las personas que tengan la calidad y el reconocimiento como tales serán beneficiadas con un criterio a su favor en caso de empate en un concurso perteneciente a la carrera administrativa para aplicar a un cargo público.

Asimismo, existen las víctimas reconocidas en la Ley 1632 (Congreso de la República, 2013b) en la cual se le rinde honores a la desaparecida ciudad de Armero. En su artículo 32, esta ley trae una protección explícita

Derecho preferencial para la contratación de las obras de qué trata la presente ley. La calidad de armerita o descendiente de este será criterio de desempate en las diferentes modalidades de selección (licitación pública, concurso de mérito y/o selección abreviada), llevadas a cabo para la contratación de las diferentes obras de qué trata la presente ley. (Congreso de la República, 2013b).

Este artículo presenta una inaplicabilidad ya que la entidad contratante desde el diseño de su pliego de condiciones, es decir, antes de conocer los oferentes no tiene cómo saber que debe hacer uso de esta norma como criterio de desempate, por lo que su aplicación tiende a ser rogada.

Siguiendo con los criterios de desempate que se aplican en la contratación estatal, el Consejo de Estado (2014) ha reiterado la obligatoriedad de estipular en todos los medios de

contratación estatal criterios de desempate en su pliego de condiciones; por lo que es esencial hacer un análisis al artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 del 2015, el cual enumera los principales criterios para tener en cuenta en caso de una igualdad de puntos otorgados por las entidades estatales a los oferentes.

I). La Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación.

II). Escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia.

III). Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

IV). Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.

V). Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura

VI). Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la Ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

VII). Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación (Presidencia de la República, Decreto 1082, 2015).

Evidentemente, el Decreto no estipula un criterio de desempate por medio de las acciones afirmativas, salvo en los numerales cuarto y sexto que incluyen a las mipymes y a las empresas que tengan el requisito mínimo establecido por la ley de trabajadores en situación de discapacidad. Los demás grupos minoritarios se podrán ver incluidos como un factor de desempate según el numeral séptimo, el cual deja la puerta abierta a seleccionar por dife-

rentes factores; por lo que el ente contratante puede hacer uso de las acciones afirmativas siguiendo el principio de igualdad establecido por la Constitución Política en el artículo 13.

Lastimosamente, esta medida no genera ningún cambio para los diferentes grupos mencionados en el Decreto 1082 del 2015, por lo que es difícil que se establezca un empate y es más difícil aun que esta igualdad de puntos se resuelva con el cuarto criterio de desempate estipulado en dicho decreto. En definitiva, la inclusión del uso de acciones afirmativas en este decreto como un medio de desempate es realmente ineficaz y tiene una mínima aplicación en los procesos de contratación estatal.

A partir de lo anterior se puede concluir que el Estado no promueve el uso de acciones afirmativas, sino que da preponderancia a la materialización de estas medidas de forma efectiva, como se evidencia en la Sentencia C-887 del 2002:

El reconocimiento del principio superior de la igualdad de oportunidades implica así mismo que el legislador al configurar el régimen de contratación estatal establezca procedimientos o mecanismos que le permitan a la administración seleccionar en forma objetiva y libre a quien haya hecho la oferta más favorable (Corte Constitucional, C-887, 2002).

Las acciones afirmativas no tienen como objeto de protección a ciertos grupos vulnerables, los cuales deberían tener cierta legislación especial para la inclusión en la contratación estatal que les dé una estabilidad.

El primero grupo es el de los exconvictos, a quienes el Estado les suele fallar en la reinserción social, la cual se supone que es uno de los fines de la pena. Se conoce la reinserción social como la técnica que pretende cambiar la conducta del interno en la sociedad, que su conducta no sea más reprochable, que tenga una aceptación. Acontece que el pospenado, por falta de oportunidades, debido a sus antecedentes penales no puede conseguir un trabajo digno, lo que se vuelve problemático hasta el punto de aumentar los riesgos de reincidencia en la criminalidad.

Los desmovilizados son otro grupo que debería estar incluido en las acciones afirmativas en la contratación estatal, aun cuando hoy tienen una protección especial otorgada por el Estado, que les permite incorporarse a una sociedad quizás muy diferente a la que ellos recuerdan o simplemente a la que nunca pertenecieron; estas protecciones también les ayudan a acceder a un trabajo digno, lo que hace mucho más fácil su reinserción en la sociedad, y su permanencia en los parámetros legales. Más que una aceptación social lo que debe buscar el Estado siempre es que estos desmovilizados no reincidan en la ilegalidad, lo que solo se logra si se les ofrecen oportunidades efectivas de empleo.

Esto demuestra la necesidad de una inclusión laboral para todos los que se encuentren en situación de riesgo ; por lo que sería un deber constitucional generar diferentes empleos o

beneficios en las entidades públicas o privadas, atendiendo a los derechos fundamentales de la dignidad humana, la igualdad, la paz y el trabajo.

Según el texto “Propuesta de responsabilidad social para fomentar una cultura de paz” (Grajales Montoya et al., 2017), la reconciliación es posible solo con un cambio cultural en el cual se reconozca al otro como ser humano y no como enemigo a través de la perdón de las víctimas, victimarios y la población en general; las empresas y entidades deben ayudar a generar una verdadera cultura de paz. En la contratación estatal se deben promover beneficios similares a los certificados en sistemas de gestión de calidad: que las empresas obtengan un sello de responsabilidad social para la paz, con el fin de incentivar el cambio cultural y la reconstrucción social.

## 5.7. Conclusiones

Las acciones afirmativas tienen en su enfoque de protección a ciertos grupos minoritarios y vulnerados como las personas en situación de discapacidad, las víctimas del conflicto y los recicladores, los cuales tienen una normatividad especial otorgada por el Estado para su inclusión y protección. No obstante, esto no aplica para algunos sectores que en la contratación estatal están siendo excluidos.

Las acciones afirmativas están motivadas por la estructura misma del Estado social de derecho, instituido en Colombia por medio de la Constitución Política de 1991, en la cual se expresa como principio fundamental y de interés general el principio de igualdad, necesario para generar inclusión a los grupos que la sociedad señala como minoritarios y hacer una discriminación positiva.

Al inicio de la investigación y en su desarrollo se enmarcaron varias interrogantes con respecto a la efectividad de los principios y las directrices, sobre lo eficaces que pueden ser en la aplicabilidad de las realidades cotidianas y sobre la esencia de lo equitativo que se supone es inherente a un Estado social de derecho, como lo expresa el ordenamiento jurídico en Colombia, para sus clases sociales y económicas.

Igualmente, se evidenció que las mismas omisiones estatales crearon la necesidad de plantearse alternativas legislativas sobre las acciones afirmativas para la protección e inclusión de los denominados grupos minoritarios y, específicamente, para su participación en el Estado a través de la contratación. Actualmente las acciones afirmativas son un mecanismo de desempate que, con las personas discapacitadas, generan un beneficio objetivo.

Al finalizar la investigación se pudo concluir que si bien las acciones afirmativas se generaron como un instrumento para la inclusión social, actualmente no generan cambios significativos a la situación que viven las minorías. No hay una real aplicabilidad de estas

normas y principios para la protección que expresan ni una inclusión de grupos minoritarios como el de las personas en situación de discapacidad, los recicladores y las víctimas reconocidas.

Asimismo, se pudo concluir que las acciones afirmativas requieren una aplicabilidad sustancial para generar la efectividad correspondiente al marco jurídico que las consagra taxativamente como medio de acceso a la contratación estatal.

En ese sentido, la aplicación de las acciones afirmativas en la contratación estatal se debe hacer de manera objetiva como lo plantea el Decreto Ley 392 del 2018; aunque el porcentaje otorgado no es un factor determinante para el oferente ya que el riesgo es mayor al beneficio. Con todo, esto marca el camino del procedimiento correcto para incluir las acciones afirmativas y su real protección durante el proceso; ya que la sanción es fuerte. Es importante dar un puntaje adicional directo a los oferentes por incluir acciones afirmativas.

La protección real y eficiente de estos grupos en la contratación estatal no solo puede ser de manera incluyente, sino que además debe ser garantizada de manera posterior, dando cuenta que las normas deben modificarse para lograr esta protección real de quienes se encuentran en riesgo.

## 5.8. Referencias

- Boada Peñaranda, N. C. (2015). *De la estabilidad laboral reforzada: un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho* [tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional Ucatolica. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/2217>
- Colombia. Colombia Compra Eficiente (s.f). *Síntesis etapa postcontractual*. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/12250>.
- Colombia. Congreso de la República. (1993a, 23 de diciembre). Ley 100. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial N.º 41 148.
- Colombia. Congreso de la República. (1993b, 3 de noviembre). Ley 82. *Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia*. Diario Oficial N.º 41 101.
- Colombia. Congreso de la República. (1993c, 27 de agosto). Ley 70. *Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la constitución política*. Diario Oficial N.º 41 013.
- Colombia. Congreso de la República. (1993d, 28 de octubre). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial N.º 41 094.
- Colombia. Congreso de la República. (1997, 7 de febrero). Ley 361. *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial N.º 42 978
- Colombia. Congreso de la República. (2000, 31 de mayo). Ley 581. *Por la cual se reglamenta la adecuada 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.* Diario Oficial N.º 44 026
- Colombia. Congreso de la República. (2002, 16 de enero). Ley 731. *Por la cual se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales.* Diario Oficial N.º 44 678.
- Colombia. Congreso de la República. (2011a, 10 de junio). Ley 1448. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial N.º 48 096
- Colombia. Congreso de la República. (2011b, 12 de julio). Ley 1474. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.* Diario Oficial N.º 48 128.
- Colombia. Congreso de la República. (2011c, 18 de enero). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Diario Oficial N.º 47 956
- Colombia. Congreso de la República. (2013a, 27 de febrero). Ley Estatutaria 1618. *Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.* Diario Oficial N.º 48 717
- Colombia. Congreso de la República. (2013b, 28 de mayo). Ley 1632. *Por medio de la cual se rinde honores a la desaparecida ciudad de Armero (Tolima), y a sus víctimas, y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial N.º 48 804
- Colombia. Consejo de Estado. (2014, 27 de marzo). *Sentencia N.º 27453* (Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, C. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1994, 15 de septiembre). *Sentencia C-410* (Carlos Gaviria Díaz, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-410-94.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002, 22 de octubre). *Sentencia C-88.* (Clara Inés Vargas Hernández, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-887-02.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2003, 20 de agosto). *Sentencia T-724* (Jaime Araujo Rentería, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-724-03.htm>.
- Colombia. Corte Constitucional. (2007, 8 de noviembre). *Sentencia C-932* (Marco Gerardo Monroy Cabra, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-932-07.htm>
- Colombia. Presidencia de la República. (2018, 26 de febrero). Decreto 392. *Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la ley 1618 de 2013, sobre incentivos en procesos de contratación en favor de personas con discapacidad.*
- Comisión Europea. (1997). *Los derechos de la mujer y la ampliación de la Unión Europea.* Ficha temática 26º. [europarl.europa.eu/enlargement/briefings/26a2\\_es.htm](http://europarl.europa.eu/enlargement/briefings/26a2_es.htm)
- Grajales Montoya, N. E., Castañeda Ruiz, H. N., Gómez Osorio, A. M., Jaramillo Rico, J. P., Baena Robledo, N. y Correa Roldán, M. L. (2017). Propuesta de responsabilidad social para fomentar una cultura de paz. *Ratio iuris*, 12(24), 157-182. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6748983.pdf>

- López Vela, V. (2016). Acción afirmativa y equidad: un análisis desde la propuesta de Thomas Nagel. *Revista de filosofía Open Insight*, 7(12). [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-24062016000200049](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-24062016000200049)
- Mantilla-Pallares, C. M. (2014). Importancia del principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia. *Revista Principia Iuris*, 22(22), 141-161. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/946>
- Miranda, M. (2016). La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana. *Revista Verba Iuris*, 11(35), 65-83. [https://www.upla.cl/inclusion/wp-content/uploads/2014/07/2014\\_0731\\_inclusion\\_documentos\\_interes\\_accion\\_afirmativa.pdf](https://www.upla.cl/inclusion/wp-content/uploads/2014/07/2014_0731_inclusion_documentos_interes_accion_afirmativa.pdf)
- Parra Dussan, C. (2007). Estatutos antidiscriminación y su desarrollo en Colombia. *Revista de derecho*, (27), 136-165. <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/18406>
- Peces-Barba, G. (2000). *De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones*. Dykinson. [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9766/iguadad\\_Peces\\_2000.pdf?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9766/iguadad_Peces_2000.pdf?sequence=1)
- Rabossi, E. (1990). Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, ISSN 0214-6185(7), 175-192. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050606>
- Ridaura Martínez, M. J. (2005). El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia. En J. Boix Reig y E. Martínez García (coord.), *La nueva ley contra la violencia de genero* (pp. 65-110). Iustel.
- Ruiz Miguel, A. (1994). Discriminación inversa e igualdad. En A. Valcárcel (comp.), *El Concepto de igualdad* (pp. 77-94). Pablo Iglesias.
- Saldarriaga Grisales, D. C. y Ramírez Monsalve, P. A. (2015). Acciones Afirmativas Políticas en pugna con la discriminación de develan estructuras hegemónicas de sometimiento. *Ratio Juris*, 10(20), 115-138. [doi.org/10.24142/raju.v10n20a4](https://doi.org/10.24142/raju.v10n20a4).
- Vallejo Molina, J. P. (2017). Acciones afirmativas en la contratación estatal en Colombia. *Pensamiento Jurídico*, (46), 153-16. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/65929>

# Capítulo 6

## El derecho a la educación: casos de discriminación en las instituciones educativas de Colombia<sup>14</sup>

Mary Luz Tobón Tobón

Néstor Iván Cortez Ochoa

### 6.1 Introducción

La educación es un derecho intrínseco al ser humano y un medio indispensable para la realización de otros derechos humanos como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, entendida esta como autonomía individual para autodeterminarse y escoger libremente el proyecto de vida. Sin lugar a duda, en una sociedad justa, pluralista e incluyente, la educación es el principal medio que les permite a los adultos y a los menores marginados salir de la pobreza y participar plenamente del ejercicio de la democracia y de la toma de decisiones en el Estado social de derecho.

No obstante, para algunos, el disfrute a cabalidad del derecho a la educación sigue siendo un objetivo lejano y, en muchos casos, este objetivo se aleja cada vez más, sobre todo para aquellas personas que pertenecen a grupos que históricamente han sido discriminados, no solo por las prácticas en el lenguaje, sino además por el trato diferenciado que generalmente se presenta en las normas o en las prácticas institucionales o sociales, que resultan

---

<sup>14</sup> Capítulo resultado del proyecto de investigación titulado: “Desafíos Contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto: Fase II” que forma parte de la línea de investigación: Fundamentación e Implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”, reconocido y categorizado como Tipo A1 por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación y registrado con el código COL 0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

contrarias a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, porque en reiteradas ocasiones le imponen a la persona una carga que no puede ser exigible jurídica ni moralmente.

Colombia, como cualquier otro país latinoamericano, está conformado por realidades multiculturales. Por ello, en los últimos años se ha despertado un profundo interés por los asuntos interculturales y la diversidad social; así lo evidencia la proliferación de artículos de revistas, libros, investigaciones, normas y carreras universitarias que, desde la educación superior, han centrado la atención en los estudios interculturales. Según Castro Suárez (2009), la diversidad cultural, “ya no solo es abordada con el propósito de cuantificar etnias o grupos culturales existentes, o para relacionar e inventariar sus lenguas o identificar las tendencias pedagógicas de moda en relación a la cultura” (p. 359), sino también para identificar sus necesidades y a partir de ellas instaurar una sociedad más inclusiva e incluyente.

En efecto, los países de América Latina, caracterizados por una gran diversidad sociocultural, vienen experimentando en los últimos años interesantes cambios políticos en materia de desarrollo, democracia, economía y otros aspectos que emergen como desafíos propios del siglo XXI. Ello ha llevado, desde el campo propio de la educación, a reconocer la prioridad que supone enfrentar nuevos y viejos retos que persisten en la región y, en particular, aquellos que incluyen a los diversos grupos étnicos y sociales históricamente marginados y discriminados.

Según cifras de Naciones Unidas-CEPAL (2014), se puede establecer que la población indígena aproximada que habita la región es de:

45 millones de personas en 2010, con una alta heterogeneidad entre los países: en un extremo se ubican México y el Perú, donde la población indígena es de casi 17 millones y 7 millones, respectivamente; y en el otro, Costa Rica y el Paraguay, donde viven poco más de 100.000 personas indígenas en cada caso, así como el Uruguay, con casi 80.000. Actualmente es posible contabilizar 826 pueblos indígenas en los países de la región, también con un panorama muy diverso: en un extremo se ubican el Brasil, donde existen 305 pueblos indígenas, y luego Colombia (102), el Perú (85) y México (78); y en el otro, Costa Rica y Panamá, en cada uno de los cuales viven 9 pueblos indígenas, y luego El Salvador (3) y el Uruguay (2) (Naciones Unidas-CEPAL, 2014, p. 12).

Colombia ha sido un laboratorio de experimentos educativos, un espacio donde se han puesto en escena modelos pedagógicos foráneos, improvisando la concepción, el diseño y la evolución de los procesos pedagógicos. Es decir, un lugar donde la identidad y el contexto cultural han sido forzados por nuevas y, con frecuencia, sofisticadas formas de colonización disfrazadas de hecho educativo, impuestas como prácticas homogéneas, lejos del contexto y de su propia realidad.

No obstante, como se dijo líneas atrás, ha emergido un interés por priorizar un enfoque educativo intercultural; “este enfoque en educación permite el estudio y comprensión de la confrontación de lógicas de pensamiento de personas pertenecientes a esferas culturales diferentes, lo que relativiza de alguna manera los conocimientos y obliga a construir un saber multipolarizado” (Quintriqueo et al., 2011, p. 478).

En la mayoría de los países latinoamericanos las aulas de clases suelen ser escenarios de la multiculturalidad, por tal motivo, en Colombia, las facultades de ciencias sociales, humanas y de educación han formado a cientos de profesionales en programas exclusivamente de etnoeducación y educación intercultural; sin embargo, la gran mayoría de las instituciones educativas ha tomado cierta distancia con la educación sociocultural. Este artículo centra su atención en los casos de discriminación que se presentan en las instituciones educativas por razones de género y raza.

## 6.2. Método

Con el propósito de describir, interpretar y analizar los procesos de formación para la diversidad sociocultural, se utilizaron métodos teóricos y empíricos. Los modelos teóricos se dan “cuando se trata de ampliar un modelo teórico, contrastar la forma con un modelo teórico, refutar o reafirmar la validez de un modelo teórico en la realidad,” (Suárez-Montes, et al., 2016, p. 75). Para garantizar la aprehensión de las principales características de lo que se entiende comúnmente en la universidad por formación sociocultural, se acudió a algunos métodos empíricos, en concreto al cuestionario tipo escala Likert, con el fin de comprender la percepción de los estudiantes sobre la diversidad y la apropiación del discurso en los espacios universitarios.

A propósito de los métodos empíricos, se diseñó un cuestionario tipo escala Likert con el fin de indagar sobre la percepción y conocimientos de los procesos de formación profesional de los estudiantes, y cómo estos son acordes o no a la formación para la diversidad sociocultural. El cuestionario constó de dos partes: la primera con escala de afirmaciones para determinar, según el grado de conocimiento acerca del concepto diversidad; y la segunda, con escala de indicadores sobre inclusión para comparar el grado de importancia de una formación para la diversidad.

Con respecto a los métodos teóricos, se recurrió a sentencias de la Corte Constitucional en las que se evidencian las relaciones sistémicas de la discriminación por razones de sexo y raza en las instituciones educativas. Por su parte, con el método histórico-hermenéutico se estableció una relación entre los componentes pedagógico-didácticos y normativos a través de un rastreo de leyes, decretos y resoluciones que dieron claridad respecto de las

condiciones que deben tener las instituciones educativas frente a los procesos de formación para la diversidad sociocultural.

La matriz normativa responde a una búsqueda conceptual y legal de los fundamentos teóricos para la prestación del servicio educativo. Entre las consideraciones contempladas están el acceso y accesibilidad de las poblaciones vulnerables en los diferentes espacios formativos. Al realizar el análisis normativo se evidenció una escasa conceptualización frente a las categorías establecidas por el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, las cuales hacen referencia a la población vulnerable que el Estado debe proteger. Por tal motivo, se decide profundizar en el estudio de las sentencias de la Corte Constitucional, con el propósito de relacionar hechos posiblemente aislados, y así unificarlos en una unidad dialéctica, con el fin de establecer una mayor comprensión a la luz de la norma, para determinar las principales causas de discriminación por razones de sexo y raza en el aula.

Conforme a lo anterior, la estructura de este capítulo comprende tres partes. Inicialmente se abordará el derecho a la educación, luego el derecho a la igualdad y la prohibición de la no discriminación en Colombia a la luz del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, y, finalmente, se analizarán algunos casos de tutelas interpuestas contra instituciones educativas, en las que se demuestra el tratamiento dado por la Corte Constitucional colombiana para garantizar el derecho a la educación y la prohibición de discriminación en las instituciones educativas.

### 6.3. El derecho a la educación en Colombia

En las últimas dos décadas hemos presenciado distintos movimientos que van aparentemente en direcciones opuestas, pero que en el fondo forman parte de una sola realidad.

Por un lado, la acelerada globalización que se caracteriza por una integración cada vez mayor de los capitales, el comercio, la división mundial del trabajo, las tecnologías y los medios de comunicación, pero también el mundo globalizado enfrenta grandes desafíos, que se resumen en el estancamiento de la economía, las disparidades económicas cada vez más grandes entre países ricos y pobres, el desplazamiento que padecen países y grupos sociales por las guerras y los conflictos civiles, así como el progresivo deterioro del medio ambiente y el crecimiento desmedido de la población mundial.

En este panorama, se puede afirmar que los dispositivos sociales que estructuran la vida cotidiana, el núcleo de la familia, el aula, el trabajo y, en última instancia, el Estado son los que definen la naturaleza social, política y cultural de esta controvertida relación entre diversidad o heterogeneidad cultural y educación. En consecuencia, la educación para la diversidad se debe construir desde la diferencia, y para hablar de diferencia,

debemos entender los discursos de la otredad. Por ello, en el marco del pluralismo y la diversidad étnica que hay en Colombia se requiere una educación para la responsabilidad, una educación para forjar ciudadanos alertas del otro. Pero no por un afán altruista ni por una pretensión de una humanidad en abstracto, sino por una humanidad en concreto, identificada con un sujeto histórico determinado, un sujeto de carne y hueso, titular de derechos y deberes como ciudadano.

En efecto, aceptar la existencia del otro no es un acto de sumisión ni una asimilación pasiva; por el contrario, es reconocernos como parte de un complejo sistema permeado por desigualdades e identificar en estas las complejas cargas políticas, sociales y culturales. Tampoco es reivindicar la invención del otro propuesta por Europa occidental, en la que se concebía que “es necesaria la existencia del otro para ‘yo’ diferenciarme de ‘él’, quien al no ser igual, no está inscrito en una posición plena de derecho” (Cortez Ochoa, 2013, p. 60); desde esta particular postura eurocéntrica, la existencia del otro entró en el terreno de las clasificaciones y, en consecuencia, en la implementación de estrategias para aglutinar, agrupar, seleccionar, asimilar, separar, diferenciar y descartar con criterios propuestos por quien necesita establecer la diferencia y, en este sentido, asumir distancia jerarquizada frente al otro.

No nos resulta fácil reconocer con respeto la diversidad, y menos en una época de conflicto o posconflicto como la que vive Colombia, porque ante la costumbre de vivir en la homogeneidad no tenemos suficiente flexibilidad y apertura para aceptar las diferencias en valores, costumbres, hábitos, miradas y tonalidades, para hacer efectiva la protección del derecho a la igualdad, tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, y darle a cada quien un trato igualitario, según sus necesidades.

Desde esta óptica, resulta importante recordar la propuesta que realizó Jacques Dellors (1996) para la UNESCO con respecto a la educación para el siglo XXI:

Aprender a vivir juntos, desarrollando la comprensión del otro y la percepción de las formas de interdependencia —realizar proyectos comunes y prepararse para tratar los conflictos— respetando los valores de pluralismo, comprensión mutua y paz. Aprender a ser para que florezca mejor la propia personalidad y se esté en condiciones de obrar con creciente capacidad de autonomía, de juicio y de responsabilidad personal. Con tal fin, no menospreciar en la educación ninguna de las posibilidades de cada individuo: memoria, razonamiento, sentido estético, capacidades físicas, aptitud para comunicar (p. 32).

