

# DISSÊRTUM

*La expresión de lo justo...*



Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho  
y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana  
Edición Nº 10 - Julio - Diciembre de 2015



Universidad de  
**La Sabana**



## Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de La Sabana

### **Dirección:**

Paula Andrea Roa Sánchez (Derecho)

### **Subdirección:**

Geraldine Bustos Zamora (Ciencias Políticas)

### **Coordinación Profesoral:**

Diana María Gómez Hoyos con el apoyo de  
Ana María Quintana Cepeda

### **Consejo Editorial:**

Ana Milena Zambrano Díaz (Comunicación Social y Periodismo-Ciencias Políticas)

Clara María Quintero Franco (Ciencias Políticas)

Johan Mauricio Caldas García (Derecho- Economía y Finanzas Internacionales)

Julián David Rojas Triana (Derecho)

Luisa Fernanda Ospina Pinzón (Derecho-Pedagogía Infantil)

---

Décima edición virtual: Julio-Diciembre 2015

ISSN: 2344-8180.

---

### **Edición, diseño, diagramación y publicación electrónica:**

Hipertexto Ltda.

[www.hipertexto.com.co](http://www.hipertexto.com.co)

## Editorial 5

## Artículos 7

**Dificultades en la reparación de Comunidades afrocolombianas, Negras, Palenqueras y Raizales víctimas del conflicto armado en el marco del proceso de paz**

9 ..... Laura Arteaga Arango

**El flagelo silencioso de las mujeres en el conflicto armado**

22 ..... María Paulina Aguilar Salazar

**El impacto ambiental como consecuencia del conflicto armado colombiano**

30 ..... Amalia Giraldo Hoyos

**La responsabilidad contractual por hecho ajeno desde el realismo jurídico. Una visión amplia de la paz a partir de la empresa, fundada en la sinergia entre las políticas públicas y la labor del legislador**

45 ..... Belsy Cristina Matiz Buitrago  
Ana María Ayala Gáfaró

**Una controversia jurídica entre la asignación salarial de los docentes al servicio del Estado con quienes prestan sus servicios en instituciones educativas privadas**

57 ..... José Guillermo Martínez Rojas

## Entrevista 69

71 ..... Plebiscito ¿estrategia santista o madurez democrática?







## Editorial

### Paz, conflicto, reparación y plebiscito

Desde hace más de tres años Colombia se enfrenta a otro proceso de paz con las FARC, el cual busca terminar un conflicto armado que ha desangrado al país por más de 50 años. Según lo anunciado por el gobierno nacional, se presentará un documento final de los acuerdos a los que se llegará entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC. En esta edición, varios artículos están dedicados al tema de las negociaciones sobre la paz en el marco de las ciencias políticas y jurídicas.

El artículo, “El flagelo silencioso de las mujeres en el conflicto armado”, expone como las mujeres han sido víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto, siendo sus victimarios combatientes de las FARC. El texto propone realizar políticas públicas que atiendan a las necesidades de las mujeres, con el fin de reivindicar sus derechos. En otro sentido, el artículo “El impacto ambiental como

consecuencia del conflicto armado colombiano”, aborda las consecuencias del conflicto desde otro punto de vista, el impacto ambiental. Las actividades ilícitas de los grupos al margen de la ley causan diversos impactos en el ambiente, tales como deforestación, contaminación por la minería, erosión de suelos, disminución de la biodiversidad, entre otros. La autora muestra la problemática con el fin de encontrar una solución razonable a partir de propuestas gubernamentales con apoyo internacional. Por otra parte, “la responsabilidad contractual por hecho ajeno desde el realismo jurídico. una visión amplia de la paz a partir de la empresa, fundada en la sinergia entre las políticas públicas y la labor del legislador”. Dentro del marco de la paz, un punto importante en los acuerdos, es el cese bilateral del fuego, por lo que el artículo “El proceso de paz: Cese del fuego bilateral y el DIH, un límite, una garantía”, donde el autor debate la coherencia que





debe tener el ejército de las FARC en cuanto a sus discursos y los actos que deberían estar acordes con las propuestas y las negociaciones.

Para este número, se han entrevistado a varios profesores de la facultad de derecho y ciencias políticas, que exponen su opinión jurídica sobre la participación del pueblo colombiano en la aprobación de los acuerdos a los que llegue el gobierno nacional con las FARC-EP, en la Habana. El éxito o fracaso de los acuerdos mencionados cambiarán en definitiva la historia del país. En caso de ser exitoso, lo más importante es el cumplimiento y coherencia de las partes negociantes frente al pueblo colombiano y los derechos y garantías que se lleguen a otorgar, si es el caso.

Desde hace más de cincuenta años, la guerra que existe en Colombia con las FARC está llena de atrocidades, injusticias, narcotráfico, abusos de autoridad. Múltiples gobiernos han intentado llegar a la aclamada paz con este grupo armado ilegal. Actualmente con las negociaciones de La Habana, que no han sido del todo públicas

para los ciudadanos colombianos, se pretende firmar la paz, y por voluntad del gobierno y la presión de la opinión pública, se decidirá pedir el concepto del pueblo colombiano para aprobar o no los acuerdos. El voto del sí o el no por la paz es un tema álgido para el país, el gobierno, mediante publicidad pretende que se vote por el sí, mientras que quienes se oponen a ello, lanzan mensajes para que se vote por el no, puesto que opinan que el manejo que se le está dando a la paz, no es el correcto. Sería absurdo pensar que ningún colombiano quiere acabar con el conflicto armado, el punto central es la manera como se están desarrollando los acuerdos, la reparación de las víctimas, el narcotráfico, entre todos los temas de la agenda. En poco tiempo se conocerán las respuestas a tantos interrogantes, por ahora, la ciudadanía debe aguardar.

*Paula Andrea Roa Sánchez*

*Directora*

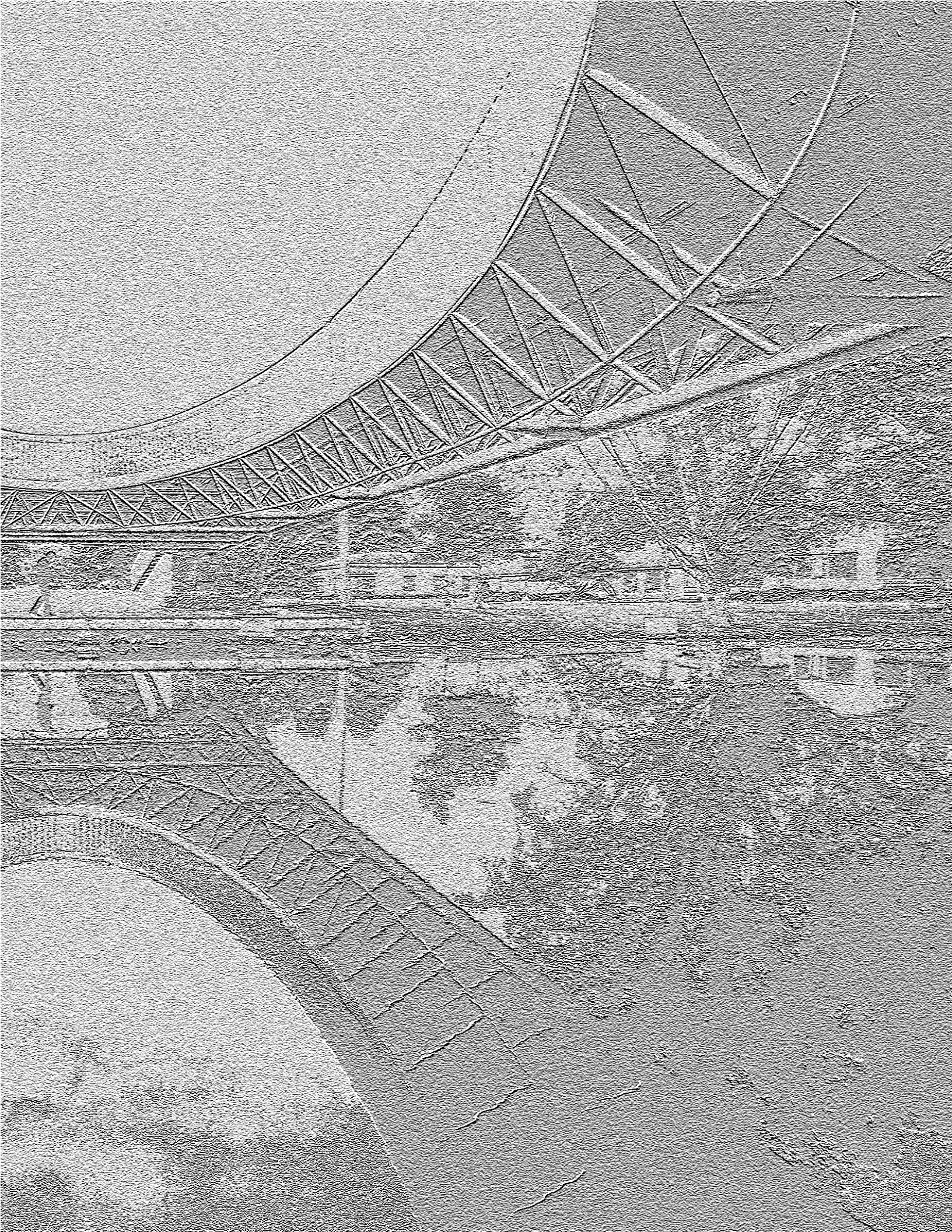
*Revista Virtual de Estudiantes Dissêrtum*





# Artículos







# Dificultades en la reparación de comunidades afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales víctimas del conflicto armado en el marco del proceso de paz\*

Laura Arteaga Arango\*\*

## Resumen

Las comunidades Afrocolombianas, Negras, Palenqueras y Raizales podrían ser unas principales beneficiarias de la reparación de víctimas en el marco del Proceso de Paz en Colombia, en tanto han sido unas de las víctimas protagónicas a lo largo de la historia del conflicto armado colombiano; sin embargo, experiencias históricas demuestran que existen falencias en la aplicación de políticas públicas, leyes y decretos para estos grupos, dando lugar a acciones incompletas de reparación, por lo cual es necesario replantear las estrategias de reparación en orden de crear una nueva cultura de planificación realista y concienzuda.

colombian Peace Process, because they have been some of the protagonist victims in the history of the Colombian armed conflict; however, historical experiences show that there are shortcomings in the application of public policy, laws and decrees for these communities, causing incomplete actions of reparation, so it is needed to rethink the strategies of reparation in order to create a new culture of realistic and thorough planification.

## Palabras clave

Población Afrocolombiana - Negra - Raizal - Palenquera, Proceso de Paz en Colombia, reparación de víctimas.

## Abstract

Afro-Colombian, Blacks, Palenqueras and Raizales communities could be the main beneficiaries of the reparation of victims in the context of the

## Keywords

Afro-Colombian - Blacks - Palenqueras - Raizales communities, colombian Peace Process, reparation of victims.

## Introducción

---

Ser parte del pueblo colombiano en un momento tan crucial como el Proceso de Paz es casi una fortuna. Saber que aún hay esperanzas –y no tan utópicas como las usuales– de que la ola de violencia que azota al país desde hace tantos años llegue a acabar ha de motivar a todos los colombianos a tomar una postura participativa y crítica del fenómeno. Varios fueron los intentos por llevar a cabo un proceso como este, que diese lugar a la finalización en buenos términos del conflicto interno; sin embargo, sólo los realizados durante el actual gobierno han llegado a instancias tan adelantadas, de ahí que sea tema de debate constante, de discusión actualísima y fundamental, especialmente para todos los estudiosos del Derecho y la Ciencia Política, personas que poseen –en cierta medida– las herramientas adecuadas y suficientes para analizar objetivamente estos fenómenos.

Los foros de participación ciudadana sobre Víctimas, formulados por la Mesa de Conversaciones de la Habana, han arrojado informes preliminares que dan cuenta de la labor titánica que las víctimas le han asignado al Estado y en cuyo cumplimiento tienen puestas sus esperanzas: reconocimiento de las etnias, garantía de respeto a la consulta previa, destinación de recursos suficientes para la reparación colectiva y reconocimiento de la responsabilidad estatal son algunas de las propuestas que los diversos informes exponen y de los cuales se tratará más adelante.

Por su parte, el Decreto-Ley 4635 de 2011, expedido con base en las facultades extraordinarias con las que se revistió al Presidente de la República en el artículo 205 de la Ley 1448 de 2011, por sí mismo se presenta como un reto para la reparación de las comunidades afrodescendientes en tanto dispone que la reparación en estos casos no solo es individual sino que es a la vez colectiva.

En todo caso, de lo que sí existe certeza es que las comunidades afrodescendientes han

sufrido en gran medida el conflicto. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013) reitera lo preocupante de la situación en la que encuentran estas colectividades, principales víctimas del conflicto armado, el desplazamiento y la discriminación, y explica además que hasta la fecha son pocas las condenas por violaciones a los derechos humanos de las víctimas afrocolombianas, enfatizando en las violaciones contra sus líderes, que suelen ser amenazados, desplazados e incluso asesinados por su labor.

Un Estado Constitucional de Derecho como el Colombiano tiene como pilar fundamental el deber de cumplir materialmente con las disposiciones constitucionales referentes a los derechos fundamentales. La Carta Política de 1991 consagra en su artículo 13 que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”; sin embargo, desde 1991 son escasos los resultados tangibles frente a las acciones realizadas por el gobierno en aras de proteger a estas poblaciones. Por su parte, el artículo 24 expresa que “todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”, pero el desplazamiento forzado y el control territorial observable en algunas zonas de población mayoritariamente afrodescendiente son ejemplo de lo contrario. Finalmente, el artículo 22 de la Constitución es todavía más paradójico: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”.

Las visitas realizadas a la Habana por parte de víctimas es una abierta muestra de intención de escucha y de cercanía a quienes directamente han sido violentados y es prueba del compromiso que existe entre el Estado y las FARC para la solución del conflicto. Esto no quiere decir que la tarea no siga siendo titánica; lo es, pero parece ser que las intenciones de progresar son grandes.



Por todo lo anterior, la reparación de las víctimas pertenecientes a las comunidades afrodescendientes es tema de interés investigativo por parte del Derecho y de la Política -ciencias encargadas de velar porque los seres humanos logren mantener la existencia en coexistencia-, pues si bien el desarrollo histórico de las comunidades afrodescendientes ha sido desalentador, el Proceso de Paz abre paso a una nueva oportunidad de progreso para aquellas personas que han sufrido de forma especial los desastres del conflicto.

Por eso, más allá de un ensayo sobre el por qué reparar a las víctimas de estos pueblos, lo que se pretende responder con este texto es cuáles son las dificultades existentes en el tema de su resarcimiento desde una mirada constitucionalista -pertinente para el trabajo en tanto uno de sus pilares fundamentales es la garantía de los derechos de las personas- con el ánimo de sembrar la inquietud sobre cuáles deberán ser las estrategias realistas para lograr la consecución objetiva de su reparación. Para realizar el texto se llevará a cabo una investigación teórica a partir del rastreo de leyes, decretos, doctrina y literatura especializada sobre el tema.

Este trabajo, presentado como proyecto investigativo del curso Teoría Constitucional II de la Universidad Pontificia Bolivariana, estará dividido en cuatro bloques: en el primero, se describirá el contexto geográfico e histórico de las comunidades Afrocolombianas, Negras, Raizales y Palenqueras y se narrará su proceso de búsqueda por la reivindicación de sus derechos; en el segundo, se tratarán las principales leyes, decretos y las políticas públicas de acción afirmativa para estas poblaciones hasta 2010 y las falencias en su aplicación; el tercer aparte estará dedicado al Decreto-Ley 4635 de 2011, el avance que supone y las dificultades en su implementación; finalmente, se expondrán las propuestas en materia de reparación de pueblos afro víctimas en el marco del Proceso de Paz y se generarán algunos interrogantes sobre cómo alcanzar las metas establecidas frente al resarcimiento de estas etnias.

## 1. Contexto histórico y geográfico

---

### 1.1. Datos demográficos

---

Las comunidades Negras, Afrocolombianas Raizales y Palenqueras son parte fundamental de la población colombiana. Hacia 2005 eran 4.261.996 las personas que se auto-reconocían como pertenecientes a estos grupos, aunque según el Plan Nacional de Desarrollo de la Población Afrocolombiana para el período 1998-2002 (Cristancho-Carrido et al., 2006) la población afro ascendía en total a 10.562.519 personas (equivalente al 25% del total poblacional), de las cuales el 70% se asentaría en centros urbanos y el resto en áreas rurales. Estos grupos étnicos se encuentran geográficamente ubicados en todo el territorio nacional, pero su presencia se concentra en las regiones del Pacífico (departamentos del Chocó, Valle del Cauca, Cauca y Nariño), Caribe (departamentos de la Guajira, Magdalena, Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba y Sucre) y en enclaves de antiguos palenques, minas, haciendas y plantaciones bananeras.

Por su parte, el pueblo raizal se halla en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. La historia de este pueblo es diferente a la de la población afrocolombiana en tanto sus antepasados fueron negros esclavos traídos desde África y Jamaica por el Imperio Británico hacia el siglo XVIII, y cuyo territorio se adhirió a la nación en 1822 (Cristancho-Carrido et al., 2006, p. 85). Su cultura es un híbrido entre lo británico, lo africano y lo colombiano -de ahí su lengua, el creol-. Actualmente sólo 40.201 habitantes del archipiélago (el 56,98% de la población) hacen parte del pueblo raizal.

### 1.2. Desarrollo histórico

---

La historia de lucha del pueblo afrocolombiano inicia con la esclavitud de la población africana

en la conquista europea durante los siglos XV a XVIII. Los africanos que llegaban a las colonias eran convertidos en esclavos y esta condición se transmitía a su descendencia; aquellos que escaparon de los trabajos forzosos se asentaron en territorios apartados como en el Pacífico y el Atlántico y conformaron palenques, esto es, comunidades de resistencia y búsqueda de autonomía y libertad contra el gobierno español. Posteriormente, esta lucha se libró contra la misma sociedad colombiana, que sólo en 1851 derogó la esclavitud y que aún después de esto continuó excluyendo al pueblo afrocolombiano como comunidad de importancia social, económica y política (Departamento Nacional de Planeación, 2012). Debido a esto, las etnias se aislaron de las ciudades importantes y crearon –sin que se percatara el resto del país– comunidades autónomas; sin embargo, su redescubrimiento por parte de las regiones centrales constituyó una fuerte violación de sus derechos: la Ley 2 de 1959, que declaró baldías a las tierras del Pacífico y del Atlántico, y los múltiples proyectos de explotación de recursos naturales en esas mismas zonas durante los años sesenta son muestras patentes del desconocimiento del valor cultural de los territorios ancestrales y la tradición negra (Rosero, 2006).

Como respuesta a esto, desde los años setenta no sólo los palenques, sino también diversas organizaciones de campesinos negros iniciaron una lucha por la reivindicación de sus derechos: nacieron entonces organizaciones como OCABA (Organización Campesina del Bajo Atrato) ACADESAN (Asociación Campesina del San Juan), HACIA (Asociación Campesina Integral del Río Atrato), y organizaciones protectoras de los Derechos Humanos y Culturales de estos pueblos como CIMARRON y ACTUAR (Departamento Nacional de Planeación, 2012, p. 18).

Sólo desde la Constitución de 1991 –y producto del esfuerzo de estas colectividades– se ha hecho un reconocimiento de la etnia, por ejemplo con

la adhesión al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– que trata sobre los derechos fundamentales de los grupos étnicos, avalado mediante la Ley 21 de 1991, y con la afirmación de los derechos de estos grupos a través del artículo 55 transitorio de la Carta Política por el cual:

“[d]entro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley. La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social” (Constitución Política de Colombia, 1991).

En obediencia a lo prescrito, en 1993 aparece la Ley 70, que contiene los derechos territoriales, sociales, económicos, culturales y políticos que permitieron la reestructuración de las formas organizativas de estas colectividades, a partir de la creación de los Consejos Comunitarios, las Comisiones Consultivas, las Comisiones Pedagógicas, la Dirección de Comunidades Negras (Ministerio del Interior), la circunscripción especial para elegir dos miembros de las comunidades afrocolombianas a la Cámara de Representantes y el Proceso de Comunidades Negras (Departamento Nacional de Planeación, 2012, p. 19).



### 1.3. Papel en el conflicto armado

---

Así, hacia mediados de los noventa el país se hallaba progresando en materia de reconocimiento de estos grupos, pero el incremento de la inseguridad debido al conflicto armado colombiano en las zonas propias de las etnias se convirtió en obstáculo para saldar la deuda histórica: la entrada de los grupos paramilitares en 1996 y el desarrollo a escala del conflicto entre la fuerza pública y las guerrillas produjeron desplazamientos y usurpación de sus territorios (Departamento Nacional de Planeación, 2012, p. 20). Desde entonces, el pueblo afrocolombiano ha sido principal blanco de los ataques del conflicto.

La Asociación Nacional de Afrocolombianos desplazados (2011) afirma que el conflicto armado entre el ejército, los paramilitares y las guerrillas ha dado lugar al desplazamiento de más de un millón de afrocolombianos, al confinamiento de sus comunidades mediante la violencia, a la privación del privilegio de la locomoción a través de toques de queda y al bloqueo económico y la persecución a sus líderes. Además, la realización de diferentes megaproyectos empeora la situación, y se refuerza con el hecho de que los desplazados afro que se refugian en centros urbanos sufren de racismo y exclusión social y son obligados a vivir en cinturones de miseria.

## 2. Desarrollo legislativo y administrativo para el progreso afrodescendiente hasta el 2011

---

### 2.1. Leyes, decretos y ordenanzas

---

Como afirma de Roux (2010), el desarrollo legislativo para la asistencia de los grupos afrodescendientes ha sido copiosa, ejemplo

de ello son los Decretos 2314 de 1994, 2253 de 1998, 3050 de 2002 y 4007 de 2006, que conformaron comisiones para la formulación de planes de desarrollo de estas comunidades, o el decreto 4181 de 2007 que creó la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Negra, Afrocolombiana, Palenquera y Raizal, y cuyo objetivo era presentar al gobierno recomendaciones para superar las barreras que limitan el progreso afro con base en estudios de estos pueblos. En cuanto a los habitantes raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia resaltan la Ley 915 de 2004 sobre el desarrollo de condiciones favorables para el progreso del pueblo raizal, el Decreto 2762 de 1991, que regula derechos de circulación y residencia en el Archipiélago, y el Decreto 2548 de 1999 que creó una comisión para, entre otras cosas, proteger la identidad cultural de este pueblo (2010, p. 24).

Igualmente, de Roux (2010, p. 29) resalta la Ordenanza 10 de 2007 de la Asamblea Departamental de Antioquia, que fue el fundamento de la política pública que trataba, entre otros aspectos, del fortalecimiento de las organizaciones afroantioqueñas, planes educativos, de salud y saneamiento y garantía de prestación de servicios públicos básicos y de apoyo al proceso de legalización de sus propiedades. En el Valle se habla de la Ordenanza 299 de 2009, que contemplaba apoyo financiero y técnico para la gestión de titulación de tierras, el desarrollo de proyectos productivos y educativos responsables con el medio ambiente, el fortalecimiento de organizaciones de base de la comunidad afrocolombiana, la generación de estadísticas sobre su situación socioeconómica y la garantía de esta población en los espacios de consulta. En el departamento de Córdoba resalta la Ordenanza 009 de 2009, que enfatizaba en el acompañamiento en procesos de acceso a la tierra rural y a la etnoeducación y que creó la Oficina Departamental de Política para Comunidades Negras o Afrocolombianas de Córdoba.

## 2.2. Documentos CONPES

---

Por su parte, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) es “la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país” (Departamento Nacional de Planeación, s.f.), para lograrlo, estudia y aprueba los documentos programáticos sobre políticas públicas al tiempo que coordina su ejecución. En general, las políticas públicas se expresan por medio de Planes de Desarrollo Nacionales, Departamentales y Municipales y en documentos CONPES. Son tres los principales documentos CONPES que definen políticas públicas de acción afirmativa para la población afrocolombiana (Afrocolombia, s.f.): primero, el documento CONPES 3169 de 2002 - Política para la población afrocolombiana; segundo, el documento CONPES 3310 de 2004 - Política de acción afirmativa para la población negra o afrocolombiana; y tercero el documento CONPES 3660 de 2010 - Política para promover la igualdad de oportunidades para la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal. Para el pueblo raizal en específico se diseñó el documento CONPES 3058 de 1999 - Estrategia del gobierno nacional para apoyar el desarrollo del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Se puede observar entonces que ha sido creada una extensa normativa legal y administrativa y de implementación de políticas públicas para los pueblos afro; sin embargo, los resultados obtenidos con su implementación no han sido los deseados. Así, como lo afirma Grueso, Mow, Robinson-Davis y Viáfara López (2007), la ejecución de los programas planteados en los documentos CONPES produjo efectos minúsculos en las condiciones de vida de los miembros afrodescendientes de la Región Pacífica debido a

la insuficiencia en las inversiones o por ineficacia e ineficiencia en la implementación. Explican que se observan debilidades de reconocimiento y por ende de aplicación y cumplimiento de la legislación para estos grupos, que no existen mecanismos de control y seguimiento de las acciones y que se presencia un progresivo debilitamiento de los procesos organizativos debido a discordias internas, persecución de los líderes y falta de apoyo financiero. Igualmente, explican Viáfara-López, Urrea-Giraldo y Castro-Heredia (2009, p. 2) que aunque buena parte de la población afrocolombiana reside en grandes ciudades la mayor parte de los programas de acción positiva dirigidos a esta no llega a los centros urbanos.