En este panorama, es necesario resaltar el papel de las ciencias sociales en el debate que gira en torno a la identidad, al nacionalismo, a las migraciones, al racismo y a las diferentes expresiones de exclusión social. “La sociología, la antropología, la psicología social, la historia, la política, etc., han colmado importantes lagunas de tipo teórico y metodológico

y han enriquecido la perspectiva intercultural, en particular la que tiene que ver con la educación” (Rojas y Castillo Martínez, 2007, p. 16).

En este orden de ideas, es imperiosa la necesidad de garantizar el derecho a la educación en una comunidad diversa, desde una perspectiva inclusiva e incluyente, que reconozca el principio de la igualdad material para asegurar que todos y cada uno de los ciudadanos colombianos puedan tener el acceso a este derecho sin distinción alguna por razones de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra índole” (Mendieta y Tobón, 2018, p. 280), de conformidad con el principio de la igualdad y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Por lo anterior, lo más importante de esta propuesta radica en que sitúa la educación para la diversidad en el marco de un Estado social de derecho participativo y pluralista que entiende a la educación con perspectiva diferencial y enfoque de género como un proceso que debe ser continuo y permanente.

Educar desde esta perspectiva es educar para la formación de unos valores consecuentes con la dignidad humana, entendiendo que el respeto por la diversidad y la otredad son un componente fundamental de la educación para la paz, lo cual es estratégico y determinante para sociedades como la colombiana, que se encuentra trasegando un camino hacia la paz.

#### 6.4. El derecho a la igualdad y la prohibición de la no discriminación en Colombia

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra en la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos; es un principio de orden transversal y se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales como la Carta de las Naciones Unidas y en los principales tratados de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los cuales se impone a los Estados la obligación de adaptar el ordenamiento interno a la normatividad internacional, desde una perspectiva incluyente para proteger aquellas poblaciones que, por sus especiales características, merecen una atención especial por parte de las autoridades.

Así, en el sistema universal el artículo 2.2<sup>15</sup> del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC— (Naciones Unidas, 1966a) y el artículo 2.1<sup>16</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP— (Naciones Unidas, 1966b) establecen la obligación de cada Estado parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio nacional los derechos reconocidos en ambos Pactos, sin discriminación alguna por “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra índole”.

Del Sistema de Protección Internacional de los Derechos Humanos surge para el sistema educativo colombiano la obligación de garantizar el derecho a la educación; teniendo en cuenta la diversidad de la población colombiana, y en aras de garantizar el principio de la igualdad material, se debe asegurar por parte de las instituciones educativas que todos y cada uno de los colombianos (hombres, mujeres, blancos, afros, mestizos, ricos, pobres, heterosexuales, homosexuales, transexuales, etc.) puedan tener el acceso a este derecho sin discriminación alguna, por los motivos o criterios por los que siempre han sido discriminados.

Con relación al concepto de discriminación, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 18, expresó lo siguiente:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18 sobre la discriminación, 1989).

Pero no todo trato desigual implica *per se* un acto discriminatorio; de igual forma, la sola circunstancia de tener una orientación sexual o identidad de género diferente no conlleva automáticamente la protección de los derechos que se invocan a través de la acción de tutela, pues el mismo mandato constitucional del artículo 13, en su inciso 2°, dispone expresamente que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y

---

<sup>15</sup> PIDESC, artículo 2.2: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Naciones Unidas, Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966a).

<sup>16</sup> PIDCP, artículo 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Naciones Unidas, Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966b).

efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”(Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Estas medidas tradicionalmente han sido llamadas acciones afirmativas y conllevan la obligación del Estado de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho.

En términos generales, las acciones afirmativas se pueden definir como programas de redistribución dirigidos a proporcionar bienes a grupos específicos que son discriminados: a víctimas de hechos pasados y a sujetos que padecen exclusión socioeconómica y cultural presentes. Esta definición general incluye diversas medidas destinadas a mitigar la desigualdad, a menudo en respuesta a las demandas colectivas, como la asignación de tierras o vivienda, medidas de protección para los estilos de vida amenazados y las identidades culturales. En la Sentencia C-371 (Corte Constitucional, 2000) se hace referencia a las acciones afirmativas como mecanismo para remediar la escasa participación de la mujer en la toma de decisiones en el Congreso colombiano. Con respecto al tema, en la Sentencia SU-617 la Corte Constitucional (2014a) afirma que:

Tales políticas, que de ordinario se denominan acciones afirmativas, son comúnmente utilizadas en el país, sin que hasta ahora se hayan formulado reparos acerca de su constitucionalidad. Son ejemplo de estas políticas, aquellas que imponen menos tributos a las personas de bajos recursos, las que conceden becas a los jóvenes que no pueden pagar sus estudios, los programas de subvención de vivienda y las que reconocen la desigualdad en el acceso a servicios de salud, educación, etc. Todas estas medidas, vale la pena insistir, constituyen acciones afirmativas y son constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia SU-617, 2014a).

Desde esta perspectiva, la exclusión social, histórica, económica y política que sufren grupos sociales como las mujeres, los indígenas y los afrodescendientes ha generado obstáculos en campos que los afectan directamente: menor ingreso laboral, restricciones para participar en las corporaciones públicas, poco acceso a la representación política en cargos nacionales y regionales, discriminación social, entre otros. Algunos países han tratado de remediar y compensar estas desigualdades por medio de las leyes de cuotas o normas equiparadoras de género, como ocurre por ejemplo en Costa Rica, Bolivia y Ecuador, que han permitido un mayor acceso a los cargos públicos de elección popular, en condiciones de igualdad e inclusión de los grupos desaventajados. Pero también existen otros países, como Colombia, que presentan una consagración formal de igual acceso a la participación política que en la práctica no ha permitido una inclusión real de participación efectiva de las mujeres, indígenas y afrocolombianas en la toma de decisiones que les afectan (Durango Álvarez, 2016, pp. 137-168).

De allí la necesidad de que los grupos sociales reivindiquen constitucionalmente los derechos de participación política (Constitución Política de Colombia, art. 40), como fruto del debate en la esfera pública, con el fin de ampliar la toma de decisiones y el debate del que han estado ausentes.

## 6. 5. Casos de discriminación en las instituciones educativas de Colombia

### 6.5.1. Discriminación por género, identidad y orientación sexual

Entre los criterios sospechosos de discriminación identificados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se encuentran aquellos sustentados en el sexo, la orientación sexual y la identidad de género. La Corte Constitucional ha protegido la igualdad material, real y efectiva de los derechos de este grupo de personas “lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales”, reconocidos como comunidad LGBTI, reparando las vulneraciones generadas por tratos diferenciales.

Conforme con lo anterior, en Colombia las autoridades públicas han protegido a esta comunidad, creando políticas públicas y normas de inclusión, muchas veces en cumplimiento de las ordenes de la Corte Constitucional, proferidas en vía de tutela. Las normas más destacadas son la Ley de reparación de víctimas, Ley 1448 (Congreso de la República, 2011a); la Ley antidiscriminación, Ley 1482 (Congreso de la República, 2011b) y la Ley general de educación, Ley 115 (Congreso de la República, 1994), la cual atendiendo al bloque de constitucionalidad y al marco fijado por el Convenio 169 de la OIT, en sus artículos 26 y 27 garantiza el derecho a la educación sin discriminación alguna.

El alto comisionado para los derechos humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género (Naciones Unidas, 2011) resaltó lo siguiente en un informe sobre las prácticas discriminatorias en el ámbito educativo:

Algunas autoridades educativas y escuelas discriminan a los alumnos por su orientación sexual o expresión de género, lo cual tiene como consecuencia en ocasiones la denegación de su ingreso o su expulsión. Las personas lesbianas, gays, bisexuales y transjóvenes suelen ser víctimas de la violencia y el hostigamiento, incluido el acoso escolar, de sus compañeros y profesores. La lucha contra este tipo de prejuicios e intimidación requiere esfuerzos concertados de las autoridades escolares y educativas y la integración de los principios de no discriminación y diversidad en los planes de estudios y el lenguaje utilizados en las escuelas. Los medios de comunicación también tienen un papel que

desempeñar eliminando los estereotipos negativos sobre las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, en particular en los programas de televisión populares entre los jóvenes (Naciones Unidas, 2011).

Para la Corte Constitucional “toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual se presume inconstitucional por sustentarse en una categoría sospechosa” (Sentencia SU-617, 2014a). Por ello, la entidad ha reconocido especial protección a los derechos de la comunidad LGTBI a la identidad, a expresarse en público, a la no discriminación en las aulas de clase, a la no prestación del servicio militar obligatorio, al cambio de nombre, a la seguridad social, al matrimonio, a asuntos patrimoniales, al cambio de sexo, a la adopción, etc.

Un ejemplo de lo anterior es la acción de tutela que interpuso una señora en representación de su hijo Juan, quien cursaba noveno grado de educación básica secundaria. El menor acudió al colegio con el pelo largo y con maquillaje conforme con el género femenino, razón por la cual el rector de la institución le informó que debía llevar un corte de pelo clásico y cumplir con las normas del manual de convivencia, so pena de prohibirle el ingreso al plantel. Posteriormente, el menor fue sancionado con llamados de atención y suspensión de dos días, sustentado en el uso inadecuado del uniforme (Sentencia T-565, 2013).

En aquella ocasión, la Corte Constitucional tuteló la protección de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de Juan. En primer lugar, resaltó que la decisión del estudiante de usar pelo largo y maquillaje no responde, como erróneamente lo planteó el juez de primera instancia, a una moda o decisión superflua, sino que “fue un comportamiento derivado de la necesidad de dar consonancia a su opción de identidad [de género] con su apariencia física” (Sentencia T-565, 2013). De igual forma, consideró que la actitud del rector del colegio implicó un tratamiento discriminatorio injustificado fundado en un criterio prohibido, incompatible con el pluralismo y el respeto a la diferencia.

En otro caso de tutela, la Corte Constitucional protegió los derechos constitucionales de Briana, quien en el mes de febrero de 2013 interpuso una tutela en contra de la Institución Educativa John F. Kennedy de Aracataca, Magdalena, a la que le solicitó un cupo estudiantil para cursar el grado once. Inicialmente le informaron que sí había cupo, pero después, cuando fue al plantel, le dijeron que allí no aceptaban hombres vestidos de mujer y que por esa razón no podía estudiar en ese lugar (Sentencia T-804, 2014b). Lo interesante de este fallo es que la Corte Constitucional exhorta a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla para que desarrolle, dentro de sus competencias legales, un módulo de formación sobre los derechos de la población LGTBI y el carácter justiciable de los mismos en el cual, entre otros temas, se ofrezca información a los jueces sobre las diferencias conceptuales entre la orientación sexual y la identidad de género de las personas.

Finalmente, valga resaltar que la Corte Constitucional ha reiterado en numerosas oportunidades que los derechos de la comunidad LGBTI no pueden resultar ajenos a los particulares, a las autoridades y a la comunidad en general, porque cualquier conducta, actitud o trato fundado en un prejuicio social, con el que se pretenda subvalorar, ignorar o anular los derechos fundamentales de una persona, supone de entrada un acto de discriminación y debe ser considerado desde todo punto de vista como inadmisibile.

### 6.5.2. Discriminación por raza, origen nacional o familiar, lengua.

De diversos artículos constitucionales se desprende el derecho a la educación indígena propia o etnoeducación. Los artículos 1° y 7° de la Constitución establecen la base de esta prerrogativa al describir a Colombia como un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista fundado en el respeto de la dignidad humana, y al reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. El artículo 68 de la Carta establece de manera concreta que “los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural” y el artículo 10° determina que “la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

De este modo, el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural implica aceptar la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes a la cultura occidental (Sentencia T-116, 2011a). La necesidad de una educación indígena propia es un medio para preservar la vida de la misma comunidad, pues una educación ajena a sus tradiciones implica su transformación y la destrucción de su identidad. Por eso, el que sea “propia” implica que se deba ajustar a los requerimientos y características de cada grupo étnico, de modo que la educación se adecue a sus valores, su cultura y a su forma de vida, y no a la inversa, porque estaríamos de nuevo en un proceso de colonización.

En ese sentido, la Ley 397 (Congreso de la República, 1997), modificada por la Ley 1185 (Congreso de la República, 2008), le da la importancia a la educación en el mantenimiento de la identidad cultural y reconoce el derecho de los grupos étnicos de beneficiarse de una educación que permita conservar, enriquecer y difundir su identidad y patrimonio cultural, y el derecho a recibir apoyo en sus procesos de etnoeducación. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que las comunidades indígenas han dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que los derechos fundamentales no solo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino también de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace “a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Sentencia SU-039, 1997).

Lo anterior significa que, cuando se trata de las comunidades indígenas con una identidad cultural propia, el derecho a la etnoeducación no solo se predica de cada persona individualmente considerada como una forma de realización de su autonomía, sino también de toda la comunidad como una forma de preservar su identidad, de allí que sea fundamental para las comunidades indígenas el ejercicio pleno de este derecho (Corte Constitucional, Sentencia T-557, 2012).

En este orden de ideas, es importante resaltar que tanto el ordenamiento internacional como el nacional se han enfocado en establecer cómo debe ser “la educación indígena propia”. Por ello el Convenio N.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes adoptado en Ginebra por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT (1989), como se expone en la Sentencia C-937 (Corte Constitucional, 2011b), entiende que “la misma debe ser concertada con los pueblos interesados; debe abarcar en lo posible todos los niveles” (artículo 26); los programas deben contener “su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales” (artículo 27. 1); “los miembros de estos pueblos deben participar en su formulación y ejecución de dichos programas” (artículo 27.2); “se ha de reconocer el derecho a crear sus propias instituciones y facilitar los recursos para tal fin” (artículo 27.3); si es posible “se debe enseñar a los niños de estos pueblos a leer y escribir en su propia lengua y dominar la lengua nacional” (artículos 28.1 y 28.2), al igual que se les “debe enseñar conocimientos generales que les permita participar en condiciones de igualdad en la comunidad nacional” (artículo 29) (Corte Constitucional, Sentencia T-557, 2012).

En el campo nacional la Ley 115 de 1994, “Ley General de Educación”, en su artículo 55 expresa que:

Se entiende por educación para grupos étnicos la que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos. Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones (art.55, Ley 115, Congreso de la República, 1994).

De las normas transcritas se deriva que el ordenamiento jurídico constitucional reconoce el derecho a la educación indígena propia a fin de procurar la identidad cultural de las comunidades étnicas, para lo cual impone un papel activo de las mismas en la formulación e implementación de acciones tendientes a la satisfacción de este derecho. Así, su injerencia es determinante en la formación de educadores, en el establecimiento de programas, en la creación de centros educativos, entre otros ámbitos, a fin de que se conserve y se comunique su cosmovisión y de esta manera se preserve el derecho a la

identidad cultural y a la autodeterminación de los pueblos. Del mismo modo, los postulados antes transcritos permiten el diálogo entre dichas comunidades y la educación nacional, por cuanto no establece una política de aislamiento ni de asimilación, sino que en el marco de su individualidad procura que se eduque en conocimientos generales que permitan un desarrollo igualitario en la sociedad.

Un tema de concurrencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional es el de la selección de los educadores que trabajarían en los territorios ocupados por grupos étnicos, esto es, se ha tratado el tópico de un estatuto docente que tenga en cuenta el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad laboral y la posibilidad de ascender en la carrera. Al respecto se ha dicho que: a) su selección debe efectuarse a través de la concertación entre los voceros de las comunidades indígenas y las autoridades encargadas de administrar el servicio público de educación (Corte Constitucional, Sentencia C-937, 2011b); b) para proveer sus cargos se deben observar sus costumbres, lengua y creencias (Corte Constitucional, Sentencia T-507, 2010a) y c) los docentes de estas comunidades deben ser en lo posible miembros de las mismas y conocedores de sus lenguas, dialectos, cultura, cosmogonía, usos y costumbres (Corte Constitucional, Sentencia T-507, 2010a).

Conforme con la Sentencia C-208 (Corte Constitucional, 2007a), para la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos de los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas y que atiendan población indígena, se aplicará la Ley General de Educación y demás normas complementarias, hasta tanto el legislador proceda a expedir un estatuto de profesionalización como es su obligación, de acuerdo con los artículos 67, 68, 150 y 365 de la Constitución Política de Colombia; en todo caso, dicho estatuto deberá ser consultado con las respectivas comunidades, por cuanto se trata de normas que las afectan directamente.

Para el manejo de los recursos destinados para la educación indígena, los municipios son las entidades que los administran hasta tanto se constituyan las entidades territoriales indígenas (art. 286 de la Constitución Política), pero estos no pueden decidir ni administrarlos discrecionalmente, pues su uso debe consultar el interés de los grupos y las comunidades indígenas, y cualquier discrepancia que surja entre las autoridades de la comunidad y las autoridades municipales deberá resolverse a favor de las primeras (Corte Constitucional, Sentencia C-921, 2007b).

Con respecto al acceso a la educación superior por las comunidades indígenas, ha dicho la Corte que no en todos los casos una distinción basada en la etnia o en la cultura de las personas está definitivamente prohibida por la Constitución. Más específicamente, se refirió al sistema de cupos especiales por el hecho de estar reservados para los miembros de una minoría étnica. La Corte Constitucional (2001) juzgó en la Sentencia T-1340 que está

conforme a la Constitución Política el modelo de selección de aspirantes para ingresar a un ente universitario que contemplaba un capítulo de cupos especiales para los miembros de comunidades indígenas. Sobre el particular, dijo

el principio de la diversidad étnica y cultural, sustenta la *constitucionalidad del cupo* a su favor, pues la cultura de las comunidades indígenas es diferente de la cultura del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres e igualmente considera que el tratamiento especial otorgado a los indígenas en la Universidad de Nariño es justificado, por cuanto recoge el singular tratamiento consagrado por parte del Estado a favor de la diversidad étnica cultural, el cual lejos de ser violatorio del artículo 13 de la Constitución Política, se ajusta a la misma, porque teleológicamente su búsqueda es la igualdad real -en favor de regiones marginadas y discriminadas de la patria- y en pro del enriquecimiento cultural de la Nación Colombiana (Corte Constitucional, Sentencia T-1340, 2001).

Si bien el art. 13 de la Constitución establece que no debe haber “ninguna discriminación por razones de raza, origen familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”, también le ordena al Estado promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados”. Es sabido que las minorías étnicas han sido precisamente marginadas y discriminadas, por lo que sería también inconstitucional proscribir cualquier clase de medida que intente sustraerlas, específica y particularmente del marginamiento social e histórico al cual se han visto sometidas, como ocurre con las acciones afirmativas que establecen que estas comunidades puedan acceder al derecho a la educación en las universidades públicas.

Por tanto, una entidad de educación superior puede —bajo determinadas condiciones— establecer tratos diferenciados con fundamento en la raza de los sujetos, al momento de reglamentar los sistemas de acceso a los cupos ofertados. También puede, incluso, establecer cupos especiales para quienes pertenezcan a determinadas minorías étnicas, siempre y cuando respete ciertas limitaciones derivadas de los derechos de los demás y el orden constitucional (Corte Constitucional, Sentencia T-110, 2010b).<sup>17</sup>

En este panorama, es necesario resaltar que a los miembros de las comunidades indígenas les asisten no solo todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución

---

<sup>17</sup> ¿Cómo se determinan esas condiciones y esos límites? Con un juicio de constitucionalidad, que evalúa que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además *imperioso*; que el medio escogido sea no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además *necesario*, o sea, que no pueda ser remplazado por un *medio alternativo menos lesivo*. Adicionalmente, que la medida sea *proporcional en sentido estricto* y que, por tanto, los beneficios de adoptarla excedan claramente las restricciones impuestas por ella a otros principios y valores constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia C-673, 2001b).

Política, sino que adicionalmente son adjudicatarios de derechos específicos con enfoque diferencial.

Así, estas comunidades son titulares de derechos colectivos fundamentales —cuyo reconocimiento y garantía es necesaria para su existencia y conservación como sujetos jurídicos con autonomía e identidad propia—, entre los cuales adquiere una relevancia especial para su permanencia y desarrollo el derecho a una educación especial, étnica y cultural, que corresponda a su cultura y responda a sus específicas necesidades de conservación étnica y cultural.

## 6.6. Conclusiones

Desde la perspectiva de la implantación cultural y pedagógica de un modelo único nacional, la educación se ha caracterizado históricamente por haber transmitido un esquema de significaciones y representaciones simbólicas que corresponden a la cultura de los grupos culturalmente dominantes de la sociedad. De esta forma se ha desconocido el carácter diverso que conforma nuestra sociedad; desconocimiento que ha estado cargado, en forma notoria, por la descalificación y desvalorización de toda manifestación cultural alejada del núcleo homogenizante, en el cual se han engendrado todo tipo de prejuicios que derivan en discriminaciones instaladas profundamente en el ser nacional de nuestros países.

No obstante, se resalta el papel protagónico de la Corte Constitucional, que en su jurisprudencia ha puesto de relieve el cambio de paradigma relacional del Estado con las comunidades étnicas y la comunidad LGTBI, pues a partir de la Constitución de 1991 se ha redefinido la protección de la diversidad étnica y cultural, pasando de un modelo predominantemente basado en concepciones de asimilación e integración, a uno fundamentado en el reconocimiento y la garantía del pluralismo, el multiculturalismo y la participación de las minorías. Este cambio normativo estructural encuentra su fundamento tanto en el respeto por las diversas concepciones de la vida y de lo bueno, que se originan en el presupuesto del Estado constitucional de derecho relativo a la autonomía y la libertad, como en la conciencia jurídica del valor intrínseco de las culturas nativas y las comunidades tradicionales, y de sus valores y tradiciones culturales, ancestrales, lingüísticas, artísticas, religiosas, sociales y políticas; así como también en el reconocimiento histórico de los siglos de abusos, maltratos, discriminación e injusticias de que han sido objeto estas comunidades y el riesgo inminente de desaparición o extinción cultural y física a que se encuentran actualmente abocadas.

En efecto, para nadie es desconocida la cantidad de prejuicios que se han levantado en contra de todos aquellos que se apartan de la cultura dominante. Sin embargo, hay que hacer notar que desde las políticas públicas y de manera particular desde el respeto por la

diversidad y la tolerancia se debe realizar un proceso formativo, inclusivo e incluyente, que permita reducir las desigualdades, la inequidad, y las injusticias sociales, porque las discriminaciones, el etnocentrismo, la marginación y la homogeneización han sido características predominantes del servicio educativo.

No obstante, el camino que queda por recorrer es largo. La pregunta es cómo se convierte este discurso en una práctica educativa consistente, en una cultura de una pedagogía de la diversidad y la alteridad, fundamentada en la paz y los derechos humanos. Para ello es primordial identificar que la dignidad humana es un derecho de todos, consagrado en múltiples instrumentos nacionales e internacionales, y a partir de ahí se requiere ligar este derecho con otros derechos, de distintas clases y naturaleza, como son las libertades, los derechos sociales, culturales, económicos, políticos y colectivos y mostrar las tensiones que se dan en la vigencia de estos derechos en una sociedad que promueve la homogeneización con fines de dominación. Como se dijo, este es un camino largo, pero no es imposible transitarlo.

## 6.7. Referencias

- Castro Suárez, C. (2009). Estudios sobre educación intercultural en Colombia: tendencias y perspectivas. *Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, (10), 358-375.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional N.º 116.
- Colombia. Congreso de la República. (1994, 8 de febrero). Ley 115. *Por la cual se expide la ley general de educación*. Diario Oficial N.º 41.214
- Colombia. Congreso de la República. (1997, 7 de agosto). Ley 397. *Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias*. Diario Oficial N.º 43102.
- Colombia. Congreso de la República. (2008, 12 de marzo). Ley 1185. *Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial N.º 46.929
- Colombia. Congreso de la República. (2011a, 10 de junio). Ley 1448. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial N.º 48.096.
- Colombia. Congreso de la República. (2011b, 30 de noviembre). Ley 1482. *Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones*. Diario Oficial N.º 48.270.
- Colombia. Corte Constitucional. (1997, 3 de febrero). *Sentencia SU-039* (Antonio Barrera Carbonell, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2000, 29 de marzo). *Sentencia C-371* (Carlos Gaviria Díaz, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2001a, 11 de diciembre). *Sentencia T-1340* (Álvaro Tafur Galvis, M. P.).

- Colombia. Corte Constitucional.(2001b, 28 de junio). *Sentencia C-673* (Manuel José Cepeda Espinosa, M. P).
- Colombia. Corte Constitucional. (2007a, 21 de marzo). *Sentencia C-208* (Rodrigo Escobar Gil, M. P).
- Colombia. Corte Constitucional. (2007b, 7 de noviembre). *Sentencia C-921* (Clara Inés Vargas Hernández, M. P).
- Colombia. Corte Constitucional. (2010a, 17 de junio). *Sentencia T-507* (Mauricio González Cuervo, M. P).
- Colombia. Corte Constitucional. (2010b, 16 de febrero). *Sentencia T-110* (María Victoria Calle Correa, M. P).
- Colombia. Corte Constitucional. (2011a, 24 de febrero). *Sentencia T-116* (Humberto Sierra Porto, M. P).
- Colombia. Corte Constitucional. (2011b, 14 de diciembre). *Sentencia C-937* (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P).
- Colombia. Corte Constitucional. (2012, 17 de julio). *Sentencia T-557* (Adriana María Guillén Arango, M. P).
- Colombia. Corte Constitucional. (2013, 23 de agosto). *Sentencia T-565* (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P).
- Colombia. Corte Constitucional. (2014a, 28 de agosto). *Sentencia SU-617* (Antonio Barrera Carbonell, M. P).
- Colombia. Corte Constitucional.(2014b, 4 de noviembre). *Sentencia T-804* (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P).
- Cortez Ochoa, N. (2013). Diferencia: aproximación crítica al concepto. *Humanismo y Sociedad*, 1(1), 59-63. <https://doi.org/10.22209/rhs.v1n1a05>
- Delors, J. (1996). *La educación encierra un tesoro*. Santillana–Ediciones UNESCO.
- Durango Álvarez, G. (2016). Las acciones afirmativas como mecanismos reivindicadores de la paridad de género en la participación política inclusiva: Ecuador, Bolivia, Costa Rica y Colombia. *Revista de derecho*, (45), 137-168.
- Mendieta, D. y Tobón, M. L. (2018). La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 10(3), 278-289.
- Naciones Unidas. (1966a, 16 de diciembre). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General mediante Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Naciones Unidas. (1966b, 16 de diciembre). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Asamblea General. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Naciones Unidas. (1969, 22 de noviembre). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José de Costa Rica.
- Naciones Unidas. (1989). *Observación General N°18. No discriminación*. Comité de Derechos Humanos. 37° período de sesiones.
- Naciones Unidas. (2011, 17 de noviembre). *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

- Naciones Unidas-CEPAL. (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Síntesis. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37050/4/S1420783\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37050/4/S1420783_es.pdf)
- Quintriqueo, S., Torres, H., Gutiérrez, M. y Sáez, D. (2011). Articulación entre el conocimiento cultural mapuche y el conocimiento escolar en ciencia. *Educ. Educ.*, 14(3), 475-492.
- Rojas, A. y Castillo Martínez, E. (2007). Multiculturalismo y políticas educativas en Colombia ¿Interculturalizar la educación? *Educación y Pedagogía*, 19(48), 11-24.
- Suárez-Montes, N. D., Sáenz-Gavilanes, J. V. y Mero-Vélez, J. M. (2016). Elementos esenciales del diseño de la investigación. Sus características. *Dominio de las Ciencias*, 2(3 Especial), 72-85. <https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/294/349>

# Capítulo 7

## Regulación estatal del uso del azúcar en niños y niñas en la primera infancia: un debate sobre la protección de sus derechos<sup>18</sup>

**Olga Cecilia Restrepo Yepes**

**Gloria Liliana Duque Chica**

**Liliana Damaris Pabón Giraldo**

**Juan Diego Restrepo Yepes**

**Víctor Julián Moreno Mosquera**

**Rubén Darío Palacio Mesa**

**Juan Edilberto Rendón Ángel**

### 7.1. Introducción

La última Encuesta Nacional sobre la Situación Nutricional en el país (ENSIN) (Instituto Nacional de Salud Pública, Bienestar Familiar y Universidad Nacional de Colombia, 2015), realizada en el año 2015, determinó la situación alimentaria y nutricional de la población. Fueron especialmente llamativos los índices de desnutrición, muy característicos de esta región, y el aumento considerable del exceso de peso que se traduce en sobrepeso y obesidad. Países como Colombia están afrontando una “doble carga” de morbilidad, puesto que, además de enfrentar problemas tradicionales como la desnutrición, están experimentando

---

<sup>18</sup> Este capítulo es producto de los procesos investigativos de los siguientes grupos de investigación: 1. Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Medellín; Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Grupo Auditorio Constitucional de la Institución Universitaria de Envigado (IUE) y del Grupo de Investigación en Psicología y Procesos Clínicos-Sociales de la Universidad de Medellín. De igual forma es derivado del proyecto de investigación: “El derecho alimentario como derecho constitucional: lucha contra el hambre y la desnutrición en Colombia, entre las políticas públicas y las intervenciones jurisprudenciales.”

un aumento exponencialmente rápido de índices de sobrepeso y obesidad de su población, principalmente en los entornos urbanos (Organización Mundial de la Salud, s.f.).<sup>19</sup>

De acuerdo con la ENSIN (2015), siguiendo la tendencia mundial de exceso de peso, el grupo de primera infancia (de 0 a 4 años) subió de 4,9 % en 2010 a 6,3 % en el año 2015. Para el grupo de menores de edad escolar (5 a 12 años) el exceso de peso se incrementó de un 8 % en 2010 a 24,4 % en 2015. En el grupo de adolescentes (13 a 17 años), uno de cada cinco (17,9 %) presentó exceso de peso. Los jóvenes adultos y los adultos (de 18 a 64 años) uno de cada tres tiene sobrepeso (37,7 %), mientras que uno de cada cinco es obeso (18,7 %). En este sentido, el 56,4 % de la población colombiana presentó exceso de peso, lo que significa un incremento de 5,2 puntos porcentuales con respecto al 2010 (Instituto Nacional de Salud Pública, Bienestar Familiar y Universidad Nacional de Colombia, 2015).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció que para el año 2016, más de 1900 millones de adultos tenían sobrepeso (39 %) y 650 millones ya eran obesos (13 %). En este mismo año, la cifra de menores de cinco años con sobrepeso u obesidad era de 41 millones. Estas cifras resultan alarmantes si se compara con el año de 1975 cuando el 4 % de los niños y adolescentes (5 a 19 años) tenían exceso de peso, con un 18 % reportado para el año 2016 (Organización Mundial de la Salud, 2020).

Para la OMS, las consecuencias comunes del sobrepeso y la obesidad, como un factor de riesgo de otras enfermedades no transmisibles, son las siguientes

las enfermedades cardiovasculares (principalmente las cardiopatías y los accidentes cerebrovasculares), que fueron la principal causa de muertes en 2012; la diabetes; los trastornos del aparato locomotor (en especial la osteoartritis, una enfermedad degenerativa de las articulaciones muy discapacitante), y algunos cánceres (endometrio, mama, ovarios, próstata, hígado, vesícula biliar, riñones y colon) (Organización Mundial de la Salud, 2020, p. 1).

**Respecto a la obesidad infantil, la OMS estableció que**

[...] se asocia con una mayor probabilidad de obesidad, muerte prematura y discapacidad en la edad adulta. Sin embargo, además de estos mayores riesgos futuros, los niños obesos sufren dificultades respiratorias, mayor riesgo de fracturas e hipertensión,

---

<sup>19</sup> Para autoras como Acosta, en el siglo xx se dio no solo el desarrollo de la industrialización y por consiguiente al aumento de los ingresos, sino también una serie de cambios en el estilo de vida de las personas con unas consecuencias como, por ejemplo, el aumento de peso y la obesidad de la población. Esta autora afirma que: “Algunos de los cambios más obvios asociados al fenómeno de la obesidad durante el siglo xx son el procesamiento industrial de los alimentos, el aumento en el uso del carro, la expansión de la cultura de la comida rápida y el sedentarismo (Cutler, Glaeser y Shapiro, 2003; Komlos et al., 2008). A este conjunto de nuevos hábitos alimenticios se le ha denominado la revolución nutricional posindustrial (Komlos et al., 2008).” (Acosta, 2013).

y presentan marcadores tempranos de enfermedades cardiovasculares, resistencia a la insulina y efectos psicológicos (Organización Mundial de la Salud, 2020, p. 1).

Para la OMS (2020), la causa fundamental de esta condición son un “desequilibrio energético entre calorías consumidas y gastadas” (p. 1) que se logra con un aumento en la ingesta de alimentos de contenido calórico ricos en grasa y el sedentarismo derivado del descenso en la actividad física. Como propuesta para la reducción del sobrepeso y la obesidad en el plano individual, la OMS (2020) aconseja que las personas pueden

Limitar la ingesta energética procedente de la cantidad de grasa total y de azúcares; aumentar el consumo de frutas y verduras, así como de legumbres, cereales integrales y frutos secos; y realizar una actividad física periódica (60 minutos diarios para los jóvenes y 150 minutos semanales para los adultos) (p. 2).

En este contexto, se crea la Ley 1355 (Congreso de la República, 2009), por medio de la cual el Estado colombiano define la obesidad y las enfermedades no transmisibles asociadas a esta condición, la prioriza como política pública y ordena adoptar medidas de control, atención y prevención.

Si bien la ley desarrolla mucho de lo planteado y sugerido por la OMS, llama especialmente la atención que deja por fuera un asunto tan importante como la regulación en el uso del azúcar, producto que ha sido asociado como factor determinante del sobrepeso y la obesidad; la ley solo hace referencia a medidas de promoción de estrategias educativas, regulación de grasas trans y saturadas y regulación de consumo de alimentos y bebida en centros educativos (Congreso de la República, 2009).

Es claro que se requiere plantear políticas o reglamentaciones para frenar la epidemia de la obesidad,<sup>20</sup> es evidente la necesidad de una protección reforzada a un grupo etario determinado, con el fin de lograr una disminución en el índice de obesidad y sobrepeso en el país. Este grupo etario es el enunciado de la categoría de niños y niñas en la primera infancia (0 a 4 años), por los siguientes motivos:

la alimentación y nutrición óptima durante los primeros años de vida de los niños y niñas son particularmente importantes, ya que reducen la morbilidad y la mortalidad,

---

<sup>20</sup> Para autoras como Acosta, no es claro el momento de inicio de esta epidemia, pero: “Se cree que fue emergiendo lentamente y no se puede definir un periodo exacto. Sin embargo, se considera que los ochenta fue un periodo determinante para su expansión, especialmente en Estados Unidos y Europa en donde se ha demostrado que entre 1980 y 2002 se duplicó en los adultos (Ogden et al., 2006; Komlos y Brabec, 2010). En algunos países desarrollados como Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Suecia el incremento de la obesidad en solo diez años (entre 1990 y 2000) ha sido del 30 %, 50 %, 56 % y 67 %, respectivamente (Hojgård, 2005, Ljungvall y Gerdtham, 2010). Desde entonces, la obesidad se ha convertido en una problemática mundial que ha captado la atención en el área de la economía de la salud” (Acosta, p. 173).

disminuyen el riesgo de desarrollar tanto enfermedades no transmisibles como sobrepeso y obesidad en edades futuras, y en general promueven un mejor desarrollo humano (Instituto Nacional de Salud Pública, Bienestar Familiar y Universidad Nacional de Colombia, 2015, pág. s.f).

En este orden de ideas, este capítulo pretende explorar, en primer lugar, y desde una revisión integral de la salud física y mental,(i) los posibles efectos del azúcar en los infantes, los estudios que han puesto de manifiesto las preocupaciones sobre la ingesta nutricional alterada y el contenido de azúcar inapropiadamente alto en alimentos de acceso libre a esta población, y las evidencia acerca de las consecuencias que esto podría desencadenar sobre la ingesta dietética y la salud a largo plazo. En segundo lugar, desde la perspectiva jurídica, (ii) se describe la situación actual del país sobre esta epidemia, la regulación del derecho a la alimentación (DA) del grupo etario escogido y los esfuerzos y desaciertos del Estado en la promoción y protección del DA en contextos de obesidad y sobrepeso. En tercer y último lugar, desde una perspectiva filosófica, (iii) se exploran las posiciones, a favor o en contra, de la regulación por parte del Estado del consumo de azúcar en la primera infancia.

## 7.2. Efectos del consumo de azúcar en la población de niños y niñas en la primera infancia, su influencia en el exceso de peso y en el neurodesarrollo: el caso de la comida para bebés

De acuerdo con los datos publicados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) en 2019, se estimó que la población infantil entre los 0 y 5 años representa el 8.4 % de la población total colombiana, más de 4 000 000 de niños. Para ellos, la nutrición adecuada contribuye de manera fundamental a su realización del derecho a un óptimo desarrollo del potencial físico y mental.

Es un hecho innegable, la salud física y mental del ser humano está estrechamente vinculada al desarrollo del cerebro. El desarrollo cerebral, que es un proceso de mayor celeridad durante el embarazo y en los primeros cinco años después del nacimiento (Prado y Dewey, 2014), se extiende hasta la edad adulta. La neurogénesis (nacimiento de nuevas neuronas a partir de células madre y células progenitoras) alcanza su pico a las catorce semanas de gestación, se estima que el cerebro crece a una tasa máxima de 25 000 células nerviosas por minuto durante el embarazo, para formar un total de más de 100 mil millones de neuronas hacia el nacimiento (Kolb y Gibb, 2011). Los primeros 1000 días (periodo desde la concepción hasta los 2 años) representan una ventana de tiempo crítica del crecimiento y desarrollo óptimo del niño. Este periodo está determinado por la maduración rápida de

procesos neurales, metabólicos, endocrinos e inmunológicos que conllevan requerimientos nutricionales (energía/nutriente) específicos (Goyal et al., 2015).

Así, aunque la secuencia de crecimiento y desarrollo está guiada por la información genética, el desarrollo final del cerebro está determinado por la interacción entre los factores genéticos y los ambientales (o exógenos) que dan lugar a cambios epigenéticos. Por lo tanto, es fundamental una nutrición adecuada durante el embarazo y la infancia para la formación y el desarrollo normal del cerebro, que debe extenderse durante toda la vida, puesto que, a lo largo de este desarrollo, diferentes regiones cerebrales muestran diferentes periodos críticos (ventanas de tiempo que permiten el desarrollo de una determinada habilidad), además de ser el asiento para conservar la buena salud física y mental.

Todos los nutrientes son importantes en el desarrollo del cerebro, y algunos de ellos son esenciales durante la gestación y en la primera infancia. Estudios de Beluska-Turkan y colaboradores concluyeron que, por lo menos, ocho son los nutrientes clave durante estos periodos: carotenoides (luteína + zeaxantina), colina, ácido fólico, yodo, hierro, ácidos grasos omega-3 y vitamina D (Beluska-Turkan et al., 2019).

La demanda de recursos del cerebro humano varía a lo largo del desarrollo, siendo mayor durante la infancia. Aproximadamente a los 10 años, el cerebro de un niño representa del 5 al 10 % de la masa corporal (el cerebro de un adulto representa el 2 %) (Clarke y Sokoloff, 1999), consume el doble de glucosa y 1,5 veces el oxígeno por gramo de tejido en comparación con el cerebro de un adulto, y representa más del 40 % de la tasa metabólica basal total del cuerpo (Durnin, 1981; Goyal et al., 2014).

Por lo tanto, el cerebro es vulnerable a una mala nutrición especialmente durante su desarrollo inicial. Más aún, las deficiencias nutricionales antes de la concepción se prolongan y afectan después al desarrollo del feto y el infante, constituyéndose en factor de riesgo para el desarrollo de defectos del cierre del tubo neural (mielomeningocele, encefalocele, anencefalia, etc.), anomalías cerebelosas irreversibles (Wang et al., 2014), una circunferencia cefálica pequeña (el signo clínico más sensible de desnutrición grave en los niños) y menor peso cerebral, retardos cognitivos posteriores (Ivanovic et al., 2004), y bajo peso al nacer que está asociado con una serie de enfermedades crónicas que van desde la enfermedad cardiovascular, metabólicas como diabetes mellitus tipo II, cáncer y osteoporosis (Calkins y Devaskar, 2011) hasta diversas enfermedades psiquiátricas, como la esquizofrenia y el trastorno bipolar (Catts et al., 2013; Insel, 2010; O'Shea y McInnis, 2016). Posteriormente, los niños con desnutrición crónica tienen un riesgo más alto de desarrollar trastornos de ansiedad, trastornos del neurodesarrollo como déficit de atención, déficit cognitivo, entre otras manifestaciones psicopatológicas (Kajantie, 2006).

No obstante, las deficiencias se producen no solo por falta de alimentos sino también por falta de conocimientos nutricionales, de una ingesta inadecuada o del reparto desigual dentro de la propia familia. Los suplementos prenatales han mostrado que benefician el crecimiento fetal y aunque están diseñados para cumplir con los requisitos diarios de minerales y vitaminas (micronutrientes), su efecto sobre el resultado final del embarazo y el desarrollo posterior de los neonatales es inconsistente (Haider y Bhutta, 2017).

Por otra parte, la ingesta nutricional durante la infancia es un aspecto crítico del desarrollo y la salud del niño. La OMS indica que en los primeros seis meses de vida la lactancia materna proporciona el alimento ideal. La brecha entre el requerimiento nutricional y la cantidad obtenida de la leche materna aumenta con la edad (Dewey, 2001); así, la alimentación complementaria comienza cuando la leche materna ya no es suficiente por sí sola y debe proporcionar micronutrientes como hierro, zinc, fósforo, magnesio, calcio y vitamina B6. Se espera también que 200, 300 y 550 kcal por día estén cubiertos por alimentos complementarios a los 6-8, 9-11 y 12-23 meses, respectivamente (Abeshu et al., 2016).

Aunque existe una amplia investigación sobre la lactancia materna y el momento de la introducción de alimentos sólidos, hay menos evidencia sobre los tipos de alimentos sólidos complementarios preparados comercialmente y sus niveles de contenido de azúcar, grasas saturadas y sodio. En esa dirección, el siguiente es el estado del arte que busca indagar sobre aquellos trabajos realizados entre 2017 y 2019 en relación con los alimentos complementarios preparados comercialmente para bebés y su alto contenido de azúcar. Dicha búsqueda se realizó en las bases de datos de Ebsco Host y Scopus, durante el periodo señalado, en revistas de acceso abierto, arbitradas y con presentación de artículos completos. Se usaron palabras claves como *Baby Food and high sugar content*, *Baby food and sugar and consumption*, *Baby Food and high sugar content*; se obtuvieron en ambas bases de datos alrededor de 15 artículos, de los cuales nueve fueron tomados para este trabajo, por la proximidad con la temática en cuestión.

Las investigaciones que fueron incluidas tuvieron como propósito, a través de estudios de campo, mostrar el contenido de azúcar en la comida que habitualmente se les da a consumir a los menores, además de demostrar cómo el consumo de azúcar afecta a los bebés a temprana edad y en su desarrollo.

En 2017, Rose et al. publican "*Dietary patterns in infancy are associated with child diet and weight outcomes at 6 years*", con la intención de evaluar si los patrones de exposición dietética a los 9 meses están asociados con la dieta y el peso del niño a los 6 años. Los datos para este estudio provienen del *Infant Feeding Practices Study II* y del *Year 6 Follow-Up Studies*. Todos los datos fueron reportados mensualmente. Los resultados de un análisis previo de la clase latente revelaron cinco patrones alimenticios que varían en la ingesta de leche y alimentos sólidos. Estos cinco patrones dietéticos infantiles se usaron en el estudio actual para predecir los

resultados de la dieta infantil y el peso a los 6 años, mientras se controlaban las variables de confusión. Los lactantes alimentados con leche maternizada (fórmula) tuvieron una mayor ingesta de bebidas azucaradas y cumplieron menos con las pautas dietéticas para la ingesta de frutas y verduras a los 6 años en relación con los lactantes alimentados con leche materna, factores tales como los ingresos, fueron controlados (Rose et al., 2017).

Igualmente, una nutrición óptima desde una edad temprana reduce el riesgo de desarrollar enfermedades no contagiosas más adelante en la vida. Es por ello que, con el objetivo de examinar el efecto a largo plazo sobre la ingesta de frutas y verduras, y las bebidas dulces de los niños pequeños, aunado al escepticismo respecto a los nuevos alimentos, se desarrolló una intervención de dos días sobre cómo preparar la comida casera para los niños pequeños, cuyo datos aparecen en el artículo de Beinert et al. (2017) “No long-term effect of a 2-days intervention on how to prepare homemade food, on toddlers’ skepticism for new food and intake of fruits and vegetables and sweet beverages: A randomized, controlled trial”. El efecto de la intervención de cocina se evaluó mediante un ensayo aleatorio y controlado en el que se incluyeron 110 padres de niños de 4 a 6 meses de edad. La dieta infantil y el escepticismo alimentario se midieron a los 6, 15 y 24 meses de edad. No hubo diferencias entre el grupo de control e intervención en el consumo de frutas y verduras y en el consumo de agua o bebidas dulces a los 15 y 24 meses (Beinert et al., 2017).

La nutrición en los primeros años de vida es considerada, cada vez más, como un factor importante que influye en la salud posterior. Las preferencias alimentarias se forman en la infancia, se rastrean hasta la infancia y más allá, y las prácticas de alimentación complementaria son cruciales para prevenir la obesidad en etapas posteriores de la vida. Por ello en 2017, a través de una estrategia de búsqueda de literatura, se investigó el papel de la lactancia materna, de la alimentación complementaria y de los factores parentales y socioculturales que contribuyen a establecer las preferencias alimentarias en los primeros años de vida, y el producto fue el artículo *“Early taste experiences and later food choices”* (De Cosmi et al., 2017).

Para el año 2018, la misma línea de investigación nos muestra estudios como “Food claims and nutrition facts of commercial infant foods”, cuyo objetivo era comparar las declaraciones de propiedades nutricionales de los productos alimenticios complementarios comerciales con sus datos nutricionales reales. Se recolectó una muestra de 363 comerciales en sitios web, supermercados locales y otras tiendas de alimentos, y sus afirmaciones relacionadas con la nutrición se clasificaron en categorías de composición, nutrición y salud (Koo et al., 2018).

Este estudio encontró que, mientras muchos alimentos para bebés tienen un alto contenido de azúcar o con azúcar añadido, no existe ninguna normativa en materia de etiquetado que ayude a los consumidores a tomar decisiones con conocimiento de causa, aunque la oms

recomienda que los lactantes sean alimentados exclusivamente con leche materna durante los primeros 6 meses, el 48, 2% de las CFs (Complementary Foods) o Alimentación Complementaria (AC) comerciales, estaban dirigidas a lactantes menores de 6 meses (Koo et al., 2018). En un país con el doble problema del retraso en el crecimiento y la obesidad, existe la necesidad urgente de actuar para contrarrestar este entorno.

El estudio adelantado por Chien et al., “Influence of mothers’ nutrition knowledge and attitudes on their purchase intention for infant cereal with no added sugar claim”, exploró la influencia del conocimiento y las actitudes de las madres sobre su intención de compra de alimentos infantiles con alegaciones nutricionales. Este estudio de tipo transversal distribuyó una encuesta en línea a 940 madres que tenían algún hijo entre 4 meses y 3 años de edad; el 40 % de las madres tienden a malinterpretar que “sin azúcar añadida” (NAS) se refiere a que no hay azúcar o que el contenido de azúcar es menor y, por lo tanto, que el cereal infantil NAS es saludable. Aproximadamente el 50-70 % de las madres creen que el cereal NAS para bebés es más natural, más saludable y contiene menos azúcar (Chien et al., 2018).

En el artículo de Maalouf et al. “*Sodium, sugar, and fat content of complementary infant and toddler foods sold in the United States, 2015*”, se intentó determinar las categorías de alimentos comerciales complementarios para bebés y niños pequeños que podían ser motivo de preocupación debido al contenido de sodio, azúcar añadido, grasas saturadas o grasas trans. La información de la etiqueta nutricional (por ejemplo, tamaño de la porción, sodio, grasas saturadas, grasas trans) para 1032 alimentos para bebés y niños pequeños fue recolectada de los sitios web y tiendas de los fabricantes de mayo a julio de 2015 para 24 marcas, que representaron >95 % de las ventas de alimentos para bebés y niños pequeños (Maalouf et al., 2018).