Estos hechos dan a entender que Colombia sufre de explosiones normativas constantes, y que estas en vez de traducirse en una implementación concienzuda, rigurosa y realista acaban por convertirse en un mero disfraz de la omisión a los preceptos constitucionales. Donaires-Sánchez (2002, p. 196) habla acerca de las generaciones de Derechos Humanos y frente a la segunda generación de derechos (los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) afirma que estos se fundamentan en el valor de la igualdad: buscan que el Estado sea un ente activo que genere condiciones adecuadas para la satisfacción de las necesidades del pueblo. En el ordenamiento jurídico colombiano estos derechos se consagran en el Título II de la Constitución Política; ejemplos de ellos son el derecho a la Seguridad Social (artículo 48), a la vivienda digna (artículo 51), a la igualdad de condiciones laborales (artículo 53), a la propiedad de la tierra (artículo 64) y a la educación (artículo 67). A pesar de la consagración de estos derechos, y como se ha explicado antes, los miembros de comunidades negras siguen sin disfrutar de ellos incluso luego de la redacción de las disposiciones legales y administrativas y de la creación e implementación de las políticas públicas.



### 3. El Decreto-Ley 4635 de 2011

Un hito reciente en materia de reparación es la anteriormente mencionada Ley 1448 de 2011, que revistió en su artículo 205 de facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses a partir de la expedición de la ley, para expedir decretos con fuerza de ley que regularan los derechos y garantías de las víctimas de los pueblos indígenas, ROM y Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras. En obediencia a lo prescrito se expidió el Decreto-Ley 4635 de 2011, el cual dicta medidas para la asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas de comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras. En su artículo 3 se explica que se considera víctima para efectos del Decreto-Ley a:

“(…) las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, como **sujetos colectivos y a sus miembros individualmente considerados**, que hayan sufrido un daño en los términos definidos en este decreto por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las Normas Internacionales de Derechos Humanos y que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno. (...)” (Decreto-Ley 4635 de 2011) [negritas fuera del texto original].

Esto marca una diferencia fundamental frente a la reparación individualmente considerada tratada en la Ley 1448 de 2011: en los primeros apartes del texto pudo observarse cómo la realidad histórica de estos pueblos está fundamentalmente ligada a la tierra, pues en ella encontraron paz en medio de la esclavitud y por ella han luchado siempre frente a los atentados contra sus derechos; esto fue observado por el

legislador, quien consideró fundamental que en este caso no se resarciera únicamente a los individuos aisladamente considerados sino a la comunidad en su totalidad, incluyendo su ideología, sus cultos y todo su bagaje histórico y cultural. De ahí que el Decreto-Ley hable de la reparación colectiva (artículo 6), del daño a la integridad cultural (artículo 7) y del daño ambiental y territorial (artículo 9).

En efecto, como el Decreto-Ley 4635 de 2011 luce tan completo a los ojos de un Estado Constitucional de Derecho, se llega a pensar que el resarcimiento material en efecto se llevará a cabo. Se habla de reparación integral (artículo 38), del derecho fundamental al territorio (artículo 40), ayuda humanitaria (artículo 51), medidas en materia de educación (artículo 52), atención en emergencia de salud (artículo 54), pólizas de salud (artículo 57), medidas de reparación en materia de vivienda (artículo 60), retornos y reubicaciones colectivas (artículo 71) e incluso existe un aparte específico respecto al Plan Integral de Reparación Colectiva (PIRC), esto es el instrumento por medio del cual “se garantizará el cumplimiento de las políticas dirigidas a reparar integralmente a los sujetos colectivos étnica y culturalmente diferenciados y sus miembros individualmente considerados, que hayan sufrido daños en los términos del artículo 3° del presente decreto” (Decreto-Ley 4635 de 2011, artículo 17). Ahora bien, siendo Colombia un Estado Constitucional de Derecho la parte orgánica de la Constitución sólo puede adquirir sentido y razón de ser como aplicación de la parte dogmática (Corte Constitucional de Colombia, 1992); sin embargo, la realidad es que materialmente no se han conseguido los resultados esperados.

Según el Primer Informe de seguimiento y monitoreo a la implementación de los Decretos ley de víctimas Indígenas, Negras, Afrocolombianas, Palenqueras, Raizales y ROM (Comisión de seguimiento de los organismos de control, 2013), corresponde a la Unidad Administrativa Especial de Gestión y Restitución de Tierras (UAEGRTD)

crear dependencias y recursos para atender las demandas en materia de estos grupos étnicos, por lo cual en algunas regiones del país se consiguieron los equipos respectivos; sin embargo, esto resultó insuficiente para adelantar los procesos previos de tipo administrativo y acompañar el posterior proceso judicial de restitución de tierras.

El informe observó también deficiencias de articulación y coordinación entre el Ministerio del Interior, la Unidad Administrativa Especial de Gestión y Restitución de Tierras y la Dirección de Asuntos Étnicos de la Unidad de Atención, Asistencia y Reparación Integral a las Víctimas (UAERIV), traducidas en dobles o triples esfuerzos (Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control, 2013, p. 7).

Además, de acuerdo al Decreto-Ley 4635 de 2011, el Registro Único de Víctimas debe tener un componente étnico especial, traducido en un procedimiento particular que indique la pertenencia étnica de la comunidad, las violaciones a las víctimas individuales y comunitarias, ubicación, variables de caracterización de daños y afectaciones étnico-territoriales. Sin embargo, hasta entonces la UAERIV no había implementado un formato especial para tales efectos, de modo que el Ministerio Público no podía realizar la toma de las declaraciones (Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control, 2013, p. 8). Según el Informe, la UAERIV se había reunido hacia el segundo semestre de 2012 con miras a validar el nuevo Formulario Único de Declaración Individual y Colectivo pero hasta entonces no se había logrado su implementación.

De igual modo, la Atención Humanitaria no ha sido realizada con el enfoque diferencial que señala el Decreto-Ley, entre otras cosas porque la mayoría de las entidades locales desconocen esa normatividad especial. Además, se agrega a las falencias de personal y presupuesto que la Dirección de Gestión Social y Humanitaria no haya establecido un monto específico para la

entrega del componente de atención humanitaria para ninguna población en particular (Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control, 2013, p. 16).

Asimismo, dado que la Unidad de Víctimas no suele notificar a los beneficiarios que se ha aprobado la ayuda humanitaria de emergencia ni comunica los datos que deben conocer frente a la consignación efectuada a su favor en las entidades bancarias, las víctimas desinformadas no reclaman las ayudas humanitarias, por lo que estas son devueltas por la entidad financiera a la Unidad de Víctimas (Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control, 2013, p. 17).

En cuanto a los procesos de retorno es necesario resaltar que para el pueblo afrocolombiano esto es fundamental porque, como se explicó antes, toda su dinámica histórica está estrechamente ligada a la tierra, por lo que sus relaciones culturales sólo pueden ser enteramente restablecidas en su tierra; sin embargo, los procesos de retorno han sido lentos y precarios (Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control, 2013, p. 25), y es entendible que así sea, en tanto las condiciones de seguridad para acceder a las zonas propias de estos pueblos no son las mejores y el transporte se torna difícil dado el estado de las vías.

Aquí es preciso reconocer que tanto la Ley 1448 de 2011 como el Decreto-Ley 4635 de 2011 expresan normas jurídicas que dan solución a un problema grave y complejo, y que por ende su aplicación es lenta y sus resultados observables a mediano y largo plazo. Por ende, si bien hasta el momento ha sido precaria la aplicación de estas normas es importante hacer un llamado a la comprensión; pero a su vez –y en mayor medida– es necesario hacer un llamado de atención a las autoridades respectivas para que corrijan las falencias expuestas anteriormente y para que empiecen a crear una cultura jurídica nueva, que dé lugar a la creación de normas jurídicas minuciosamente planificadas.



## 4. Las propuestas de reparación en el Proceso de Paz

---

El hecho de que Colombia se encuentre en un proceso de paz es muestra de que la realidad de las etnias afro no es del todo ignorada. En efecto, la Mesa de Conversaciones de la Habana ha formulado varios foros de participación ciudadana, en los cuales se crean diversas propuestas con respecto a los puntos de interés en el Proceso de Paz, para que estas sean enviadas posteriormente a Cuba y se observen. Uno de los puntos de discusión es el concerniente a las víctimas del conflicto. Han sido cuatro los foros realizados con respecto a este tema –en Villavicencio, 4 y 5 de julio de 2014; Barrancabermeja, 10 y 11 de julio de 2014; Barranquilla, 17 y 18 de julio de 2014 y Cali, 3,4 y 5 de agosto de 2014. Como se explicó anteriormente, los informes preliminares que han sido publicados dan cuenta de la enorme tarea que las víctimas le han asignado al Estado y en cuyo cumplimiento tienen puestas sus esperanzas. Varios son los puntos en los que se propone respecto a la reparación de las comunidades afrodescendientes:

El foro de Villavicencio plantea realizar un reconocimiento especial de las comunidades indígenas, afros y campesinas “como víctimas que pertenecen a un colectivo, por la relación intrínseca que existe entre éstas y el territorio, y las vulneraciones sufridas debido a los enfrentamientos por el control territorial entre los distintos actores armados” (Universidad Nacional de Colombia, 2014). Igualmente, propone garantizar el respeto al derecho a la consulta previa y a los derechos colectivos de las comunidades negras e indígenas, además de luchar por la permanencia de estos grupos en sus territorios. Considera fundamental reconocer y documentar las formas de violencia hacia las mujeres afro y esclarecer la verdad de los hechos a partir de

una Comisión de la Verdad, otorgándoles a estas víctimas una reparación especial. Finalmente, enfatiza en la importancia de incluir la dimensión colectiva en la reparación de víctimas.

Por su parte, el foro realizado en Barrancabermeja mencionó el tema de las comunidades afro al señalar la necesidad de descriminalizar y desjudicializar la protesta social de los miembros de este pueblo, “reconociendo la responsabilidad de los procesos de victimización a los que han sido sometidos por el Estado y todos los actores armados” (Universidad Nacional de Colombia, 2014) .

Por último, el foro de Barranquilla colocó en primer plano al Estado como victimario, y opinó que este debe reconocer su responsabilidad en la generación y continuidad del conflicto armado, abandonar la estrategia de “guerra sucia” contra la oposición política y asumir la responsabilidad por las infracciones de Derecho Internacional Humanitario contra los miembros de las FARC y sus familias, de modo que se pueda garantizar el derecho a la justicia que tienen las víctimas de crímenes de Estado, “especialmente en delitos como detención, desaparición forzada y desplazamiento forzado, violencia contra la mujer y las poblaciones indígenas y afrodescendientes” (Universidad Nacional de Colombia, 2014).

Ante estas propuestas no hay norma moral que permita incumplir con las promesas realizadas. Sin embargo, se debe recordar que, como dice Recasens Siches (1997) el plano de la moral es preferentemente intencional y no necesariamente material. El Estado colombiano puede tener todas las buenas intenciones de conseguir materialmente los objetivos propuestos, pero la realidad puede ser muy diferente, si se tienen en cuenta las difíciles condiciones de educación, salud y vivienda en que vive gran parte de la población afro y la históricamente precaria implementación de políticas públicas. En ese sentido, la tarea de cumplir con la reparación de víctimas no es dura, es monstruosa.

Experiencias históricas demuestran que los Procesos de Paz son lentos, que pueden durar años y que sus efectos no son inmediatos<sup>1</sup>. Lo mismo puede decirse de los documentos citados anteriormente sobre políticas públicas: por su mera expedición no se puede pensar que la situación de estas comunidades vaya a mejorar de la noche a la mañana, antes al contrario, luego de su promulgación lo que se espera es que se presenten dificultades en la aplicación, bien sea porque los planes no estuviesen correctamente pensados, por vacíos lingüísticos, porque el gobierno no respondiese con ayudas suficientes o por escasez de recurso humano o presupuestal. Pero si luego de expedir cuatro documentos CONPES en un período de once años la situación de los pueblos afrodescendientes no ha mejorado notablemente, entonces algo está mal en el diseño de las mismas.

A lo largo del texto se ha expuesto el fenómeno de proliferación excesiva de leyes y decretos que no se ha traducido en una mayor comprensión del derecho por parte de operarios y beneficiarios, sino que por el contrario ha producido confusiones e improvisaciones a la hora de implementar las disposiciones. Además, se ha explicado que la gran cantidad de documentos que versan sobre políticas públicas para el desarrollo del pueblo afrodescendiente no ha producido los resultados esperados en su aplicación: falta de coordinación entre entidades, escasez de presupuesto y personal y confusión frente a los procedimientos son los principales problemas presentados, a lo que se le suma que en vez de corregir fácticamente las falencias se expiden nuevos documentos igualmente vagos y equívocos en sus expresiones.

A pesar de todo, el Proceso de Paz es una oportunidad para corregir los errores pasados y empezar a crear normas jurídicas expresadas en documentos concisos, planeados con absoluto rigor, atendiendo a las posibilidades reales en las que se encuentre Colombia para su aplicación. ¿De qué sirve expedir una norma legal si su

fuente de manifestación jurídica es tan vaga, equívoca e incompleta que sus operarios no logran aplicarla? ¿Para qué expedir esa norma sin planificar correctamente los presupuestos o asegurarse de que aquellos que vayan a brindar los beneficios estén correctamente capacitados?

Colombia, en medio de este Proceso de Paz, se halla en valiosa oportunidad de reivindicarse como Estado Constitucional de Derecho, pero esto sólo se podrá si hay un compromiso social y político real y si en efecto la cultura jurídica es renovada. Los Raizales, los Palenqueros, los Afrocolombianos y Negros han vuelto a tejer una y otra vez su cultura con retazos sobrantes de la historia, pero no lo han hecho sin secuelas ni de la mejor forma, en tanto no han recibido nunca la ayuda necesaria y suficiente. Por ende, es preciso replantearse la forma de diseñar e implementar políticas públicas en aras de proteger debidamente la dignidad humana de estos pueblos.

---

## Conclusiones

---

Es posible concluir que a pesar de que se han diseñado numerosas políticas públicas en materia de desarrollo de los pueblos afrodescendiente la implementación de estas ha tenido muchas falencias; igualmente, el desarrollo legal y administrativo sobre reparación de víctimas de los pueblos Afrocolombianos, Negros, Palenqueros y Raizales ha tenido serias dificultades, que son entendibles si se mira desde el punto de vista cronológico de su expedición, pero no desde una mirada sobre su diseño y planificación.

Dado que el Proceso de Paz se proyecta a largo plazo los resultados no serán visibles de inmediato, pero por eso mismo se debe mirar este tiempo como una oportunidad para corregir los anteriores errores en aplicación de políticas públicas a partir de la investigación profunda de las condiciones de vida de estos pueblos, su participación real en el diseño de las mismas, una



planificación realista, concienzuda y minuciosa de estas y una aplicación responsable.

Finalmente, son dos los interrogantes que pueden surgir de este trabajo: ¿Cuáles deberán ser las acciones concretas para disminuir la explosión legislativa que sufre la nación colombiana? y ¿cómo crear en el marco del Proceso de Paz políticas públicas realistas que sean verdaderamente aplicadas y que produzcan efectos benéficos tangibles a largo plazo?

## Referencias bibliográficas

Afrocolombia. (s.f.). *Documentos CONPES para la población afrocolombiana*. Recuperado el 15 de Mayo de 2015, de Departamento Nacional de Planeación: <http://afrocolombia.webnode.es/products/documentos-conpes-para-poblacion-afrocolombiana/>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Bogotá: Editorial Atenea, 2016.

COLOMBIA. MINISTERIO DEL INTERIOR. DECRETO-LEY 4635 DE 2011 “Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”. En: Diario Oficial No. 2341. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.

Colombia. Comisión de seguimiento de los organismos de control. (2013). *Primer informe de seguimiento y monitoreo a la implementación de los Decretos ley de víctimas indígenas, negras, afrocolombianas, palenqueras, raizales y rom*. Recuperado el 5 de Mayo de 2015, de Secretaria del Senado: <http://www.secretariasenado.gov.co/INFORMES%20>

DE%20SEGUIMIENTO%20Y%20MONITOREO%202013/INFORME%20EJECUTIVO%20SEGUIMIENTO%20Y%20MONITOREO%20A%20LA%20IMPLEMENTACION%20DE%20LOS%20DECRETOS%20LEY.pdf

Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (s.f.). *El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES*. Recuperado el 14 de Mayo de 2015, de Departamento Nacional de Planeación: <https://www.dnp.gov.co/CONPES/Paginas/conpes.aspx>

Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2012). *Evaluación de operaciones y resultado del proceso de consulta previa. Informe 4: Informe Final - Informe de Evaluación e Informe de recomendaciones*. Recuperado el 14 de Abril de 2015, de Departamento Nacional de Planeación: <https://sinergia.dnp.gov.co/Sinergia/Archivos/0993b2cd-6911-4f7e-94cd-4c1cc6b7e5c5/Informe%20Final%20Evaluaci%C3%B3n%20Consulta%20Previa.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de Octubre de 2013). *Sesión 149: Período de Sesiones. Situación de los líderes y lideresas afrodescendientes en Colombia*. Recuperado el 28 de Marzo de 2015, de Organización de los Estados Americanos: [http://www.afrodescendientes-undp.org/FCKeditor\\_files/File/PP\\_AVANCE\\_POB\\_AFROCOLOMBIANA.pdf](http://www.afrodescendientes-undp.org/FCKeditor_files/File/PP_AVANCE_POB_AFROCOLOMBIANA.pdf)

Cristancho-Carrido, B., Caballero-Escorcía, A., García-Escobar, M., Argoty-Pulido, L., Díaz-Lozana, R., Ospina-Ortiz, ... Melo-Pinzón, J. Geografía económica y social. En: M. Rangel (ed.), *Geografía e Historia de Colombia* (pp. 80-100). Bogotá: Santillana.

De Roux, G. (2010). Políticas públicas para el avance de la población afrocolombiana: revisión y análisis. Panamá: Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. Obtenido de: [http://www.afrodescendientes-undp.org/FCKeditor\\_files/File/PP\\_AVANCE\\_POB\\_AFROCOLOMBIANA.pdf](http://www.afrodescendientes-undp.org/FCKeditor_files/File/PP_AVANCE_POB_AFROCOLOMBIANA.pdf)



Donaires-Sánchez, P. (2002). Los Derechos Humanos, Revista telemática de la Filosofía del Derecho (RTFD), 5, 193-199.

Grueso, L., Mow, J., Robinson-Davos, D., & Viáfara, C. (15 de Enero de 2007). Plan integral a largo plazo para la población negra/ afrocolombiana, palenquera y raizal. Recuperado el 9 de Mayo de 2015, de Alcaldía de Zona Bananera - Magdalena: [http://www.zonabananera-magdalena.gov.co/apc-aa-files/65663434343965646562343461663030/Anexo\\_P3\\_1\\_propuesta\\_Equipo\\_Plan.pdf](http://www.zonabananera-magdalena.gov.co/apc-aa-files/65663434343965646562343461663030/Anexo_P3_1_propuesta_Equipo_Plan.pdf)

Mesa Nacional de Garantías. (2011). Informe Mesa Nacional de Garantías. Informe sobre las persecuciones, amenazas y asesinatos a líderes y lideresas del proceso organizativo. Afrodes. Recuperado el 17 de Abril de 2015, de Mesa Nacional de Garantías: [http://issuu.com/afrodes/docs/proceso\\_de\\_garanti\\_as\\_afrocolombianos\\_1\\_](http://issuu.com/afrodes/docs/proceso_de_garanti_as_afrocolombianos_1_)

Recaséns-Siches, L. (1997). Introducción al estudio del Derecho. México: Porrúa.

Rosero, C. (2006). Los afrodescendientes y el conflicto armado en Colombia: la insistencia en lo propio como alternativa. Recuperado el 15 de Abril de 2015, de Programa de iniciativas universitarias para la Paz y la Convivencia: <http://www.piupc.unal.edu.co/catedra01/pdfs/rosero.pdf>

Universidad Nacional de Colombia. Centro de pensamiento y seguimiento al diálogo de paz. (2014). Informe general de las mesas de trabajo: foro regional sobre las víctimas - Barrancabermeja. Recuperado el 15 de Febrero

de 2015, de Universidad Nacional de Colombia: <http://www.investigacion.unal.edu.co/piensapaz/images/stories/Foros/informe%20general%20final%20sobre%20las%20mesas%20de%20trabajo%20barranca.pdf>, fecha de consulta

Universidad Nacional de Colombia. Centro de pensamiento y seguimiento al diálogos de paz. (2014). Informe general de las mesas de trabajo: foro regional sobre víctimas - Villavicencio. Recuperado el 2015 de 15 de Febrero, de Universidad Nacional de Colombia: <http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/Paz/undp-co-informevillavicencio-2014.pdf>

Universidad Nacional de Colombia. Centro de pensamiento y seguimiento al diálogo de paz. (2014). Informe preliminar de las mesas de trabajo: foro regional sobre víctimas - Barranquilla. Recuperado el 15 de Febrero de 2015, de Universidad Nacional de Colombia: <http://www.investigacion.unal.edu.co/piensapaz/images/stories/Foros/informe%20final%20barranquilla%2027%20julio.pdf>

Valencia-Agudelo, G. (21 de Abril de 2014). El proceso de paz es incompatible con las prisas y la lógica electoral. Recuperado el 16 de Mayo de 2015, de Instituto de Estudios políticos de la Universidad de Antioquia: <http://iep.udea.edu.co:8180/bibliotecaiep/bitstream/recursos/68/1/GValencia36.pdf>

Viáfara-López, C., Urrea-Giraldo, F., Castro-Heredia, J. (2009). ¿Por qué son convenientes las políticas de acción afirmativa para la población negra o afrodescendiente?, El Observador Regional, 9, 1-4. Disponible en: [http://elobservador.univalle.edu.co/OBS\\_9.pdf](http://elobservador.univalle.edu.co/OBS_9.pdf)



- 
- \* Investigación nacida de la reflexión de la situación de las comunidades afrocolombianas a lo largo de la historia del conflicto armado y las dificultades existentes y posibles a la hora de su reparación integral en el marco del Proceso de Paz. Inició el 15 de febrero de 2015 y terminó el 16 de mayo de 2015, bajo la asesoría del profesor Cesar Augusto Molina-Saldarriaga, encargado del curso de Dogmática Constitucional en la Universidad Pontificia Bolivariana.

Artículo ganador del concurso de ensayo “Octavio Arizmendi Posada” Decimotercera versión/2015

- \*\* Estudiante de cuarto semestre de derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, correo electrónico: [laura.arteaga@upb.edu.co](mailto:laura.arteaga@upb.edu.co)
- 1 Por ejemplo, en Filipinas el proceso de negociaciones duró cuatro años y la paz se firmó un año después de un alto al fuego unilateral de un año. En Sudán se iniciaron conversaciones en 1994 y apenas en el 2002 firmaron un primer acuerdo de paz. Además, en Sri Lanka se obtuvieron acercamientos con el Liberation Tigers of Tamil Eelam entre 1993 y 1994 para luego generar un cese al fuego en 1995 y llegar a un acuerdo luego del período 1998-2002.



# El flagelo silencioso de las mujeres en el conflicto armado\*

Maria Paulina Aguilar Salazar\*\*

## Resumen

---

Las mujeres en el conflicto armado colombiano han sido víctimas de violencia sexual de forma generalizada, siendo sus victimarios los combatientes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y los del Ejército Nacional. Por lo que se formula la propuesta de realizar políticas públicas que articulen los componentes social, económico y de seguridad para atender adecuadamente las necesidades de estas mujeres y reivindicar sus derechos. La metodología utilizada fue la recopilación y sistematización de información para realizar el texto.

## Abstract

---

Women, in the armed conflict in Colombia, have been victims of sexual violence in a generalized way, and their victimizers have been guerrilla members of FARC, (Colombian Revolutionary

Armed forces) and the official Colombian Army. For it is formulated this proposal of making public policies that build social, economic and security components, to fulfill the needs of these woman and to demand their rights. The methodology used was the recompilation and systematization of the information to write this article.

## Palabras clave

---

Mujeres víctimas del conflicto armado, actores del conflicto (Ejército Nacional y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), acceso a la administración de justicia, políticas públicas.

## Key words

---

Women victims of the armed conflict, conflict parts (national Colombian army and Colombian revolutionary armed forces), access to justice administration, public policies.