En el año 2019 se encuentra el trabajo “Factors associated with early introduction of complementary feeding and consumption of non-recommended foods among Dutch infants: The BeeBOFT study”, dirigido a investigar los factores asociados con la introducción temprana de la alimentación complementaria (es decir, antes de los 4 meses de edad), y los factores asociados con el consumo de alimentos no recomendados por parte de los lactantes, incluidas las bebidas dulces y los refrigerios. Este estudio utilizó datos transversales del estudio *Breastfeeding, Breakfast daily, Outside playing, Few sweet drinks, less TV viewing*, BeeBOFT (n = 2157)<sup>21</sup>. Los datos sobre las prácticas de alimentación complementaria y los determinantes potenciales se obtuvieron mediante un cuestionario a los 6 meses del lactante. Se utilizaron modelos de regresión logística para investigar los factores asociados con la introducción

---

<sup>21</sup> El total 3003 padres dieron su consentimiento informado por escrito y completaron el cuestionario de referencia. Finalmente, se incluyeron en el presente estudio 2157 díadas padre-hijo lo que se representa como n = 2157.

temprana de la alimentación complementaria y el consumo de alimentos no recomendados por los lactantes (Wang et al., 2019).

Finalmente, el estudio de Bournez et al., “Frequency of use of added sugar, salt, and fat in infant foods up to 10 months in the nationwide ELFE cohort study: Associated infant feeding and caregiving practices”, buscó describir la frecuencia de uso de azúcar, sal y grasa añadida durante el periodo de alimentación complementaria y las prácticas de cuidado infantil asociadas. Los datos se obtuvieron a partir de un cuestionario mensual completado por los padres de 10 907 niños de la cohorte francesa Etude Longitudinale Française depuis l’Enfance. Se calculó una puntuación de frecuencia de uso para azúcar, sal y grasa añadida (aceite, margarina, mantequilla y crema) desde la edad de introducción de la alimentación complementaria hasta el décimo mes (Bournez et al., 2019).

Estos estudios han puesto de manifiesto las preocupaciones sobre la ingesta nutricional alterada y el contenido de azúcar inapropiadamente alto de sodio, de grasas y de toxicidad de los alimentos comerciales para bebés, aunado a las consecuencias que esto podría desencadenar sobre la ingesta dietética y la salud a largo plazo.

Sobre lo anterior, se sabe que el consumo de carbohidratos es necesario para la función cerebral y que se requiere al menos un consumo de 60 g/día en menores de 0-6 meses, 95 g/día en bebés de 7-12 meses y 130 g/día en niños de 1-3 años (Beluska-Turkan et al., 2019) increased energy needs, and changing requirements in the nutrients critical for optimal growth and development. Infants and toddlers also experience physiological changes and have specific nutritional needs. Food and nutrition experts can provide women of childbearing age with adequate dietary advice to optimize nutrition, as well as guidance on selecting appropriate dietary supplements. Considering the approaching 2020–2025 Dietary Guidelines for Americans (DGA).

A la base de los carbohidratos se encuentra la glucosa, la principal fuente de energía del cerebro. No obstante, se ha observado que los alimentos con alto índice glucémico activan en los humanos regiones del cerebro asociadas con la respuesta de recompensa y autocontrol que provocan sentimientos de hambre más intensos en comparación con los alimentos de bajo índice glucémico. De tal forma que, los alimentos que causan una mayor elevación de la glucosa en la sangre producen un mayor impulso adictivo en el cerebro, incluso más que la cocaína (Lenoir et al., 2007).

Por otra parte, son varios los estudios que han mostrado que un consumo excesivo de glucosa puede contribuir a niveles altos de inflamación asociados a deterioro cognitivo como déficits en la memoria y la atención, obesidad, diabetes mellitus tipo II, enfermedades cardiovasculares y demencias tipo vascular y alzhéimer (Beilharz et al., 2016; Nguyen et al., 2014; Samaras et al., 2014).

Por lo tanto, dejando claro que la nutrición afecta las funciones cognitivas y la salud del cuerpo, es fundamental que el consumo de los diferentes nutrientes esté dentro del rango de consumo recomendado.

### 7.3. Regulación del consumo de azúcar en los niños y las niñas en atención a la protección del derecho a la alimentación

#### 7.3.1. Estado nutricional de los niños y niñas en Colombia.

La OMS ha evidenciado, a través de cifras contundentes, el aumento exponencial del sobrepeso y la obesidad infantil en el mundo. El número de lactantes y niños pequeños (0 a 5) que padecen esta condición aumentó de 32 millones en 1990 a 41 millones para el 2016. Continentes como el africano, donde los índices de desnutrición y hambre son considerablemente elevados, la obesidad y el sobrepeso aumentó de 4 a 9 millones, en el mismo lapso. En países con desarrollo económico emergente estas estadísticas no se distancian mucho de la situación de África, donde los niños en edad preescolar superan el 30 % con esta condición. Concluye el estudio que, si se mantiene la tendencia descrita, para el año 2025 el sobrepeso afectaría a 70 millones de infantes (Organización Mundial de la Salud, s.f.).

Ante estas alarmantes cifras, la OMS ha establecido frentes de atención con el fin de prevenir la obesidad infantil en lactantes y niños pequeños en la cual recomienda:

el inicio inmediato de la lactancia materna durante la primera hora de vida; la lactancia exclusivamente materna durante los seis primeros meses de vida; y la introducción de alimentos (sólidos) complementarios nutricionalmente adecuados e inoocuos a los 6 meses, manteniendo al mismo tiempo la lactancia materna hasta los 2 años o más. Los alimentos complementarios deben ser ricos en nutrientes y deben tomarse en cantidades adecuadas. A los 6 meses, deben introducirse en pequeñas cantidades, que aumentarán gradualmente a medida que el niño crezca. Los niños pequeños han de tener una alimentación variada que incluya alimentos como la carne, las aves, el pescado o los huevos, que deben tomar tan a menudo como sea posible. La comida del niño puede prepararse especialmente para él o bien a partir de los alimentos que se preparen para la familia, con algunas modificaciones. Deben evitarse alimentos complementarios ricos en grasas, azúcar y sal (Organización Mundial de la Salud, s.f., p. 2).

Estos lineamientos, que en lenguaje del ENSIN (2015) se traducen en las prácticas de lactancia materna y alimentación complementaria, corresponden a una medida relevante e importante que debe ser tenida en cuenta para esta población, puesto que la falta de acceso a la leche materna en los primeros seis meses y una alimentación complementaria

hipercalórica, en la cual se tiene altos contenidos de azúcar, grasa y sal, se convierten en el principal factor que propicia la obesidad infantil (Organización Mundial de la Salud, s.f.).

Con base en lo anterior, se describirá a continuación la incidencia en Colombia del cumplimiento de esta medida, de acuerdo con la última ENSIN de 2015, con el objetivo de establecer el panorama real del problema.

### 7.3.2. Inicio de la lactancia materna en Colombia

Según la ENSIN (2015), el 97,2 % de los menores de 3 años recibieron lactancia materna. Un porcentaje significativamente alto y de gran impacto positivo para este grupo etario. Del 2,8 % de las madres que no alimentaron con leche materna, el 59,5 % sostuvo que no les bajó leche (36 %) o el niño rehusó recibirla (23,5 %). Del otro 40,0 % restante, se destacan estas causas: algún tipo de enfermedad de la madre o el niño, problemas de pezón y de succión, compañero que no estaba de acuerdo con la práctica y madre trabajadora.

Respecto al inicio de la lactancia en la primera hora de nacido, el 72,6 % de los menores recibieron lactancia materna en este lapso, y las mujeres de escasos recursos económicos realizaron en mayor medida esta práctica (75,1 %), en comparación con las mujeres de mayores recursos (67,2 %). Igual ocurre en la población con autorreconocimiento indígena, en la cual el 82,6 % amamantó en las primeras horas en comparación con la población sin reconocimiento étnico (72,3 %). Teniendo en cuenta la forma de nacer, vaginal o por cesárea, se determinó que la lactancia en las primeras horas se daba más en la primera (81,3 %) que en la segunda (61,9 %). Asunto que fue determinado por el bajo peso al nacer de los infantes. En cuanto al inicio de la lactancia en el primer día de nacidos, el 17,6 % de las madres ejecutó esta práctica.

El 29,6 % de los niñas y niños recibieron líquidos diferentes a la leche materna en sus primeros 3 días de nacimiento, asunto con mayor incidencia en partos por cesárea (38,9 %) que en partos vaginales (21,8 %) o cuando el peso al nacer estuvo por debajo de 2500 g (58,5 %) (Instituto Nacional de Salud Pública, Bienestar Familiar y Universidad Nacional de Colombia, 2015).

### 7.3.3. Lactancia materna exclusiva hasta los seis meses de edad

En Colombia, para el año 2015, tan solo el 36,1 % de los menores recibieron lactancia materna de forma exclusiva en sus primeros seis meses de vida, siendo la región Pacífica (45,9 %) la de mayor incidencia en esta práctica, y la de menor incidencia la región Atlántica (20,5 %).

Tan solo el 51,6 % de los niños entre el periodo de vida de 0 a 1 meses reciben leche materna exclusiva; para el periodo de 2 a 3 meses, el 33,5 % y para los menores de 4 a 5 meses

tan solo fue del 25 %. Del 25,4 % de los bebés que recibían leche materna durante el primer mes de vida también recibieron leche de fórmula y de estos, el 3,3 % además de leche materna recibió otros líquidos no lácteos.

Respecto al uso de sucedáneos de la leche materna, el 41,6 % de las madres reportaron que recibieron recomendaciones de utilizar leche de fórmula y quien realizó tal recomendación fue, en primer lugar, un profesional de la salud (79,1 %), seguido por parientes/amigo/pareja (21,7 %). De este resultado, la región con mayor porcentaje respecto a las recomendaciones del uso de la leche de fórmula fue Atlántico (45,1 %) en comparación con la Orinoquía-Amazonía (27,7 %). El 8,3 % de las madres reportó el recibo de una muestra gratis de leche de fórmula, biberón o chupo, por parte del personal de la salud (65,5 %) o de un familiar (12,6 %).

El 50,8 % de los niños y niñas de 0 a 23 meses fueron alimentados con biberón. Ya se ha evidenciado como el uso de este afecta de forma negativa la lactancia materna exclusiva, no solo porque pueden presentarse condiciones de poca higiene en la preparación de las tomas, sino también porque es un catalizador en la ganancia de peso en el primer año de vida, lo que constituye un factor de riesgo de obesidad infantil (Instituto Nacional de Salud Pública, Bienestar Familiar y Universidad Nacional de Colombia, 2015).

#### 7.3.4. Lactancia materna y alimentación complementaria (6 meses a 2 años)

El 45,5 % de los niños y niñas entre los 6 a 23 meses de edad aún consumían leche materna y el 50 % de estos niños complementaban con otras fuentes alimentarias. El 78,0 % de estas mamás de los menores entre 6 a 8 meses reportaron haber ofrecido alimentos complementarios, como sopas espesas, puré o papilla, en la dieta de los infantes. De igual forma se evidenció, que casi el 20 % de los menores no había iniciado con la alimentación complementaria y que solo eran alimentados de forma exclusiva con leche materna.

Respecto a los tipos de alimentos que recibieron los niños y niñas de 0 a 9 meses, el 86,6 % de los menores de 6 meses que eran amamantados ya estaban consumiendo alimentos diferentes a la leche materna, y el 31,7 % consumía leche de fórmula. En el caso de los menores que no eran amamantados, el 23,6 % no recibió leche de fórmula y el 24,8 % recibía otros alimentos (chocolates o compotas), un 22,9 % consumía líquidos no lácteos y el 21,2 % ingería otras leches o productos lácteos. De estas cifras se puede inferir que los menores de 6 meses consumen alimentos de muy baja calidad nutricional y que a la vez son inapropiados. Los datos cualitativos de la encuesta reportaron que la introducción de alimentos complementarios se hace generalmente entre los dos y cuatro meses de edad, incumpliendo la directriz establecida de la exclusividad hasta los 6 meses.

De los infantes de 6 a 9 meses de edad que eran amamantados, en mayor proporción consumían cereales (78,1 %), líquidos no lácteos (65,8 %) y productos de origen animal (63,9 %). En el grupo de los menores no amamantados, consumen en mayor proporción leche de fórmula (69,3 %), cereales (68,0 %), líquidos no lácteos (51,5 %) y productos de origen animal (51,0 %).

Si bien el reporte de la ENSIN mostró que el 80 % de las niñas y los niños entre los 6 a 8 meses presentaban una correcta introducción a los alimentos sólidos, semisólidos y blandos, también mostró que poseían muy baja capacidad nutricional para esta etapa de la vida.

Respecto a la diversidad dietaria de este grupo, el 71,8 % de los menores que eran lactados con leche materna y el 76,5 % de los no amamantados (entre 6 a 23 meses) consumían 4 de los 7 grupos de alimentos, lo cual mostró una baja diversidad alimentaria, pues el 27,5 % y el 33,5 %, respectivamente, tenían una dieta mínima aceptable.

Los resultados cualitativos mostraron que las abuelas o mujeres adultas de la casa influyen la práctica alimentaria de complementación de los menores y que en muchos casos se hace antes de los seis meses, debido, en parte, a los horarios laborales de las madres cuando vuelven de su licencia de maternidad. Muchos de los alimentos complementarios introducidos son preparados con sal o azúcar y, en muchos de los casos, se introducen alimentos consumidos por los adultos, como sopas y cremas industrializadas. Respecto a la calidad de las dietas alimentarias, los datos cualitativos mostraron que estos eran de muy baja calidad, debido, en parte, a los precios de los alimentos, situación que influyó en la compra de víveres industrializados como refrescos en polvo o embutidos,<sup>22</sup> o alimentos complementarios iguales a los consumidos por los adultos, que por lo general son de baja calidad (Instituto Nacional de Salud Pública, Bienestar Familiar y Universidad Nacional de Colombia, 2015).

### 7.3.5. Uso y consumo usual de alimentos por parte de los niños y niñas (0 a 4 años)

Se muestra la prevalencia del consumo por parte de niños y niñas de arroz y pastas (99,8 %), seguido de tubérculos y plátanos (94,6 %), pan (91,4 %) y galletas (91,4 %).

Respecto al consumo de verduras y frutas, la prevalencia del consumo de verduras crudas fue del 64,5 %, de verduras cocidas del 68,8 %, de fruta entera del 88,3 % y de fruta en jugo del 91,3 %.

---

<sup>22</sup> Cita al respecto la ENSIN (2015) la siguiente entrevista: “¿Esos alimentos que le van a servir?, de pronto al niño, [...] sino que, es decir, no van a tener para comprar una docena de tomates de árbol o una docena de moras que valen por decir algo 3000 a 4000 pesos a un sobre de Frutiño que les va a valer 1000 o 1000 y pico. Entonces ¿qué van a decir ellos?, ¡no!, no tengo para comprar eso y me compro es un Frutiño y les dura toda la semana” (Instituto Nacional de Salud Pública, Bienestar Familiar y Universidad Nacional de Colombia, 2015, pág. S/I).

El consumo de leche y productos lácteos en el país para esta población fue del 94,2 %. La variable del consumo de carnes, huevos y leguminosas secas fue la siguiente: 1. carne de res, ternera, cerdo, chigüiro, conejo, cabro, curí fue de 90,5 %. 2. Pollo y gallina de 93,4 %. 3. Pescado y mariscos de 63,1 %. 4. Huevo de 97,0 %. 5. Morcilla o vísceras de 32,1 %. 6. Granos secos o leguminosas de 94,8 %. La prevalencia en el uso de mantequilla, crema de lecho o manteca de cerdo fue del 28,7 %.

Respecto a la categoría azúcares, el consumo de panela, azúcar o miel fue de 94,5 %, la de golosinas o dulces de 88,5 % y de gaseosas, té y refrescos de 76,1 %. Se encuentra en esta población, la prevalencia de alimentos fritos (90,7 %), consumo de alimentos de paquete (80,0 %) y alimentos de comida rápida (46,3 %) (Instituto Nacional de Salud Pública, Bienestar Familiar y Universidad Nacional de Colombia, 2015).

### 7.3.6. Exceso de peso (sobrepeso y obesidad)

De acuerdo con los datos expuestos, la ENSIN evidenció la presencia de sobrepeso y obesidad en esta población etaria. Para el año 2015 fue de 6,4 % más alta que para la ENSIN de 2010, datos que rompieron la lectura tradicional de exclusividad de esta condición en sectores urbanizados y que demuestran un cambio cultural alimentario en la población infantil.

De igual forma, destaca la encuesta lo preocupante de los datos obtenidos en esta población, debido a las consecuencias que se derivan, puesto que se aumenta el riesgo de padecer enfermedades no transmisibles (diabetes, hipertensión y cáncer) en los diferentes ciclos vitales. Al respecto establece que:

No es lo mismo, desde el punto de vista metabólico y fisiológico, presentar exceso de peso en edades en las que se está en etapa de crecimiento lineal y el desarrollo físico (Mayores de 19 años), pues el pronóstico de recuperación del peso sano y saludable es reservado y difícil de alcanzar si ocurre en plena etapa de crecimiento. La dimensión del aumento del exceso de peso es tal que la obesidad infanto-juvenil forma parte de la agenda global de las entidades de salud (Instituto Nacional de Salud Pública, Bienestar Familiar y Universidad Nacional de Colombia, 2015, p 379.).

## 7.4. Protección de los derechos de los niños y niñas en Colombia respecto al derecho a la alimentación (DA)

### 7.4.1. Fundamento constitucional del derecho alimentario de los niños, niñas y adolescentes (NNA)

El artículo 44 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) establece la alimentación equilibrada como uno de los derechos fundamentales para los menores de edad; derecho revestido de los principios de interés superior y prevalencia, solidaridad, justicia y equidad que constituye parte fundamental del desarrollo integral humano, derivado de los principios tipificados en los artículos 1, 2, 13, 42, 43 44, 45, 93 y 95, que regulan la protección de la familia, de la mujer embarazada y de los adolescentes.

De acuerdo con esto, los derechos a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la educación, la recreación y todo el catálogo de derechos fundamentales dependen de la garantía esencial de una alimentación equilibrada, que asegure los medios para generar su máxima evolución a nivel físico, espiritual y social, entre otros. Esta especial protección responde a la situación de indefensión de los infantes, y busca propiciar en el individuo un pleno desarrollo mental y emocional, que va hasta alcanzar la madurez necesaria para el manejo autónomo de su proyecto de vida y la participación responsable en la sociedad. Así mismo, tiene sustento en el respeto de su dignidad humana, y en la importancia de garantizar la efectividad de todos los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que son las autoridades públicas las encargadas de velar por una armónica e integral satisfacción de los intereses, articulados al bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, C-250, 2019).

### 7.4.2. Fundamento normativo del derecho alimentarios de los NNA

Los siguientes son algunos de los fundamentos normativos de la protección al derecho a la alimentación: 1. Ley 1908 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia. 2. Ley 115 de 1994, Ley General de la Educación. 3. Ley 1355 de 2009, Ley sobre obesidad y enfermedades crónicas no transmisibles asociadas con estas. 4. Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor. 5. Resolución 1536 de 2015 sobre el proceso de Planeación Integral para la Salud. 6. Decreto 2078 de 2012, sobre estructura del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima). 7. Decreto 975 de 2014 sobre la información suministrada a los niños y niñas en su calidad de consumidores.

- **Del Código de Infancia y Adolescencia (CIA)**

Una revisión sistemática del Código de Infancia y Adolescencia (Congreso de la República, Ley 1098, 2006), muestra que los siguientes artículos contienen disposiciones

relacionadas con el derecho a la alimentación. Como primera medida, los principios contenidos en el artículo 7, que tipifica la protección integral y la garantía del cumplimiento de todas sus prerrogativas, procurando además el restablecimiento inmediato de aquellas que sean amenazadas o vulneradas; y en el artículo 10, que trata de la corresponsabilidad, como concurrencia de la familia, la sociedad y el Estado en favor de sus garantías prevalentes y superiores.

En relación con sus derechos y libertades se tiene: i) el artículo 17, que consagra el derecho a la calidad de vida y un ambiente sano en condiciones dignas, asegurándoles, entre otros intereses, una alimentación nutritiva y equilibrada; ii) el artículo 20, numeral 19, que garantiza la protección sobre cualquier acto que amenace o vulnere sus derechos; y iii) el artículo 29 sobre el desarrollo integral de la primera infancia, en el que se establecen las bases cognitivas, emocionales y sociales de los niños y las niñas, en virtud de las cuales se les debe brindar atención en salud y nutrición. Se destaca en especial el artículo 24, que define el derecho a los alimentos como todo lo indispensable para el desarrollo integral, esto es, comida, habitación, vestuario, salud, recreación y educación (Congreso de la República, Ley 1098, 2006).

De otro lado, frente a las obligaciones de la familia, el numeral 5 del artículo 39 dispone el deber de proporcionar un óptimo desarrollo integral a partir de una nutrición y una salud adecuadas. Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 40 establecen como obligaciones de la sociedad conocer, respetar y promover la prevalencia de las garantías de los niños y niñas; a la vez, la obligación inmediata de amparar sus intereses superiores. Además, respecto a las obligaciones del Estado, en sus diferentes niveles, se establece en los numerales 10, 14 y 15 del artículo 41, el apoyo a las familias para asegurar a sus hijos e hijas los alimentos necesarios desde la gestación hasta que alcancen la mayoría de edad; prevenir y erradicar la desnutrición en la primera infancia; asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario para mujeres gestantes y lactantes, o familias en situación de debilidad manifiesta.

Igualmente, existen las obligaciones complementarias de las instituciones educativas, que, según el numeral 2 del artículo 44, por intermedio de los directivos y docentes vinculados a los establecimientos académicos, deben establecer mecanismos para una oportuna detección de casos de malnutrición en su población estudiantil, con el fin de ofrecerles orientación y apoyo. En este sentido, el numeral 1 del artículo 46 establece, como obligación especial del sistema de seguridad social en salud, el diseño y desarrollo preventivo de programas en vacunación, suplemento nutricional, alimentación complementaria, vigilancia de los hábitos alimenticios. Sumado a ello, los numerales 1 y 3 del artículo 47, sobre las responsabilidades especiales de los medios de comunicación, regulan la promoción de las garantías

relacionadas con el bienestar social y la salud física y mental de los niños y niñas, desde la dimensión prevalente de sus derechos.

- **Relacionadas con la educación**

Por su parte, la Ley General de la Educación (Congreso de la República, Ley 115, 1994) plantea como uno de los objetivos de la educación preescolar, la formación de hábitos de alimentación, higiene personal, aseo y orden, que generen conciencia sobre el valor y la necesidad de la salud.

- **Relacionadas con la salud**

La Ley 1355 (Congreso de la República, 2009), que declara prioridad en salud pública la atención a la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas con esta es uno de los soportes normativos más importantes para la construcción de la Estrategia de Información y Comunicación (IEC) en Seguridad Alimentaria y Nutricional (SAN). Entre otros aspectos, define que en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social está la responsabilidad de promover una alimentación balanceada y saludable. En su artículo 13 establece que el Ministerio de Salud y de Protección Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) “adelantarán actividades educativas y acciones que propendan por ambientes saludables dirigidos a promover una alimentación balanceada y saludable de la población colombiana, en especial de niños y adolescentes, haciendo énfasis en la generación de ambientes saludables” (Congreso de la República, 2009). Sin embargo, según Guarizo Peralta (2017), la regulación pretendida es ineficaz por la amplitud de propósitos y la falta de medidas concretas; verbigracia, además de ordenar al Ministerio la creación de una sala especializada a través del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) para “regular, vigilar y controlar la publicidad de los alimentos y bebidas”, no estableció ninguna otra medida concreta.

El Ministerio de Salud y Protección Social (2015a) expidió la Resolución 1536, sobre el proceso de Planeación Integral para la Salud, en la cual establece las directrices a las que deben acogerse las entidades territoriales de todos los niveles para elaborar su Plan Integral de Salud. Esto constituye un elemento básico para priorizar las intervenciones que se aborden desde la estrategia IEC en SAN. Además, vincula a las Entidades Promotoras de Salud (EPS), a las demás Entidades Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB) y a las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL). Por su parte, la Resolución 518 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2015b) establece las directrices para la ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas (PIC). Señala que las intervenciones en comunicación y educación en salud y de información en salud pueden ser financiadas con recursos del PIC. Además, establece como requisitos para desarrollarla, la identificación previa de conocimientos, actitudes y prácticas, la promoción de la participación, la construc-

ción colectiva de piezas pedagógicas y la creación de procesos de educación formal. Todas estas actuaciones están en consonancia con la estrategia IEC en SAN.

- **Relacionadas con la economía**

El Estatuto del Consumidor (Congreso de la República, Ley 1480, 2011) incluye en sus principios generales: a) la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad; b) el acceso del consumidor a información adecuada para la toma de decisiones bien fundadas; c) la libertad de constituir organizaciones de consumidores para expresar sus opiniones libremente; d) la protección especial a los niños y los adolescentes en su calidad de consumidores de acuerdo con el código de infancia y adolescencia; e) la educación al consumidor. Todas estas acciones son adaptables a la promoción de una dieta saludable.

El Decreto 2078 (Presidencia de la República, 2012) establece la estructura del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) y determina las funciones de sus dependencias. El Invima vigila, en los medios masivos, la publicidad de los productos, pero se trata de un control difuso. Para Guarnizo Peralta (2017), en lo atinente a etiquetado y rotulado, no existe una norma que obligue al productor a etiquetar el producto; pero si lo hace, debe seguir la normativa técnica del Invima o la que corresponda del Ministerio de Salud y Protección Social.

Hasta ahora, el Invima no ejerce, ni ha ejercido, la potestad de “regular” el tema de publicidad en su contenido más amplio, por ejemplo, estableciendo límites a la emisión de publicidad para horarios infantiles o formas de rotulado que alerten al consumidor sobre contenidos altos en grasa, azúcar o sal, o restringiendo publicidad engañosa. Parte de la dificultad radica en la deficiente redacción del artículo 12 de la Ley 1355, que establece que dicha sala del Invima debe “regular” la publicidad de alimentos y bebidas. Tal como se explica más adelante, el Invima cumple normas de vigilancia y control, no regulatorias. El encargado de expedir una normatividad amplia y coherente en el tema de promoción y publicidad de alimentos y bebidas es el Ministerio de Salud y Protección Social o el Congreso de la República, quienes tienen la competencia regulatoria general en temas de salud. Ante la ambigüedad de la norma, sobre los requisitos que deben cumplir las bebidas energizantes para consumo humano [...] ninguna entidad ha ejercido la potestad regulatoria, por lo que, a la fecha, aún no existe una reglamentación en este tema. (Guarnizo Peralta, 2017).

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Industria y Comercio, expidió el Decreto 975 (Presidencia de la República, 2014), reglamentando los casos, el contenido y la forma en que debe ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores. Dicho decreto establece que “la información dirigida a los niños, niñas y adolescentes deberá ser clara, veraz, suficiente, oportuna,

verificable, comprensible, precisa e idónea”. De acuerdo con esta ley, la forma y el contenido de las comunicaciones cuya finalidad sea influir en las decisiones de consumo de los niños, las niñas y adolescentes “no podrá inducir a error, engaño o confusión”. Igualmente, establece que dicha publicidad “no deberá afirmar ni insinuar que el consumo de un alimento o bebida sustituye alguna de las tres comidas principales del día (desayuno, almuerzo y cena)” (Presidencia de la República, 2014). En palabras de Guarnizo Peralta (2017), este decreto apunta al principio de honestidad y veracidad para la publicidad de alimentos que establece la Cámara Internacional de Comercio, pero es insuficiente en establecer un control eficaz a este tipo de publicidad y garantizar los intereses superiores a la salud, y a una alimentación sana y equilibrada.

No es de extrañar que la ICC y la OMS tengan estándares contradictorios al respecto. Mientras la ICC procura el fortalecimiento del comercio internacional y la disminución de barreras en el comercio entre países, sin que su prioridad sea la salud de la población, la OMS propende por el establecimiento de políticas públicas que protejan la salud de las personas. En esta aparente tensión entre los principios que impulsan el trabajo de estas dos agencias, los parámetros de la OMS y la OPS deberían primar en tanto que se trata de normas que propenden por la salud de las personas, la cual debe entenderse como un derecho humano y un propósito fundamental de las Naciones Unidas (Guarnizo Peralta, 2017).

## 7.5. Voces en defensa de la regulación del uso de azúcar en Colombia: la mano temerosa del Estado ante una población de especial protección que quiere y debe ser protegida

Con preocupación se observa el estado nutricional de la población objeto de estudio en este escrito, pues existe evidencia científica de que el consumo excesivo de azúcar les genera obesidad, diabetes, hipertensión, y puede llevarlos a la muerte. “La Universidad de Harvard ha señalado que el consumo regular de bebidas con azúcar (gaseosas, jugos y energéticas) es responsable de la muerte de 180 mil personas al mundo” (Ministerio de Salud y Protección Social, s.f., p. 15).

Frente al tema, la OMS en el año 2004 estableció la estrategia mundial sobre régimen alimentario, actividad física y salud, en la que se refiere a una alimentación saludable que debe cumplir con varias características: que logre un equilibrio energético y peso normal, limitar la ingesta energética de grasas, aumentar el consumo de frutas y hortalizas, legumbres, cereales integrales y frutos secos y limitar la ingesta de azúcares y sal (Congreso de la República, 2017, p. 19).

Por su parte, la Constitución Política de Colombia de 1991 prevé en el artículo 78 la potestad de vigilancia y control estatal sobre los bienes y servicios prestados a la comunidad. Igualmente, en el artículo 334 alude a la intervención estatal en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes. A su vez, mediante la Ley 1480 (Congreso de la República, 2011) se expidió el estatuto del consumidor, y en el mismo se mencionan los derechos de los consumidores, a fin de que los bienes y servicios no les causan daño o perjuicio. Además, el CONPES 113 (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2008) establece la política de seguridad alimentaria y nutricional (PSAN) e indica que con la misma se busca que las personas tengan derecho a unos alimentos aptos para el consumo humano. Esta norma expresa que una de sus metas políticas es disminuir la prevalencia de sobrepeso y obesidad.

Lo anterior demuestra que Colombia se ha preocupado por la seguridad alimentaria y que, frente a la problemática expuesta en este escrito, también ha actuado, aunque no con la vehemencia que se desearía. Es así como se expidió la Ley 1355 (Congreso de la República, 2009), por medio de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a esta como una prioridad de salud pública, y se adoptan medidas para su control, atención y prevención. Sobre el tema, se indica que la obesidad es “causa directa de enfermedades cardíacas, circulatorias, colesterol alto, estrés, depresión, hipertensión, cáncer, diabetes, artritis, problemas asociados al colon, entre otras” (Congreso de la República, 2009, art. 1), circunstancias que aumentan la tasa de mortalidad de las personas.

A causa de ello, en la misma normativa se establece el deber del propio Estado de promover ambientes sanos, actividad física, educación, producción y distribución de alimentos, así como promover políticas de seguridad alimentaria y nutricional y una alimentación balanceada con acciones claras centradas en garantizar disponibilidad de frutas y verduras para los niños. Así mismo, se ocupa de regular las grasas trans en todos los alimentos, así como la grasa saturada. Un punto fundamental en esta reglamentación tiene que ver con el etiquetado, esto es, con la información que debe ser entregada por productores en el producto alimenticio, a fin de mejorar el conocimiento de la población respecto del contenido nutricional y calórico de lo que consume (art. 10). En este lineamiento se deben seguir las indicaciones dadas por el Ministerio de Salud y Protección Social. La finalidad es que el consumidor se encuentre claramente informado del contenido de lo que consumirá. En el artículo 12 se hace referencia a la publicidad y mercadeo de los alimentos en medios de comunicación, ordenando crear una sala especializada en el Invima cuya finalidad sea proteger la primera infancia (Congreso de la República, Ley 1355, 2009).

Para llegar a la expedición de esta ley, se plantearon diversos debates en el Congreso de la República, en los cuales declararon la obesidad como un problema de salud pública para el país, por considerar que disminuye la calidad de vida de los individuos. Es así como en estas

discusiones se plasmaron claramente los motivos de la expedición de la ley anteriormente mencionada y se indicó que, conforme a la OMS, las enfermedades crónicas ocasionan el 60 % de muertes en el mundo y la obesidad, en particular, genera múltiples riesgos, razón por la cual debe crearse una política al respecto (Congreso de la República, 2008).

En vista de la expedición de la Ley 1355, el Ministerio de la Protección Social (2011) reglamentó el etiquetado nutricional de los alimentos empacados o envasados nacionales e importados que se comercialicen dentro del territorio por medio de la Resolución 333 de 2011. Situación que materializa el derecho de información del consumidor. Al respecto se indica que se debe incluir su valor energético, contenido de proteínas, grasas, carbohidrato, fibra dietaria y su contenido en vitaminas y minerales (Ministerio de la Protección Social, 2011). Sin embargo, es una resolución que solo se refiere al rotulado nutricional. Es importante aclarar que este reglamento no aplica para niños lactantes, quienes deben regirse por la Resolución 11488 de 1984 o las normas que lo reglamenten.

Algo semejante ocurrió con la Resolución 2508 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012), en la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos que deben cumplir alimentos envasados que contengan grasas trans y grasas saturadas, indicando que la declaración sobre estas grasas debe ser veraz, con la cantidad que contiene el producto y que debe aparecer, si es en un idioma diferente al español, un rótulo o etiqueta complementaria en un lugar visible del producto. Establece, además, que todo alimento que contenga estos componentes debe declarar y presentar la tabla de información nutricional (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012). Esta resolución a su vez fue modificada por la Resolución 544 de 2013, en lo relacionado con su vigencia (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013a).

Frente al tema, en octubre del año 2012, la Corte Constitucional indicó que los lineamientos no se habían implementado completa y efectivamente, razón por la cual resolvió el caso alegado mediante acción de tutela, pero exhortó en la misma providencia —y de ahí su importancia— al Ministerio de Salud y Protección Social para que implementara y ejecutara los mandatos dispuestos en la Ley 1355 de 2009 y fortaleciera los programas sobre prevención del sobrepeso y promoción de buenos hábitos alimenticios y actividad física (Corte Constitucional, T-861, 2012).

De otro lado, mediante Decreto 975 (Presidencia de la República, 2014), el Estado colombiano reglamentó los casos, el contenido y forma en que debe presentarse la información y publicidad a NNA en calidad de consumidores.

Entre el 2017 y 2018 se discutió en el Congreso de la República el proyecto de ley Nro. 019 de 2017 Cámara y 256 de 2018 de Senado. La Cámara afirmó que el objeto del proyecto era establecer medidas de salud pública para el control de la obesidad y otras enfermedades

no transmisibles derivadas, respecto del etiquetado de alimentos. Se sostuvo, como justificación, que si bien el derecho a la salud consagrado en el artículo 49 constitucional está dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, la Corte Constitucional ya le ha reconocido el carácter de derecho fundamental, y se recurrió además a lo previsto por la organización Panamericana de la Salud (OPS) sobre el sistema NOVA, esto es, la clasificación que debe hacerse de los alimentos con base a su naturaleza, finalidad y grado de procesamiento (Congreso de la República, 2017, p. 16). Este proyecto establece, entonces, que el Estado debe proteger a la población frente a los riesgos de salud o seguridad y, para ello, debe garantizar que reciban productos de calidad y accedan a información completa y veraz. Para lograr tal objetivo, el etiquetado en los productos es una de las medidas. Solo de esta forma se puede garantizar a la población el derecho de información acerca de los productos comestibles que se ofertan en el país.

Algo semejante ocurrió en el Senado, para el que la finalidad del proyecto era: “Garantizar el acceso a los consumidores a la información nutricional de los productos alimenticios, y establecer medidas que promuevan entornos y condiciones de vida más saludable”. Esta nueva regulación se justifica en que el consumidor “reciba información veraz, que le permita tomar decisiones de consumo responsables” (Congreso de la República, 2019a, p. 9). Ello porque, si bien el Ministerio de Salud y Protección Social emite recomendaciones frente a esta enfermedad, no se regulan los alimentos. Y para el caso de la nutrición de los niños, tema objeto de este escrito, indica el proyecto que son sus padres o cuidadores quienes deben tomar las decisiones de consumo con base en el etiquetado informativo, porque precisamente la razón de la obesidad y de los problemas de salud es el exceso de algunos compuestos como la grasa, el sodio y el azúcar. Finalmente, enfatiza el proyecto en que la alimentación saludable es uno de los principales objetivos de una sociedad avanzada, porque permite a las personas gozar de condiciones óptimas y disfrutar de una vida longeva (Congreso de la República, 2019a, p. 10).

Conviene subrayar que sobre el tema se presentaron diversos conceptos institucionales. El Ministerio de Salud y Protección Social destacó la regulación del rotulado frontal de advertencia, tema que debe ser priorizado y que permite que se avance en una política pública de reducción del riesgo de obesidad. La *international council of beverages associations* manifiesta que se debe adoptar una decisión conforme a estándares internacionales; el Ministerio de Educación Nacional, por el contrario, consideró que esta propuesta legislativa era innecesaria, porque ya el tema venía siendo tratado por La ley 1355 de 2009. De otro lado, el Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad de Justicia (Dejusticia) manifestó que la OMS y la OPS han hecho recomendaciones a los Estados a fin de que se adopten medidas para prevenir la obesidad, y precisamente una de ellas es poner etiquetas frontales que

informen a los consumidores sobre índices de grasas, azúcares y sal, de conformidad con los estándares internacionales y atendiendo al derecho a la salud y la alimentación (Congreso de la República, 2019a, p. 12).

Como consecuencia de lo anterior, en el artículo 6 del proyecto 6 de la Cámara, que a su vez fue el artículo 5 propuesto para primer debate del Senado, se estableció que corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social definir las cantidades diarias de los productos alimenticios que deben incluir el rotulado nutricional frontal informativo, dándole para ello un término de 6 meses luego de la sanción de la ley. Estos productos deben contener: la cantidad de azúcares totales, la grasa saturada, el sodio, la energía y las calorías, la porción del producto y el porcentaje frente al valor diario, empleando para ello íconos monocromáticos. En el párrafo se enfatiza en que el tiempo para implementar el etiquetado no puede ser superior a 18 meses a partir de la sanción de la ley. Se reitera en el artículo 7 propuesto para debate del Senado que debe haber información y comunicación digital sobre las características nutricionales de los productos dirigida a los consumidores. Teniendo en cuenta estas motivaciones, se autorizó la publicación en la gaceta del Congreso de la República con informe de ponencia positiva.

Al mismo tiempo, se discutía en la Cámara el proyecto de ley 214 de 2018, por medio del cual se buscaba promover el acceso a la información necesaria para fomentar entornos alimentarios saludables y prevenir enfermedades no transmisibles. Este proyecto fue conocido como “Ley de comida Chatarra”. Frente al tema se planteó que el objeto era garantizar el acceso a información clara, veraz, oportuna, visible, idónea y suficiente; y en el artículo 6 se refirió al etiquetado de los productos con las declaraciones pertinentes sobre el alimento. Respecto a la publicidad dirigida a NNA sobre productos comestibles o bebidas de alto contenido calórico y bajo valor nutricional, en el artículo 8 se estableció que no podrían ser publicitados, promocionados ni entregados de forma gratuita a población menor de 18 años (Congreso de la República, 2018). El proyecto ni siquiera alcanzó el primer debate y se hundió en la Comisión Séptima de la Cámara por falta de trámite.

Posteriormente, el proyecto de ley Nro. 167 de 2019 de la Cámara buscó nuevamente que se adoptaran medidas para fomentar entornos alimentarios saludables y prevenir enfermedades. Su objeto fue el mismo planteado en el proyecto anteriormente mencionado, se relaciona lo del etiquetado y se expresa como factores en la exposición de motivos la salud pública, la garantía del derecho a la alimentación y nutrición, los derechos de niñas, niños y adolescentes, el derecho a la información y los derechos de los consumidores. Lo anterior, teniendo en cuenta que en Colombia lo comercializado es percibido por el consumidor como saludable; de allí que sea necesario asumir medidas de protección (Congreso de la República, 2019b).

No obstante, y a pesar de los intentos de regular el uso del uso del azúcar en los alimentos, de prevenir la obesidad, de prescribir la etiquetación informativa de los alimentos, todos los esfuerzos hasta este año habían sido en vano, pues si bien algunos puntos han sido reglamentados, en la práctica realmente no se han implementado en su totalidad, y esto se debe, quizá, a la presión que ejerce la industria ante el Gobierno (Corporación colombiana de padres y madres-RedPapaz, 2019).

RedPapaz y Dejusticia han adelantado una multiplicidad de acciones e intervenciones con relación al tema<sup>23</sup>, como la acción de tutela interpuesta contra la SIC y el Invima el 6 de septiembre de 2018, en la cual se solicitaba que se revisara la publicidad de los productos HIT Postobón y Fruter de Alpina. La acción constitucional, negada por el juzgado de conocimiento y por el tribunal, fue revisada por la Corte Constitucional el 24 de enero de 2019 por solicitud de RedPaPaz<sup>24</sup>. También el 4 de noviembre de 2018, esta Red envió una solicitud al Ministerio de Salud para que reglamentara la Ley 1355 en lo relacionado con el etiquetado frontal. Al respecto, el Ministerio de Salud contestó que se encontraba adelantando el trámite pertinente para actualizar la Resolución 333 de 2011 y que en cuanto a la reglamentación

---

<sup>23</sup> Respecto a la multiplicidad de acciones se puede enunciar las siguientes acciones: “El video de la campaña dura 30 segundos y muestra a niños y niñas consumiendo jugos de caja, gaseosas, papas fritas y cereales que justo en el momento de ser llevados a la boca se convierten en azúcar blanca y en bloques de grasa. El Consorcio de Canales Nacionales Privados, integrado por RCN y Caracol —los dos canales nacionales privados principales—, se negó a transmitir esta pieza. El Consorcio argumentó que no cumplía con las especificidades técnicas, que la solicitud no estaba dirigida a la persona correcta, y que le faltaba sustentación científica al mensaje y ellos no podían responsabilizarse por una pieza de “publicidad engañosa”. Como respuesta, Red Papaz entregó la información que respaldaba científicamente el planteamiento del mensaje, disponible para el gran público en la página de la campaña [www.nocomasmasmientiras.org](http://www.nocomasmasmientiras.org), y ofreció firmar un acuerdo para exonerar a los canales de cualquier responsabilidad por los daños que el mensaje pudiera causar. Pero aún así el Consorcio se negó y a Redpapaz no le quedó otra opción que presentar una tutela contra RCN y Caracol. Hace un mes, la tutela se resolvió a favor de Redpapaz y el Tribunal de Bogotá ordenó al Consorcio emitir el mensaje por sus canales. En efecto, el Consorcio cumplió la orden y emitió el mensaje —actualmente al aire—, pero al mismo tiempo apeló la decisión de la tutela. Dejusticia intervino en este proceso en segunda instancia para defender la libertad de expresión de Red Papaz y el derecho de los consumidores a recibir información veraz e imparcial sobre asuntos de interés público como la salud de niños, niñas y adolescentes (Dejusticia, 2018 p. 1)”.

<sup>24</sup> Respecto a la sentencia de la Corte Constitucional: “El pasado 6 de abril, mediante sentencia T-145 de 2019 la Corte Constitucional confirmó el fallo de segunda instancia que amparó el derecho a la libertad de información de Red Papaz, después de que el Consorcio de Canales Nacionales Privados (CCNP) obstaculizara la transmisión de una campaña informativa sobre los riesgos a la salud de la comida chatarra. [...] El reciente fallo establece que la información del mensaje de Red Papaz es indispensable para el debate público y democrático en temas de salud pública. La sentencia reiteró el precedente de la sentencia T-543 de 2017 en el caso de censura al mensaje de bien público sobre bebidas azucaradas de Educar Consumidores [...] y recordó que la libertad de expresión cumple un rol vital en una sociedad democrática. Para la Corte, la censura por parte del CCNP vulnera los derechos fundamentales a la libertad de información así como a “las garantías constitucionales de los niños, niñas, y adolescentes a la salud, a la vida y a recibir información necesaria para tomar decisiones de consumo sobre alimentación equilibrada. [...] La Corte además ordenó a la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV que “ ejerza su deber legal de diseñar e implementar estrategias pedagógicas para que la teleaudiencia familiar e infantil puedan desarrollar el espíritu crítico de la información recibida a través de la televisión” (Dejusticia, 2019 p. 1)”.

indicada no se contaba con fecha definida para su expedición (Corporación colombiana de padres y madres-RedPapaz, 2019). El 17 de junio de 2019 enviaron un memorial al máximo tribunal de lo constitucional solicitándole que se ordenara a la SIC atender de forma prevalente los casos de publicidad engañosa dirigida a NNA y que se tomaran medidas para restringir la publicidad de comida chatarra a esta población, porque sus productos contienen azúcar, sodio y grasas saturadas (Corporación colombiana de padres y madres-RedPapaz, 2019).

El 5 de agosto de 2019, la misma Red remitió petición al Invima, a fin de que inicie el procedimiento administrativo sancionatorio en contra de Alpina, por el incumplimiento de la normativa en materia de etiquetado nutricional y de publicidad.

Finalmente, toda vez que aún no se había podido regular el tema, a pesar de la multiplicidad de proyectos e intervenciones y solicitudes realizadas, el 9 de diciembre de 2019 acudieron ante un juez a fin de que se implementen las indicaciones de la OMS respecto al etiquetado. Presentaron una acción popular contra el Ministerio de Salud exigiendo la implementación del etiquetado frontal en productos ultraprocesados, debido a la falta de protección de los derechos de los consumidores y de los NNA, aludiendo, además, al problema de la malnutrición e invocando los derechos a la salubridad pública, a la salud, a la alimentación adecuada, a la información y los derechos que tienen los NNA como sujetos de especial protección, por el interés superior de los menores. Por lo tanto, solicitaron que se declare la violación del derecho colectivo de la salubridad pública y se ordene al Ministerio de Salud que expida la reglamentación de etiquetado conforme a las recomendaciones de la OPS, entre otras pretensiones (Corporación colombiana de padres y madres-RedPapaz, 2019). La acción se encuentra en curso.

Por su parte, DeJusticia ha discutido de igual forma sobre el tema. Una de las aristas fue lo relacionado con la potestad del legislador para establecer un impuesto a las bebidas azucaradas, porque

La imposición de medidas tributarias, así como de otras orientadas a disminuir el consumo de bebidas azucaradas en los niños, no solo es coherente con las políticas internacionales y nacionales en la materia, sino que es deseable en atención a la protección constitucional reforzada que sus derechos tienen en el plano constitucional (Dejusticia, s.f, p. 6).

Igualmente, DeJusticia se ha referido a la publicidad de estos alimentos, indicando que el Estado colombiano tiene el deber de asegurar un ambiente seguro para los NNA, “lejos del influjo del mercadeo y la publicidad de la industria” (Guarnizo Peralta, 2017, p. 26). En otro documento, esta entidad sostiene que del deber estatal de garantizar una alimentación

adecuada se sigue la necesidad de un etiquetado claro de productos comestibles (Guarnizo y Narvaez, 2019).

A pesar de que aún no existe en Colombia reglamentación precisa sobre el etiquetado nutricional y la publicidad frente a los alimentos y su contenido, en febrero de 2020 el Gobierno determinó “incluir el sello frontal de advertencia con reporte de alto en azúcares añadidos, sodio y/o grasas saturadas” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020). Para tal efecto, la idea es implementar el etiquetado nutricional como una estrategia para la promoción de la salud pública. Este sello, indica el Gobierno, será monocromático con reporte de altos azúcares añadidos, sodio y grasas saturadas. La adopción de esta medida debe darse en mayo de 2021 y será obligatoria en noviembre de 2022 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020). Al respecto, el presidente de la República enfatizó en que con esto se toman decisiones equitativas, se elimina la mala nutrición y se contribuye a la salud pública. Es un etiquetado que lleva a que el consumidor tome decisiones conscientes en materia de salud. Y al final afirmó que fue una decisión colectiva, no producto de confrontaciones, porque una sociedad mejor informada va hacia el progreso (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020).

Esta medida se adecua a lo previsto en estándares internacionales, incluso a lo promovido por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), que ha incentivado el etiquetado de alimentos como una herramienta que protege la salud de los consumidores. Además, es un tema que se resulta coherente con el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021, que tiene como una de sus estrategias regular y controlar la composición de alimentos procesados y bebidas, además de reducir azúcares añadidos (Ministerio de Salud y Protección Social, 2013b).

Sin embargo, resulta claro que en Colombia aún existe un vacío normativo frente al tema. Lo narrado demuestra que la normativa aún no es clara ni del todo coherente con estándares internacionales, es vacía y flexible frente al etiquetado y la publicidad, y apela a la autorregulación por parte de la industria. A pesar de ello, como bien lo expresan Guarnizo y Narvaez (2019), de Dejusticia:

Este marco legal muestra el deber que tiene el Estado colombiano de garantizar y proteger los derechos a la salud, la alimentación y el acceso a la información como parte de sus compromisos internacionales, y cómo este adquiere una protección reforzada en el caso de los niños, las niñas y los adolescentes. Aunque el marco internacional puede ser bastante genérico, distintos relatores y comités de las Naciones Unidas han venido construyendo un cuerpo jurídico sobre los temas alimentarios para concluir que los Estados partes deben velar por políticas públicas que favorezcan la protección de estos derechos, dentro de las cuales se encuentra la adopción de un etiquetado claro, veraz y suficiente (Guarnizo y Narvaez, 2019, p. 27)

Es necesario agregar que no es suficiente para la protección de los derechos de los NNA una simple regulación, esta debe ser realmente implementada como ya se hizo en Chile, Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Australia y España (Ministerio de Salud y de la Protección Social, s.f.), pues solo así el etiquetado de alimentos con relación al uso del azúcar y la restricción de su publicidad constituirá una herramienta útil y objetiva. Asimismo, se debe posibilitar que, en caso de que resulten vulnerados los derechos de los NNA, se invoque con mayor seguridad su protección por medio de acciones constitucionales previstas desde nuestra carta magna.