## Introducción

El conflicto armado entre Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Estado colombiano, tiene lugar aproximadamente hace cinco décadas. Inicialmente el grupo guerrillero tenía unos objetivos ideológicos que giraban en torno a las ideas comunistas (Grupo de memoria histórica, 2013); sin embargo, con el pasar del tiempo, se involucraron con el narcotráfico, entre otras razones, para financiar la guerra, lo que condujo a que paulatinamente fueran perdiendo sus objetivos iniciales, por lo que comenzaron a realizar acciones delictivas en contra de la población civil que en un principio pretendían ayudar. Tales actos son: secuestro, extorsión, masacres, reclutamiento forzado de menores, violencia sexual contra las mujeres como forma de intimidación, entre otros.

En medio de esta situación se presentan combates entre las FARC y el Ejército Nacional por el control de determinados territorios, donde se repite en Colombia lo que a lo largo de la historia ha sucedido en los distintos conflictos bélicos, que es el hecho de que el cuerpo de las mujeres sea visto como “botín de guerra” y utilizado para ejercer control social y territorial (Fiscó, 2005).

Las mujeres que se ven envueltas en esta situación padecen en silencio debido a que cuando alguno de los bandos ocupa algún territorio, son vistas como recompensa por la reciente victoria, por lo que se convierten en víctimas de maltratos, abusos sexuales y otras vulneraciones a sus derechos sin posibilidad de denunciar y hacer visible su flagelo (Fiscó, 2005). Esto por cuanto en las zonas en las que viven carecen de instituciones que permitan el acceso a la administración de justicia (García, Ramírez, 2010), y que después de haber sido víctimas de violencia sexual, se ven cohibidas por las amenazas de sus victimarios a sabiendas de que cuando estos dejen el territorio ya no contarán con las suficientes pruebas para efectuar la denuncia.

Lo más preocupante de esta situación es que el Ejército es una institución del Estado encargada de la defensa de la Nación, en cuanto a su soberanía, independencia, integridad del territorio y orden constitucional (Constitución Política de Colombia, 1991), lo cual se traduce en seguridad para los habitantes del territorio colombiano. Pero de acuerdo a lo que se ha planteado, han dejado de lado esta función y se han convertido en uno de los principales agresores de las mujeres, contribuyendo como lo dice la asesora interregional Isabel Ortiz Senior del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU, con la deslegitimación del Estado al incumplir con las obligaciones que se derivan del “contrato social” (Ortiz, 2007).

Durante los periodos presidenciales de Juan Manuel Santos han tenido lugar conversaciones para lograr la finalización de conflicto armado con las FARC, donde los puntos de la agenda a discutir han sido: políticas de desarrollo agrario integral, participación política, fin del conflicto, solución al problema de las drogas ilícitas, víctimas y mecanismos de refrendación de los acuerdos. De acuerdo a lo anterior las mujeres a las que se les vulneraron sus derechos e integridad física durante el conflicto no se les han dado suficiente importancia en los diálogos de paz, lo que puede llevar a que en un futuro no sean objeto de reivindicación de derechos por parte del Estado. Así, es indispensable la visibilización de la violencia contra la mujer durante el conflicto armado para lograr el desarrollo y aplicación de políticas públicas adecuadas durante el posconflicto que permitan lograr los fines planteados durante los diálogos de paz.

Como consecuencia de la posición de desventaja y abandono por parte del Estado en la que se encuentran las mujeres víctimas del conflicto, se hace necesaria la implementación de políticas públicas para lograr la reivindicación de sus derechos y la protección adecuada para que esa violencia sexual y atentado contra su dignidad no se vuelva a presentar. Por ello surge la pregunta ¿qué tipo de políticas públicas resultan adecuadas

y efectivas para la protección y reivindicación de los derechos de las mujeres víctimas del conflicto en Colombia?

La respuesta a este interrogante es importante, ya que permite la visibilización del sufrimiento que afecta a estas mujeres, lo que permitiría promover una atención adecuada a su particular situación. También es importante resolver la pregunta para el derecho constitucional colombiano, en cuanto a que el Ejército Nacional hace parte de la estructura institucional del Estado, tal como lo muestra el Artículo 217 de la Constitución Política de Colombia al indicar que “la Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” (Constitución Política de Colombia, 1991). Al ser el Ejército una institución pública, sus miembros solo pueden hacer lo que les esté estrictamente permitido y al no cumplir con esto, además de realizar acciones delictivas, produce una deslegitimación de la institución y del Estado, al atentar contra el contrato social, por tal motivo es indispensable solucionar esta problemática.

En cuanto al ámbito social es importante la respuesta a esta pregunta, ya que para lograr una adecuada convivencia es fundamental la confianza de las personas en las instituciones del Estado, contribuyendo a que este pueda realizar de forma adecuada sus funciones, al brindar verdadera seguridad y control territorial, eliminando las posibilidades de convertirse en víctimas a manos del ejército, y que las que ya existen tengan la oportunidad y los medios para superar el trauma derivado de estas acciones delictivas, pasando de ser víctimas a ser personas que contribuyan de forma positiva en la construcción de una nueva sociedad.

El objetivo de este trabajo es hallar una respuesta a la pregunta planteada, para que las mujeres víctimas primero adquieran visibilidad y se puedan

crear políticas públicas que tengan efectividad en la reivindicación y protección de sus derechos.

En la parte inicial del texto se expondrá cómo a lo largo de la historia el cuerpo de la mujer ha sido utilizado como arma de guerra. Posteriormente se hará una contextualización del conflicto armado colombiano y cómo a las mujeres víctimas del conflicto se les vulnera el derecho a la administración de justicia, situación que genera una deslegitimación del Estado colombiano. Finalmente se hablará de las políticas públicas como herramientas fundamentales para la restitución de los derechos de las mujeres.

La metodología para la realización del artículo investigativo fue la recopilación de información relacionada con el tema, para luego hacer una selección y sistematización de los textos con la finalidad de extraer la información relevante para la elaboración del artículo con el fin de llevar a cabo el proceso de escritura.

## **2. Utilización histórica del cuerpo de la mujer como arma de guerra en los conflictos bélico**

---

Los actos violentos en contra de las mujeres han existido desde hace siglos, debido a que la conformación social se ha dado de forma orientada al género, en el que se insertan estructuras rígidas de formas de comportamiento, por lo que las labores, los bienes y responsabilidades se distribuyen de una manera determinada solo por el hecho de ser hombre o mujer. Esto se traduce en la conformación de una estructura patriarcal en la que se da un dominio masculino sobre las mujeres y los niños al interior de las familias, permeando además la sociedad en general.

La interiorización de esta estructura patriarcal hace que durante las guerras, una de las armas más utilizadas sea la agresión sexual contra la mujer, precisamente porque son vistas como objetos,



tanto así, que son identificadas como “Botín de Guerra” al igualarlas con el saqueo de los bienes (Fiscó, 2005).

Prueba de esto es que durante “la primera Guerra Mundial las víctimas civiles representaron el 15% de las muertes. En la segunda guerra mundial fueron el 50%. Hoy, aproximadamente el 80% de las víctimas de los conflictos son civiles, la mayoría mujeres y niños”, siendo la violación la agresión más común a las mujeres que viven en zonas de conflicto (Gaudó, González, Elosegú, 2002).

Es importante resaltar que en los conflictos de carácter no internacional, las agresiones a las mujeres no solo vienen dadas por los grupos insurgentes, sino también por los soldados de las fuerzas gubernamentales (Fiscó, 2005).

Este tipo de agresiones impactan física y psicológicamente a la mujer (Pinzón, 2009), lo que puede producir un trastorno de estrés postraumático y dejar secuelas de por vida. No obstante, apenas en 1994 la Organización de las Naciones Unidas aprobó la declaración sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer.

### **1.1. Contextualización de la violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado colombiano (FARC-Estado)**

Colombia es un país que ha tenido conflictos violentos desde su conformación (Ospina, 2013). Uno de los más extensos en términos de tiempo y territorio afectado, ha sido el del Estado Colombiano en contra de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), las cuales surgieron a partir de la transformación de las autodefensas comunistas, dándose una transformación de la violencia (Granada, Restrepo, Vargas, 2009).

En 1962 existían grupos campesinos armados contra el Estado, por lo que el presidente de turno

Guillermo León Valencia optó por atacarlos, ya que para el momento estaban fuera del control Estatal. En 1964 se efectuó el ataque al enclave comunista de Marquetalia, lo que produjo que ese grupo en particular, decidiera constituirse de forma organizada como guerrilla, por ende el número de combatientes se incrementó al igual que su presencia y control en diversas partes del territorio colombiano, dándose su consolidación oficial en 1965.

Posteriormente esta guerrilla recibió influencia del narcotráfico y comenzó a participar en él, entre otros motivos, para financiar la guerra. Así, esta guerrilla pierde su ideología comunista.

Entre 1996 y 2005 se incrementaron los índices de violencia por medio de secuestros, extorsión, masacres, asesinatos selectivos y desplazamiento forzado a manos de las FARC (Grupo de memoria histórica, 2013), sin embargo existen otras formas de victimización que no son consideradas tan relevantes en este contexto, ya que generalmente el análisis del conflicto se enmarca en el estudio de la violencia letal (Granada et al, 2009). Así, se deja de lado la violencia sexual contra la mujer como forma de victimización.

Uno de los motivos por los cuales la violencia sexual contra la mujer es poco tenida en cuenta, es la falta de denuncias. Esto es así porque esta forma de violencia ataca profundamente la integridad de la persona, lo que puede tener efectos físicos y psicológicos en ella, haciendo que por motivos culturales, sociales o individuales, la víctima se abstenga a denunciar (Pinzón, 2009).

Otra razón por la cual las mujeres no denuncian los hechos, es porque las “instituciones y entidades encargadas de investigar este tipo de delito, no cuentan con la capacidad logística y de recursos para atender la recepción de este tipo de información” (Pinzón, 2009), además la metodología para la recolección de dicha información no es totalmente confiable.

Lo cierto es que las mujeres víctimas de estos ataques están atemorizadas por la posibilidad de volver a ser agredidas a causa de efectuar una denuncia.

Es importante resaltar que Colombia es un país donde históricamente se ha excluido e invisibilizado a la población campesina (Grupo de memoria histórica, 2013), por tanto, hoy las mujeres más vulnerables a este tipo de agresión, son las que se encuentran en áreas rurales con presencia guerrillera, ya que están justo en medio del conflicto y los combates entre el Ejército y las FARC. Además, debido a la estructura patriarcal, las mujeres rurales no cuentan con los mecanismos para hacer frente a los impactos del conflicto armado y quedan a merced de las formas de dominación que se establecen en la disputa (Defensoría del pueblo, 2014) por lo que son utilizadas como objetos sexuales, solo para ofender al enemigo o como forma de atemorizar a la población.

Sonia Fisco, en “Atroces realidades: la violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado colombiano”, hace un estudio y recopila información que indica que el 18.6% de las agresiones son realizadas por las FARC y 10.6% por miembros del Ejército Nacional. Cuando uno de los bandos avanza en territorio dominado por el contrario se desatan los ataques sexuales contra las mujeres. Así, el 8% de los delitos sexuales suceden en medio de tomas municipales (Fiscó, 2005).

### **1.2. Vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia**

---

Una situación constante que se da en las zonas donde se presenta mayor actividad del conflicto armado, es la dificultad para acceder a la administración de justicia, debido a que sujetos, como el juez y la víctima se ven permanentemente amedrentados, lo que constituye una disminución en la cantidad de casos que los jueces reciben

(García, Ramírez, 2010) y los que recibe no son eficientemente tramitados.

Así, la ausencia de respuesta del órgano judicial ante las exigencias de la población civil afectada por el conflicto, además de la imposibilidad en algunos casos de acceder a ella, generan desconfianza en la institucionalidad (Gómez, 2003) y sin un tercero imparcial que resuelva los litigios, se abre paso a la justicia por mano propia, la cual alimenta la violencia ya existente.

La desconfianza de las personas en las instituciones del Estado se ve incrementada cuando en algunos casos se evidencia la complicidad que existe entre autoridades como la Policía Nacional y las Fuerzas Militares con los grupos armados, al realizar acciones para evitar la documentación de delitos sexuales contra las mujeres (Fiscó, 2005).

### **1.3. Deslegitimación del Estado por incumplimiento del contrato social**

---

De acuerdo a lo que se ha explicado, hay dos elementos fundamentales que hacen que el Estado pierda legitimidad:

- El Ejército Nacional como institución que representa al Estado colombiano, agrede a la población civil, fundamentalmente atacando sexualmente a las mujeres de las diferentes poblaciones en el marco del conflicto armado. Por tanto, tiene una cuota de responsabilidad en el alto grado de impunidad (Fiscó, 2005).
- Por negligencia o por acción el Estado es incapaz de atender la necesidad de satisfacer el derecho a la administración de justicia de las personas víctimas del conflicto armado.

De acuerdo a la teoría contractualista la soberanía nacional es el resultado de un acuerdo entre los hombre y “dicho acuerdo es fundamento del poder pero también un límite del mismo” (Beccaria, 2014).



Así, la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 217 que el Ejército nacional hace parte de las Fuerzas Armadas, las cuales están constituidas para la defensa de la nación (Constitución Política de Colombia, 1991). En consecuencia, cuando el Ejército Nacional agrede a la población civil, está actuando en contra de lo pactado, lo que genera una pérdida de legitimidad del Estado.

Los ciudadanos contribuyen con el funcionamiento adecuado del Estado y por ende con el cumplimiento del “contrato social”, por medio del pago de tributos. Mientras que el Estado adquiere legitimidad protegiendo los derechos de los ciudadanos (Ortiz, 2007). Conforme a esto la Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 229 el derecho a la administración de justicia, el cual es vulnerado especialmente en el marco del conflicto armado, lo que constituye otra razón de la pérdida de legitimidad del Estado.

## 2. Políticas públicas y restablecimiento de los derechos de la mujer

En el año 2012 el gobierno nacional en cabeza del actual presidente Juan Manuel Santos, dio comienzo a los diálogos de paz con el grupo armado FARC. En el 2015 este grupo realizó un ataque contra un campamento del Ejército en el cual murieron diez soldados. Esta noticia generó conmoción en el país.

En consecuencia para efectos de la realización de este artículo es importante mencionar que independientemente de que se logre firmar o no un acuerdo de paz, es urgente proteger de forma efectiva a las mujeres que se encuentran expuestas a ser víctimas de agresiones sexuales a causa del conflicto armado, ya que a pesar de los esfuerzos que se han dado en materia normativa como el hecho de que este delito sea considerado un

crimen de lesa humanidad, la ratificación por Colombia del convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la ratificación de la convención de derechos humanos de Viena de 1993 y el protocolo adicional II de la convención de Ginebra, no ha sido suficiente para lograr una protección real de las mujeres (Fiscó, 2005).

De esta forma, a causa de la pérdida de confianza en los poderes de representación, la mirada pasa a enfocarse en las políticas públicas y en la evaluación de sus efectos (Roth, 2010). De acuerdo a esto, Isabel Ortiz sostiene que la política social debe tomar un papel principal, en tanto es fundamental para el desarrollo no solo social, sino también económico del país, lo que contribuye a la estabilidad política y a la cohesión social, siendo estos, dos factores importantes para la superación de los conflictos (Ortiz, 2007). Esta política debe incluir servicios como la educación, la salud y la seguridad social, además de protección y justicia social.

En el siguiente apartado se señalarán a grandes rasgos cómo es la elaboración de una política pública y que elementos son de gran importancia para que impacte como se espera en la sociedad.

Se entiende por políticas públicas “un conjunto de instrumentos a través de los cuales el Estado, luego de identificar una necesidad (económica, política, ambiental, social, cultural, entre otras), implementa un conjunto de medidas reparadoras, construidas con la participación de los grupos afectados por los diversos problemas” (Arroyave, 2011).

Los pasos para la elaboración de una política pública son: definir el problema para elaborar una agenda pública, formular las soluciones, tomar decisiones, implementar la política pública y evaluarla (Roth, 2010). Esto debe hacerse atendiendo a una población en particular. Así, para que la política pública tenga éxito, se debe identificar los riesgos a los que esa población determinada se encuentra expuesta (Ortiz, 2007), siendo en el caso de las mujeres víctimas de

violencia sexual, la cercanía de su ubicación a la del lugar donde se dan los combates entre el Ejército y las FARC, además de los riesgos que surgen por motivos culturales como la estructura patriarcal en algunos ámbitos sociales y el imaginario generalizado en medio del conflicto de que las mujeres hacen parte del “botín”.

Se debe resaltar que entre las víctimas del conflicto existen diferencias entre la especificidad de la vulneración a sus derechos, las necesidades de protección y atención, de ahí la importancia de conocer profundamente las necesidades de la población.

Es relevante la iniciativa política y la participación de la comunidad en estos proyectos, así como su inserción en la actividad económica, siendo fundamental darle una perspectiva de género a la política pública, donde las mujeres víctimas tengan una participación importante, ya que todo lo que se discute para la generación de una política pública de este tipo, las afecta directamente a ellas.

## Conclusiones

---

El primer paso para resolver la problemática es hacerla visible, produciendo que este tipo de violencia salga de la esfera privada de la vida de las mujeres y se haga pública, lo que posibilitaría la acción del gobierno, ya que este tiene la legitimidad para decidir intervenir o no en cualquier tema, por lo que es fundamental la visibilización de la violencia sexual contra la mujer en el marco del conflicto, para que tanto las víctimas como quienes no lo son, reclamen y logren la reivindicación de sus derechos, más aún cuando uno de los victimarios es representante del Estado.

Una política pública dirigida a la atención integral de las necesidades de las mujeres víctimas, debe articular los componentes social, económico

y de seguridad. Todos adaptados a las exigencias de la comunidad, siendo esto lo que les daría las herramientas para rehacer sus vidas y contribuir con el desarrollo de la sociedad.

Las mujeres víctimas de violencia sexual a causa del conflicto armado no están determinadas por un rango de edad, por lo que la política pública diseñada para la atención a estas mujeres, debe tener criterios para distinguirlas y atender a todas sus necesidades.

## Referencias bibliográficas

---

Arroyave, S. (2011). Las políticas públicas en Colombia. Insuficiencias y desafíos. FORUM Revista del Departamento de Ciencias Políticas Universidad Nacional, 16, 95-111.

Beccaria, C. (2014). De los delitos y de las penas. Medellín: Nuevo Foro.

C, Gaudo. González, M. M, Elosegí. (2002). El rostro de la violencia: más allá del dolor de las mujeres. Icaria.

Constitución Política de Colombia, Bogotá, 1991, p. 111

Defensoría del Pueblo (2014). El conflicto armado y el riesgo para la mujer rural. pp. 5-39. Bogotá: Torre Gráfica Limtda.

Fiscó, S. (2005). Atroces realidades: la violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado colombiano. Papel político 17, 119-179.

García, L. Ramírez, R. (2010). Égida de una administración de justicia precaria: derecho de acceso a la administración de justicia y pluralismo jurídico débil en Colombia, Revista IUSTA, 9, 29-38.

Gómez, L. (2003). La rama judicial frente al conflicto armado. Revista de derecho Universidad del Norte, 19, 113-118.



Granada, S. Restrepo, J. Vargas, A. (2009). El agotamiento de la política de seguridad: evolución y transformaciones recientes es el conflicto armado colombiano En: Restrepo, J. Aponte, D (ed), Guerra y violencia en Colombia herramientas e interpretaciones (pp. 27-119). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Grupo de memoria histórica (2013). ¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad (pp. 111-123). Bogotá: Imprenta nacional.

Pinzón, D. (2009). La violencia de género y la violencia sexual en el conflicto armado colombiano: indagando sobre sus manifestaciones. En: J, Restrepo, D, Aponte (ed.), Guerra y violencia en Colombia herramientas e interpretaciones (pp. 353-390). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Meertens, D. "Género, Desplazamiento, Derechos", Document Produced by deskPDF Unregistered: <http://www.docudesk.com>

NaraghiAnderlini,S.El-Bushra,J.Reconstrucción Posconflicto. Disponible en: <http://international-alert.org/sites/default/files/library/TKPostConflictReconstructionSPANISH.pdf>

Ortiz, I. (2007). Política Social (pp. 5-19). Nueva York.

Ospina, W. (2013). Colombia donde el verde es de todos los colores. Bogotá: Mondadori.

Roth Deubel, A. N. (2010) Enfoque para el análisis de políticas públicas. (pp.13-55). Bogotá.

## Notas

---

\* Es una investigación producto de la reflexión acerca de la realidad que viven las mujeres perjudicadas directamente por el conflicto armado, inició el 3 de marzo de 2015 y terminó el 16 de mayo de 2015, bajo la asesoría del profesor Cesar Augusto Molina-Saldarriaga, encargado del curso de Dogmática Constitucional en la Universidad Pontificia Bolivariana.

Artículo ganador del concurso de ensayo "Octavio Arizmendi Posada" Decimotercera versión/2015.

\*\* Estudiante de derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, correo electrónico: maria.aguilar@upb.edu.co



# El impacto ambiental como consecuencia del conflicto armado colombiano\*

Amalia Giraldo Hoyos\*\*

## Resumen

---

Hace aproximadamente cincuenta años inició un conflicto en Colombia que ha creado un clima de inseguridad para todos los ciudadanos, además de un desgaste económico y social tanto para el Estado como para los particulares. Este conflicto ha generado una enorme cantidad de víctimas humanas, pero también una víctima social que han dejado al margen en los acuerdos de paz que inició el presidente Santos con las FARC, que es el medio ambiente. A causa de las actividades ilícitas que practican los grupos armados ilegales se generan diversos impactos como la deforestación, contaminación por la minería, erosión de suelos, disminución de la biodiversidad y entre otros. Es necesario que el Gobierno colombiano tome medidas ante este fenómeno, lo cual puede facilitarse con la ayuda internacional.

## Palabras clave

---

Conflicto armado colombiano, medio ambiente, políticas públicas, actividades ilícitas, actores del conflicto, autoridades ambientales.

## Introducción

---

Hace algunos años parecía imposible que llegase un momento en el cual la falta de recursos naturales pudiese tocar la humanidad. Cuando las autoridades se percataron de ello, los Estados comenzaron a alarmarse y luego de analizar la situación empezaron a implementar políticas públicas para tratar de disminuir la degradación medioambiental que se estaba generando. Un ejemplo muy importante es el protocolo de



Kioto<sup>1</sup>. Sin embargo, aunque los intentos no hayan sido en vano, parece que no han sido suficientes, pues es evidente que se producen cada vez más catástrofes naturales debido al calentamiento global, la industria y otros fenómenos causados por la actividad del hombre.

Por otro lado, los conflictos medioambientales pueden dar inicio a las guerras. o más específicamente podría decirse que los conflictos armados dan inicio a conflictos medioambientales. Esta relación entre conflicto y medio ambiente se da por causa de luchas entre comunidades por la obtención de recursos naturales, que son cada vez más bajos entre necesidades humanas que se incrementan. El Programa de las Naciones Unidas<sup>2</sup> para el Medio Ambiente (PNUMA) señala que en los últimos 60 años al menos el 40% de los conflictos interestatales han tenido alguna relación con los recursos naturales. Y según investigaciones realizadas por el Grupo de Toronto, Encop (Lavaux, 2004), sobre Seguridad ambiental<sup>3</sup>, la escasez ambiental podría generar graves conflictos a futuro. Es además esta misma escasez la que incentiva a los grupos poderosos independientes a apropiarse de los recursos para posicionarse y adquirir más poder.

Pues bien, centrándonos en el caso colombiano, se puede decir que es un Estado tercermundista<sup>4</sup>. Por lo tanto, es una región en la cual se presenta un gran desequilibrio social y económico, pero más importante aún, una inestabilidad política debido a un conflicto armado que ha ido evolucionando durante los últimos cincuenta años. Es un conflicto que además de daños a nivel económico, político y social, ha tenido un inmenso impacto sobre el medio ambiente. El problema es que en Colombia no existe un verdadero pensamiento medioambiental, la mayoría de las personas aún no creen que las catástrofes ligadas a este tema sea una realidad que se está viviendo actualmente. Más importante aún, no tienen conocimiento de lo que realmente sucede porque el gobierno no “vende” esta idea, falta apoyo y educación por parte de este.

Es importante resaltar que la Constitución Política colombiana<sup>5</sup> consagra unas obligaciones que deben obedecer los ciudadanos para y con el medio ambiente. Las más importantes de ellas están establecidas en los artículos 58, que le da una función ecológica a la propiedad; el artículo 79, que dice lo siguiente “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”. Entonces el deber con el medio ambiente no es únicamente de parte de los ciudadanos, el Estado debe ser un actor principal para garantizar su protección y fomentar la educación. Y ¿cómo puede el Estado fomentar la educación? A través de campañas educativas sobre el medio ambiente, políticas públicas y otras actividades relacionadas.

Así mismo, el artículo 80 dispone que “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”. Entonces ya no estamos hablando únicamente de unas obligaciones con el país, sino también a nivel internacional, porque en algunos casos también, como lo menciona el artículo 80, se pueden ver afectadas las zonas fronterizas.