## 7.6. Posiciones a favor y en contra de la regulación estatal del consumo de azúcar en la primera infancia: aportación filosófica

¿Es realmente necesario hablar a favor de la regulación de este aspecto de salud pública? O mejor, ¿cómo es concebible que haya una postura en contra de ella? La inquietud propuesta por ambas preguntas en este punto de la discusión, respecto a si el Estado debe usar sus potestades normativas de restricción para regular el consumo de azúcar en el grupo etario de 0 a 4 años, parece ser un dilema filosófico profundo y complejo.

Si se estuviera hablando de la regulación de modo general, el problema se simplificaría. Por paradójico que parezca, adquiriría un contorno definido. Pero aquí se trata del problema de apoyar o rechazar una regulación muy específica, hasta el punto de que sus condicionantes contextuales resultan más importantes y determinantes que el concepto base que se busca determinar. Es la regulación, pero la regulación de un tema sumamente complejo que, se quiera o no, se admita o no, es predominantemente económico y no alimentario. De lo que se trata aquí es de un derecho fundamental que, debido a las transformaciones profundas que han tenido los estados democráticos occidentales, pasó a verse como servicio y, en una postura más radical que se cuestionará, como mercancía.

En efecto, no es posible preguntarse por la regulación del consumo de una sustancia particular para un grupo etario particular sin indagar, además, quién recibe las ganancias o, al menos, quién tiene el privilegio de no ser regulado. Desde una perspectiva filosófica, sería ingenuo entender este asunto como uno exclusivamente de salud, desatendiendo las implicaciones que tiene en el comportamiento de sujetos que se ven a sí mismos como libres para tomar decisiones respecto al consumo. Y más cuando se trata del grupo etario de los 0 a 4 años. Independientemente de que haya o no una regulación al respecto, ¿cuál es la capacidad de autodeterminación de la voluntad que tiene el grupo poblacional en cuestión?

Aquí todos los filósofos empiristas estarán de acuerdo, al menos, con el racionalista Spinoza (1999 [1677], p. 154): dado que es el deseo lo que caracteriza fundamentalmente la

condición humana, si algo lo satisface y puede hacerlo de modo indefinido, entonces hay que darle la bienvenida, pues las consecuencias que pueda tener al mediano o largo plazo no le importan a nadie más que al sujeto que satisface ese deseo. Se trata del estímulo irrestricto del impulso básico de la condición humana, que parece tan claro, que no exige mayores explicaciones siempre que no se advierta que, al ser un impulso, es una espontaneidad carente de control y que demanda la satisfacción inmediata de aquello que lo estimula. El deseo es una aperturidad atenta, una pasividad latente, una propensión imparabile, una autoafirmación irrestricta.

Esta postura en contra de la regulación, al mismo tiempo activista pro-deseo, tiene un vocero con tanto de implacable en la exigencia de sus pretensiones como de ingenuo en las anticipaciones de las consecuencias de las mismas. El libertarianismo es ese vocero de la libertad positiva extrema que exige que al individuo se le debe otorgar la potestad de llegar a cualquier extremo siempre y cuando no perjudique ni constriña la posibilidad de otro a quien se considera un igual para hacer lo mismo. Desconoce la libertad negativa a la que alude Isaiah Berlin (2005), en la que opera la cautela del reconocimiento de los límites antes que los alcances de la potestad de decisión y acción.

El libertarianismo elevará su voz de emancipación radical exigiendo que cada uno decida por su cuenta, porque cualquier objeción de parte del Estado será una imperdonable y grosera intromisión en las potestades de la libertad individual. Sin que importe la cantidad de azúcar que consuma un miembro del grupo etario de los 0 a 4 años, ¿qué justificación hay para entrometerse con su deseo de satisfacer su gusto siempre que no dañe ni perjudique a otro? Es tan implacable exigiendo la ausencia de regulación como ingenuo anticipando las posibles consecuencias del ejercicio de esa libertad con una restricción tan pobre políticamente hablando como la de las potestades de otro al que se considera un igual.

No es necesario ni siquiera recurrir a los planteamientos lúcidos y elaborados de Kant respecto a la autonomía para reconocer el modo tan simple como se socava esa postura irresponsable, que se puede formular más o menos del siguiente modo: “Cada uno verá cómo resuelve los problemas que le generen las decisiones que toma respecto a lo que decide hacer siempre que no perjudique a otros”. En esta postura no existe la esfera pública, ni los intereses en común, ni siquiera la sola conciencia de que ciertas decisiones que se toman en el ámbito de lo privado terminan teniendo repercusiones en el ámbito de lo público.

En su cruzada antirregulaciones, el libertario llega al colmo de la irresponsabilidad cuando neutraliza esas objeciones asegurando que no son asunto suyo: “Que cada uno asuma la responsabilidad”. Es decir, que decide actuar de un modo específico porque su libertad no entra en conflicto con la libertad de otro al que considera su igual, ni lo perjudica. Pero mucho de lo que se decide privadamente tiene consecuencias públicas. El concepto de

responsabilidad no opera sino es en un contexto de interés público, es decir, en un ámbito político del que el libertario prescinde porque le presenta interrogantes que no puede responder sin que lo conduzca a admitir que su postura es, por decir lo menos, contradictoria.

La severidad que se ha tenido hasta este punto con el libertarianismo puede parecer excesiva, y hasta tendenciosa. Y el señalamiento hecho al comienzo sobre su vinculación con lo económico puede considerarse irrelevante. Pero no es tal. Lo primero se sostiene debido a que el libertarianismo es una postura que quiere pasar por filosófica, pero resulta muy frágil en términos teóricos. Lo segundo se sostiene porque el libertarianismo está empotrado en el neoliberalismo. Ninguna de sus versiones podrá prevalecer en un debate que no dé por hecho que lo que interesa en primera instancia es la transacción mediada por intereses cosificadores, por “el mercado”, ese Dios monetario del que hablan los economistas que siguen el credo de la escuela de Chicago. Es llamativo que Sandel (2009, pp. 61-63), mencione la palabra “economía” cuando caracteriza a Hayek, Friedman y Nozick. Es más, Sunstein trabajó con un economista conductual, híbrido inquietante entre psicología y neoliberalismo, en su extraño *Paternalismo libertario* (Pla Vargas, 2017), en el que caracterizó de modo particular la autonomía hasta el punto de relativizarla y trivializarla:

Existen dos versiones de este valor. La versión densa entiende la autonomía como un fin en sí mismo, algo cuya posesión se iguala con la dignidad del ser humano y, por tanto, algo que no se le puede arrebatar sin que le perjudique terriblemente. La versión tenue, en cambio, acentúa el carácter instrumental de la autonomía. Desde este punto de vista, la autonomía es el medio valioso o la capacidad provechosa que nos permite alcanzar fines que valoramos por sí mismos: la felicidad o el bienestar. Previsiblemente, las críticas más duras contra el paternalismo han provenido de aquellos que se adhieren a la versión densa de la autonomía (Pla Vargas, 2017, p. 293).

Tal vez el individuo no sepa qué es lo mejor para él, pero entonces eso tampoco lo sabrá el mercado, al cual, en su versión instrumental neoliberal, solo le interesa que consuma, así que este carácter relacional o social de la autonomía le quita cualquier capacidad de determinación intrínseca bajo el pretexto de que es una versión poco realista de los seres humanos, débiles y dependientes (p. 293). Estar en contra de la regulación de cualquier consumo no es más que intentar una versión particular de una actitud que considera que el consumo, habida cuenta de ese realismo relativista que debilita la autonomía, es el derecho fundamental irrestricto siempre que sea consentido.

¿Qué pasa, entonces, con el grupo etario de 0 a 4 años, que atiende al principio fundamental de la condición humana antes de que se aprenda la razón a través del lenguaje, es decir, que desea antes de poder razonar y, por tanto, antes de dar su consentimiento como expresión de igualdad en el tráfico de bienes y servicios llamado mercado? El concepto de

regulación es lo que resulta problemático en ese punto tratándose de una edad tan temprana, en la que el que domina es el principio del deseo. Filosóficamente, el libertarianismo es auto contradictorio, así que incumple la primera de las condiciones de la argumentación, que es evitar fallos en la lógica. Solo tiene su respaldo consumista y de satisfacción inmediata del deseo en el modelo de economía neoliberal. Cualquier otra postura filosófica estará en contra o, al menos, objetará semejante desatino que desatiende cualquier pregunta por lo oportuno o lo conveniente en lo que respecta a la salud, que, a pesar de las objeciones al respecto, es un derecho fundamental.

Pero aquí se dice *salud* del modo más general y pitagórico posible: se define como la armonía entre el soporte vital fisiológico que es el cuerpo y la entidad que, con diversas explicaciones que aquí no vienen al caso, lo habita (Hadot, 2015). Todo consumo que dañe el cuerpo en cualquier plazo, que haya buenos motivos para evitarlo y que, no obstante, no se evite, es un abuso de la autodeterminación que tan ferozmente defiende el libertarismo. ¿Qué dirá, entonces, el libertario diabético cuando, en uso de su facultad racional, comprenda que fue la falta de regulación la que lo volvió adicto al azúcar y la que terminó conduciéndolo a una dolencia semejante de la que, a su pesar, no podrá ocuparse por sí mismo? Y la respuesta no puede ser simplemente “eso no lo importa a nadie más que a mí, es mi problema”, aunque lo haga para sustraerse a la solidaridad que, según él, solo puede existir como filantropía o beneficencia, jamás como compromiso.

El credo moral simplista del libertarianismo considerará, en su extremo, que las cotizaciones obligatorias a salud y pensión en Colombia pueden ser robo o, al menos, inmorales o inconstitucionales porque violan el sagrado derecho a la propiedad privada. Y, qué paradoja, terminará dándose la mano izquierda, muy a su pesar y con salvedades importantes, con el anarquismo de Proudhon (2005), según el cual cualquier apropiación que otro, en este caso el Estado, haga de aquello a lo que yo también puedo aspirar será considerado robo.

En lo que respecta a la regulación por la que se pregunta la presente reflexión, el grupo etario de 0 a 4 años *carece de cualquier criterio de igualdad*, por rudimentario que sea, en particular porque *carece también de criterios de decisión razonada*. Se asume aquí que el libertarianismo, como versión extrema del liberalismo, se apoya en decisiones que son enteramente individualistas pero que también son racionales. La admisión libertaria de que hay un otro al frente que se considera —de algún modo— un igual, porque se le reconoce la misma facultad de decidir según su propio interés, resulta extraña y puede socavar esa soledad irremediable en la que habitan quienes tienen la facultad de convertirse en mercancías si así, racionalmente, lo deciden.

En efecto, ese otro se puede multiplicar diez, cien, mil veces y entonces va a suceder que esa colectividad adquirirá conciencia de que la limitación que son los intereses del otro

en tanto mi igual es en sí misma una regulación, o caerá en la anomia radical de afirmar que cada individuo es una especie de nación autárquica que solo admitirá las demás siempre que no contravengan su deseo. Porque es de eso de lo que se trata en este problema de la ausencia de regulación que propone el libertarianismo. No es una cuestión de toma de decisiones. Es una cuestión de satisfacción de deseos. Rechazar regulaciones bajo el pretexto de que es ilegítimo porque coarta la libertad es el caso extremo de la enfermedad metafísica llamada individualismo.

Pero eso no es todo. Puede suponerse todavía que el Estado ha decidido llegar a su mínimo absoluto, como lo desean tanto el neoliberalismo como el libertarianismo. Se insiste en que no se puede reflexionar respecto a esa deformación extrema del liberalismo sin tener en cuenta el credo económico neoliberal. El Estado existe solo para “garantizar” el cumplimiento de los contratos, la ausencia de fraude y la seguridad. Se trata del Estado mínimo libertario que Nozick (2012), en el ejercicio argumentativo más consistente que hay a favor del libertarianismo, trata de justificar desmantelando su mayoría de responsabilidades como limitaciones inmorales sobre la autarquía individualista.

Según el planteamiento del filósofo libertario, el Estado no solo es paradójicamente inquietante porque tiene las características básicas del totalitarismo, sino que, al no ser totalitario, es marcadamente indiferente e ineficiente. Nozick parece no reconocer las amenazas de la falta de legitimidad, en su insistencia por emplear la terminología de la economía neoliberal que, neciamente, ve las limitaciones al individuo como una afrenta moral. Ese Estado se parece a un conserje mediocre que puede mantener las áreas comunes de un edificio limpias y libres de vagabundos, pero no tiene capacidad de reacción para cualquier otro requerimiento; un conserje que, además, les advierte a los habitantes de ese edificio que cualquier necesidad de asistencia externa debe ser por medio de denuncia. Es el Estado ausente que, sin que se pueda entender adecuadamente sin el credo neoliberal, se ha deshecho de todas las funciones que le otorgaban algún tipo de legitimidad a través del sentido de pertenencia. En el Estado mínimo libertario no solo no existe la solidaridad, sino que no existe la ciudadanía.

Al repugnar cualquier tipo de regulación, el libertarianismo le quita, por tanto, cualquier posibilidad al Estado de legitimarse ante quienes ya no puede considerar ciudadanos sino clientes en una relación monopólica. Su minimalismo tiene serios problemas al leer el contexto globalizado en el que, según Bauman, son ahora las multinacionales y los capitales golondrina los que tienen el dominio:

Hay poco que los Estados soberanos de hoy puedan hacer, y menos aún que sus gobiernos se atrevan a llevar a cabo, para contener las presiones del capital, las finanzas y

el comercio (incluido el comercio cultural) de carácter globalizado. Si se vieran instados por sus sujetos a reafirmar sus propias normas de justicia y propiedad, los gobiernos en su mayor parte replicarían que nada pueden hacer al respecto sin ‘ahuyentar a los inversores’ y por ende atentar contra el PBN y el bienestar de la nación y todos sus miembros” (Bauman, 2008, pág. 92).

Y añade:

Dirían que las reglas del juego que están obligados a jugar ha sido dispuestas (y pueden ser revisadas a voluntad) por fuerzas sobre las que tienen una influencia mínima, si es que tienen alguna. ¿Cuáles fuerzas? Unas tan anónimas como los nombres tras los que se esconden: competencia, condiciones de comercio mercados mundiales, inversores globales. Fuerzas sin residencia fija; extraterritoriales, a diferencia de los poderes territoriales del Estado; y capaces de moverse libremente alrededor del planeta, en contraste con las agencias del Estado que, o bien para peor o bien para mejor, se mantienen irrevocablemente sujetas al suelo. Fuerzas cambiantes y huidizas, esquivas, difíciles de localizar e imposibles de atrapar” (Bauman, 2008, pág. 92).

Al desregular hacia el interior, las fronteras estatales se volvieron porosas, y ahora los Estados democráticos occidentales están experimentando una evidente disolución política que tratan de ocultar con mecanismos policivos que extreman la vigilancia y sobredimensionan el riesgo para poder pretextar seguridad. No regular, sea el caso absolutamente necesario del grupo etario de 0 a 4 respecto al consumo de azúcar, sea cualquier otro que tenga que ver con anticipación de problemas posteriores más graves que no se circunscriben a lo meramente privado, es la máxima expresión de que el Estado no quiere o no puede. No regular, y este caso lo evidencia, solo es manifestación de indiferencia o de impotencia. Si es por lo primero, su legitimidad está en riesgo. Si es por lo segundo, su legitimidad está perdida.

## 7.7. Conclusiones

La salud física y mental del ser humano está estrechamente vinculada al desarrollo del cerebro. Para la formación y el desarrollo normal de este, es fundamental una nutrición adecuada, especialmente durante el embarazo y la infancia, siendo los primeros mil días una ventana de tiempo crítica del crecimiento y desarrollo óptimo del menor. Las deficiencias nutricionales —consumo de alimentos ultraprocesados, altos en azúcar, grasas y sodio, entre otros—, se constituyen en factor de riesgo para el desarrollo de múltiples trastornos psicopatológicos y del neurodesarrollo, deterioro y déficit cognitivo, enfermedades psiquiátricas, vasculares, metabólicas y demencias tipo alzhéimer. Ante tal panorama, son preocupantes las cifras oficiales de sobrepeso y obesidad en el país, en las que se evidencia esta condición

en infantes; cifras que rompieron la lectura tradicional de exclusividad de esta condición en sectores urbanizados y en grupos etarios diferentes, jóvenes y adultos, lo que demuestra un crecimiento exponencial de las estadísticas del exceso de peso en niños y niñas, que va de la mano con un cambio cultural alimentario en la población infantil.

La normativa constitucional e internacional sustenta la protección prevalente de los derechos de los niños, en su condición de sujetos capaces que deben ser considerados activamente en la reclamación de sus garantías afectadas. Si bien Colombia ha regulado el tema del uso del azúcar y su publicidad para NNA, su normativa no se encuentra acorde a estándares internacionales y no está realmente implementada. Aun cuando se predica como exposición de motivos de todas sus reglamentaciones la protección del derecho a la salud pública, a la alimentación sana y saludable y a la información, es necesario que el Estado adopte políticas claras al respecto, que permitan una real protección de estos derechos para estas personas que son sujetos de especial protección.

Se precisa entonces la posición garante del Estado en la protección del derecho a la alimentación (DA), a través de una reglamentación clara que logre cumplir el deber de asegurar un ambiente sano para los niños y las niñas, en el que puedan tomar opciones alimenticias saludables, lejos del influjo del mercadeo y la publicidad de la industria, que opera sin reglas ni control.

La regulación y la desregulación son dos caras de la misma moneda que deben ser exploradas desde una perspectiva filosófica. Una postura como la del libertarianismo adepto de la desregulación tiene dos inquietantes consecuencias. La primera es abusar de la igualdad de los individuos y sobredimensionar su capacidad de acuerdo o consentimiento, con lo cual se desatiende una condición humana básica: la de la progresiva madurez de las capacidades mentales. La segunda, el reduccionismo estatal —sustentado en que solo se requiere de un Estado mínimo que se ocupe exclusivamente de la seguridad, la contratación y la represión del fraude—, pauperiza las razones de los individuos para tener un propósito en común, es decir que no comprende el sentido de la necesidad social humana, y considera que prácticamente las únicas relaciones que pueden tener son las del interés casi que reducido a lo financiero. Estas dos consecuencias directas de la mentalidad libertaria se relacionan con una causa común: el libertarianismo aprovecha de modo perverso una dimensión básica de la condición humana: el deseo.

Es necesaria la regulación del consumo de sustancias como el azúcar para un grupo etario (niños y niñas de 0-4 años) que aún no posee las facultades de autodominio. Esta sustancia tiene probados efectos de sobreestimulación y de pobre contribución al proceso nutritivo, a lo que se le suman las consecuencias negativas que su abuso puede tener en el mediano y largo plazo, por lo que es importante continuar los debates públicos al respecto y atender a la preocupación colectiva para salvaguardar un bien común: la salud.

## 7.8. Referencias

- Abeshu, M. A., Lelisa, A. y Geleta, B. (2016, 17 de octubre). Complementary Feeding: Review of Recommendations, Feeding Practices, and Adequacy of Homemade Complementary Food Preparations in Developing Countries—Lessons from Ethiopia. *Frontiers in Nutrition*. <https://doi.org/10.3389/fnut.2016.00041>
- Acosta, K. (2013). La obesidad y su concentración según el nivel socioeconómico en Colombia. *Revista de Economía del Rosario*, 16(2), 171-200. <https://www.urosario.edu.co/economia/documentos/v16n2Acosta.pdf>
- Beilharz, J. E., Maniam, J. y Morris, M. J. (2016). Short-term exposure to a diet high in fat and sugar, or liquid sugar, selectively impairs hippocampal-dependent memory, with differential impacts on inflammation. *Behavioural Brain Research*, 306, 1-7. <https://doi.org/10.1016/J.BBR.2016.03.018>
- Beinert, C., Hernes, S., Haugen, M. y Øverby, N. (2017). No long-term effect of a 2-days intervention on how to prepare homemade food, on toddlers' skepticism for new food and intake of fruits and vegetables and sweet beverages: A randomized, controlled trial. *BMC Research Notes*, 10(1), 607. <https://doi.org/10.1186/s13104-017-2931-z>
- Beluska-Turkan, K., Korczak, R., Hartell, B., Moskal, K., Maukonen, J., Alexander, D. E., Salem, N., Harkness, L., Ayad, W., Szaro, J., Zhang, K. y Siriwardhana, N. (2019). Nutritional gaps and supplementation in the first 1000 days. *Nutrients*, 11(12), 28-91 <https://doi.org/10.3390/nu1122891>
- Berlin, I. (2005). *Dos concepto de libertad y otros ensayos*. Alianza.
- Bournez, M., Ksiazek, E., Charles, M., Lioret, S., Brindisi, M., Lauzon-Guillain, B. y Nicklaus, S. (2019). Frequency of use of added sugar, salt, and fat in infant foods up to 10 months in the nationwide ELFE cohort study: Associated infant feeding and caregiving practices. *Nutrients*, 11(4), 733. <https://doi.org/10.3390/nu11040733>
- Calkins, K. y Devaskar, S. U. (2011). Fetal origins of adult disease. *Current Problems in Pediatric and Adolescent Health Care*, 41(6), 158-176. <https://doi.org/10.1016/j.cppeds.2011.01.001>
- Catts, V. S., Fung, S. J., Long, L. E., Joshi, D., Vercammen, A., Allen, K. M., Fillman, S. G., Rothmond, D. A., Sinclair D., Tiwari Y., Tsai, S-Y., Wieckert T. W. y Weickert, C. S. (2013). Rethinking schizophrenia in the context of normal neurodevelopment. *Frontiers in Cellular Neuroscience*, mayo 15. <https://doi.org/10.3389/fncel.2013.00060>
- Chien, T., Chien, Y., Chang, J. y Chen, Y. (2018). Influence of mothers' nutrition knowledge and attitudes on their purchase intention for infant cereal with no added sugar claim. *Nutrients*10(4), 435. <https://doi.org/10.3390/nu10040435>
- Clarke, D. D. y Sokoloff, L. (1999). Circulation and Energy Metabolism of the Brain. En G. J. Siegel, B. W. Agranoff, R. W. Albers, S. K. Fisher y M. D. Uhler (eds.), *Basic Neurochemistry: Molecular, Cellular and Medical Aspects* (cap. 31). Lippincott-Raven.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional N.º 116.

- Colombia. Congreso de la República. (1994, 8 de febrero). Ley 115. *Por la cual se expide la ley general de educación*. Diario Oficial N.º 41 214
- Colombia. Congreso de la República. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Diario Oficial N.º 46 446.
- Colombia. Congreso de la República. (2008, 9 de diciembre). *Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 267 de 2008 Senado, 140 de 2007 Cámara*. Imprenta Nacional de Colombia XVII. Gaceta del Congreso: Senado y Cámara Nro. 912.
- Colombia. Congreso de la República. (2009, 14 de octubre.) Ley 1355. *Por medio de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a esta como una prioridad de salud pública y se adoptan medidas para su control, atención y prevención*. Diario oficial 47 502.
- Colombia. Congreso de la República. (2011, 12 de octubre). Ley 1480. *Por medio de la cual se expide el estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Diario oficial 48 220.
- Colombia. Congreso de la República. (2017, 31 de agosto). *Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley Nro. 019 de 2017 cámara, por medio de la cual se establecen medidas de salud pública para el control de la obesidad y otras enfermedades no transmisibles derivadas y se dictan otras disposiciones*. Imprenta Nacional de Colombia XXVI. Gaceta del Congreso: Senado y Cámara Nro. 750.
- Colombia. Congreso de la República. (2018, 23 de octubre). *Proyecto de ley Nro. 214 de 2018 de Cámara por medio. Del cual se promueve el acceso a información necesaria para fomentar entornos alimentarios y saludables y prevenir enfermedades no transmisibles y se adoptan otras disposiciones*. Imprenta Nacional de Colombia XXVII. Gaceta del Congreso: Senado y Cámara Nro. 883.
- Colombia. Congreso de la República. (2019a, 7 de junio). *Informe de ponencia para primer debate en Senado al proyecto de ley Nro. 256 de 2018, 019 de 2017 Cámara. Por medio del cual se modifica la ley 1355 de 2009 y se dictan otras disposiciones*. Imprenta Nacional. Gaceta del Congreso: Senado y Cámara Nro. 466.
- Colombia. Congreso de la República. (2019b, 16 de agosto). *Proyecto de ley Nro. 167 de 2019 Cámara por medio de la cual se adoptan medidas para fomentar entornos alimentarios saludables y prevenir enfermedades no transmisibles y se adoptan otras disposiciones*. Imprenta Nacional. Gaceta del Congreso: Senado y Cámara. Nro. 760.
- Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social y Departamento de Planeación Nacional. (2008, 31 de marzo). CONPES Social 113. *Política Nacional de seguridad alimentaria y nutricional (PSAN)*.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012, 24 de octubre). *Sentencia T-861* (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P).
- Colombia. Corte Constitucional. (2019, 5 de junio). *Sentencia C-250* (José Fernando Reyes Cuartas, M. P).
- Colombia. Instituto Nacional de Salud Pública, Bienestar Familiar y Universidad Nacional de Colombia. (2015). *Encuesta Nacional de la Situación Nutricional ENSIN 2015*. ICBF.
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. (2011, 10 de febrero). Resolución 333. *Por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado nutricional que deben cumplir los alimentos envasados para consumo humaN.º* Diario Oficial 47 984.

- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. (2012, 29 de agosto). Resolución 2508. *Por la cual se establece el Reglamento Técnico sobre los requisitos que deben cumplir los alimentos envasados que contengan grasas trans y/o grasas saturadas.*
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. (2013a, 27 de febrero). Resolución Nro. 544. *Por la cual se modifica el artículo 11 de la Resolución 2508 de 2012.* <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-0544-de-2013.pdf>
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. (2013b). *Plan Decenal de Salud Pública, PDSP, 2012-2021.*
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. (2015a, 11 de mayo). Resolución 1536. *Por la cual se establecen disposiciones sobre el proceso de planeación integral para la salud.*
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. (2015b, 24 de febrero). Resolución 518. *Por la cual se dictan disposiciones en relación con la Gestión de la Salud Pública y se establecen directrices para la ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas-PIC.*
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. (2020). Boletín de prensa Nro. 34 de 2020. *Colombia tendrá etiquetado nutricional en los alimentos envasados.* <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-tendra-etiquetado-nutricional-en-los-alimentos-ensados.aspx>
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. (s.f.). *Documento técnico. Azúcares Adicionados.* Ministerio de Salud-Universidad Nacional de Colombia. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SNA/documento-tecnico-azucres-adicionados.pdf>
- Colombia. Presidencia de la República. (2012, 8 de octubre). Decreto 2078. *Por el cual se establece la estructura del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) y se determinan las funciones de sus dependencias.* Diario Oficial N.º 48 577.
- Colombia. Presidencia de la República. (2014, 28 de mayo). Decreto 975. *Por el cual se reglamentan los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores.* Diario Oficial N.º 49 166.
- Corporación colombiana de padres y madres-RedPapaz. (2019). *Acción popular en contra del Ministerio de Salud.* <https://www.redpapaz.org/wp-content/uploads/2019/12/Acci%C3%B3n-Popular-Dic-12-2019.pdf>
- De Cosmi, V., Scaglioni, S. y Agostoni, C. (2017). Early taste experiences and later food choices. *Nutrients*, 9(2), 107. <https://doi.org/10.3390/nu9020107>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2019) *Dirección de censo y demografía. Estadísticas Vitales -EEVV-. Cifras definitivas año 2018.* <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/cifras-definitivas-2018.pdf>
- Dejusticia. (s.f). *Marco legal del impuesto a las bebidas azucaradas en Colombia.* [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/02/fi\\_name\\_recurso\\_868.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/02/fi_name_recurso_868.pdf)
- Dejusticia. (2018). *Consortio de canales apela el fallo que lo obliga a emitir mensaje sobre los riesgos de la comida chatarra.* <https://www.dejusticia.org/consorcio-de-canales-apela-el-fallo-que-lo-obliga-a-emitir-mensaje-sobre-los-riesgos-de-la-comida-chatarra-en-la-salud-de-los-ninos-y-pone-en-peligro-los-derechos-del-consumidor/>

- Dejusticia. (2019). *Corte Constitucional confirma fallo a favor de Red Papaz y su mensaje de bien público sobre los riesgos de la comida chatarra*. <https://www.dejusticia.org/corte-constitucional-confirma-fallo-a-favor-de-red-papaz-y-su-mensaje-de-bien-publico-sobre-los-riesgos-de-la-comida-chatarra/>
- Dewey, K. G. (2001). Nutrition, growth, and complementary feeding of the breastfed infant. *Pediatric Clinics of North America*, 48(1), 87-104. [https://doi.org/10.1016/S0031-3955\(05\)70287-X](https://doi.org/10.1016/S0031-3955(05)70287-X)
- Durnin, J. (1981). *Basal Metabolic Rate in Man*. FAO/WHO/UNU. Expert Consultation on Energy and Protein Requirements.
- Goyal, M. S., Hawrylycz, M., Miller, J. A., Snyder, A. Z. y Raichle, M. E. (2014). Aerobic Glycolysis in the Human Brain Is Associated with Development and Neotenus Gene Expression. *Cell Metabolism*, 19(1), 49–57. <https://doi.org/10.1016/j.cmet.2013.11.020>
- Goyal, M. S., Venkatesh, S., Milbrandt, J., Gordon, J. I. y Raichle, M. E. (2015). Feeding the brain and nurturing the mind: Linking nutrition and the gut microbiota to brain development. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 112(46), 14105-14112. <https://doi.org/10.1073/pnas.1511465112>
- Guarnizo Peralta, D. (2017). *Sin reglas ni controles. Regulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores de edad*. Documentos 33. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/05/Sin-reglas-ni-controles-DOC-33-versi%C3%B3n-final-WEB.pdf>
- Guarnizo, D. y Narvaez, A. M. (2019). *Etiquetas sin derechos. Etiquetado de productos comestibles. Un análisis desde los derechos Humanos*. Documentos 47. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2019/04/Etiquetas-sin-derechos.pdf>
- Hadot, P. (2015). *El velo de Isis*. Alpha.
- Haider, B. A. y Bhutta, Z. A. (2017). Multiple-micronutrient supplementation for women during pregnancy. *Cochrane Database of Systematic Reviews 2017*, 4(4905). <https://doi.org/10.1002/14651858.CD004905.pub5>
- Insel, T. R. (2010). Rethinking schizophrenia. *Nature*, (468), 187-193. <https://doi.org/10.1038/nature09552>
- Ivanovic, D. M., Leiva, B. P., Pérez, H. T., Olivares, M. G., Díaz, N. S., Urrutia, M. S. C., Almagiá, A. F., Toro, T. D., Miller, P. T., Bosch, E. O. y Larrain, C. G. (2004). Head size and intelligence, learning, nutritional status and brain development: Head, IQ, learning, nutrition and brain. *Neuropsychologia*, 42(8), 1118-1131. <https://doi.org/10.1016/j.neuropsychologia.2003.11.022>
- Kajantie, E. (2006). Fetal origins of stress-related adult disease. *Annals of the New York Academy of Sciences*, 1080(1), 11-27. <https://doi.org/10.1196/annals.1367.026>
- Kolb, B., y Gibb, R. (2011). Brain plasticity and behaviour in the developing brain. *Journal of the Canadian Academy of Child and Adolescent Psychiatry = Journal de l'Academie Canadienne de Psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, 20(4), 265–276. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22114608>
- Koo, Y., Chang, J. y Chen, Y. (2018). Food claims and nutrition facts of commercial infant foods. *Plos One*, 13(2), 1-13. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0191982>
- Lenoir, M., Serre, F., Cantin, L. y Ahmed, S. H. (2007). Intense sweetness surpasses cocaine reward. *PLOS ONE*, 2(8). <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0000698>

- Maalouf, J., Cogswell, M., Bates, M., Yuan, K., Scanlon, K., Pehrsson, P., Gunn, J. P. y Merritt, R. K. (2018). Sodium, sugar, and fat content of complementary infant and toddler foods sold in the United States, 2015. *American Journal of Clinical Nutrition*, 105(6), 1443-1452. <https://doi.org/10.3945/ajcn.116.142653>
- Nguyen, J. C. D., Killcross, A. S. y Jenkins, T. A. (2014). Obesity and cognitive decline: role of inflammation and vascular changes. *Frontiers in Neuroscience*, 8, 375. <https://doi.org/10.3389/fnins.2014.00375>
- Nozick, R. (2012). *Anarquía, Estado y utopía*. FCE.
- O'Shea, K. S. y McInnis, M. G. (2016). Neurodevelopmental origins of bipolar disorder: iPSC models. *Molecular and Cellular Neuroscience*, 73, 63-83. <https://doi.org/10.1016/J.MCN.2015.11.006>
- Organización Mundial de la Salud. (2020, 1 de abril). *Obesidad y sobrepeso*. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight>
- Organización Mundial de la Salud. (s.f.). *Comisión para acabar con la obesidad infantil. Datos y cifras sobre obesidad infantil*. Ginebra, Suiza. <https://www.who.int/end-childhood-obesity/facts/es/>
- Pla Vargas, L. (2017). Te empujamos por tu bien. Economía conductual y paternalismo libertario. *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, (20), 288-295.
- Prado, E. L., y Dewey, K. G. (2014). Nutrition and brain development in early life. *Nutrition Reviews*, 72(4), 267-284. <https://doi.org/10.1111/nure.12102>
- Proudhon, P. J. (2005). *¿Qué es la propiedad?* Anarres.
- Rose C. L., Birch L. L. y Savage J. S. (2017). Dietary patterns in infancy are associated with child diet and weight outcomes at 6 years. *International Journal of Obesity*, 41(5), 783-788. <https://doi.org/10.1038/ijo.2017.27>
- Samaras, K., Lutgers, H. L., Kochan, N. A., Crawford, J. D., Campbell, L. V, Wen, W., Slavin, M. J., Baune, B. T., Lipnicki, D. M., Brodaty, H., Trollo, J. N. y Sachdev, P. S. (2014). The impact of glucose disorders on cognition and brain volumes in the elderly: the Sydney Memory and Ageing Study. *Age (Dordrecht, Netherlands)*, 36(2), 977-993. <https://doi.org/10.1007/s11357-013-9613-0>
- Sandel, M. (2009). *Justice: What is the Right Thing to Do?* FSG.
- Spinoza, B. (1999). *Ética demostrada según el orden geométrico*. FCE (original publicado en 1677).
- Wang, L., Van Grieken, A., Van Der Velde, L., Vlasblom, E., Beltman, M., L'Hoir, M. P., Boere-Boonekamp, M. M. y Raat, H. (2019). Factors associated with early introduction of complementary feeding and consumption of non-recommended foods among Dutch infants: The BeeBOFT study. *BMC Public Health*, 19(1), 388. <https://doi.org/10.1186/s12889-019-6722-4>
- Wang, S. S.-H., Kloth, A. D. y Badura, A. (2014). The Cerebellum, Sensitive Periods, and Autism. *Neuron*, 83(3), 518-532. <https://doi.org/10.1016/J.NEURON.2014.07.016>

## Capítulo 8

# Implementación de la Política Pública de Infancia y Adolescencia en Antioquia 2012-2015<sup>25</sup>

**Miguel Ángel Montoya Sánchez**

**Nora Alba Cossio Acevedo**

**Lina Marcela Estrada Jaramillo**

**Iván Adolfo Gordillo Vera**

### 8.1. Introducción

En este capítulo se analizan los problemas de implementación de la Política Pública de Infancia y Adolescencia en los municipios del departamento de Antioquia en el periodo 2012-2015. Se verifica si esta Política —desde la articulación de sus actores y el nivel de compromiso político del gobierno territorial con el establecimiento de estrategias, acciones, programas y presupuesto— se adecua a los lineamientos establecidos por la Mesa Nacional de Infancia y Adolescencia para su implementación.

Para efectuar el análisis es necesario un acercamiento con el fin de evidenciar la real articulación que existe entre el gobierno, la comunidad organizada, los sectores de la salud, la educación y la familia, en favor de la construcción de políticas que le permitan al ente territorial solucionar los problemas identificados. Se constata que, en muchos casos, hay dificultades en el establecimiento de la mencionada articulación, en tanto las políticas no obedecen a una construcción colectiva y participativa entre estos mismos sectores y termi-

---

<sup>25</sup> Este capítulo es el resultado final del proyecto de investigación “La implementación de la Política Pública de Infancia y Adolescencia en los municipios del departamento de Antioquia, período 2012-2015”, financiado por el CODI, Universidad de Antioquia.

nan siendo una suerte de imposición, resultado de una reproducción de una política pública diseñada por otro ente territorial, para otro contexto, con otros problemas sociales y para unos sujetos con unas particularidades y necesidades que no corresponden con las propias; aunque en general, las problemáticas resulten similares. Al efecto, dice Ordoñez-Matamoros (2013), citando a Sabatier y Mazmanian, que “la política debe estar basada en una teoría sólida, en la que se prevea que hay cambios sociales que podrían alterar el resultado de la puesta en marcha de la política” (p. 221), y que agregan estos que:

De esa manera, es esencial entender las relaciones causales que subyacen a la existencia de un problema y a sus posibles formas de solución. Así, se deben identificar plausiblemente las variables más relevantes y las formas cómo estas se encuentran relacionadas entre sí y que dan cuenta de las características del problema, los afectados, las consecuencias y sus posibles soluciones (Ordoñez-Matamoros, 2013, p. 221).

En la investigación se utiliza el concepto de implementación elaborado por Meny y Thoenig (1992), quienes definen tal etapa como la materialización de las acciones en el ciclo de la política pública, “durante la cual se generan actos y efectos a partir de un marco normativo de intenciones de textos o discursos” (p. 159), es decir, la integración de aspectos técnicos, políticos y administrativos que se ponen en marcha en el plan de acción propuesto.

El 8 de noviembre de 2006 se promulgó la Ley 1098 por medio de la cual se expide el Código de Infancia y la Adolescencia y otras disposiciones encaminadas a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y se establecen normas sustantivas y procesales para la protección integral de estos sujetos de especial protección constitucional. El artículo 201 de esta ley define qué es una política pública de infancia y adolescencia y la enuncia como “el conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y de la familia, para garantizar la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes” (Congreso de la República, 2006). Este mismo artículo establece cómo se llevan a cabo dichas políticas a través de “la formulación, implementación, evaluación y seguimiento de planes, programas, proyectos y estrategias”.

La referida Ley 1098 concede en el artículo 204 responsabilidad al presidente de la República y a los gobernadores y alcaldes, respecto al diseño, la implementación y la evaluación de dicha política, dentro del territorio nacional, departamental, distrital y municipal. En este sentido, busca orientar las acciones y los recursos del Estado hacia una política pública de infancia y adolescencia, enmarcada en los enfoques diferencial y prioritario. Esta política pública es definida como “el arte de construir acuerdos en torno a los grandes objetivos que convienen a todos los miembros de la comunidad” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013).

Estos acuerdos, a su vez, se articulan en torno a garantizar el pleno y armonioso desarrollo de los niños, las niñas y los adolescentes, tanto en el seno de sus familias como en la sociedad y se demarcan en una senda que debe transitarse para materializarlos; dichos acuerdos vinculan elementos financieros, operativos y humanos, además del concurso de instituciones, organizaciones y otras entidades responsables de su realización; también incluye las acciones alrededor de las cuales la comunidad se moviliza y los mecanismos que permiten el seguimiento a la implementación de la Política Pública de Infancia y Adolescencia en los entes territoriales (Mesa Nacional de la Infancia y la Adolescencia, 2011).

Es en este sentido que la Mesa Nacional de Infancia y Adolescencia (2011) entrega los lineamientos, las recomendaciones, experiencias, al igual que las capacitaciones territoriales que ofrecen los actores de cooperación técnica: el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el Consejo Nacional de Política Social, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), UNICEF y la fundación Restrepo Barco, a los entes territoriales que aún no han implementado la política para que se den a la tarea de hacerlo. Esta invitación la hace la Mesa Nacional de Infancia y Adolescencia en convenio con el PNUD y con el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, a través del ABC de la política pública de primera infancia, infancia y adolescencia: documento que establece premisas de técnica suficientemente rigurosa, realizado a partir de la revisión de documentos que se trabajaron en los territorios nacionales por parte de los actores líderes del proceso y que se constituye en la guía para futuras implementaciones (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013).

En atención a los lineamientos del ABC referido, en la etapa de implementación o, como este mismo lo define, “plan de gestión” de la política pública, se requieren los siguientes elementos que permiten su concreción: (i) la información recabada en el análisis de contexto situacional y territorial frente a la protección integral, tanto institucional como comunitaria; (ii) el conocimiento de la asignación de recursos financieros, humanos y técnicos y (iii) la articulación interinstitucional. Estos elementos se logran a través de un mapa de ruta que debe seguir el responsable o los responsables del logro de cada objetivo dentro de la política de infancia y adolescencia y que se materializa mediante los siguientes aspectos: “a) Seleccionar el camino más adecuado para llegar al destino; b) Identificar las metas intermedias; c) Conocer las dificultades; e) Determinar los recursos que deben utilizarse para alcanzarlas” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013, p. 28).

Para el análisis de los problemas que tuvieron algunos de los actores al momento de la implementación de la Política Pública de Infancia y Adolescencia en sus entes territoriales, se integran estos elementos del ABC con los de la implementación exitosa o de la teoría a

la práctica, los cuales se concretan en los siguientes enunciados: a) para lograr un plan de gestión de política pública exitosa es indispensable que los actores de la política y los líderes del proceso se comprometan con sus objetivos y que cuenten con recursos políticos, técnicos, financieros y de gestión que permitan su implementación; b) es fundamental que los líderes del proceso en el ámbito territorial tengan conocimiento del contexto político, social y económico del territorio que se va a impactar, con el fin de seleccionar al funcionario que debe llevar a cabo la implementación de la política en dicho territorio, y la debida asignación de los recursos (Ordoñez-Matamoros, 2013, p. 223).

Según el artículo 204 del Código de Infancia y la Adolescencia (Congreso de la República, 2006), los elementos referidos en el párrafo anterior deben ser tenidos en cuenta por los entes territoriales, entendidos estos como la unidad en la que se ha de materializar la política de infancia y adolescencia. En el caso del departamento de Antioquia, la materialización de la política inició con el programa Buen Comienzo, que surge como una:

estrategia de articulación entre la Gerencia de Infancia y Adolescencia de la Gobernación, el icbf Antioquia, La Gerencia de Salud Alimentaria y Nutricional a través del programa Mejoramiento Alimentario y Nutricional de Antioquia (MANA) y los operadores de la estrategia “De Cero a Siempre” (Contraloría General de Antioquia, 2017, p. 6).

## 8.2. Metodología

En este texto se analizan las problemáticas de la implementación de la Política Pública de Infancia y Adolescencia en Antioquia en el periodo 2012-2015, con base en el enfoque socio-jurídico para identificar las condiciones que limitan la articulación de los actores en el marco de sus funciones y competencias estatutarias, las obligaciones políticas asignadas, y la relación de estos servidores públicos con otros actores partícipes o protagonistas de este proceso.

Se emplearon técnicas cualitativas para la recolección de los datos como fichas de conceptos, matrices de revisión de textos legales, mapa conceptual de los distintos elementos de la implementación de una política pública, entrevistas semiestructuradas a una funcionaria del ICBF, a personal de la Mesa Departamental y Municipal de Infancia y Adolescencia, y de la Mesa Departamental de Familia, para establecer su composición, regulación, mecanismos de participación y articulación entre las Mesas y los actores de los distintos municipios, conocer las ventajas de esa participación comunitaria, los factores que la favorecen o desfavorecen, las problemáticas de transición gubernamental asociadas a la articulación de los actores y a la discontinuidad de una política a otra, además del valor del factor interdisciplinario en la composición de las Mesas. Asimismo, se indagó especialmente por la participación de los comisarios en el proceso de implementación.

Hicieron parte de la muestra para la investigación las personas que por sus funciones, competencias estatutarias, obligaciones políticas asignadas, su participación o su relación con otros actores partícipes intervinieron en el proceso de implementación de la Política Pública de Infancia y Adolescencia en los municipios de Antioquia: la comisaria de familia del municipio de Guatapé y la psicóloga del mismo municipio; los comisarios de familia del orden territorial que se reunieron en la Mesa Departamental de Infancia en el mes de junio de 2017; los participantes del Congreso de Familia realizado por la Universidad de Antioquia en el año 2018; una profesional del ICBF Regional Antioquia encargada del fortalecimiento de la operación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar en las entidades territoriales del departamento de Antioquia.

Para el tratamiento de los datos y su lectura en clave hermenéutica, se empleó la técnica del análisis de contenido al conjunto de datos seleccionados. Los resultados se ordenaron atendiendo a las siguientes categorías: i) la Política Pública de Infancia y Adolescencia y sus actores; ii) la implementación y los problemas asociados; iii) conclusiones.

### 8.3. La política pública de infancia y adolescencia y sus actores

Los entes territoriales son unidades técnicas en las que, en el ámbito nacional, se han de materializar las políticas públicas de intervención en situaciones sociales. Ofrecen respuestas a los problemas que ocurren dentro de su territorio e influyen en su política económica.

En la línea de materializar los programas dirigidos a la protección de la infancia y la adolescencia, el departamento de Antioquia expidió el 22 de diciembre de 2009 la Ordenanza N.º 025 (Asamblea Departamental de Antioquia, 2009), por medio de la cual se fijan las políticas públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en todo su territorio. Los objetivos trazados por dicha política son los siguientes: la gestión de recursos para el restablecimiento de los derechos de los niños; el diseño de estrategias de movilización y comunicación para la garantía, protección y prevención de las vulneraciones; la promoción de la cultura de la protección integral de los niños; la articulación de los sistemas de información y vigilancia para la garantía de derechos y el fortalecimiento de los instrumentos y mecanismos de seguimiento, monitoreo, evaluación y control de la política pública de protección integral de infancia y adolescencia en el departamento a través de los Consejos de Política Social y de los observatorios municipales y departamental.

El artículo 7 de la Ordenanza N.º 025 (Asamblea Departamental de Antioquia, 2009) hace referencia a quienes denomina “actores de la corresponsabilidad”, así:

El Consejo Departamental para la Política Social y Equidad, instancia responsable de la coordinación intersectorial e interinstitucional para la promoción, concertación, seguimiento y evaluación de la política y el Consejo Temático Poblacional como impulsor de política pública; las redes subregionales de Infancia y adolescencia; las mesas de infancia y adolescencia municipales; la Red Antioqueña de Niñez y las mesas departamentales (Asamblea Departamental de Antioquia, 2009).

Además de los actores referidos en el párrafo anterior, existe: el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, conformado en el ámbito municipal por el Consejo Municipal para la Política Social, los Consejos Municipales de Infancia, las Redes Locales de Infancia y los Observatorios de Infancia y Familia.

El Decreto 1137 de 1999, (Presidencia de la República, 1999), en los artículos 11 y 13, estipula que en todos los departamentos y municipios se conformarán Consejos o Comités para la política social. La integración y fijación de funciones de tales Consejos son competencias del Gobernador o del Alcalde, según el caso, y deben contar con un subcomité o subcomisión permanente, encargado del análisis y políticas de infancia y familia.

Los propósitos generales de dichos Consejos son: recomendar a la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar los planes y programas que deban adoptarse en materia de infancia y familia y propender por fortalecer el Sistema Nacional de Bienestar Familiar en su respectiva jurisdicción, así como realizar evaluaciones periódicas y formular recomendaciones para contribuir a las políticas de control de los agentes prestadores del servicio de bienestar familiar.

En el ámbito municipal, la integración y fijación de funciones de los Consejos son competencias del alcalde, los cuales, en todo caso, deberán encargarse del análisis y de las políticas de infancia y familia, entre otras.

Las estipulaciones antes señaladas se deben entender, por supuesto, en concordancia con lo regulado en el artículo 207 del Código de Infancia y Adolescencia, que a la letra dice:

Consejos Departamentales y Municipales de Política Social. En todos los departamentos, municipios y distritos deberán sesionar Consejos de Política Social, presididos por el gobernador y el alcalde quienes no podrán delegar ni su participación, ni su responsabilidad so pena de incurrir en causal de mala conducta. Tendrán la responsabilidad de la articulación funcional entre las Entidades Nacionales y las Territoriales, deberán tener participación de la sociedad civil organizada y definirán su propio reglamento y composición. En todo caso deberán formar parte del Consejo las autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos y el Ministerio Público (Congreso de la República, 2006).