Para este escrito, le otorgaré mayor importancia al artículo 79 que consagra el derecho a un medio ambiente sano. Este derecho deriva de los principios constitucionales fijados en el artículo 7 de la Constitución Política: «el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”, pues con la Constitución de 1991

Colombia evolucionó a un Estado Social de Derecho, el cual estableció unos derechos económicos, políticos, sociales y culturales, y el derecho a un medio ambiente sano pertenece a los derechos de tercera generación<sup>6</sup>. Por su parte, el artículo 8, “es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación” otorga la legitimidad para que haya una autoridad competente que se encargue de su protección y es así como nace el Ministerio de Ambiente.

Ahora, cuando hablamos de los percances que ha causado el conflicto armado colombiano, pareciera que el gobierno sólo se preocupara por el alcance que ha tenido sobre las víctimas humanas y sobre el Estado como estructura gubernamental. Pero lo que este no ha tenido en cuenta, es el impacto que el combate y más específicamente sus actores, es decir los grupos guerrilleros y paramilitares, pero también las fuerzas armadas colombianas, ha tenido sobre el medio ambiente, el cual representa una víctima más.

Uno de los puntos que se discute en las negociaciones que se están llevando a cabo en la Habana es el del postconflicto. Pero el Estado no está realizando la valoración adecuada sobre este tema, pues podemos ver que en ninguno de los puntos se habla sobre el manejo que se le debe dar a los recursos naturales. Tanto las víctimas humanas como el medio ambiente merecen la restitución. Con la actividad ilícita de los grupos como las FARC o el ELN, entre otros, se originan efectos adversos degradantes para la naturaleza. Las minas antipersonas, por ejemplo, provocan la explotación de tierras y al matar personas, está paralelamente matando animales. La tala de árboles igualmente genera que una enorme cantidad de aves emigren o mueran, al igual que rastreros con la erosión de suelos, y por ende hay una disminución de la biodiversidad. Estudios realizados por el Ministerio de Medio ambiente y el IDEAM (Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales) (Briceño, 2014) reveló que hay 120 mil hectáreas de bosques que han sido arrasados a causa de actividades relaciones con

la tala y la minería ilegal en zonas protegidas o consideradas santuarios naturales.

Nos preguntaremos entonces ¿cuáles son los impactos de la variable ambiental en el proceso de negociaciones de paz? Pero es trascendental que este tema llegue a la mesa de la Habana. Es por eso que nos centraremos en primer lugar en el marco del conflicto armado colombiano, dando un contexto general y mostrando el impacto que este ha causado en el medio ambiente, como la minería ilegal y cultivos ilícitos. En segundo lugar veremos los puntos a debatirse en las negociaciones, así como el hecho de que el medio ambiente no está presente en estas y la importancia de llevar este tema a la mesa de conversaciones. Y por último propondré unas posibles soluciones para integrar el tema del medio ambiente en los diálogos y cuáles serían los beneficios para la posible resolución del conflicto y tener en cuenta en el posconflicto.

Se preguntarán cual es la importancia de resolver este problema. Porque para muchos es un asunto secundario que no tiene mucha relevancia para la resolución del conflicto. Pues he ahí donde radica el verdadero problema, y es que realmente son pocos los que se preocupan por estudiarlo y algunos cuantos por resolverlo, sin negar que ha habido iniciativas y proyectos, cuando debería ser uno de los principales temas de discusión en las negociaciones. Primero, desde una perspectiva constitucional se están violando dos de los principios constitucionales y el derecho a vivir en un medio ambiente sano, al igual que se vulnera el derecho a la propiedad cuando los grupos guerrilleros se apropian de manera ilegal de las propiedades de los campesinos. Además el deterioro ambiental es un problema generalizado a nivel mundial, y a pesar de que el tema del medio ambiente y los recursos naturales se ha posicionado en la agenda internacional, en Colombia todavía no se ha logrado posicionar, las autoridades no realizan el control necesario. Desde una perspectiva social, es importante resolver este problema porque por ejemplo la utilización de una sustancia llamada glifosato, que se usa para la destrucción de los

cultivos ilícitos, no sólo destruye estos sino que también afecta otros cultivos que son dirigidos a la población y por tanto esta se ve afectada. Además es una sustancia muy degradante para la naturaleza y con la lluvia lleva los residuos a los ríos y por ende se contaminan. Igual sucede con la minería ilegal, actualmente el ministro de medio ambiente, Gabriel Vallejo López anunció que se hará una limpieza al río Putumayo.

## 1. El medio ambiente como víctima del conflicto armado colombiano

---

### 1.1. Contexto del conflicto

---

Para comenzar, durante los siglos XIX y XX los partidos tradicionales, Liberal y Conservador, comenzaron una disputa por el poder. Luego de varios años, los partidos recurrieron a las armas para acabar la lucha de una vez por todas y lograr el dominio del aparato estatal (Centro Nacional de memoria histórica, 2013). Disputas que no hicieron más que incrementarse luego del asesinato del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán el 9 de abril de 1948. A este período, durante 1946 y 1958 se le denominó la época de la “Violencia”. Se crearon entonces dos bandos: Por un lado estaban la Policía Chulavita, que estaba conformada por campesinos conservadores procedentes de la vereda «Chulavita» del municipio de Boavita, y por Los Pájaros, que eran igualmente campesinos encargados de asesinar a los opositores (eran llamados así porque asesinaban y huían “volando”). Y por otro lado, se conformaron las guerrillas liberales y las autodefensas comunistas. En 1953 llega el General Gustavo Rojas Pinilla a la Presidencia tras lo que para algunos fue un Golpe de Estado y para otros un Golpe de opinión, y logró que las guerrillas liberales se acogieran a la amnistía, aunque no tuvo éxito con las autodefensas. Durante su mandato se llevaron a cabo varios

proyectos que lograron dar un progreso al país, como el derecho de voto a la mujer en 1957.

En 1958 nace el Frente Nacional con Alberto Lleras Camargo, como mecanismo para apaciguar las tensiones entre los partidos, que consistía en turnarse la presidencia durante cuatro períodos presidenciales (16 años). Y perduró hasta 1974. Pero su naturaleza excluyente y la orden de Lleras Camargo de acabar con las autodefensas liberales con un bombardeo en los municipios El Pato y Guayabero ocasionan la pérdida de confianza de las autodefensas campesinas, y se convierten en guerrillas. Y así, en la década de los 60, nacen las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional, fruto de la exclusión social y política, la desigualdad en la distribución de tierras y la injusticia social (Salazar, 2014). Todo comenzó con un buen propósito para estos grupos, puesto que lo único que buscaban era la igualdad social, ya que los procesos políticos estaban siendo manejados por los partidos tradicionales (liberales y conservadores). Igualmente, la emigración de la población rural hacia la ciudad hizo que se generara desempleo.

A partir de los años 1970 se crea el paramilitarismo, conformado por personas de extrema derecha, con el fin de combatir contra los grupos armados de extrema izquierda, quienes para ellos eran “guerrilleros”. Y entre 1996 y 1997, se aglutinaron en torno a las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), comandadas por Carlos Castaño Gil (Velásquez Rivera, 2007). Comenzaron operando con persecución, hostigamiento, torturas y detenciones, hasta que luego fueron más allá y recurrieron a la violencia, desapariciones y masacres colectivas. Más tarde se convirtieron en los principales vectores de la mafia de la droga. Desconcertante fue ver que se vieron involucrados con el paramilitarismo policías, militares y hasta representantes políticos (parapolítica). El proceso de desmovilización de los grupos paramilitares duró 3 años (hasta 2006).



Y para no entrar en detalles, ya que los orígenes del conflicto no es lo que nos interesa para este escrito, resumiré lo que sucedió los años siguientes. Muchos presidentes, entre ellos Belisario Betancourt, intentaron reducir la violencia que persistía desde el inicio del conflicto y en su mandato creó la Comisión de Paz, encargada de propiciar acercamientos con los principales líderes guerrilleros. Dejando puertas abiertas al diálogo<sup>7</sup>, Virgilio Barco logra en 1990, bajo un programa denominado como “Iniciativa para la Paz”, la desmovilización del M-19 y del EPL. Más tarde, el expresidente Andrés Pastrana, intentó comenzar unos diálogos de Paz con las FARC, llamado Proceso de Paz del Caguán, pero no tuvo éxito. Y actualmente se llevan a cabo unas negociaciones por parte del Gobierno colombiano, con las FARC, en la Habana, Cuba, gracias a la iniciativa del actual presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos. El Proceso de Paz dio inicio oficialmente el 4 de septiembre del 2012.

## **1.2. Impactos ambientales generados por los diferentes actores del conflicto**

---

Así mismo, la preocupación que se deriva de este conflicto, es el impacto que tanto los grupos armados como el Estado están creando en el medio ambiente. Por un lado, a partir de 1989, las FARC recurren a la minería ilegal para financiar sus actividades. Según el artículo 14 del Código de Minas de Colombia (Ley 685 del 2001), únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. Lo cual evidentemente no tienen los grupos armados, y es obvio que la falta de control del Estado en la explotación de recursos incentiva a estas agrupaciones a practicar la minería ilegal, pues ni siquiera las autoridades competentes regulan seriamente la materia en el ámbito de lo legal, ya que entre 1994 y 2005 sólo fueron negados 3%

(Rubiano Galvis, 2012) de las solicitudes para licencias ambientales<sup>8</sup>. Y el problema, es que por ser ilegal, no se respetan las zonas de reserva natural como páramos y bosques y por lo tanto el ecosistema, ni se conoce con exactitud cuáles son las estadísticas de estas actividades, pero algunas investigaciones revelan que cerca del 20% de su financiación proviene de la minería.

Según Leonardo Güiza<sup>9</sup>, investigador de la Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente, los grupos armados operan extorsionando a los mineros locales para que entreguen una parte de la producción, importando oro de contrabando, proveniente de países vecinos como Ecuador, Venezuela y Panamá, para hacerlo pasar como producción de minas de fachada comprando maquinaria para la minería, adquirida con dólares provenientes del narcotráfico.

Y para no extendernos, daré tan sólo unos ejemplos de los impactos que la minería ilegal produce sobre el medio ambiente (INDEPAZ, 2013):

- Deforestación de extensas áreas de bosques, excavación desordenada y desviación del cauce natural de los ríos y pierde la comunicación fluvial (única en la zona). El deterioro de los ecosistemas, la contaminación de las fuentes hidrográficas y deforestación puede generar eventuales desastres naturales por fenómenos climatológicos.
- Aumento de sedimentos, contaminación con grasas y aceites, lodos de perforación y aguas residuales.
- Contaminación de suelos
- Muchas veces quedan grandes perforaciones en los ríos, luego de la explotación, en los cuales se meten los peces y se contaminan.
- La utilización del mercurio y del cianuro es indiscriminada y sin ningún control ocasiona graves enfermedades a las comunidades y fauna de la región.
- Afectación de acuíferos: nacimientos de agua

- Desplazamiento de fauna silvestre (en algunos casos se llega a la desaparición de especies acuáticas o terrestres)
- El veneno que cae al mar por la desembocadura del río hace que el cardumen (sardina) no se acerque y por lo tanto los peces tampoco; generando que los pescadores tengan que alejarse más de la tierra para pescar siendo esto más costoso.

Por otro lado, se financian del narcotráfico, es decir de cultivos ilícitos. En la producción de cocaína por ejemplo, se crean unos ácidos que son peligrosos para los organismos. Entre los efectos ambientales, hay hojas residuales contaminadas con ácidos que son dispuestas al ambiente para producir su secado y su posterior incorporación al suelo, el vertimiento de los ácidos diluidos y sustancias orgánicas volátiles por la utilización del kerosén y la gasolina, alterando el pH del suelo y las corrientes de agua.

Pero más que el efecto que causan estos cultivos, es su mantenimiento, pues para poder mantener la calidad del producto deben utilizar pesticidas y sustancias que absorbe el suelo o llegan a los ríos y a productos que consume la población y genera problemas en su salud. Y aún más controvertible, es que para destruir los cultivos de coca, amapola y otros narcóticos, el Concejo Nacional de Estupefacientes (CNE) utiliza una sustancia llamada glifosato, que no sólo destruye estos cultivos sino que genera toxinas que atentan contra la salud humana. Además las plantas generan resistencia a este componente, lo que trae como consecuencia que se haga necesario la utilización de mayor cantidad de esta enzima. “De acuerdo con los estudios realizados en los últimos años se ha establecido que para implementar una hectárea de coca los cultivadores tienen que destruir cuatro hectáreas de selva y para una de amapola dos y media de bosque andino” (Osorio, 2003). Esta cifra ha sido manejada de acuerdo con los estudios realizados por Auditoría Ambiental de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Otro de los fenómenos más inquietantes es la tala ilegal e indiscriminada de árboles, o bien llamada la deforestación. Las cifras del Banco Mundial<sup>10</sup> del 2006 indican que, en Colombia, el 42 por ciento de la madera que se explota, transporta y comercializa en el país es ilegal<sup>11</sup>, y hasta la fecha de hoy, afirma WWF, es un 75%. Y lo más preocupante es que las especies que persiguen los traficantes son maderas preciosas, como los cedros negros, la palma colombiana, el linde y el algarrobo, que son especies en vía de extinción. Debido a la falta de manejo forestal, se hace más fácil para estos productores sacar los salvoconductos sin que las corporaciones autónomas tengan conocimiento. Un metro cúbico de estas especies puede llegar a valer 2'321.000 de pesos, por lo que representa un negocio muy atractivo para los traficantes. Investigaciones revelan que cada año, se pierden en el país aproximadamente 48.000 hectáreas, por causa de la deforestación clandestina (Ávila Jiménez, 2015). Pero aún peor, es que al realizar esta actividad, no sólo están destruyendo bosques sino que también emigran especies de animales, aves, rastreros, que al partir de su hábitat natural pueden morir.

“La defaunación está causando una degradación de muchos de los ecosistemas boscosos del país debido, entre otras, a la desaparición o disminución de dispersores críticos de las semillas vitales para la reproducción de la flora” (Manuel Rodríguez Becerra, *Guerra y medio ambiente*).

### 1.3. La importancia de respetar el medio ambiente

Del mismo modo, tenemos que preguntarnos ¿cuál es la importancia de contribuir con el medio ambiente para darle fin al conflicto armado? Como uno de los instrumentos principales del cual toman ventaja las guerrillas son los recursos naturales, es de vital importancia que el Estado colombiano tome medidas ante este fenómeno. Y se cuestiona cual es la razón de que esto sea así. Debemos partir de la idea de que la ausencia de

control por parte del Gobierno sobre este tema lleva a los grupos guerrilleros y paramilitares a realizar actividades ilícitas, que además de generar una fuente de financiamiento, les otorga poder. Vemos entonces que hay una conexión entre poder y recursos naturales.

Si observamos el gran número de leyes, decretos, artículos que ha expedido el Estado colombiano para proteger el medio ambiente, creeríamos que realmente nuestra República es un país “verde”. La producción más importante: El Código Nacional de Recursos Naturales y Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Ley 2811 de 1974). Pero ¿cuántos de sus artículos se aplican realmente? No podemos negar que las entidades no hacen un esfuerzo por materializarlo, pues ya mencionaba anteriormente unos ejemplos de lo que los organismos de protección medioambientales han intentado hacer. Pero tampoco podemos decir que es suficiente, porque la lucha por la preservación del medio ambiente debe ser constante. Colombia fue, en 2014, anunciada como el primer país en Latinoamérica que más daño genera a los recursos naturales. Ricardo Lozano (Betancur, 2014), exdirector del IDEAM y experto en medioambiente, opina que “el crecimiento exponencial de los conflictos en el país se debe a la falta de respeto de los sectores económicos por las autoridades ambientales, que son calificadas de frenos del desarrollo”. Y volvemos a la misma pregunta, ¿cómo podemos esperar que los grupos armados respeten las normas ambientales, cuando ni las mismas industrias nacionales las respetan?

## 2. El proceso de Paz en Colombia

---

### 2.1. Los puntos debatidos en las negociaciones de Paz

---

Sin embargo, el Gobierno no se ha quedado de brazos cruzados frente al conflicto armado. Colom-

bia es, en términos de Mauricio García Villegas, un país constitucionalmente aspiracional<sup>12</sup>, por lo que con el Proceso de Paz, los ciudadanos tienen la esperanza de encontrar por fin el progreso y acabar con la guerra que inició hace casi medio siglo. Aunque actualmente es un tema que genera mucha polémica y controversia, porque cada vez más las FARC cometen delitos que llevan a los colombianos a preguntarse si realmente obtendremos la paz, y si realmente es el proceso de paz la mejor salida.

La Agenda que se lleva a cabo en las conversaciones es la siguiente<sup>13</sup>:

#### 1. Política de desarrollo agrario integral

El desarrollo agrario integral es determinante para impulsar la integración de las regiones y el desarrollo social y económico equitativo del país.

1. Acceso y uso de la tierra. Tierras improductivas. Formalización de la propiedad. Frontera agrícola y protección de zonas de reserva.
2. Programas de desarrollo con enfoque territorial.
3. Infraestructura y adecuación de tierras.
4. Desarrollo social: Salud, educación, vivienda, erradicación de la pobreza.
5. Estímulo a la producción agropecuaria y a la economía solidaria y cooperativa. Asistencia técnica. Subsidios. Crédito. Generación de ingresos. Mercadeo. Formalización laboral.
6. Sistema de seguridad alimentaria.

#### 2. Participación política

1. Derechos y garantías para el ejercicio de la oposición política en general, y en particular para los nuevos movimientos que surjan luego de la firma del Acuerdo Final. Acceso a medios de comunicación



2. Mecanismos democráticos de participación ciudadana, incluidos los de participación directa, en los diferentes niveles y diversos temas.
3. Medidas efectivas para promover mayor participación en la política nacional, regional y local de todos los sectores, incluyendo la población más vulnerable, en igualdad de condiciones y con garantías de seguridad.

### 3. Fin del conflicto

Proceso integral y simultáneo que implica:

1. Cese al fuego y de hostilidades bilaterales y definitivas.
2. Dejación de las armas. Reincorporación de las FARC-EP a la vida civil - en lo económico, lo social y lo político -, de acuerdo con sus intereses.
3. El Gobierno Nacional coordinará la revisión de la situación de las personas privadas de la libertad, procesadas o condenadas, por pertenecer o colaborar con las FARC-EP.
4. En forma paralela el Gobierno Nacional intensificará el combate para acabar con las organizaciones criminales y sus redes de apoyo, incluyendo la lucha contra la corrupción y la impunidad, en particular, contra cualquier organización responsable de homicidios, masacres o que atente contra defensores de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos.
5. El Gobierno Nacional revisará y hará las reformas y los ajustes institucionales necesarios para hacer frente a los retos de la construcción de la paz.
6. Garantías de seguridad.
7. En el marco de lo establecido en el punto 5 (Víctimas) de este acuerdo se establecerá, entre otros, el fenómeno del paramilitarismo.

### 4. Solución al problema de las drogas ilícitas

1. Programas de sustitución de cultivos de uso ilícito. Planes integrales de desarrollo con participación de las comunidades en el diseño, ejecución y evaluación de los programas de sustitución y recuperación ambiental de las áreas afectadas por dichos cultivos.
2. Programas de prevención del consumo y salud pública.
3. Solución al fenómeno de producción y comercialización de narcóticos.

### 5. Víctimas

Resarcir a las víctimas está en el centro del acuerdo Gobierno Nacional - FARC-EP. En ese sentido se tratarán:

1. Derechos humanos de las víctimas.
2. Verdad.

### 6. Implementación, verificación y refrendación

La firma del Acuerdo Final da inicio a la implementación de todos los puntos acordados.

1. Mecanismos de implementación y verificación.  
Sistema de implementación, dándole especial importancia a las regiones. Comisiones de seguimiento y verificación. Mecanismos de resolución de diferencias. Estos mecanismos tendrán capacidad y poder de ejecución y estarán conformados por representantes de las partes y de la sociedad según el caso.
2. Acompañamiento internacional.
3. Cronograma.
4. Presupuesto.
5. Herramientas de difusión y comunicación.
6. Mecanismos de refrendación de los acuerdos.

Nos damos cuenta de que el tema del medio ambiente no está presente en las negociaciones, cuando debería ser uno de los principales enfoques para el Estado colombiano, pues concentrándose más en este blanco, los grupos armados ilegales tendrían más dificultad para financiarse y por lo tanto podría ser una alternativa para acabar con ellos. ¿Por qué si el Informe Conjunto de la mesa de conversaciones de La Habana reconoce “la necesidad de garantizar un desarrollo sostenible con especial atención a la importancia de proteger y preservar el agua y el medio ambiente” (Hochschild, 2015), no se refleja en la práctica? El hecho de que este aspecto no esté incluido en el acuerdo, se debe a la falta de compromiso tanto por parte de las autoridades ambientales, que probablemente no tengan los medios económicos para actuar porque el Gobierno no los proporciona, como de los actores que están presentes en la Habana, porque deben proponer y argumentar su trascendencia para que salga a flote en los debates.

Igualmente, mientras el Estado debe ceder a no atacarlos y viceversa, ellos se están beneficiando y enriqueciendo de sus actividades ilícitas mientras crean desventajas para el Estado que son la contaminación y todo lo que desencadena.

## **2.2. La importancia de llevar el tema del medio ambiente a la mesa de conversaciones**

---

Siendo Colombia un país con tan alta reserva ambiental, no podemos desaprovechar la oportunidad que con el Proceso de Paz se nos ha presentado. Debemos proponernos no sólo a hacer un intento por desarmar a las FARC, sino por encontrar la manera de que a través de los acuerdos, podamos desarrollar un plan para un desarrollo sostenible.

Cuando se habla en el punto de reforma agraria sobre la “Reforma rural integral”, es aquí donde debería estar incluida la cooperación con el

medio ambiente. Si no se considera el aspecto ambiental en los acuerdos, es no tener toda la estructura, porque está interrelacionado con los otros aspectos, y si no se tiene en cuenta se puede llevar a la destrucción de una parte del patrimonio natural, al igual que pueden fracasar algunos puntos como la reforma agraria.

Si queremos tener una paz “estable y duradera”, es necesario que para el posconflicto se tenga en cuenta un estándar ambiental más riguroso y exigente. Pensar en un posconflicto que no incluya esta variable sería insostenible, porque no acoge íntegramente el interés general. Si se lleva este tema a la mesa de conversaciones de la Habana, los actores ilegales del conflicto deberán facilitar las cifras reales de sus actividades. Y así, el Estado podrá hacer una valoración real para que pueda restaurar los daños, y a futuro, prevenirlos y garantizar su no repetición.

Y es que además del impacto directo que generan estas actividades ilegales, se desencadena otro fenómeno: los refugiados. Por la presencia de la guerrilla en algunos sectores habitados, los campesinos van a buscar refugio a otros lugares y acaban con los recursos naturales de esa zona.

Hay unos temas que se tienen en “el congelador”, es decir que son temas tan complejos que van a esperar a concluir todos los puntos del acuerdo para abordarlos. Uno de estos es el tema de la tierra, en el cual van incluidos los puntos sobre planificación de un proyecto ambiental, la erradicación de cultivos ilícitos y reparación de víctimas por impacto ambiental (como uso de glifosato). Se han creado como “salvedades” de los puntos debatidos (López, T, 2014).

La duda que me surge, es cómo se puede estar acordando un cese de fuego para proteger a las víctimas humanas mientras se decide sobre la totalidad del acuerdo, pero no están tomando como “medida cautelar” el freno de actividades ilícitas, o al menos su reducción, para proteger al medio ambiente, que como ya lo había mencionado antes es tan víctima como lo somos nosotros.

Según la ONU (2015) “por el momento no se ha tenido suficientemente en cuenta que los acuerdos de paz se aplicarán en zonas de «altísima relevancia ambiental», que pueden cambiar irreversiblemente el paisaje de Colombia, cuyo territorio es en un 50 % de bosques y otros ecosistemas relevantes a nivel mundial”. Lo que demuestra que no sólo es una responsabilidad nacional, sino también a nivel mundial. Igualmente explica que para la restitución de tierras habrá un cambio de cultivos en campos donde han crecido matas como la coca, y este cambio puede afectar esos terrenos que venían ya habituados a una especie.

Otra cosa importante, es que debido al conflicto, hay zonas alejadas de mucha riqueza ambiental y bien conservadas, que han tenido un desarrollo limitado.

Es también importante que se implemente una planificación ambiental con el posconflicto porque, como lo explica Rudolf Hommes (Hommes, 2014), en Colombia están dadas las condiciones para un gran desarrollo de la economía campesina en varias regiones del país. Pero para materializar esto también se deben hacer adaptaciones férreas para facilitar la movilización de los trabajadores.

Por ejemplo, con los terrenos que se liberen de los cultivos ilícitos de los grupos armados ilegales, se pueden repartir esas tierras entre los habitantes locales, es decir los campesinos, y aprovecharlos para cultivar alimentos o cosas que además de generar mejores condiciones y ganancias para estas personas, se está contribuyendo a la economía nacional.

### 3. Propuesta de soluciones para disminuir este fenómeno

---

#### 3.1 Mecanismos nacionales

---

Aunque un origen del problema ambiental en Colombia sea la falta de rigor de las autoridades

ambientales para llevar los procesos, en lugar de explicar cómo nuestro sistema ha fallado, mencionaré unas posibles soluciones que podría tener en cuenta el Gobierno Colombiano a nivel interno para frenar este fenómeno de degradación ambiental y todos sus derivados. Para comenzar, lo primero que debe hacer el Estado a nivel general es empezar campañas de educación con el fin de crear ese pensamiento ambiental del que he venido hablando a lo largo de este escrito. Y a través de esas campañas enseñar a los ciudadanos que debemos cuidar el medio ambiente y sus recursos naturales porque son nuestra principal fuente de alimentación y lo necesitamos para subsistir. Pero no sólo es importante preservarlo porque sea aquello con lo que satisfacemos nuestras necesidades sino porque es importante vivir en un medio ambiente sano ¿De que nos sirve que no nos matemos si vivimos alrededor de paisaje sucio y antiestético y un ambiente contaminado, que a medida que su degradación avanza terminaremos matándonos por la obtención de sus recursos? Sin embargo, se ha visto una evolución por parte de los particulares. Antes las denuncias de los delitos ambientales siempre se hacían por parte de las autoridades ambientales y ONG, hoy en día los mismos particulares están denunciando.

Cómo una medida más específica, como advierte la ONU, urge el diseño de una institucionalidad ambiental eficiente y con capacidad de respuesta rápida para atender los retos de planificación, monitoreo y control (Gutiérrez Roa, 2015). Una noticia de El Tiempo (Son irrisorios los resultados contra delitos ambientales en Antioquia) nos explica que se presenta una falta de personal, que es lo que impide que los delitos ambientales tengan el mismo grado de importancia que el homicidio. Actualmente existe sólo una Unidad de Delitos contra Recursos Naturales, por lo que la alta carga de procesos impide que pueda dedicarle mucho tiempo. Conjunto a esto debe hacerse un proceso de ordenamiento territorial que reúna a todas las figuras implicadas en la cuestión (tribus indígenas, comunidades afrocolombianas, ONG, Ministerio del Medio Ambiente, etc). Y no basta



que sólo se creen estas entidades, sino que el haya más rigurosidad en los procesos. En Colombia, el Gobierno les da a los organismos ambientales un plazo de máximo 180 días para estudiar los casos de las empresas o particulares que solicitan una licencia ambiental, o como lo denomina Manuel Rodríguez Becerra “licencias ambientales exprés”. En Estados Unidos el proceso para otorgar una licencia ambiental dura entre 4 y 6 años, y en Australia son 2 años.

### **La ONU ha dado unas recomendaciones (COL-PRENSA, 2015):**

1. El ordenamiento territorial debe concertarse con cada territorio y tener en cuenta las evaluaciones técnicas de los suelos para saber qué uso se le puede dar. Y con esto un proceso de participación ciudadana.
2. Un desarrollo rural más allá de lo agropecuario. Aquí proponen algo muy importante: la reforestación. También la promoción de prácticas tradicionales, el ecoturismo, etc.
3. Hacer un estudio más profundo al otorgar licencias ambientales para explotación minera.
4. Las instituciones deben mejorar en su habilidad para articular la escala nacional con la regional y la local en sus dinámicas de intervención para recordarles a las demás autoridades locales y nacionales su responsabilidad ambiental.

En mi opinión el Estado debe comenzar primero por incluir el tema del medio ambiente en los puntos que se debaten con las FARC en la Habana. Para luego fortalecer las entidades ambientales, que deberán hacer una evaluación ya en cifras reales, o al menos más acertadas, sobre los daños ambientales. Y así, iniciar proyectos para una contribución al medio ambiente como la reforestación. El problema es que el Gobierno colombiano no tiene presupuesto para esto

pero una forma de acabar este problema podría ser estableciendo un impuesto destinado a proyectos ambientales, aunque también puede ser contradictorio ya que muchos individuos no estarían de acuerdo, pero al “tocar sus bolsillos” tomarán más conciencia de la situación. En lugar de juzgar a los miembros de las FARC y grupos guerrilleros, podemos aprovechar el tan alto conocimiento que tienen sobre todas las zonas de reserva y patrimonio natural, parques, para que sean los “guardianes” y actúen como una especie de policía. Según Gloria Alzate (Morales Escobar, 2014), secretaria de Medio Ambiente de Medellín explica que como mecanismo para proteger la biodiversidad y la riqueza biológica hacen un inventario de la fauna y la flora existentes en cada sector de la ciudad.

### **3.2. Mecanismos internacionales**

---

Como mecanismos internacionales podría nuestro Gobierno simplemente tener la iniciativa ambiental y demostrar que realmente queremos implementar un proyecto de reconstrucción ambiental y prevención, para buscar financiamiento de otros países que además de tener la capacidad económica, son modelos de desarrollo sostenible con políticas públicas ambientales fuertes y eficaces. Por ejemplo, en el COMUNICADO CONJUNTO # 52. LA HABANA, 7 DE MARZO DE 2015, se expresa que se le solicitó a la organización Ayuda Popular Noruega (APN) liderar y coordinar la implementación de un proyecto de limpieza y descontaminación. Además de los varios organismos internacionales que ya existen y cooperan en diferentes perspectivas (económicas, políticas, sociales y ambientales) dependiendo de la ayuda que necesite cada país. Están la ONU, el PNUD, que es uno de los más importantes porque ayuda a los países a fortalecer su capacidad para enfrentarse a los desafíos medioambientales de una manera sostenible, promoviendo así los esfuerzos para reducir la pobreza.

Actualmente se aliaron Perú y Colombia, porque el conflicto es un tema que también perjudica las zonas fronterizas. «Tenemos que limpiar el (rio fronterizo) Putumayo, no solamente de la minería ilegal, del narcotráfico, sino también del subdesarrollo, del atraso, esa limpieza tenemos que hacerla juntos como países hermanos», dijo Humala.

Respecto al cuidado de los recursos amazónicos, un convenio prevé la «cooperación para la conservación, prevención, seguimiento, control y vigilancia de los importantes recursos forestales» de ambos países (UMNG, 2012).

Por otro lado, las actividades ambientales que se vayan a llevar a cabo deben estar conforme a las políticas ambientales que se manejan a nivel mundial, es decir que hay ciertas normas implementadas por estos organismos internacionales que no pueden quebrantarse.

## Conclusiones

---

Debemos entender que nuestra especie vive de los recursos naturales. Y deberíamos tener todos presente que debemos cuidar el medio ambiente no porque su mal trato traiga consigo consecuencias negativas y nos perjudique a nosotros como personas, sino porque el medio ambiente tiene tantos derechos como los tenemos nosotros, y que no somos los únicos que hacemos uso de él, los animales, las plantas, organismos, etc., también merecen vivir en un medio ambiente sano. Y esa falta de cultura se ve reflejada en Colombia más que en muchos de los países latinoamericanos. Incluso Ecuador otorga un artículo de su Constitución a proteger la naturaleza y la reconoce como persona. «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos».

Es trascendental que las autoridades actúen ante este fenómeno ambiental del conflicto porque además de producir contaminación, genera dificultades para que el Estado construya políticas públicas de impacto positivo real en materia minera por ejemplo, así como puede generar un eventual desequilibrio entre desarrollo económico y gasto de oferta ambiental, ya que incrementa la escasez minera (AFP, 2014).

¿Cuántos casos más debemos mencionar para que tomemos consciencia sobre nuestra responsabilidad social con el medio ambiente? ¿El “agente naranja” que destruyó los bosques de Vietnam del Sur”? ¿El derrame de los pozos de petróleo en el desierto, ordenado por Sadam Hussein en el Kuwait? Hoy en día no podemos hablar de seguridad ambiental, porque estamos acabando con los recursos naturales.

Si no contribuimos al medio ambiente cuando tenemos la capacidad para hacer frente al fenómeno de calentamiento global, en el futuro no sólo estaremos luchando contra las actividades ilícitas. Estaremos luchando entre nosotros mismos por la obtención de recursos naturales, ya que si las cifras de contaminación siguen incrementado de la manera que lo hacen ahora, habrá una escasez de recursos tan alarmante, que poco a poco desaparecerá nuestra especie. Podemos pensar en un desarrollo alternativo que es el desarrollo sustentable, que satisface las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades (Informe Brundtland, 1987). Pero para que esto suceda debe existir una cultura ambientalista.

Como ya hemos mencionado anteriormente, el conflicto armado colombiano comenzó hace aproximadamente cincuenta años, y aunque hasta poco era un país calificado como “peligroso” ante los ojos de los países extranjeros, hoy en día hemos logrado un progreso. Por lo cual, gracias a los tratados internacionales, algunos países invierten en Colombia para contribuir a su desarrollo. Así

que es importante que tengamos una iniciativa ambiental, que el Gobierno incentive y promueva, para obtener ayuda de aquellos países que tienen la capacidad financiera.

## Referencias bibliográficas

---

AFP (2014). Para combatir narcotráfico, deforestación y minería ilegal, Perú y Colombia suscriben acuerdos, en *El Espectador*.

Ávila Jiménez, C. (2015). El país pierde 48.000 hectáreas de bosque al año. En *El Tiempo*.

ACUERDO GENERAL, Sitio Oficial de la Mesa de Conversaciones para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Betancur, L. (2014). Colombia, primero en conflictos ecológicos en Latinoamérica. En *El Tiempo*.

Briceño, I. (2014). Tala y minería ilegales han arrasado 120 mil hectáreas de bosque colombiano, en *Radio Santa Fe*.

Boletín ambiental n°17 del 7 de mayo 2014

Centro Nacional de Memoria Histórica (2013). Capítulo 2: Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado. En Centro Nacional de memoria histórica *¡Basta Ya!* (110-189) Bogotá.

COLPRENSA (2015) "Que el medio ambiente no sea una víctima de la paz": PNUD.

Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente (2010). Minería de hecho en Colombia.

Documento Conflictos y recurso, sitio oficial de la Organización Naciones Unidas.

Federación colombiana de Municipios, Historia de los procesos de paz en Colombia.

Gutiérrez Roa, E. (2015). El desafío del medio ambiente el posconflicto. En *El Espectador*.

Hochschild, F. (2015). La paradoja ambiental del acuerdo de paz. En *El Espectador*.

Hombres, R. (2014). Desarrollo, paz y medioambiente. En *El País*.

INDEPAZ (2013). Impacto de la minería de hecho en Colombia.

Lavaux S. (2004) Degradación ambiental y conflictos armados: las conexiones.

*Centro Editorial Universidad del Rosario*.

López, T. (2014). Los puntos pendientes de la negociación de paz. En *Las 2 Orillas*.

Morales Escobar, P. (2014). Política Pública será un arma para combatir peligros de flora y fauna, en *El Tiempo*.

ONU (2015). Eventual acuerdo de paz entre Gobierno y las FARC podría «destruir el medio ambiente» en Colombia.

Osorio, A.R. (2003). Aproximaciones los efectos ambientales, sociales y económicos de la erradicación de cultivos ilícitos para la aspersión aérea en Colombia. *Agroalim* v.17 n.2

Rubiano Galvis, S. (2012). La regulación ambiental y social de la minería en Colombia: comentarios al proyecto de ley de reforma al Código de Minas. *Foro Nacional Ambiental*.

Salazar, G. (2014). Mirada crítica al conflicto armado colombiano.

Velásquez Rivera, E.J. (2007) Historia del paramilitarismo en Colombia. *Historia*. v. 26, n. 1, p 134-153.

Universidad militar de Nueva Granada (2012). Minería ilegal en Colombia: frente de guerra que se abre.



- 
- \* Artículo ganador del concurso de ensayo “Octavio Arizmendi Posada” Decimotercera versión/2015.
- \*\* Estudiante de quinto semestre de la Universidad Pontificia Bolivariana, correo electrónico : amaliagh96@hotmail.com
- 1 Acuerdo institucional más importante en relación al cambio climático. Tiene su origen en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en 1992 y busca reducir las emisiones de GEI de los principales países industrializados con el fin de que en el periodo que va de 2008 a 2012 esas emisiones desciendan un 1,8% por debajo de las registradas en 1990.
  - 2 Documento Conflictos y recurso, sitio oficial de la Organización Naciones Unidas.
  - 3 Es la relación entre las preocupaciones de la seguridad frente al conflicto armado y el ambiente natural.
  - 4 Expresión que actualmente se utiliza para calificar a los países periféricos que tienen un atraso en cuanto a su desarrollo.
  - 5 Promulgada en Bogotá el 4 de julio de 1991. Reemplazó a la Constitución Política de 1886 y fue expedida durante la Presidencia de César Gaviria.
  - 6 Previstos en la Constitución Política colombiana de 1991, capítulo tercero del título 2 de la Carta Política
  - 7 Historia de los procesos de paz en Colombia, Federación colombiana de Municipios. Recuperado de <https://www.fcm.org.co/Documents/Historia%20de%20los%20Procesos%20de%20Paz%20en%20Colombia%20MF.pdf>
  - 8 La Licencia Ambiental es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje.
  - 9 Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente. Minería de hecho en Colombia, 2010. Bogotá. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/F11B784C597AC0F005257A310058CA31/\\$FILE/La-miner%C3%ADa-de-hecho-en-Colombia.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F11B784C597AC0F005257A310058CA31/$FILE/La-miner%C3%ADa-de-hecho-en-Colombia.pdf)
  - 10 Es uno de los organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas, que se define como una fuente de asistencia financiera y técnica para los países en desarrollo. Su objetivo es reducir la pobreza y desigualdad.
  - 11 Boletín ambiental n°17 del 7 de mayo 2014.



- 12 Cuando hay una inconformidad con el presente por parte de los ciudadanos, depositan su esperanza en Constituciones que miran hacia el futuro y prescriben lo que se debe conseguir con el paso de los años, no lo que debe ser en la actualidad.
- 13 ACUERDO GENERAL, Sitio Oficial de la Mesa de Conversaciones para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

# La responsabilidad contractual por hecho ajeno desde el realismo jurídico. Una visión amplia de la paz a partir de la empresa, fundada en la sinergia entre las políticas públicas y la labor del legislador\*

Belsy Cristina Matiz Buitrago  
Ana María Ayala Gáfaró\*\*

## Resumen

Lograr la paz es una meta común en todos los Estados del mundo y para alcanzarla se implementan múltiples estrategias, entre las que se encuentran las políticas públicas.

Ahora bien, considerando que en Colombia se está generando una fuerte apertura en los mercados, ha surgido una tendencia por parte de los empresarios, con miras a posesionar sus negocios hacen uso de andamiajes contractuales de distribución, involucrando a terceros que en muchos casos incumplen sus obligaciones, generando detrimento patrimonial a tales empresarios.

Para resolver tales problemáticas que surgen de las aludidas relaciones negociales, se presenta la responsabilidad contractual por hecho ajeno, la cual no tiene un desarrollo normativo exhaustivo en el derecho colombiano, situación que ocasiona

inconvenientes en su aplicación por parte de los jueces al no existir una regulación clara al respecto, que eventualmente puede conllevar a injusticias para algunos empresarios como se expone en el presente escrito.

Dicha inseguridad jurídica afecta la actividad empresarial, pues la inversión o los aportes de capital que algunos empresarios realizan para la ejecución de tales actividades, atentando contra el desarrollo económico del país y generando ausencia de inversión o pérdida de la inversión empresarial ya existente, generando así violencia estructural, y por ende haciendo de la paz un meta más difícil de alcanzar.

## Abstract

Achieve peace it's a common goal in all the countries of the world and multiple strategies are



implemented with the mood of ensure harmonious coexistence between de citizen. Between the existing tools to achieve this goal, are the named public politics, Whose have to tend to be effective.

Now, considering that the phenomenon of globalization is generating a strong opening in the markets in Colombia, it has emerged a trend for national and foreign employers. To solve such problems arising from the aforementioned business relationships, contractual vicarious liability arises, which does not have a comprehensive policy development in the Colombian law, demonstrating a legislative deficit in corporate public policy, a situation which causes problems during the application by judges because of the absence of a clear regulation on the matter, which can eventually lead to injustices for some entrepreneurs as discussed herein.

## Palabras clave

---

Responsabilidad contractual por hecho ajeno - Omisión legislativa - Política pública - Paz - conflictos empresariales-realismo jurídico

## Key words

---

Contractual vicarious liability, legislative omission, public policy, peace, business disputes, legal realism.

## Introducción

---

Las relaciones contractuales que surgen entre particulares, eventualmente pueden tener efectos positivos y negativos, no solo a las partes negociales, sino también en la sociedad. Muestra de ello, son los contratos de distribución que se suscriben entre grandes empresas, los cuales inciden

no solo en el desarrollo del objeto social de tales compañías, sino que también contribuyen indirectamente en la generación de empleo, el crecimiento económico del país, que permiten en últimas la consecución de la paz.

Para comprender lo expuesto en el párrafo precedente, en el primer capítulo, se expone de manera general el concepto de paz. Posteriormente, se explica la incidencia de la no implementación de las políticas públicas para lograr la paz, a través de una situación concreta: Actualmente en Colombia, no existe una regulación clara entorno a la figura jurídica de la responsabilidad contractual por hecho ajeno, razón por la cual, es urgente que el Estado establezca una política pública en la que se dé solución a dicha problemática, generando así mayor seguridad a la hora de invertir en Estado Colombiano.

En el segundo capítulo, se revisara un caso en donde se evidencia la problemática en que pueden incurrir los empresarios en torno a la responsabilidad contractual por hecho ajeno.

Finalmente, se encontrarán las características del neo-constitucionalismo, a través del cual se podrá realizar una crítica fundamentada acerca de la situación jurídica por la que están atravesando los grandes empresarios que invierten en Colombia, al no estar completamente regulada la figura de la responsabilidad contractual por hecho ajeno y como esto incide en la consecución de la paz.

## 1. Regulación de los conflictos empresariales política pública para la consecución de la paz

---

### 1.1 Una mirada amplia del concepto de paz

---

Para iniciar el estudio de la PAZ, se hace necesario referirse a la existencia de un conflicto pre-

vio, que en términos generales se refiere, a una situación de hechos que alteran el normal desarrollo de la convivencia de una sociedad. Sin embargo, históricamente los conflictos son los que impulsan los cambios sociales y la manera de transformarlos y regularlos es lo que hace que se construya paz como parte de las respuestas constructivas o por el contrario como métodos destructivos. (Mesa, 2009).

Ahora bien, dentro de los conflictos, se pueden generar tipologías de violencia, pero para lo que a este escrito compete, se abordará un tipo específico, la denominada violencia estructural que es definida como:

Aquella que procede de las estructuras sociales, políticas y económicas opresivas, que impiden que las personas se desarrollen en toda su potencialidad: por ejemplo, la pobreza, el hambre, la falta de acceso a la educación o a la salud son formas de violencia (Mesa, 2008, pág. 65).

Como se manifestó en la introducción, es necesario, plantear el estudio de la violencia no concentrada en aquella que involucra solamente actores ilegales o grupos al margen de la ley, también es claro que dentro de los países, el factor violencia no solo se enmarca dentro del conflicto armado interno, sino que trasciende a otros espacios.

Por lo anterior, resulta oportuno establecer la noción de paz, vista desde la óptica de la paz positiva, que tal como lo manifiesta la doctora Manuela Mesa, se refiere la satisfacción de necesidades básicas de los seres humanos, el respeto a la igualdad, la garantía de los derechos fundamentales y la eliminación de los diversos tipos de violencia. En este sentido, se reafirma el postulado que señala, que incluso si no existiera conflicto armado, existiría violencia si no se cumple a cabalidad con todos los ámbitos exigidos para lograr la paz positiva e imperfecta. El denominado de imperfecta, corresponde a la idea de que la paz, es un proceso constante que se va transformado de manera cotidiana a la par con la evolución de la sociedad. (Martínez-Guzmán, 1994)

El sociólogo Johan Galtung analiza las causas objetivas del conflicto y las bases de la violencia directa, partiendo de un enfoque netamente socio-jurídico, que permite crear estrategias para la construcción de la paz y la vinculación del Estado como el agente principal y responsable de la protección constitucional de este derecho.

Una herramienta, fue la de elevar a nivel constitucional la noción de paz, estableciéndola como un derecho de los ciudadanos y un deber del Estado, más específicamente planteado en el artículo 22 de la Constitución política de Colombia de 1991.

Sin embargo, las estrategias creadas por Colombia, ciertamente hasta la actualidad, han sido orientadas al control de la violencia buscando lograr solamente la paz negativa, que busca eliminar el conflicto, dejando de lado el análisis de sus causas objetivas, pues bien el gobierno solo ha identificado el problema en la violencia directa, relacionada esta con la agresión siendo su máxima expresión la guerra (Mesa, 2008).

En síntesis, el concepto amplio de paz, es un llamado al reconocimiento de ésta no como un mero cese al conflicto armado interno, sino también a la existencia de garantías fundamentales para el desarrollo de la sociedad, en todas las dimensiones de ésta. Entre las cuales esta, la económica, en el sentido de que existan oportunidades e igualdad material en el acceso al empleo y a la creación y ejecución de empresa. Esta última dimensión se torna de especial importancia, toda vez que si se parte de que existe una equitativa distribución de los recursos, la consecución de la paz será una realidad tangible.

Ahora bien, la idea de un país desarrollado, con un nivel de vida digno se da con el fin de eliminar un factor generador de conflictos que es la *pobreza*<sup>1</sup>. Cuanto más pobre es una persona, menos recursos tiene para planificar su futuro y ahorrar. La misma lógica se aplica a las empresas y los gobiernos, pues sin inversiones nuevas, la

productividad de la economía no puede mejorar y no aumentar los ingresos. De este modo, se cierra el círculo vicioso de la pobreza. (Otero, 2002).

Ahora bien, existen muchas iniciativas para la eliminación de la pobreza y por consiguiente la consecución de la paz, dentro de ellas, una de las más constituidas son la denominadas políticas públicas, que siendo eficaces lograran los resultados en beneficio de la sociedad.

En resumen, la paz debe ser vista y estudiada de una manera más amplia, en el sentido de que existen otros fenómenos no solo el conflicto armado, sino también la pobreza generada por el desequilibrio económico, la falencia de las instituciones y en general las condiciones de poco acceso o inequitativo acceso a los recursos, que generan un panorama de corrupción y ausente de paz. Así mismo, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, los poderes Estatales tienen que guiar sus esfuerzos en pro de la consecución de una paz material y efectiva, por medio de la creación y ejecución de políticas públicas que se convierten en herramientas idóneas para la consecución de la paz positiva.

## **1.2. Omisión legislativa y política pública. ¿Su falta de correspondencia implica un obstáculo para la eficacia de la acción pública y la paz positiva?**

---

Los poderes públicos en especial el ejecutivo, diseñan políticas para la sociedad, encaminadas a la solución de problemáticas actuales. Dichas políticas se tornan necesarias gracias a la complejidad de los problemas que afectan e inciden en el normal desarrollo de la sociedad, los cuales han aumentado con el pasar del tiempo, generando una obligación de plantear y armonizar simultáneamente herramientas que permitan la solución de los mismos.

Dichas políticas se ejecutan al interior de la sociedad, basadas en un sistema y estructura deter-

minado; en general, estas herramientas apuntan a la solución de problemas de carácter colectivo, y representan una respuesta del sistema político-administrativo a una situación de la realidad social juzgada políticamente como inaceptable. (Subirats, Knoepfel, Larrue, Varone, 2012, pág. 35).

Ahora bien, es necesario tener un primer acercamiento al significado de política pública, en ese sentido, se puede considerar a ésta como:

Un proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantado por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una situación definida como problemática. La política pública hace parte de un ambiente determinado del cual se nutre y al cual pretende modificar o mantener. (Velásquez Gavilanes, 2009, pág. 156).

Adicionalmente, toda política pública posee una serie de etapas para su ejecución, las cuales son expuestas el libro *Análisis y gestión de políticas públicas*, entre las que se encuentran la denominada “decisión-programación, compuesta por el programa de actuación político administrativo y los acuerdos y actuaciones político administrativos” (Subirats, Knoepfel, Larrue, & Varone., 2012, p. 40), en cuyo contexto puede surgir la figura de la omisión legislativa. Esta etapa incluye todas las decisiones legislativas o reglamentarias del gobierno y la administración central, necesarias para la implementación de la política pública.

En este sentido, cuando se prescinde de esta etapa o esta se realiza de manera deficiente, se está poniendo en riesgo la ejecución plena de una política pública determinada. Es así como una de las formas de impedir en el desarrollo normal de una política pública es por medio de la omisión legislativa; figura que a partir de lo fundamentado en la Sentencia C-173/10, puede ser de dos tipos absoluta y relativa. La primera, “se presenta en caso de falta absoluta de regulación legal, cuando no pesa sobre el legislador el deber constitucional



de proferir una determinada norma”. Y la segunda corresponde a la omisión legislativa de carácter relativo, definiéndose en la sentencia C-314 de 2009 como la que:

Alude a aquellos casos en los que sí existe un desarrollo legislativo vigente, pero aquél debe considerarse imperfecto por excluir de manera implícita un ingrediente normativo concreto que en razón a la existencia de un deber constitucional específico, debería haberse contemplado al desarrollar normativamente esa materia.