Los Consejos de Política Social, según lo anota la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (2012), están conformados por organizaciones gubernamentales, no gubernamentales y comunitarias. Las funciones de cada uno de estos agentes sociales son las siguientes:

“Las organizaciones gubernamentales:

- Promoción y divulgación de la política social.
- Presentación de planes, programas y proyectos.
- Conocimiento de necesidades y demandas.
- Focalización de la intervención.
- Cumplir a cabalidad los mandatos y fines del Estado.

Las organizaciones no gubernamentales:

- Procesos de participación y organización ciudadana.
- Funciones de formación y asesoría para acompañar a la comunidad en la exigencia de sus derechos.
- Apoyar al Estado en la promoción, orientación y divulgación de la política social.
- Diseño, administración y evaluación de proyectos.
- Gestión de propuestas de coordinación de acciones según demanda de la comunidad.
- Procesos de control social: formulación y denuncia.
- Velar por los intereses de sus asociados y los representantes ante el Estado y los particulares.

Las organizaciones comunitarias:

- Identificación, administración, ejecución y control de los proyectos o servicios que se desarrollen en su territorio.
- Negociación de proyectos y participación en el seguimiento a la ejecución de los mismos.
- Participación en procesos de control social y vigilancia de la gestión pública.
- Velar por las condiciones mínimas que garanticen la dignidad humana y el pleno ejercicio de los derechos” (Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2012, pp. 22-23).

Las comisarías de familia, creadas desde el Decreto 2737 de 1989 (Congreso de la República, 1989), hacen parte de este tipo de entidades. Se precisa que pueden ser distritales o municipales o intermunicipales, de carácter permanente y que integran el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, institución encargada de dictar la línea técnica de las comisarías de familia de todo el país. Las comisarías de familia deben contar con un equipo interdisciplinario, en

especial en municipios de mediana y mayor densidad. En caso de no contarse con el equipo que señala la norma (Congreso de la República, 2006), las comisarías deben ser apoyadas por equipos que directa o indirectamente trabajen con Infancia y Adolescencia en sus territorios.

Las funciones de los comisarios de familia, en lo que compete a infancia y adolescencia, están expresamente señaladas en la Ley 1098 de 2006, artículo 86. Las comisarías de familia integran además el Sistema Nacional de Bienestar Familiar; en el ámbito local se articulan con dicho Sistema y atienden todos los requerimientos que se les formule en este sentido (Congreso de la República, 2006). Existen también en los municipios, las defensorías de familia, las cuales dependen del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, son de creación legal y tienen, entre muchas otras funciones señaladas en el artículo 82 del Código de Infancia y Adolescencia, la tarea de asesorar y orientar en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.

## 8.4. Los problemas de implementación: hallazgos asociados a la articulación entre los actores

### 8.4.1. Aspectos asociados al recurso humano

Todos los actores entrevistados hicieron referencia a su inconformidad respecto a la organización de grupos de trabajo incompletos en las comisarías de familia y a cómo las tareas desplegadas en su quehacer desbordan su marco de competencias y funciones; consideraron que es importante contar con más recurso humano para lograr una mejor y más idónea gestión de tareas y acciones; que falta articulación entre los distintos sectores e instituciones para que la atención sea integral; estiman que no se le ha prestado suficiente atención a la familia —como principal gestor y actor de la Política Pública de Infancia— y que hay ausencia de trabajo con la comunidad, para que esta se apropie y se empodere también de la política pública.

Los entrevistados declararon que existe sobrecarga de labores en los comisarios de familia, quienes además tienen muchas otras labores estatutarias que atender; por tanto, su carga laboral los posiciona como servidores públicos multifunciones. Consideran, además, que a veces priman los intereses personales de algunos funcionarios públicos encargados de actividades clave en la implementación, y que la falta de estabilidad laboral de otros obstaculiza el conocimiento de la política pública y su adecuado manejo.

Aun sabiendo que los comisarios tienen una función más policiva que preventiva o de protección, los alcaldes, administradores responsables del municipio, les confían la carga de la implementación de las políticas públicas, función a la que tienen que dedicarse la mayoría del tiempo por la naturaleza misma de este cargo.

#### 8.4.2. Aspectos asociados a recursos cognitivos

El 40 % de los entrevistados mencionaron que falta educación y cultura sobre la importancia de las Políticas Públicas de Infancia; falta preparación formal y no formal para trabajo con equipos interdisciplinarios; consideran que son indispensables los “estudios de campo” para la implementación de la política a fin de que esta atienda los problemas propios de cada municipio.

También se refirieron a la falta de “apropiación” de los contenidos de la Política Pública; algunos actores aseguran que en sus dependencias hay funcionarios que no conocen el texto de la Política Pública de Infancia y Adolescencia, no conocen los marcos legales nacionales e internacionales.

La presencia de académicos facilita el debate, la construcción de conceptos y la interpretación del documento base de la política y la regularidad en el proceso de discusión y fundamentación. Favorece mucho que el equipo sea interdisciplinario debido a que propicia la articulación temática y fortalece el conocimiento sobre la infancia. Este factor cognitivo fue otra constante en las apreciaciones, pues algunos funcionarios desconocen lo que deben implementar y lo que corresponde en dicha tarea a otros, circunstancia que deriva, precisamente, en falta de socialización y de participación efectivas. Por eso proponen la realización de encuentros subregionales que permitan la concientización de la importancia de la reducción de las inequidades sociales y de pobreza, a partir de una confluencia de los esfuerzos, de los recursos y los conocimientos que mejoren la calidad de vida de los niños y las niñas.

En síntesis, la pérdida del capital cognitivo alcanzado se debe a los cambios frecuentes en el equipo de trabajo, factor que afecta la realización de reprocesos y produce pérdida de datos e información.

#### 8.4.3. Aspectos asociados a la administración de recursos financieros

El 60 % de los actores entrevistados considera que los recursos financieros son insuficientes; que falta más inversión social para cumplir las necesidades reales de los niños, las niñas y las familias. Afirman que la partida presupuestal destinada por la Administración municipal no es suficiente y este es uno de los factores que contribuyen a que “no se concreten algunas tareas necesarias” para la implementación de la Política.

#### 8.4.4. Aspectos asociados a la administración pública

Otro 45 % de los actores entrevistados denuncia “el anclaje de las autoridades”, lo que no permite el desarrollo de un trabajo integral constante; consideran que la corrupción incide

en la poca “priorización” de los recursos destinados a la Política Pública de Infancia, problema asociado a otros tres flagelos como: (i) la falta de voluntad política; (ii) la burocracia y (iii) la politiquería, debido a la intervención de “grupos políticos” que imponen sus lógicas.

También consideran que el modelo de la Política Pública de Infancia es “asistencialista” y que, por tanto, contribuye a aumentar los niveles de pobreza en la población.

Al comisario de familia —que estatutariamente, como ya se refirió, tiene una actividad múltiple y compleja— se le suman las actividades tendientes a la propuesta e implementación de las políticas públicas de infancia y adolescencia, y las delegadas por otros entes del municipio que implican tareas que demandan tiempo y recursos. Este tipo de servidor termina ejecutando actividades que le competen a otro funcionario, que lo desconcentran de su función, congestionan su despacho, aumentan la carga laboral, y lo hacen dejar de lado lo de su esencia por atender coyunturas o asuntos de forma.

Las comisarías de familia deben dedicarse a la atención de usuarios, pues los resultados se basan precisamente en el número de consultas registradas. Este es el indicador al que más fuerza le hace la gestión, porque muestra cobertura, ocupación del tiempo y representa menor costo para la administración municipal; todo ello, en detrimento de la prevención, el tratamiento integral y las soluciones reales. Finalmente, tal forma de atención termina por dar la apariencia de que se está cumpliendo con la política pública, cuando, en realidad, los servicios de su esencia no se efectúan o no se prestan con la calidad que requieren, con lo que en definitiva se perjudican los ciudadanos.

El comisario de familia termina siendo un alfil para el administrador de turno, porque es el que gestiona varias tareas según sea el interés particular de este, de las coyunturas que deriven de las demandas de la comunidad y de las tensiones propias del entorno del municipio.

Sobre el manejo administrativo que se le da a la implementación de la política pública, obligación asignada al administrador municipal, se pudo verificar, según los resultados de las entrevistas realizadas, que dicha tarea generalmente se delega en el comisario de familia, cuando en realidad dicho administrador debe apoyarse para ello en el Consejo Municipal de Política Social, órgano natural encargado de articular los demás entes llamados a gestionar la Política Pública.

#### 8.4.5. Aspectos asociados a la falta de controles institucionales

Desde este punto de vista, el análisis estadístico nos muestra que el 60 % de los actores entrevistados consideran que se malversan los fondos, en la medida en que no se hace una priorización adecuada de recursos, lo que consecuentemente genera inequidad. Faltan

veedurías ciudadanas más activas, piensan que la indebida canalización de los recursos específicos para la Política Pública de Infancia también se debe a que falta una priorización de las estrategias para la atención a la primera infancia, y de modo enfático, en una de las entrevistas realizadas, se dijo: “A mi modo de ver, no hay política pública sino una serie de programas desarticulados, porque cada quien hace solo lo que le toca, sin sentido de pertenencia” (Funcionario ICBF, comunicación personal, 21 de diciembre de 2017).

Después de participar en los talleres organizados por la Mesa de Infancia de Medellín, se identificó que la implementación de la Política de Infancia, por parte de todos los actores que pertenecen a la misma como el Programa Buen Comienzo, está recargada al comisario de familia y al defensor de familia, debido a la desarticulación de todos los actores que la conforman. La explicación de esto es que son los comisarios y los defensores de familia los que garantizan la protección de los derechos de la infancia, establecidos en la normativa y en la política misma.

#### 8.4.6. Aspectos asociados a falta de infraestructura tecnológica y de manejo de programas de cómputo

El trabajo se realiza generalmente de manera manual, repetitiva, sin una sistematización adecuada. Deberían contar con un software especializado que les permita gestionar de mejor manera la información, generar estadísticas en menor tiempo, hacer informes de gestión de manera más ágil y, por consiguiente, promover trabajo y gestión de conocimiento en red.

#### 8.4.7. Aspectos asociados a falta de considerar el contexto regional

Los participantes de las Mesas Municipales de Infancia entrevistados al efecto también consideran que cada región es distinta y que hay problemáticas que se vuelven específicas por estar ligadas al contexto regional. Se insiste en que cada comunidad, de cada región, debe aportar en la construcción de la política para legitimarla, para producir un capital cognitivo a través del conocimiento especializado de los problemas. Sin embargo, esto puede generar aislamiento, pérdida de la dinámica de trabajo colaborativo, escasa memoria de los procesos, debilidad en las conexiones y las relaciones, y el no aprovechamiento de la experiencia y del conocimiento especializado sobre los problemas y los contextos locales. Todo esto se podría conjurar con el trabajo en red; pues una red intercambia información y conocimiento, forma el recurso humano, produce conocimiento, las metodologías, el diseño de modelos de gestión y comunicación y la evaluación de los procesos y los resultados (Luna y Velasco: 2006, p. 16).

Es importante potenciar las capacidades genuinas de las personas y los grupos de trabajo de cada municipio, y a la vez potenciar sinergias y la capacidad de innovación, para

actuar sobre el contexto con un conocimiento integrado. En estos espacios o grupos de trabajo de cada municipio, se evidencian ciertos grados de lucha por el poder (limitaciones al ingreso o participación de ciertas personas o instituciones), la información no circula abiertamente, incluso entre todos los miembros (Luna y Velasco, 2006, p. 16).

La interacción se vuelve compleja por cuanto cada actor de la implementación llega con la pretensión de que le sean resueltos sus problemas funcionales, no los problemas propios de la implementación de la política pública. El enfoque específico que el actor hace de su problemática funcional hace olvidar su tarea de interacción y sus funciones en la implementación de la política pública.

Las relaciones de colaboración que deben gestarse en la implementación de la política pública deben funcionar de la siguiente manera:

Las relaciones de colaboración que fueron investigadas tienen un conjunto de características que permiten ubicarlas como interacciones moderadas o altamente complejas: los participantes operan con base en códigos diferentes; la red adquiere altos niveles de autonomía respecto a las redes u organizaciones primarias de los miembros; las decisiones por lo general se toman de manera conjunta; las relaciones están basadas en la lógica de la negociación y en la construcción colectiva de los objetivos de la colaboración, e involucran una variedad de dispositivos de coordinación (acuerdos formales, relaciones personales, comités y equipos de trabajo a múltiples niveles, y distintos medios de comunicación) (Luna y Velasco, 2006, p. 16).

La implementación de la política pública de infancia y adolescencia en el departamento de Antioquia ha sido liderada muy activamente por la Gobernación, cosa que resulta positiva por cuanto ha cohesionado el trabajo de las Mesas locales, y es una autoridad formal reconocida por su trabajo en el campo, que lidera el trabajo, refuerza las alianzas, el trabajo en red, los intercambios y el apoyo solidario.

## 8.5. Conclusiones

La implementación de la Política Pública de Infancia requiere que los actores se organicen y posibiliten el trabajo en red, porque la interacción afianza el trabajo centrado en lo esencial, y posibilita adecuados canales de comunicación, progreso, continuidad y estabilidad en las acciones de las políticas, así como la elaboración de estrategias comunes y la reducción de los conflictos de intereses particulares que se filtran al interior de los grupos y aumenta la comprensión de los procesos.

La interacción o articulación debe ir vinculada a la colaboración y la comunicación efectiva entre todos aquellos que componen el equipo de trabajo para la implementación de

una política pública; son las categorías que más reclaman quienes lideran este tipo de procesos en los municipios del Departamento de Antioquia. El trabajo en red, como respuesta a la pregunta sobre la participación que ha tenido la comunidad en la implementación de la política pública de infancia y adolescencia en su municipio, es el primero que asoma a dicho escenario. Advierten, casi al unísono, todos los protagonistas de dicha tarea, encuestados o entrevistados en la presente investigación, que las redes entendidas como un campo de conexiones y de relaciones son necesarias en dicha implementación, por cuanto desde su dinámica terminan conectando en los puntos clave a algunos o a todos los que conforman ese especial sistema.

La investigación Implementación de la Política Pública de Infancia y adolescencia es relevante, porque concluye que para resolver problemáticas sociales de inmediato se recurre a las políticas públicas y cualquier lineamiento que se establezca no reúne necesariamente la calidad de política pública, máxime si: (i) la prioridad depende del político de turno; (ii) no se supera la etapa de la mera formulación de procesos; (iii) el liderazgo siempre es ejercido por la institucionalidad sin grados de gobernanza más amplios; (iv) falta el apoyo técnico suficiente; (v) la articulación entre actores es irregular, ocasional y coyuntural; (vi) se suele recargar el liderazgo y las decisiones en el comisario de familia sin que este tenga facultad legal para ello; (vii) el esfuerzo se queda, muchas veces, en diseños que elabora el ejecutivo y no se asume un debido empoderamiento de parte de las autoridades de los municipios; (viii) se diseñan políticas de papel que se quedan en el acuerdo municipal, que no se materializan en acciones concretas, porque se reformulan procesos que no se cristalizan en los planes y proyectos a ejecutar; (ix) el Consejo de Política Social suele limitar su accionar al cumplimiento de una agenda por protocolo; (x) el espacio natural para la creación e implementación de la política pública se instrumentaliza de manera inadecuada y (xi) la intersectorialidad se aprecia en el ámbito nacional, pero no en el territorial o municipal.

## 8.6. Referencias

- Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. (2012). *Programa de Acceso a la Justicia: Guía para los Consejos Territoriales de Planeación y Consejos Municipales de Política Social*. <https://es.slideshare.net/JulianMarin9/gua-ctp-y-compos-final>
- Colombia. Asamblea Departamental de Antioquia. (2009, 22 de diciembre). Ordenanza N.º 25. *Por medio de la cual se deroga la Ordenanza 27 del 2003 y se fijan Políticas Públicas para la Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia en el Departamento de Antioquia*. [https://www.asambleadeantioquia.gov.co/2016/index.php?option=com\\_jdownloads&view=category&catid=4&Itemid=798&limitstart=20](https://www.asambleadeantioquia.gov.co/2016/index.php?option=com_jdownloads&view=category&catid=4&Itemid=798&limitstart=20).
- Colombia. Congreso de la República. (1989, 27 de noviembre). Decreto 2737. Código del Menor. Código derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 a excepción de los artículos 320 a 325 y los



# Autores

## Adriana del Pilar Henao Ochoa

Abogada de la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Barcelona. Conciliadora. Abogada en ejercicio. Docente tiempo completo ocasional de la Universidad de Envigado. Coinvestigadora.

Correo: [aphenao@correo.iue.edu.co](mailto:aphenao@correo.iue.edu.co). ORCID ID: 0000-0003-1529-7364

## Liliana Damaris Pabón Giraldo

Abogada de la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario. Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Jefe Maestrías Facultad de Derecho e integrante del grupo de investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Investigadora Senior según medición Colciencias. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Investigadora.

Correo: [ldpabon@udem.edu.co](mailto:ldpabon@udem.edu.co). ORCID ID: 0000-0001-8561-7357

## Sergio Estrada Vélez

Abogado. Especialista en Derecho Constitucional. Especialista en Argumentación Jurídica. Diploma de Estudios Avanzados Universidad de León (España). Magíster en Derecho. Estudios de doctorado Universidad de Buenos Aires. Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Medellín.

Correo: [estrдав72@hotmail.com](mailto:estrдав72@hotmail.com). ORCID ID: 0000-0003-4979-6591

### Juan Diego Restrepo Yepes

Abogado. Especialista en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho. Docente y administrativo de la Institución Universitaria de Envigado. Coordinador de investigaciones y trabajos de grado. Pertenece al Grupo de Investigación: Auditorio Constitucional, adscrito a la línea: Derecho y Políticas Públicas.

Correo: [jdrestrepoy@correo.iue.edu.co](mailto:jdrestrepoy@correo.iue.edu.co). ORCID ID: 0000-0003-0639-0292

### Víctor Julián Moreno Mosquera

Especialista en Derecho de Familia. Magister en Estudios Políticos. Doctor en Derecho de la Universidad de Medellín. Docente de tiempo completo de la Institución Universitaria de Envigado. Líder del grupo de investigación Auditorio Constitucional, avalado por la IUE.

Correo: [vjmoreno@correo.iue.edu.co](mailto:vjmoreno@correo.iue.edu.co). ORCID: 0000-0002-4645-3553.

### Catalina Clavijo Urrea

Abogada. Coordinadora de la Especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Universidad Católica Luis Amigó de Medellín.

Correo: [catalinaclavijourrea@hotmail.com](mailto:catalinaclavijourrea@hotmail.com).

### Mauricio Madrigal-Pérez

Abogado. Especialista en Derecho del Medio Ambiente. Magister en Derecho y estudiante de doctorado en Estudios Avanzados sobre Derechos Humanos. Asesor en Investigación Institución Universitaria de Envigado.

Correo: [mao.madrigalp@gmail.com](mailto:mao.madrigalp@gmail.com). ORCID: 0000-0002-3111-7936.

### Diego Alejandro Hoyos

Candidato a doctor en Derecho de la Universidad de Medellín. Magister en Derecho de la Universidad de Medellín. Especialista en Responsabilidad Estatal de la Institución Universitaria de Envigado. Abogado de la Institución Universitaria de Envigado.

Correo: [dahoyos@correo.iue.edu.co](mailto:dahoyos@correo.iue.edu.co). ORCID: 0000-0001-8607-8957.

### **José Leonardo Ospina**

Candidato a doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia. Abogado de la Universidad de Antioquia. Docente investigador de la Institución Universitaria de Envigado.

Correo: [jlospina@correo.iue.edu.co](mailto:jlospina@correo.iue.edu.co) ORCID: 0000-0002-6464-1574.

### **José Fernando Hoyos García**

Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Magister en Educación y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Abogado de la Universidad de Medellín. Docente investigador de la Institución Universitaria de Envigado. Investigador junior Colciencias.

Correo: [jfhoyos@correo.iue.edu.co](mailto:jfhoyos@correo.iue.edu.co). ORCID: 0000-0002-6464-1574.

### **María del Pilar Marulanda Calvo**

Auxiliar de investigación del grupo Auditorio Constitucional.

Correo: [mapimarulanda@gmail.com](mailto:mapimarulanda@gmail.com).

### **Cristian Valencia Giraldo**

Auxiliar de investigación del grupo Auditorio Constitucional.

Correo: [cristianv06@hotmail.com](mailto:cristianv06@hotmail.com). ORCID: 0000-0002-0813-6151.

### **Mary Luz Tobón Tobón**

Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Administrativo. Abogada. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Miembro del grupo de investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”, registrado con el código COL 0120899 en el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, vinculado al Centro de Investigaciones Socio-jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia (Bogotá).

Correo: [mltobon@ucatolica.edu.co](mailto:mltobon@ucatolica.edu.co); [maryltobon@gmail.com](mailto:maryltobon@gmail.com).

ORCID: 0000-0002-1713-5820.

### **Néstor Iván Cortez Ochoa**

Doctor en Ciencias de la Educación. Docente de la Universidad Católica Luis Amigó. Antropólogo.

Correo: nesstorcortez@hotmail.com. ORCID: 0000-0003-3246-0864.

### **Olga Cecilia Restrepo-Yepes**

Abogada de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Doctora en Derecho de la Universidad de Medellín. Actualmente se desempeña como profesora de Derecho Público en pregrado y posgrado de la Universidad de Medellín. Investigadora asociada según medición Colciencias. Líder e integrante del Grupo de Investigaciones Jurídicas Universidad de Medellín.

Correo: ocrestrepo@udem.edu.co. ORCID: 0000-0003-2502-0596.

### **Gloria Liliana Duque Chica**

Psicóloga de la Universidad de Antioquia. Magíster en Neurociencia y Biología del Comportamiento de la Universidad Pablo de Olavide-España. Magíster en Neuropsicología de la Universidad de Salamanca-España. Doctora en Neurociencia y comportamiento de la Universidad de Sao Paulo-Brasil. Profesora e investigadora de la Universidad de Medellín.

Correo: gduque@udem.edu.co. ORCID: 0000-0002-7730-0306.

### **Rubén Darío Palacio Mesa**

Psicólogo social de Loyola University Chicago. Especialista en Administración de la Informática Educativa de la Universidad Santander. Licenciado en Educación Básica con Énfasis en Humanidades, Lengua Castellana e Idioma Extranjero (inglés). Magíster en Procesos de Aprendizaje y Enseñanza de Segundas Lenguas. Candidato a doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Profesor investigador de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas.

Correo: rupalacio@udem.edu.co. ORCID: 0000-0002-5538-3315.

### **Juan Edilberto Rendón Ángel**

Doctor en Filosofía de la Universidad de Antioquia. Docente de la Institución Universitaria de Envigado.

Correo: jerendon@correo.iue.edu.co. ORCID: 0000-0002-8154-1882.

### **Miguel Ángel Montoya Sánchez**

Especialista en Derecho de Familia de la Universidad de Antioquia. Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesor titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma Universidad.

Correo: miguel.montoya@udea.edu.co. ORCID: 0000-0002-2887-1970.

### **Nora Alba Cossio Acevedo**

Abogada. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad de Antioquia. Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Medellín.

Correo: albacossio58@gmail.com. ORCID: 0000-0001-7716-428X.

### **Lina Marcela Estrada Jaramillo**

Abogada de la Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia y de la Escuela de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Correo: lina.estrada@upb.edu.co. ORCID: 0000-0002-8162-7272.

### **Iván Adolfo Gordillo Vera**

Politólogo de la Universidad de Antioquia. Magister en Educación Universidad Pontificia Bolivariana. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Correo: ivan.gordillo@udea.edu.co. ORCID: 0000-0001-6231-2614.

**E**l fenómeno de la constitucionalización del derecho ha entregado nuevas perspectivas a todas las áreas jurídicas, inclusive a aquellas tradicionales y exegéticas, permitiendo su expansión más allá de los viejos códigos y las anquilosadas interpretaciones. En ese sentido, el estudio y la investigación del derecho se han visto permeados por estas nuevas dinámicas constitucionales; razón por la cual, los investigadores adscritos al grupo Auditorio Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado (iue) y sus participantes invitados comparten en esta entrega los productos de sus procesos investigativos, en los que cada uno, desde su propia especialidad, ha analizado el papel de los derechos fundamentales en el sustento del Estado social de derecho. Así, entonces, el lector encontrará en este texto un total de ocho capítulos que exponen temáticas vinculadas con la garantía de los derechos y valores constitucionales como rectores del estudio y la investigación jurídica.