Ahora bien, para lo que a este escrito concierne, la omisión legislativa a estudiar es la relativa, en el sentido en que la figura jurídica de análisis, que corresponde a la responsabilidad contractual por hecho ajeno, no posee una carencia total de regulación por parte del legislativo, sino que existe en ella un déficit normativo que hace que su aplicación, en casos concretos se torne insegura, otorgándole un poder discrecional a los jueces para solucionar dichas problemáticas, que a su vez podría atentar contra el derecho a la igualdad de los grupos involucrados en esta modalidad de responsabilidad, como son los empresarios y ciudadanos en general. En efecto, cuando en el desarrollo de una política pública determinada no se generan planes legislativos concretos, el fin de la misma se pierde.

La consecución de la paz se afecta, en la medida en que al omitir por parte del legislador la regulación exhaustiva de una figura jurídica, como la responsabilidad contractual por hecho ajeno en las relaciones empresariales, se da un margen de inseguridad jurídica para los empresarios, generándoles riesgos que tienen impactos económicos y sociales negativos como el desempleo, la insostenibilidad de la empresa, la disminución de la inversión extranjera entre otras consecuencias que hacen difícil el acercamiento o la materialización del concepto de paz positiva expuesto en líneas precedentes.

## 2. Responsabilidad contractual por hecho ajeno. Caso de estudio<sup>2</sup>

---

### 2.1. Estudio sobre la responsabilidad contractual por hecho ajeno en Colombia

---

Una de las principales fuentes de ingreso económico en Colombia es el sector agrícola; la anterior afirmación fue puesta en conocimiento por parte Jose Leibovich y Laura Estrada, en el informe de Diagnóstico y recomendaciones de política para mejorar la competitividad del sector agropecuario colombiano elaborado para el Consejo Privado de Competitividad, en el cual se manifiesta que:

Por una parte, el sector genera más del 20% del empleo nacional y representa alrededor del 50% del empleo en las áreas rurales. De otra parte, su producción es fundamental para el abastecimiento de alimentos a los hogares urbanos y rurales, y de materias primas para la agroindustria. (Leibovich & Laura, 2012, p. 142).

Por consiguiente, cuando se genera crisis económica en el marco de esta fuentes de ingresos para el país, se ven afectados en primer lugar los empresarios y productores que enfocan su actividad empresarial en el sector agrícola, y adicionalmente, de manera directa a todos los ciudadanos que ingresan al mercado para adquirir estos productos que se tornan de primera necesidad. Es así como, muchas empresas nacionales y extranjeras, fabricantes agrícolas, buscan posesionar sus negocios en Colombia, pues encuentran en este territorio un amplio esquema de oportunidades para sobresalir financieramente.

A raíz de lo precedente, se generan sistemas de distribución estructurados por empresarios, que acuden a otros empresarios para que les auxilien

en la comercialización de productos y/o servicios. Surgiendo cadenas de distribución conformadas por un empresario que suscribe por ejemplo un contrato de distribución con otro empresario, y este último, a su vez, realiza un contrato de subdistribución con un tercero, que le ayudara con el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato primigenio.

Conforme a lo expuesto, nace la figura de la responsabilidad contractual por hecho ajeno, que parte de la existencia de obligaciones surgidas dentro de una relación contractual donde deudor y acreedor, asumen ciertas obligaciones negociales, entre ellas y en particular la que asume el deudor de ejecutar el contrato de forma diligente.

Esta figura, no ha tenido una regulación amplia en el ordenamiento jurídico colombiano<sup>3</sup>, sin embargo, su estudio no ha sido ajeno para autores nacionales e internacionales que han señalado sus elementos, características, y límites, con el propósito de subsanar la regulación precaria sobre la materia.

Esta tipología de responsabilidad se genera, citando a LE TOURNEAU (2006), “(...) cuando un deudor introduce voluntariamente a un tercero en la ejecución del contrato” (pág. 42). Es así, como se afirma que esta ocurre cuando un tercero (persona natural o jurídica) no obligado frente al acreedor, interviene en la relación contractual por iniciativa o voluntad del deudor, en calidad de auxiliar o sustituto de éste último<sup>4</sup>, para ejecutar las actividades relacionadas con el cumplimiento de la obligación que media entre el deudor y acreedor.

Ahora bien, la regla general es que el deudor responde por el hecho del auxiliar, de manera independiente, pues dicho auxiliar realiza ciertas actividades direccionadas al cumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas por el deudor con su acreedor<sup>5</sup>. Sin embargo, como lo manifiesta Carrasco Perea, en dicha atribución de responsabilidad, al deudor no se le puede atribuir ésta por

hechos de terceros más allá de lo que respondería por sus propios actos (Carrasco Perera, 2010), puesto que esto atentaría directamente al principio de la buena fe. Lo anterior, ratifica el carácter vinculante que tiene en el ordenamiento jurídico colombiano el principio de la buena fe<sup>6</sup>, pues dicho principio tiene el alcance de “ampliar las obligaciones literalmente asumidas mediante el contrato, o eventualmente de restringir esas obligaciones en los casos y en la medida en los que, de hacerse valer su tenor literal, contravendrían aquel criterio” (Betti, 1969, Pág. 102).

Por otra parte, los elementos que estructuran este tipo de responsabilidad, como lo plantea el profesor Hurtado en la ponencia titulada la Responsabilidad contractual por hecho ajeno en el contrato de agencia comercial, son en esencia cuatro:

- Vínculo contractual entre deudor y acreedor.
- Tercero ajeno a la relación contractual.
- Deudor que encomienda la ejecución de una obligación emanada del contrato al tercero.
- Tercero que incumple la obligación contractual del deudor (Hurtado Palomino, 2015)

## **2.2. Una visión de la responsabilidad contractual por el hecho de un tercero desde el realismo jurídico**

---

Cuando se está inmerso en el estudio de una figura jurídica, la cual está regulada en el ordenamiento (de manera relativa), se hace necesario afianzar algunos términos empleados para referirse a requerimientos formales y políticos del proceso de elaboración de las normas. En este sentido, se presentan categorías que se interrelacionan entre sí para lograr la aplicación de dichas normas en la sociedad; en palabras de Martha Prieto Valdés (2001) (Valdés, 2001) dichas categorías son: validez, que se refiere al proceso correcto de creación de la norma que le da exigencia y obligatoriedad

a sus destinatarios; la eficacia, que se refiere a la utilidad de la norma en la sociedad; y finalmente, la legitimidad, entendida esta como la aceptación y/o acatamiento efectivo de la normas por parte de los destinatarios de la misma.

La interrelación de estas tres categorías, hacen que las normas que comprenden un determinado ordenamiento jurídico funcionen de manera eficiente, sin embargo, en muchos casos algunas de estas categorías no se efectúan, truncando de manera directa la correcta aplicación de la figura jurídica. Por tanto, se hace necesario abordar ya no lo referente a su análisis de validez normativa sino que por el contrario, determinar la eficacia con la cual, esta figura jurídica, con sus características antes plasmadas, incide de manera directa en la realidad social del Estado colombiano.

Ahora bien, dicha incidencia de la figura jurídica se ha de observar, en el marco de la doctrina del derecho denominada como realismo jurídico (Escandinavo) cuyos postulados se enfocan en cierta parte a la eficacia de la norma en la sociedad, pues es consciente de que: *“En última instancia la ciencia del derecho es una doctrina relativa al hombre, al hombre como centro de acción en un cierto sistema de relaciones sociales, y no se refiere a meramente un sistema de preposiciones”* (Ross, 1962, p. 169). Por ello la sola expedición de normas no materializadas, se convierten en un sin sentido, que no permite consolidar los ideales que posee un Estado social de derecho.

Siendo Colombia un Estado social de derecho, tiene dentro de sus obligaciones el garantizar la eficacia de la normas, en pro de proveer un orden justo a los ciudadanos que conforman el Estado. Sin embargo, y partiendo de que inevitablemente, las normas inciden en la realidad social, ¿qué sucede cuando dicha incidencia no es del todo positiva?, Pues bien este es el caso de la responsabilidad contractual por hecho ajeno, al estar regulada de manera incipiente, genera diversos inconvenientes a los sujetos que se involucran en conflictos de esta índole.

En este sentido, al generarse conflictos entre empresarios, en los cuales un tercero ajeno a la relación contractual genera un perjuicio al productor o fabricante acreedor del contrato primigenio, los sujetos negociales involucrados concurren ante los tribunales, en donde los jueces al abordar dichos conflictos se enfrentan a la carencia normativa que no define una estructuración legal y una solución normativa clara, para estas problemáticas, dejando así un amplio plano de discrecionalidad al juez, y al fallarse dichos casos, se podría resultar afectando de manera directa a alguna de las partes.

Aunado a lo anterior, si se realiza un análisis desde la orilla de la eficacia de las normas, en este caso en materia empresarial, se producirá la insolvencia de muchas empresas, que al ser condenadas como responsables, pierden su capital pagando los perjuicios generados por el incumplimiento de un tercero, y por ende viéndose en la necesidad de cesar con la producción o la prestación de sus servicios.

Los efectos económicos que trae consigo el cierre de una empresa, sobre todo si ésta se encarga de producir o prestar un servicio de gran incidencia en la economía nacional, pueden ser entre otros la generación de desempleo en la sociedad, el alza de los precios y crisis general del mercado, que afecta a los consumidores directos de los bienes y servicios ofertados en el territorio nacional; factores que incide necesariamente en aumento de los índices de pobreza y por ende se convierte en uno de los tropiezos en el camino hacia la paz.

### 2.3 Planteamiento de Caso de distribución

MULTINACIONAL AGRÍCOLA es una empresa chilena productora y distribuidora de insumos agrícolas. Esta decide suscribir contrato de distribución exclusiva en Colombia, con la empresa SEMILLAS COLOMBIA S.A. Esta compañía, en virtud del citado contrato, se obligó



a comercializar 10.000 semillas en el territorio colombiano y bajo la supervisión de la empresa MULTINACIONAL AGRÍCOLA; adicionalmente, que SEMILLAS COLOMBIA S.A. responderá por las sub-contrataciones que afecten la ejecución del contrato. Así mismo, en la relación negocial se estableció una cláusula penal por incumplimiento de \$1000.000.000=.

La decisión de realizar contrato de distribución con SEMILLAS COLOMBIA S.A, se da pues esta es quien genera un 35% de empleo a nivel nacional y fomenta de manera concreta la inserción de los campesinos en los proyectos de financiación de parcelas y adquisición de insumos bajo préstamos con cuotas mínimas de intereses; lo cual beneficia al sector agrícola principalmente en la generación de empleo.

Posteriormente, SEMILLAS COLOMBIA S.A. con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales convenidas recurre a la empresa GREDICAMPO S.A., quien se encargará de distribuir en Bucaramanga, Cúcuta y Antioquia 5000 unidades de semillas. La subcontratación tuvo autorización por la compañía chilena.

GREDICAMPO S.A. sitúa en el mercado correspondiente los productos agrícolas antes mencionados, sin embargo incumple en la medida en que distribuye en Bucaramanga solo 3000 unidades y las otras 2000 son llevadas a Venezuela para ser distribuidas en dicho territorio, en el cual existía ya un distribuidor autorizado, generándole así un perjuicio directo a la empresa MULTINACIONAL AGRÍCOLA.

Con base en el caso expuesto, ¿De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano existe claridad en cuanto a que es el distribuidor SEMILLAS COLOMBIA S.A. quien asume exclusivamente la responsabilidad de su auxiliar? y ¿Qué implicaciones tiene el déficit normativo que regule la responsabilidad contractual por hecho ajeno para la consecución de una política pública empresarial que en definitiva conlleva a la paz en Colombia?

## 2.4 Análisis y solución del Caso de distribución

---

Se observa que la citada modalidad de responsabilidad está presente en el caso en mención y que se desarrolla en el marco de la coligación de contratos que consiste en “coordinación entre varios negocios jurídicos distintos para la ordenación de interés que las partes pretenden atender y desarrollar.” (Suescún Melo, 2005, pág.145).

Por lo anterior, se hace necesario determinar la solución del caso en la legislación vigente, caracterizada por ser muy limitada al existir sólo algunas normas que regulan casos especiales y análogos; Todas esas disposiciones coinciden en nombrar al deudor como responsable de sus propios actos y también de los actos que realicen terceros vinculados por este. En este sentido, estas prescripciones se han convertido en alternativas de solución por medio de la aplicación analógica de las mismas a casos que involucran la responsabilidad contractual por hecho ajeno.

En virtud de lo expuesto, se deduce que la solución desde la realidad legislativa actual sería fallar en contra del deudor del contrato principal, por ende en el caso planteado quien sería responsable del incumplimiento generado por el tercero GREDICAMPO S.A es la empresa SEMILLAS COLOMBIA S.A, por ser éste el deudor en el contrato de distribución pactado con MULTINACIONAL AGRÍCOLA, y por ser quien voluntariamente vinculó al tercero GREDICAMPO S.A para la ejecución de algunas de la obligaciones generadas por el contrato primario, y que dicho tercero incumplió.

La solución descrita en el párrafo precedente, se profiere en un contexto donde no existe un parámetro normativo expreso que regule este tipo de responsabilidad en el ámbito contractual, por tal razón remitiéndose así a la omisión legislativa de carácter relativo mencionada en los acápites

anteriores. En ese contexto se está en presencia de inseguridad jurídica que genera detrimento en la actividad empresarial, pues bien como se estableció en el caso, en el contrato entre MULTINACIONAL AGRÍCOLA y SEMILLAS COLOMBIA S.A; existía una cláusula penal de \$1000.000.000=. Si se hace efectiva dicha cláusula, al momento de declarar responsable a SEMILLAS COLOMBIA S.A, la empresa en mención, quedará sin capital para seguir funcionando lo que implicara, el cierre de sus instalaciones y el cese de sus actividades.

Ahora bien, lo antes expuesto, era una hipótesis de solución basada en la realidad normativa y política del país, sin embargo, otra solución posible en virtud de un análisis más amplio de la figura de la Responsabilidad contractual por hecho ajeno se da por medio del estudio del principio de la Buena fe<sup>7</sup>, a partir del cual, si bien es cierto la regla general es que el deudor responde por los hechos de sus auxiliares o terceros vinculados, a este deudor no se le puede atribuir la responsabilidad por los hechos de su auxiliar más allá de lo que respondería por sus hechos propios (Carrasco Perea, 2010), de lo contrario se estaría atentando de manera directa al principio de la buena fe.

En este sentido, y partiendo de este análisis amplio del principio de la buena fe contractual, la responsabilidad será estudiada y determinada con base en el contenido integral del negocio jurídico, la naturaleza del contrato y todos los aspectos que influyeron en la relación contractual (las calidades de las partes, las negociaciones previas, las autorizaciones en la subcontratación por el contratante, entre otros), por tal razón, quien respondería en realidad sería el tercero que incumplió, es decir GREDICAMPO S.A.

### **3. Crítica desde el Neoconstitucionalismo, a la omisión legislativa existente frente a la responsabilidad contractual por hecho ajeno y sus efectos en la consecución de la paz**

---

Lo expuesto en líneas anteriores, permite encontrar una respuesta frente al siguiente cuestionamiento ¿qué incidencia tiene la figura jurídica (responsabilidad contractual por hecho ajeno) expuesta en este escrito, en el camino hacia la paz? Pues bien, como se plantea al inicio, se hace necesario que en Colombia se busque consolidar una paz amplia que abarque la materialización de garantías a los ciudadanos en todas sus dimensiones y necesidades, para que con ello logren una vida digna. Entre esas dimensiones se encuentra la económica, con la cual se busca la eficacia del empleo, la distribución equitativa de los recursos a todos los ciudadanos, entre otros aspectos.

En ese orden de ideas, para la consecución de la paz, el gobierno hace uso de políticas públicas encaminadas a la solución de problemáticas sociales como lo es la pobreza. Políticas públicas empresariales que involucran en su interior figuras jurídicas como lo son la responsabilidad contractual por hecho ajeno. No obstante, en la ejecución de estas políticas públicas, se presenta en el caso de esta tipología de responsabilidad, una omisión legislativa de carácter relativo, en la medida en que existe un déficit de normatividad, que como se planteó deja serios inconvenientes de interpretación para los jueces al momento de solucionar conflictos entre empresarios.

Lo anterior se refleja en el caso planteado, pues al existir un conflicto entre empresas que incidan de manera contundente en la generación de una fuente de empleo o de riqueza en el país, como es el caso de la agricultura, si se falla otorgándose como responsable un distribuidor como lo era SEMILLAS COLOMBIA S.A, y haciéndose efectiva la cláusula penal, dejando a dicha empresa en situación de insolvencia, se genera un fuerte detrimento al sector agrícola del cual se benefician muchos empleados, campesinos y en general toda la sociedad que accede a este mercado. Por lo anterior, se puede observar la incidencia que tiene una figura jurídica legislada de manera relativa, en la generación de la pobreza.

En este sentido, y en el marco de la transición de un Estado en donde imperaba el legalismo, a un Estado en el que prima el reconocimiento de la Constitución como fuente que irradia en todas las esferas del derecho, como es el caso del Estado colombiano, se genera el denominado constitucionalismo en el que se insertan teorías tales como el realismo jurídico, la hermenéutica, la analítica positivista, entre otras, que ayudan a establecer una nueva aplicación del derecho. (García Jaramillo, 2008). Así mismo, donde se empiezan a incluir una serie de derechos y principios fundamentales ya no con meros enunciados, sino con garantías materiales respaldadas directamente por la Constitución Política.

Por lo precedente se hace necesario, que el Estado en cabeza de los jueces, al existir la omisión legislativa frente a la responsabilidad contractual por hecho ajeno, en virtud de una aplicación de los principios constitucionales como el de la buena fe, reorienta el contenido de los contratos y fallen de manera justa, sin generarse detrimentos económicos como el que se daría en el caso hipotético planteado con el sector agrícola.

Al generarse así una política pública empresarial, robusta de principios que permitan solucionar los conflictos que se presentan, se generará por

consiguiente, un clima económico propicio para la generación de empleo y en general la posibilidad de recursos para los ciudadanos, lo cual se traduce en una vida digna y en un alcance por consiguiente de la muy anhelada paz positiva.

## Conclusiones

---

- Necesidad de un concepto amplio de paz (no conflicto armado) y garantías de acceso o inequitativo acceso a los recursos.
- Desarrollo incipiente de La figura de la responsabilidad contractual por hecho ajeno, evidenciándose omisión legislativa de carácter relativo, podría generar escenarios de injusticia y pobreza, situación tal que hace necesario el estudio de dicha figura.
- Surgen dos alternativas de solución. En primer lugar, legislar de manera completa y armónica, la figura de la responsabilidad contractual; y en segundo lugar, en el marco del neo-constitucionalismo, interpretar esta figura jurídica, a la luz de los postulados del principio de la buena fe, otorgando una solución justa a los casos que vinculen esta modalidad de responsabilidad, con lo cual se ayude a la dinámica empresarial de la sociedad y con ello disminuya la pobreza llegando así a materializar el ideal de la paz positiva.

## Referencias Bibliográficas

---

- Betti, E. (1969), *Teoría General de las Obligaciones*, (Tomo I). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Boussaget, Laurie, Jacquot, Sophie, & Ravinet, Pauline, (2009), *Diccionario de políticas públicas*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.



Carrasco Perea, A. (2010), *Derecho de Contratos*, Navarra, Editorial Aranzandi – Thomson Reuters.

Conferencia General 29ª reunión UNESCO, informe del director general sobre el derecho humano a la paz. 1997. París.

Corte constitucional. Sentencia C-314 de 2009. (Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla: Mayo 5 de 2009).

Corte Constitucional. Sentencia C-173/10. (Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 10 de marzo de 2010).

Galtung, Johan, (1990) *Violence, Peace and Peace Research*, *Journal of Peace Research* 27, Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/423472>.

García Jaramillo, L. (2008), *Revista de derecho* (online). Recuperado el 04 de abril de 2015, de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-86972008000100012&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000100012&lng=en&tlng=es).

González, J. Á., & ALONSO, G. Á. (2005). *No- ciones de crecimiento y desarrollo económico*. Facultad de Derecho de Ourense: Departamento de Derecho Público Especial, Comunicación Audio- visual y Publicidad.

Hurtado Palomino, José Vicente (2015) *Responsabilidad contractual por hecho ajeno en el contrato de agencia comercial*.

Leibovich Jose, & Laura Esquivel (2012), *Diagnóstico y recomendaciones de política para mejorar la competitividad del sector agropecuario colombiano*, Bogotá.

Martínez-Guzmán, Vicent: *Filosofía para hacer las paces*, 2001, Editorial Barcelona: Icaria. Vol. 9.

Mesa Peinado, Manuela (2006), *Seguridad, de- sarrollo y objetivos del milenio CEIPAZ*. Recupe- rado de [http://www.ceipaz.org/images/contenido/16\\_paz\\_seguridad\\_castellano.pdf](http://www.ceipaz.org/images/contenido/16_paz_seguridad_castellano.pdf)[http://www.ceipaz.org/images/contenido/16\\_paz\\_se- guridad\\_castellano.pdf](http://www.ceipaz.org/images/contenido/16_paz_se- guridad_castellano.pdf)

Mesa Peinado, Manuela (2008), *paz y seguri- dad CEIPAZ*. Recuperado de [http://www.urv.cat/media/upload/arxiu/W-Catedra\\_DOW\\_URV/Informes%20VIP/unesco\\_etxea\\_-\\_manual\\_unesco\\_cast\\_-\\_education\\_for\\_sustainability\\_ma- nual.pdf](http://www.urv.cat/media/upload/arxiu/W-Catedra_DOW_URV/Informes%20VIP/unesco_etxea_-_manual_unesco_cast_-_education_for_sustainability_ma- nual.pdf)

Muñoz, Francisco, 2001, *La Paz Imperfecta Ante Un Universo En Conflicto*, Granada, Universidad de Granada, Instituto de la Paz y los Conflictos.

Otero, G. (2002), *Pobreza: definición, carac- terísticas y programas para su erradicación*, Buenos aires.

Ross, Alf (1962), *Hacia una ciencia realista del derecho*, *Crítica del dualismo en el derecho*.

Tratado interamericano de asistencia recíproca. Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, 1947. Rio de Janeiro.

Subirats, knoepfel, larrue, & varone, (2012), *aná- lisis y gestión de políticas públicas*, Barcelona, Pla- neta S.A.

Suescún Melo, J. (2005). *DERECHO PRIVADO Estudios de Derecho Civil y Comercial Con-tem- poráneo*, (Tomo II). Bogotá: Legis.

Thoenig, Jean claude, & Meny, Ives. (1992), *Las políticas públicas*. Barcelona, España: Ariel S.A.

Tourneau Philippe, (2006), *Responsabilidad ci- vil profesional*, Bogotá: Legis.

Valdés Prieto Martha (2001), *Validez, Vigencia, Eficacia y Legitimidad. Relación y distinción*. Habana: Facultad de Derecho, Universidad de la Habana.

Velásquez Gavilanes Raúl (2009), *Hacia una nueva definición del concepto “política pública”, Desafíos*.

Villoro Toranzo, M. (2001). *La contribución filosó- fica*. Recuperada de <http://www.difusioncultural.uam.mx/revista/dic2004/vargas.pdf>



- \* Artículo ganador del concurso de ensayo “Octavio Arizmendi Posada” Decimotercera versión/2015.
- \*\* Estudiantes de noveno semestre de derecho en la Universidad Santo Tomás seccional Bucaramanga, adscritas al semillero de investigación *res iudicata* perteneciente al grupo de investigación neo-Constitucionalismo y derecho. Correos electrónicos: Belsy\_94@hotmail.com, anita2412@hotmail.com.
- 1 En un sentido amplio, puede entenderse como la falta de capacidad para alcanzar y mantener un nivel de vida aceptable. (Otero, 2002, pág. 13).
- 2 El contenido del presente capítulo se funda en gran parte de la propuesta de investigación denominada “Responsabilidad contractual por el hecho de un tercero en las relaciones jurídicas de distribución frente al servicio de telefonía móvil” presentado en la IX Convocatoria Interna de Investigación al interior del Grupo de Neoconstitucionalismo y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga. Investigador principal: José Vicente Hurtado Palomino. Coinvestigador: Juan Pablo Leal Rico. Auxiliares de Investigación: Ana María Ayala Gáfaró, Belsy Cristina Matiz y Silvia Juliana Vargas Naranjo.
- 3 En materia extracontractual, el Código Civil, en el artículo 2347, establece un principio general de responsabilidad civil por el hecho ajeno, no obstante, en materia contractual nada se dice.
- 4 “El sustituto es una persona independiente a la que el deudor le encarga el contrato en todo o en parte” (Mazeaud, 1962, Pág. 704).
- 5 “En definitiva, la responsabilidad del deudor por sus auxiliares es una responsabilidad *suya* (del único *deudor existente*), que tiene, por tanto, los mismos límites para su exoneración y limitación que su responsabilidad cuando actúa personalmente”. (Jordano Fraga, 1987Pág. 410).
- 6 El principio de la buena fe contractual está contemplado en el artículo 83 de la Constitución Política donde reza que los particulares como partes en las relaciones negociales “deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Adicionalmente, el artículo 871 del Código de Comercio señala que “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe”, por su parte, el artículo 1603 del Código Civil estipula que “los contratos deben ejecutarse de buena fe” estableciendo la obligación de actuar con diligencia, prudencia, en pro de un favorecimiento mutuo durante el desarrollo del contrato.
- 7 La buena fe objetiva parte de la naturaleza jurídica del contrato y señala los parámetros por los cuales dicho negocio jurídico se debe ejecutar, de tal suerte que indica a los extremos negociales las obligaciones que deben cumplir, dependiendo claro está de las circunstancias que dentro de la relación contractual se vayan poniendo de manifiesto. (Neme, 2010).

# Una controversia jurídica entre la asignación salarial de los docentes al servicio del Estado con quienes prestan sus servicios en instituciones educativas privadas

José Guillermo Martínez Rojas\*

## Resumen

---

El presente trabajo hace un análisis detallado de las condiciones salariales de los docentes al servicio del Estado, en instituciones educativas oficiales, en comparación con las condiciones de los docentes que prestan su servicio en instituciones educativas privadas, teniendo como referencia, que los primeros se rigen por el Escalafón Docente definido en el Decreto 2277 de 1979 o por el Estatuto de Profesionalización Docente consignado en el Decreto 1278 de 2002; mientras que los segundos, por el Código Sustantivo del Trabajo, introduciendo con ello, una discrepancia significativa en las condiciones de los unos con los otros, que se traduce en inequidad y condiciones laborales deficitarias de los segundos, que termina por impactar la calidad del servicio educativo, que éstos prestan.

Para el logro de este objetivo, se hace un análisis documental de las condiciones laborales, implicadas en los dos sistemas existentes en el contexto colombiano, para la contratación y el pago de los salarios de los docentes. Se cierra el análisis con

unas conclusiones y unas recomendaciones que sugieren la dirección de hacia dónde se podrían dirigir las acciones que se deben implementar para cambiar estas condiciones inequitativas.

## Palabras Clave

---

Política Pública, Calidad de la Vida Laboral, Satisfacción Profesional, Política Salarial, Igualdad de Oportunidades, Tensiones Laborales.

## Introducción

---

El presente trabajo pretende hacer un análisis de las condiciones laborales, en lo correspondiente a la remuneración salarial, de los docentes al servicio del Estado, en comparación con quienes prestan sus servicios en instituciones educativas de particulares, toda vez, que a los primeros se les define dichas condiciones salariales, por los criterios y las disposiciones del Escalafón Docente -



Decreto 2277 de 1979- o el Estatuto de Profesionalización Docente –Decreto 1278 de 2002-, mientras que a los segundos –los profesores al servicio de instituciones educativas privadas-, por el Código Sustantivo del Trabajo, con las consiguientes implicaciones de unos y otros.

Para realizar este trabajo, se hizo un recorrido por las distintas normas que han ido definiendo todo lo atinente a la remuneración de los docentes estatales, para poder posteriormente hacer un análisis en donde se evidencia la inequidad inexistente, y entonces, desde allí derivar las implicaciones que pueden tener para los trabajadores, dicha política.

La intención y pertinencia de este análisis, está en que efectivamente el gobierno nacional está generando políticas públicas, tendientes a hacer del país uno de los más educados de América Latina, lo que a todas luces, no será posible, si las condiciones salariales de dichos trabajadores, no cambian sustancialmente.

Es evidente que la calidad de la educación, no depende únicamente de la remuneración salarial de los docentes, ni que las inequidades existentes entre los docentes al servicio del Estado y los que están al servicio de instituciones educativas privadas, se reducen única y exclusivamente a la cuestión salarial. Todo este marco sirve de base, para lo que se pretende hacer en este breve estudio que es justamente establecer las implicaciones, que la cuestión salarial tiene para las condiciones laborales de los docentes y por lo mismo, para su satisfacción y compromiso con la tarea de impartir la mejor educación de América Latina, esto como uno de los ámbitos vertebrales para la construcción de modificaciones profundas en el campo de lo educativo.

## 1. Planteamiento del problema jurídico

---

En el contexto colombiano, las condiciones laborales de los docentes –profesores de pre-escolar,

básica y media- tienen unas diferencias significativas, desde el punto de vista laboral, que bien vale la pena analizar detenidamente para derivar de las mismas, los problemas jurídicos, las inequidades que se presentan y la inestabilidad, como la falta de una política pública seria y consistente, que dignifique de manera responsable, la profesión docente. Si bien, son muchos los conflictos y los problemas jurídicos que en contexto de las condiciones laborales de los docentes, se dan, esto sirve de base en el presente texto, lo que permite realizar un análisis detallado sólo de uno de ellos, dejando de lado, otros muchos y complejos, que dadas sus implicaciones y los análisis que se deben hacer en torno a los mismos, no pueden ser abordados aquí, por las limitaciones de espacio y tiempo.

Las condiciones laborales de los docentes, en la época reciente, datan de 1979, cuando el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 8 de 1979<sup>1</sup>, promulgó el Decreto-Ley 2277 en el cual se *estableció el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, con excepción de quienes prestan su servicio en el nivel superior, que se registrarán por normas especiales* (Artículo 1, del Decreto 2277).

A partir de este momento, las relaciones laborales entre los docentes y el Estado, se empezaron a regir por las normas consignadas en dicho Decreto, sin que hubiese claridad con lo que sucedería con aquellos docentes que prestaban sus servicios en instituciones educativas de particulares, puesto que en el mismo Decreto, se mencionaba que dichas relaciones laborales, se regirían por el Código Sustantivo del Trabajo y no por el Escalafón definido en el mencionado Decreto.

En el año 1994, posterior a la promulgación de la Constitución de 1991, se proclamó la Ley 115, conocida como la Ley General de Educación, con la cual se organizaba todo el sistema educativo colombiano, tanto el estatal, como el prestado por

particulares, a la luz de lo definido por la nueva Constitución. En la mencionada Ley 115, a pesar de estar inspirada en la Constitución del 91 que pregonaba desde su inicio el interés por hacer de Colombia un Estado social de derecho, incluyente, justo, equitativo, entre otras cosas, se incluyeron las siguientes normas en relación con los salarios de los docentes al servicio de instituciones educativas de particulares.

En el Artículo 196, hace mención a lo siguiente: *El régimen laboral legal aplicable a las relaciones laborales y a las prestaciones sociales de los educadores de establecimientos educativos privados será el del Código Sustantivo del Trabajo* esto siguiendo lo ya definido en el Decreto 2277 de 1979, en su Artículo 4, en donde se afirma lo mismo: que las relaciones laborales de los educadores al servicio de instituciones educativas privadas, se regirán por el Código Sustantivo del Trabajo y no por el Escalafón Docente definido en él, que implicaba unas condiciones especiales. Pero además de lo anterior, en el Artículo 197 de la misma Ley 115 de 1994, se afirma que *El salario que devenguen los educadores en establecimientos privados no podrá ser inferior al ochenta por ciento (80%) del señalado para igual categoría a quienes laboran en el sector oficial. La misma proporción regirá para los educadores por horas.*

Con la anterior determinación, se introdujo un problema de desigualdad en la remuneración de los docentes al servicio de instituciones educativas privadas, puesto que dichas instituciones podrían cancelar un salario, que mínimo fuese el 80% del valor definido para cada categoría del escalafón, cada año, según la norma que el gobierno nacional promulgara para fijar dichos salarios.

Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante su Sentencia 252 de 1995, declaró inexecutable la expresión “ochenta por ciento (80%) del” del artículo 197 de la Ley 115 de 1994, en virtud de que la misma, violaba el Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, dejando con ello sin soporte, dicha norma y de alguna manera, obligando a que las instituciones educativas privadas, debie-

ran cancelar el cien por ciento (100%) del valor definido para cada una de las escalas del escalafón docente. Ello en cuanto a la remuneración salarial de los docentes, sin manifestarse sobre las demás diferencias en las condiciones que había entre las disposiciones definidas en Escalafón Docente y el Código Sustantivo del Trabajo.

Hasta ese momento, sólo podían ejercer la función de docentes quienes hubiesen cursado una licenciatura o tuviesen un posgrado en educación, sin embargo, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia 507 de 1997, determinó que cualquier profesional podría prestar el servicio como docente, siempre y cuando, cumpliera con el requisito de tomar un curso de Acceso al Escalafón Docente para Profesionales no Licenciados. Esta decisión de la Corte, contribuyó a enrarecer el ambiente para los docentes, puesto que ellos consideraron que en virtud de dicha norma, “cualquiera puede ser docente” y que el formarse como licenciado, no era garantía de poder ejercer como tal.

Ahora bien, en el año 2001, el Congreso promulgó la Ley 715 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001)<sup>2</sup> de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros, conocida como Ley de Transferencias, la que en su Artículo 24 afirma que Durante el periodo de siete años, comprendido entre enero 1° de 2002 y 30 de diciembre de 2008, el ascenso en el escalafón de los docentes y directivos docentes, en carrera, se regirán por las siguientes disposiciones: a) En ningún caso se podrá ascender, a partir del grado séptimo en el escalafón, de un grado al siguiente y a ninguno posterior, sin haber cumplido el requisito de permanencia en cada uno de los grados. Solo podrán homologarse los estudios de pregrado y posgrado para ascender hasta el grado 10 del escalafón nacional docente, de acuerdo con las normas vigentes. b) El requisito de capacitación será en el área específica de desempeño o general según la reglamentación que para tal efecto señale el Gobierno Nacional. c) El tiempo de permanencia de los grados 11, 12 y 13 establecido en las

*disposiciones vigentes se aumenta en un año a partir de la vigencia de esta ley, y no será homologable. d) Los departamentos, distritos y municipios podrán destinar hasta un uno por ciento (1.0%) durante los años 2002 al 2005 y uno punto veinticinco (1.25%) durante los años 2006 al 2008, del incremento real de los recursos del sector, a financiar ascensos en el escalafón, previo certificado de la disponibilidad presupuestal. Cualquier ascenso que supere este límite deberá ser financiado con ingresos corrientes de libre disposición de la respectiva entidad territorial, previo certificado de disponibilidad. e) Los docentes que laboran en áreas rurales de difícil acceso podrán tener estímulos consistentes en bonificación, capacitación, y tiempo, entre otros, de conformidad con el reglamento que para la aplicación de este artículo expida el Gobierno Nacional. Y un párrafo en el cual se afirma: El régimen de carrera de los nuevos docentes y directivos docentes que se vinculen, de manera provisional o definitiva, a partir de la vigencia de la presente ley, será el que se expida de conformidad con el artículo 111.”*

Por su parte, el Artículo 111 de la misma Ley 715, define las facultades extraordinarias que se le conceden al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses, para que en dicho “*término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias y con los recursos. El nuevo régimen de carrera docente y administrativa se denominará Estatuto de Profesionalización Docente y tomará en cuenta entre otros los siguientes criterios: 1. Mejor salario de ingreso a la carrera docente. 2. Requisitos de ingreso. 3. Escala salarial única nacional y grados de escalafón. 4. Incentivos a mejoramiento profesional, desempeño en el aula, ubicación en zonas rurales apartadas, áreas de especialización. 5. Mecanismos de evaluación, capacitación, permanencia, ascensos y exclusión de la carrera. 6. Oportunidades de mejoramiento académico y profesional de los docentes. 7. Asimilación voluntaria de los actuales docentes y directivos docentes contemplado en el Decreto-ley 2277 de 1979.”*

Lo definido por la Ley 715 de 2001 contribuyó de manera significativa a aumentar la inequidad en las condiciones laborales de los docentes como trabajadores, pero sobre todo, a aumentar la brecha entre las condiciones de los docentes al servicio del Estado con las de aquellos que prestaban su servicio, en instituciones educativas privadas, puesto en virtud de lo establecido en ella, las Secretarías de Educación del país, encargadas de resolver las solicitudes de ascenso en el escalafón, decidieron actuar en dos direcciones: la primera, a quienes se presentaban para ser escalafonados, con la intención de prestar sus servicios en las instituciones educativas estatales, los clasificaban por las disposiciones del nuevo Estatuto de Profesionalización Docente que se promulgó en el 2002, con las implicaciones que el mismo tenía; y la segunda, negarse a volver a ascender a los docentes que prestaban sus servicios en instituciones educativas privadas, hasta que no hubiese claridad, sobre cómo se procedería en estos casos, es decir, el escalafón docente se cerró para los profesores de instituciones educativas privadas, desde el 2002 hasta el 2008.

Según la Resolución 5682 del 2 de julio de 2003, de la Alcaldía Mayor de Bogotá, los argumentos de la Secretaría de Educación estaban orientadas en la siguiente dirección: a) Que la Ley 715 de 2001 derogó las Juntas y Oficinas de Escalafón, quienes tenían la competencia para decidir las solicitudes de ascenso; b) Que la Ley 715 había sido declarada exequible por la Corte Constitucional y que la misma derogaba parte del Decreto-Ley 2277 de 1979, en concreto, el Capítulo III en donde estaba la estructura del Escalafón Docente; y c) Que las Secretarías de Educación, carecen de competencia para resolver las solicitudes de ascenso en el escalafón, hasta que el gobierno nacional no promulgue el decreto que reglamente un nuevo Escalafón.

En este sentido, las Secretarías de Educación no se detuvieron a analizar, si las solicitudes presentadas por docentes al servicio de instituciones educativas de particulares, eran viables o no, sino simplemente, decidieron negar dichas solicitudes



de ascenso en el escalafón docente, desde el 2002 hasta el 2008, puesto que se había generado un vacío en la normatividad, lo que impidió que dichos docentes, pudiesen seguir su proceso de ascenso, en el escalafón que previamente había definido el Decreto-Ley 2277 de 1979.

Nuevamente se lesionó el derecho a la remuneración, de los docentes al servicio de instituciones educativas privadas, puesto que quienes cumplieran con los requisitos para avanzar en el escalafón docente definido por el Decreto 2277 de 1979, no podrían hacerlo, puesto que la respuesta de las Secretarías de Educación, invocaba el Artículo 24 de la Ley 715 de 2001 como impedimento para recibir y resolver dichas solicitudes.

En el año 2002 el Presidente de la República promulgó el Decreto 1278 de junio 19 de 2002, por el cual se expidió el Estatuto de Profesionalización Docente. El mismo estaba dirigido a reglamentar las condiciones laborales de los docentes al servicio del Estado. Y en el mismo, de nuevo, en su Artículo 68 se afirmó que *“El régimen laboral aplicable a los educadores de los establecimientos educativos privados, será el establecido en el Código Sustantivo del Trabajo y en los reglamentos internos”*, lo que si bien no era novedad, si mantenía una diferencia importante, entre unos y otros docentes, conduciendo a que se desdibujan sobre la práctica, las nociones establecidas por la normatividad.

Al revisar lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo, en lo atinente a los docentes que prestan sus servicios en instituciones educativas de particulares o privadas, se encuentra en su Artículo 101 lo siguiente, en cuanto a la duración del contrato de trabajo: *“El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación por tiempo menor.”* Sin embargo, la Corte Constitucional en su Sentencia C-483 de 1995, declaró inexecutable la expresión *“por tiempo menor”* por considerar que la misma introducía una posible discriminación.

Por su parte, el Artículo 102 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación a vacaciones y cesantías, afirma que: *“1. Para el efecto de los derechos de vacaciones y cesantía, se entiende que el trabajo del año escolar equivale a trabajo en un año del calendario; 2. Las vacaciones reglamentarias del respectivo establecimiento dentro del año escolar serán remuneradas y excluyen las vacaciones legales, en cuanto aquéllas excedan de quince (15) días.”* Ello implica que los empleadores están obligados a cancelar a los docentes, las vacaciones y las cesantías correspondientes a un año calendario.

Y además de lo anterior, la Ley 100 de 1993, en su Artículo 284, afirma que *“Los profesores de establecimientos particulares de enseñanza cuyo contrato de trabajo se entienda celebrado por el período escolar, tendrán derecho a que el empleador efectúe los aportes al sistema de seguridad social integral por la totalidad del período calendario respectivo, que corresponda al período escolar para el cual se contrate,”* de lo que se deduce que para aquellos docentes que han sido contratados para el año escolar, tienen derecho a que su patrono les cancele 12 meses de seguridad social.

Si bien estos son aspectos adyacentes a la cuestión de la remuneración salarial de los docentes al servicio de instituciones educativas de particulares, de todas maneras, los asuntos concernientes al pago de la seguridad social, de las cesantías y las vacaciones, constituyen un aspecto significativo en las condiciones laborales y salariales de dichos trabajadores. Sin embargo, sigue habiendo discrepancia y desigualdad entre lo que son las condiciones salariales de los docentes al servicio del Estado y aquellos que están al servicio de instituciones educativas privadas o de particulares.

## 2. Análisis de la situación problemática planteada

Según los datos del ICFES del año 2014, en Colombia hay aproximadamente 12.621 instituciones

educativas, de las cuales, el 64,7% -8172- son instituciones educativas estatales y el 35,3% -4449- son instituciones educativas privadas o de particulares, de muy diferentes naturalezas, sin contar aquellas que sólo ofrecen la educación pre-escolar o la básica primaria. Si se presupone que en las instituciones educativas privadas, laboran, en promedio 30 docentes, se estaría hablando de la no despreciable cantidad de 130.000 docentes, laborando en dichas instituciones educativas, que estarían sometidos a las anteriores condiciones laborales.

Ahora bien es evidente que en este universo de instituciones educativas privadas, no todas tienen las mismas condiciones laborales, para con sus docentes, pues entre ellas, están todas aquellas que atienden población de los estratos 5 y 6, que tienen en promedio una pensión mensual para sus estudiantes, que podría estar entre los setecientos mil y el millón de pesos, por lo que casi siempre, pagan salarios superiores a lo definido para las distintas categorías del escalafón, en las cuales ellos se hallan adscritos o asimilados, a la par que les ofrecen contratos a término fijo, por once o doce meses, o incluso contratos a término indefinido. Si bien, no se dispone de una información exacta, de todas maneras, hay otro número importante de instituciones educativas que no están entre las señaladas anteriormente y que cancelan salarios inferiores a lo estipulado en la normatividad legal vigente.

Adicional a lo anterior, también existe otra práctica en muchas instituciones educativas privadas y es la de no contratar con docentes que posean una categoría diez o superior en el escalafón definido en el Decreto 2277 de 1979, ante lo cual, muchos docentes optan por no estudiar, ningún tipo de posgrado y cualificar así su perfil, para poder prestar un servicio de mayor calidad o si cursan dichos estudios, no ascienden en el escalafón para no ser excluidos de posibles trabajos por tener un categoría alta en el Escalafón Docente.

En el año 2014, la Fundación Compartir financió el estudio conocido como “*Tras la Excelencia Docente. Cómo Mejorar la Calidad de la Educación para*

*Todos los Colombianos*” adelantada por un reconocido grupo de investigadores de las universidades Los Andes y El Rosario. Dicho estudio pretendió elaborar una propuesta de mejora de la educación para el país, centrada en los docentes, para lo cual tomaron como referenciamiento en el ámbito internacional, cuatro modelos educativos que han sido altamente exitosos: Finlandia, Singapur, Corea del Sur, y la provincia de Ontario, en Canadá.

El mencionado estudio hace una propuesta centrada en seis estrategias que son: a) Formación previa al servicio; b) Selección; c) Retención y promoción; d) Evaluación para el mejoramiento continuo; e) Formación en servicio; y f) Remuneración. De los cuatro modelos examinados, para Singapur y Corea del Sur, lo concerniente a la remuneración tiene una importancia del 100%, mientras que para Finlandia y la provincia de Ontario, un 70%. Si bien el presente ensayo pretende hacer un análisis de las implicaciones jurídicas, que de las políticas públicas educativas, de todas maneras, es significativo el hecho de que un país como Colombia, interesado en mejorar de manera significativa la calidad de su educación, dicho propósito, pasa, entre otras muchas cosas por las condiciones salariales de los docentes, tanto de quienes prestan su servicio al Estado, como los que lo hacen, en instituciones educativas privadas.

Afirma el estudio *Tras la Excelencia* (2014: 16) en su resumen ejecutivo, en relación con remuneración y reconocimiento, que “*La propuesta de este eje consiste en equiparar los salarios docentes con los de otras profesiones prestigiosas, tanto al inicio como a lo largo de la carrera. Esto implica un aumento en la remuneración promedio para los docentes del nuevo estatuto y el establecimiento de bonificaciones monetarias y en especie otorgadas por resultados del proceso de evaluación, participación en la mentoría de profesores novatos, servicio como par en actividades de evaluación y servicio en zonas de difícil acceso. Adicionalmente, se propone premiar a docentes, rectores e instituciones educativas excepcionales de forma que se incentive y se visibilice su trabajo. Además, este eje contempla un régimen de transición y, en el largo plazo, un plan de*

*retiro voluntario y gradual para los docentes regidos por el antiguo estatuto.”*

Llama la atención cómo el presente estudio evidencia la existencia que efectivamente los docentes que se rigen por los dos estatutos vigentes –el consignado en el Decreto 2277 de 1979 y el del 1278 de 2002- se hallan mal remunerados, al compararlos con otros profesionales. No deja de ser paradójico, el hecho de que cómo será el caso de los docentes al servicio de instituciones educativas privadas, que tienen unas condiciones laborales y de remuneración, ampliamente inferior a las de quienes prestan su servicio al Estado. Sin mencionar lo definido como incentivos y bonificaciones, que para el caso de la legislación laboral colombiana, se las da por “mera liberalidad” del patrono, y que si muchas instituciones educativas privadas, no pagan lo definido para la categoría del escalafón, en la cual se halla el docente, mucho menos estarían dispuestos a dar incentivos y bonificaciones a dicho personal.

A partir de los datos que se encuentran en el estudio Tras la Excelencia (2014) de la Fundación Compartir, se puede colegir que en promedio, los salarios de los docentes en los países de referencia son: en Singapur 2.500 dólares, en Finlandia 2.600 dólares, en la provincia de Ontario 4.500 dólares y en Corea del Sur 5.400 dólares, mientras que en el caso colombiano, el salario de un docente al servicio del Estado, puede estar en el orden de los 700 dólares, sin que se posean datos del promedio de un salario de los docentes al servicio de instituciones educativas de particulares, pero que se presupone, es inferior al de los docentes al servicio del Estado.

Además de lo expuesto, en muchos casos, los docentes que se hallan al servicio de instituciones educativas de particulares, en la mayoría de los casos, tienen condiciones laborales que implican características como las siguientes: contratos a término fijo, por 9 meses y medio o 10 meses, y en muy pocos casos a once o doce meses; pago de las primas, cesantías y vacaciones, proporcional a la duración de sus contratos; no pago de la segu-

ridad social de los dos meses en los que ellos se hallan cesantes; ningún tipo de apoyo al estudio, o incentivos o bonificaciones; uso del período de prueba de manera arbitraria pues cada año, los docentes se hallan sometidos a este, sin tener en cuenta que el período de prueba es uno sólo con cada empleador, entre otras. A la par que como sus contratos se rigen el Código Sustantivo del Trabajo, en muchos casos deben trabajar entre 40 y 48 horas semanales, y no las 30 o 35 que trabajan los docentes al servicio del Estado.

En el año 1996, se formuló el primer Plan Decenal de Educación (1996) para los años 1996-2005. En el mismo, el gobierno nacional, fijó que se pasaría de una inversión, del 3,4% del PIB dedicado a la educación, a un 8,5% del PIB dedicado a la educación del país, distribuido en un 6,5% proveniente del sector estatal y un 2,0% proveniente del sector privado. Ahora bien, en el año 2006, la Universidad de Los Andes, quien realizó la evaluación del Plan Decenal de educación acababa de concluir, encontró que en estos diez años, se había pasado del 3,4% a un 5,03% del PIB, cifra que se halla lejos, ya sea del 6,5% que se le había asignado al gasto público, o del 8,5% que se había propuesto.

En la actualidad, para el año 2014, según cifras del Banco Mundial, el gasto en educación corresponde a un 4,7% del PIB, frente a un 7,2% de Finlandia en el año 2012, por ejemplo. Pero además, teniendo en cuenta que el PIB per cápita para el año 2014, en Finlandia es de 43,867 dólares y el de Colombia 7,903 dólares. Estas cifras permiten visualizar de alguna manera, las abismales diferencias que existen en el gasto de recursos en uno y otro país, lo que explicaría efectivamente por qué razón los docentes en Colombia están muy mal remunerados.

Todas estas condiciones terminan por lesionar de manera importante las condiciones laborales de los docentes al servicio de instituciones educativas de particulares, lo que al final termina por impactar en la calidad del servicio que se presta, la motivación de los docentes, el descrédito de la



profesión docente, lo que conduce a que a pesar de que el Estado esté interesado en cambiar, de manera significativa el sistema educativo colombiano, para hacerlo más eficiente y mayor y más calidad, puesto que los estándares de referencia del país, son siempre los definidos por la OCDE y los resultados que los países miembros de esta Organización obtienen en las pruebas PISA.

### 3. Conclusiones

---

Al término del presente análisis, en la perspectiva de recoger sus implicaciones en la propuesta de hacer de Colombia una de las más educadas de América Latina, pero además, de mejorar de manera significativa los estándares de calidad en la educación, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

Una de las tensiones imperantes respecto a los problemas de desigualdad es aquella que se traduce en los desequilibrios en la remuneración de los docentes al servicio de las instituciones educativas privadas, al ser objeto de pagos de salarios inferiores a los propuestos por el marco normativo y sus adiciones, en lo definido para cada una de las categorías de los dos escalafones y que el gobierno nacional promulga mediante un decreto anual en el que se fijan los montos de los incrementos, año tras año.

Bajo el análisis realizado previamente, se puede evidenciar que hay importantes lesiones en el derecho a la remuneración de los docentes al servicio de instituciones educativas privadas, dado que aquellos, quienes eventualmente cumplan con los requisitos para avanzar en el escalafón docente definido en el Decreto 2277 de 1979, no podrían realizarlo, al existir la respuesta de las Secretarías de Educación, quienes invocaban el Artículo 24 de la Ley 715 de 2001, como un obstáculo para recibir y resolver dichas solicitudes. Esto se traduce en un importante obstáculo al desarrollo del docente, y desde allí, dibujar importantes falencias a futuro

de su propio proceso como actor-formador, que en últimas incide en su condición salarial. Al menos así sucedió desde el año 2002 hasta el 2008 con estos docentes.

Conjuntamente con lo anterior, la Ley 100 de 1993, en su Artículo 284, afirma que *“Los profesores de establecimientos particulares de enseñanza cuyo contrato de trabajo se entienda celebrado por el período escolar, tendrán derecho a que el empleador efectúe los aportes al sistema de seguridad social integral por la totalidad del período calendario respectivo, que corresponda al período escolar para el cual se contrate,”* desafortunadamente en el contexto real de dicho beneficio no es consecuente con el efecto en la terminación del contrato, puesto que en la mayoría de veces, solo se le es efectivo su tiempo de permanencia, desligando obligaciones relevantes como temas de seguridad social, de las cesantías y las vacaciones, que constituyen un aspecto significativo en las condiciones de dichos trabajadores. Esto demarca cabalmente un asunto de discrepancias y diferencias, en lo concerniente a las condiciones salariales de los docentes al servicio del Estado, de aquellos que están al servicio de instituciones educativas privadas o de particulares, conduciendo a una nueva tensión imperante, en relación con el trabajo docente y sus múltiples dificultades en el marco de lo laboral, social, político y porque no, de lo cultural también.

Es de vital importancia que el marco salarial legal vigente sintonice su rumbo, con diseños como los definidos por Singapur, Finlandia, la provincia de Ontario en Canadá y Corea del Sur, como marco para la realización de las profundas modificaciones que se deben hacer para buscar una mayor inversión en la remuneración de los docentes, y la mejora de la calidad en sus condiciones laborales. Sólo con una remuneración equitativa y justa del docente, se iniciará el proceso de dignificación de esta profesión laboral, y desde los ajustes que haga el Estado, atraer también las condiciones laborales de los docentes al servicio de instituciones educativas privadas. Adicional a esto, dichas modificaciones servirían de modelo para la modifi-

cación de otros muchos aspectos educativos que atienden no solo al compendio de trabajos metodológicos, sino a lo concerniente del papel que juega el docente en los escenarios educativos, es decir, no exclusivamente como actor protagónico de movilizar valiosos procesos formativos, sino en el agenciamiento de sus condiciones generales, entre ellas, lo respectivo a su salario.

Conjuntamente, los docentes se encuentran en una encrucijada marañosa, dado que por un lado se les exige ampliar su espectro formativo, en la acumulación de estudios en posgrado y cualificar su perfil, para que se categoricen entre diez o superior en el escalafón definido en el Decreto 2277 de 1979 y de esta forma contemplar una “beneficiosa remuneración salarial”; pero por otro lado y desde aquí, se expone una desinhibición de esta condición, y es que los docentes prefieren no contemplar este cúmulo formativo para no ser excluidos de posibles trabajos, por tener un categoría alta en el Escalafón Docente en instituciones educativas privadas, lo que dibuja la ausencia de estímulos que busquen hacer visible su permanente actividad formativa y desde allí enriquecer los procesos formativos de sus estudiantes y contribuir al fortalecimiento de la calidad educativa del país.

Así mismo es de profunda importancia que desde los modelos de los otros países que se sirven de base para el redireccionamiento de la educación, pero específicamente sobre el papel protagónico en el que se ubica al docente, al ser un promotor de los procesos educativos, en este orden, es desde allí donde se deben gestar modificaciones profundas sin desligar la importancia de sus condiciones salariales, que posibilitan ampliar el espectro motivacional de los docentes y las condiciones para enriquecer los procesos, por tanto, es desde este contexto base, en donde se puede ampliar la calidad de la educación desde el trabajo de los docentes, resignificando su quehacer, desde remuneraciones justas y equitativas; si bien, el presente ensayo pretendió hacer un análisis de las implicaciones jurídicas, desde las políticas públicas educativas, de todas maneras, es significativo

el hecho de que un país como Colombia, interesado en mejorar de manera significativa la calidad de su educación, dicho propósito, pasa, entre otras muchas cosas por las condiciones salariales de los docentes, tanto de los que prestan su servicio al Estado, como los que lo hacen, a las instituciones educativas privadas.

Es evidente que más allá de los problemas atinentes a la política pública de inversión en educación, un proyecto como el consignado en el Plan de Desarrollo del actual gobierno -Todos por un Nuevo País- Paz, Equidad, Educación, no será posible si en la práctica, no se crean las condiciones para una mejora de las condiciones laborales de todos los docentes del país, tanto de quienes prestan sus servicios en las instituciones estatales, como quienes lo hacen en las de particulares. De lo contrario, las metas fijadas en dicho Plan de Desarrollo, no se alcanzarán.

## 4. Recomendaciones

El sistema educativo de los países en vía de desarrollo, puntualmente los latinoamericanos, exteriorizan profundos e innumerables problemas como espejo de las condiciones generales de vida, que se enmarcan en compresiones tales como la injusta distribución de las bienes, el abandono por parte del Estado, la corrupción, las inequidades salariales y de oportunidades, entre otros aspectos. La débil pronunciación de una buena calidad en la educación (expresión de ello por medio de los resultados de las pruebas PISA), contribuye al reflejo de las deprimentes condiciones económicas (salariales) de un significativo porcentaje de sus docentes. Esto no implica o amerita única y exclusivamente, el aumento de la inversión, amplitud del recurso salarial a los docentes (sin desligar su importancia e impacto), sino que merece adicionalmente la humanización de las condiciones ecuánimes, parejas y objetivas de las mismas. Esta perspectiva ha sido comprendida por Singapur, Finlandia, en la provincia de Ontario de Canadá y en Corea del Sur.

El fortalecimiento de la calidad en la educación en Colombia trasciende a la asimilación de un compendio de contenidos disciplinarios, creación de currículos atomizados y de procesos educativos en términos metodológicos exclusivamente; puesto que se refiere además –principalmente- a la posibilidad de modificar y acentuar la importancia del docente y su remuneración, ya que los rangos del salario que se observan además de lo estipulado en el marco normativo, comprende un efecto importante en la calidad de la educación.

En este orden de ideas, entonces, se hace necesario que los docentes comprendan, ahonden y contemplen cabalmente lo estipulado en la ley, con el propósito de tener claridad sobre los parámetros en términos laborales y salariales que le son concedidos; esta perspectiva demanda, en su implementación, atender, además, de los aspectos técnicos y operativos propios del desarrollo de la norma, la promoción y el estímulo de procesos de corte laboral, que le posibiliten generar modificaciones, a tener una mayor precisión desde la norma y superar las contradicciones jurídicas; aceptar que las reglas del juego modifican las relaciones de poder, lo que implica la participación de acciones y decisiones en pro de un beneficio del bien común, en donde prime una ética civil.

## Referencias bibliográficas

---

Centro de Estudios para el Desarrollo Económico-CEDE. Universidad de los Andes., (2006), *Balance del Plan Decenal de Educación 1996-2005 La educación un compromiso de todos.*, Bogotá: Formato, Comunicación Diseño

Constitución Política de Colombia de 1991

Colombia. Congreso de la República. Ley 8 del 24 de Enero de 1979

Colombia. Congreso de la República. Ley 100 del 23 de Diciembre de 1993

Colombia. Congreso de la República. Ley 115 del 8 de Febrero de 1994

Colombia. Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 1 de Agosto de 2001

Colombia. Congreso de la República. Ley 715 del 21 de Diciembre de 2001

Colombia. Congreso de la República. Ley 1753 del 9 de Junio de 2015

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-252 del 7 de Junio 1995

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-483 del 9 de Septiembre de 1995

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-507 del 9 de Octubre de 1997

Colombia. Ministerio de Educación Nacional. Plan Decenal de Educación 1996-2005 del 23 de Febrero de 1996

Colombia. Secretaría de Educación de Bogotá. Resolución N° 5682 de 2003

Colombia. Presidencia de la República. Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950. Código Sustantivo del Trabajo

Colombia. Presidencia de la República. Decreto Ley 2277 del 14 de Septiembre de 1979

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1278 del 19 de Junio de 2002

Fundación Compartir (2014a) *Tras la Excelencia Docente. Cómo Mejorar la Calidad de la Educación para Todos los Colombianos.*, Documento Completo., Bogotá: Fundación Compartir.

Fundación Compartir (2014b) *Tras la Excelencia Docente. Cómo Mejorar la Calidad de la Educación para Todos los Colombianos.*, Resumen Ejecutivo., Bogotá: Fundación Compartir.



- 
- \* Estudiante de derecho de séptimo semestre del Politécnico Grancolombiano, correo electrónico: jo-sememo22@hotmail.com
- 1 La Ley 8 de 1979, la promulgó el Congreso de la República, para otorgar unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, que le permitiesen establecer la naturaleza, características y componentes del sistema de Educación Post secundaria, fijar los requisitos para la creación y funcionamiento de instituciones educativas estatales y privadas, de educación Post – secundaria, reorganizar la Universidad Nacional de Colombia y las demás Universidades e Institutos Oficiales de nivel post–secundario, y expedir las normas sobre el Escalafón Nacional para el Sector Docente y derogar unas normas.
  - 2 El Acto Legislativo 01 del 1 de Agosto de 2001, reformó algunos artículos de la Constitución Política de Colombia en los que se reglamentó lo referente a las transferencias entre la nación y los entes territoriales, para salud y educación, confiriendo facultades al presidente de la república para producir las normas necesarias que peritan realizar lo propuesto en dichos artículos.







# Entrevista





# Plebiscito ¿estrategia santista o madurez democrática?

Entrevistados:

Vicente Fabián Benítez Rojas, Fabio Enrique Pulido Ortíz, Juana Inés Acosta López, Carlos Enrique Arévalo Narváez, Antonio Alejandro Barreto Moreno

El 19 de julio del 2016 la Corte Constitucional declara constitucional el desarrollo del plebiscito con el que se pretende refrendar los “Acuerdos para la paz” adelantados entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP. Este paso es crucial en el avance que se esta dando hacia una Nación en “paz”, donde el implemento de este mecanismo de participación ciudadana permitirá brindar al proceso de paz una legitimidad democrática.

Siendo este momento histórico crucial para el futuro político, económico, social y jurídico de Colombia, la academia no debe quedar apartada del proceso, sino que tiene como deber moral el convertirse en una fuente de donde emanen conocimientos objetivos sobre el tema, críticas al proceso y un análisis de las posibles consecuencias posteriores de esto.

La siguiente entrevista presenta las respuestas de cinco académicos quienes se refieren al tema del plebiscito, donde se espera el lector logre tener un conocimiento más a fondo de las implicaciones de este mecanismo democrático. Se invita al lector

a tener una mirada crítica frente a un proceso de magna importancia, en donde se analicen todos los aspectos que posee y dejando en su mente una pregunta al respecto de la coyuntura política en la que se realizará el plebiscito ¿Terminara siendo una estrategia santista o representara la madurez democrática del pueblo colombiano?

## Perfiles de los entrevistados:

---

**Vicente Fabián Benítez Rojas:** Es abogado egresado de la Pontifica Universidad Javeriana y Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de La Sabana. Profesor e investigador en la Universidad de La Sabana del Área de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana. Profesor de las asignaturas “Teoría de la Constitución” y “Derechos Constitucionales”.

**Fabio Enrique Pulido Ortíz:** Es abogado egresado de la Universidad Católica de Colombia, Ma-





gíster en Derecho (*Cum Laude*) de la Universidad de Palermo (Argentina) y candidato a Doctor en Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana.

**Juana Inés Acosta López:** Es abogada egresada de la Pontificia Universidad Javeriana, *LLM en International Legal Studies* de la *New York University*, Magíster en Derechos Humanos y Democratización, experta en Litigio ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Comités convencionales de Naciones Unidas, presidente de ICCOLDI y Directora del programa de Derecho de la Universidad de La Sabana.

**Carlos Enrique Arévalo Narváez:** Es abogado egresado de la Universidad de la Sabana, primer puesto de la promoción. *LLM en International Legal Studies* de la *New York University*, en donde se ganó una pasantía – beca para trabajar en la comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en Ginebra. Miembro del comité de asuntos interamericanos de la asociación de la barra de abogados de *New York*. Fue Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional y actualmente es profesor de la Universidad de la Sabana de las asignaturas de *General International law*, *Special Regimes*, de *Comparative Legal Systems* y finalmente de *Argumentación y retórica*, *clínica jurídica* y *Moot Court*.

**Antonio Alejandro Barreto Moreno:** Es abogado egresado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, con estudios de posgrado en daños de la Universidad de Salamanca – España, Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes, Certificado de pasantía doctoral de la Universidad de Nantes – Francia y Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor en pregrado y posgrado en la actualidad profesor de planta de la Universidad de la Sabana en las cátedras de *Acciones Constitucionales*, *Constitución Orgánica*, *Contratos Estatales*, *Responsabilidad del Estado*, *Derecho Administrativo*, *Servicios Públicos*, entre otras.

## ENTREVISTA

---

**¿Es necesaria la refrendación para que el proceso de paz pueda validarse?, ¿Cuál sería el mejor mecanismo de refrendación?**

**VICENTE BENITEZ (VB):** Depende. Como regla general no es necesaria la refrendación ciudadana para que el proceso de paz pueda validarse, entendiendo validarse como llegar a buen puerto desde el punto de vista jurídico. No es necesaria porque el proceso de paz involucra las tres ramas de poder público y esa intervención no requiere de la participación ciudadana.

Desde el punto de vista de la rama ejecutiva del poder público, el presidente es autónomo para negociar, luego el congreso es autónomo para aprobar las leyes o los actos legislativos del proceso de paz, y en tercer lugar, la rama judicial no necesita participación ciudadana para aplicar ese marco normativo.

Ahora bien, sí debe ser necesaria y obligatoria jurídicamente la participación ciudadana cuando existan reformas constitucionales que afecten la esencia de la Constitución. Bajo la postura de la Corte Constitucional el Congreso puede modificar la Constitución pero no sustituirla, lo cual lo puede hacer derogando el texto vigente y creando uno nuevo, pero también eliminando un elemento de la esencia de la Constitución.

Todo esto para decir que si hay reformas constitucionales que afecten elementos esenciales de la Constitución, no se pueden hacer por medio de actos legislativos, ni por un referendo. En este caso, siguiendo la postura de la Corte Constitucional, sería necesaria una Asamblea Nacional Constituyente, convocada explícitamente para sustituir algunos elementos esenciales de la Constitución. Por esto mismo, creo que la reforma constitucional que se está haciendo en este momento en el Congreso, para incorporar los acuerdos de paz, está sustituyendo elementos esenciales de la Constitu-



ción, como por ejemplo la modificación de trámites para reformas constitucionales y la modificación de los contenidos del bloque de constitucionalidad.

De todas formas, siguiendo los lineamientos de Alf Ross, se concluye que los límites a la reforma constitucional necesariamente son supraconstitucionales, porque si el Congreso a través de un acto legislativo puede modificar el 375, tenemos que pueden modificar sus propias competencias, por lo cual el poder constituyente primario no le podría poner límites al poder constituyente secundario, ya que este último los podría modificar, por lo cual se puede concluir que terminaría siendo primario y no secundario como debiese ser.

Por este motivo, en mi opinión, más que analizar si hay o no sustitución de la Constitución, bastaría con determinar si el Congreso al modificar sus propias capacidades está excediendo sus competencias, volviéndose constituyente primario y no secundario, al poder modificar sus propios límites.

Además de ello, el proyecto de Acto Legislativo tiene un artículo que me parece sumamente problemático, el cual dice que el Congreso podrá aprobar actos legislativos para incorporar los acuerdos de paz, por medio de un proceso más flexible, siempre y cuando sea compatible con los acuerdos del gobierno y la guerrilla de las FARC. Bajo el punto de vista de la teoría constitucional, este artículo está haciendo que los acuerdos con las FARC sean supraconstitucionales, es decir, las FARC están creando un parámetro de corrección de las reformas constitucionales. Lo cual es gravísimo porque el poder ejecutivo no puede crear normas supraconstitucionales, rompiendo el esquema de pesos y contrapesos, además de esto, un actor ilegal, que ha incumplido el derecho de manera reiterada, comparte con el gobierno esa tarea de crear normas supraconstitucionales. Por tal motivo, si el Congreso no puede modificar sus propias competencias solo lo podría hacer el pueblo.

**FABIO PULIDO (FP):** Tenemos que matizar las nociones de necesidad y de refrendación. En

cuanto a este último, debe diferenciarse entre a) el acto mediante el cual el Gobierno Nacional da por terminados los diálogos y avala los acuerdos y b) la eventual aprobación democrática del mismo. Desde luego que a) es necesario como requisito para terminar los diálogos. En torno a b) la respuesta es más compleja. En principio, actualmente no existe una regla que exija la refrendación “popular”. Sin embargo, toda vez que es la única posibilidad para que la ciudadanía se manifieste sobre los acuerdos, resulta antidemocrático no establecer algún mecanismo para ello. Ahora bien, el acto legislativo que establece los procesos especiales de la Paz, los condiciona a la refrendación popular. El mecanismo, por ahora parece ser el plebiscito. Una conclusión definitiva sobre este asunto la tiene actualmente la Corte al revisar la ley del plebiscito especial para la Paz. Considero que si las reglas de participación se implementan adecuadamente y se limita suficientemente a los actores con capacidad para distorsionar el proceso, el plebiscito es un buen mecanismo de refrendación popular. Sin embargo, no estoy seguro que el plebiscito para la paz cumpla estas condiciones.

De cualquier manera, como lo hemos advertido en distintas oportunidades, la pregunta clave no es como se van a refrendar los acuerdos sino como se van a implementar, y en particular como se va empelar la constitucional para este propósito. Los procedimientos legislativos y constitucionales para la paz son sumamente preocupantes.

Es decir, la refrendación es el acto mediante el cual se busca dar vía libre a la implementación del contenido de los acuerdos. Para ello, el resultado del plebiscito (sea negativo o positivo) vincula al gobierno. Un punto importante a resaltar es que mediante el plebiscito el Gobierno puede convocar al pueblo para que se pronuncie sobre una decisión que, en todo caso, es del resorte de sus competencias. Esto quiere decir que, o bien la refrendación de los acuerdos de paz es un asunto de competencia del gobierno (que, por lo tanto, podría adelantar sin necesidad de plebiscito) o bien esta refrendación no

es de competencia del gobierno y, en consecuencia, el plebiscito es inconstitucional.

En los proyectos de acto legislativo de implementación de la paz, por otra parte, se propone establecer los mecanismos mediante los cuales se va a reformar la constitución para implementar el contenido de los acuerdos. Dentro de estas modificaciones se pretende establecer un mecanismo de reforma constitucional abreviado, tanto así que resulta más fácil aprobar una reforma constitucional que, por ejemplo, una ley estatutaria o una orgánica. Por esto, resulta evidente que lo preocupante no es el mecanismo de refrendación sino los mecanismos de implementación.

**JUANA ACOSTA (JA):** En principio, no es necesaria la refrendación popular. No existe, ni en el derecho internacional, ni en el derecho nacional, ni en las experiencias comparadas ni en la costumbre, ninguna obligación de refrendar un proceso de paz. Es por esto, de hecho, que la mayoría de procesos de paz se han suscrito e implementado sin consultar a la población. De 34 países que iniciaron un proceso de justicia transicional entre 1989 y 2012, sólo tres implementaron mecanismos de participación popular y sólo uno sometió la totalidad de lo acordado a la aprobación de los ciudadanos.

Lo que esto pone en evidencia, entonces, es que la refrendación es ante todo una decisión política y un acto de buena fe, ya que sin existir una obligación, el Estado autónomamente dispone de mecanismos de escrutinio, debate y participación de la comunidad. Al ser una decisión política, con tantas implicaciones, ya que lo está de por medio es la estabilidad y materialización de la paz, es evidente que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación con respecto a la selección y adecuación de los mecanismos de participación popular que más se ajusten a la naturaleza de los acuerdos y a la realidad política, social y económica del país.

En este marco, considero que el plebiscito, entonces, es un mecanismo idóneo que responde cla-

ramente al objeto que se persigue con la refrendación popular ya que i) permite la participación de los colombianos, ii) promueve el debate y el escrutinio social, iii) responde a las particularidades de Colombia y iv) no es ajeno a la incesante búsqueda de la paz. En todo caso, es importante anotar que una vez se haya escogido el plebiscito como medio para la refrendación, la decisión será vinculante para el Presidente de la República.

**CARLOS ARÉVALO (CA):** Sí, definitivamente es indispensable e imperativa la refrendación ya que hace poco el Centro de estudios de la universidad de Stanford analizó los fracasos de varios procesos de paz en el mundo y descubrió que estos tienen en común la división al interior de la población, no había consenso popular frente a la necesidad de llevar el proceso de paz como se ha llevado.

Me parece que sin refrendación- en una sociedad tan polarizada frente al proceso de paz como lo es la colombiana actualmente- el proceso estaría llamado al fracaso

Existen tres alternativas que podrían ser viables: el plebiscito, que es una pregunta de si o no; el referendo, que brinda un mayor detalle a los puntos debatidos en la Habana o la Consulta popular.

Por lo que se ha intentado por parte del Gobierno se pensaría que la Consulta popular podría ser la alternativa más técnica, sin embargo apoyo la idea del plebiscito, ya que esto debe ser una decisión no de si se esta o no de acuerdo con la paz, pues es una pregunta retórica en la cual todo el mundo esta de acuerdo con la paz, debe ser una pregunta sobre si estamos de acuerdo con lo acordado entre la FARC y el Gobierno.

**ALEJANDRO BARRETO (AB):** Yo creo que no es un mecanismo que esta consagrado constitucionalmente, es decir que la constitución no obliga al presidente de la república a pasar por un mecanismo de refrendación, sin embargo, si uno recuerda el ultimo debate electoral que llevo a cabo al presidente de la República a la presidencia, uno de los puntos de la agenda de elección era que los acuer-

do de paz que se firmaran en la Habana debían pasar por refrendación del pueblo, en ese orden de ideas pasa de ser un tema mas constitucional a ser mas un tema político en donde el presidente de la república debe cumplir con los compromisos que hizo en la etapa electoral. Entonces en este momento pensar en superar la refrendación yo creo que seria mas un tema de cumplimiento de las promesas que hizo el presidente y creo que es intolerable que eso pueda ocurrir. En ese orden de ideas se volvió hoy un compromiso político que tiene una repercusión jurídica frente a la ratificación. De esa manera yo llego a la obligatoriedad de la refrendación.

Por otro lado, habría que mirar cual es el objeto del acuerdo que se va a refrendar; porque si lo que estamos refrendando son reformas constitucionales pues habría que buscar un mecanismo de refrendación que este acorde con la posibilidad de modificar la constitución y en ese orden de ideas tendríamos que hablar de referendo y tendrías que hablar de una asamblea nacional constituyente, no podemos decir que habría que acudir a un mecanismo diferente a los que ya están en la constitución, yo creo que esos son pertinentes para poder hacer la refrendación.

Después hay otros mecanismos como por ejemplo el plebiscito que lo que busca no es modificar la constitución, si no que lo que busca es ratificar un política que se ha propuesto por el gobierno nacional; entonces ahí habría que ver cual es el objeto preciso de los acuerdos de la Habana y si esos acuerdos en ultimas van o no a modificar la constitución

En conclusión si, yo creo que por un esquema electoral que hubo en donde el presidente de la república hizo un compromiso con su electorado y finalmente termino volviéndose una política publica que al ser elegido debe cumplirlo e ir a ese proceso de refrendación

**¿Cuál cree usted que es la motivación esencial para cambiar las reglas del plebiscito para**

**la paz? Teniendo en cuenta la abstención histórica que se comporta de la siguiente manera: Gobernación (2011 - 41.2% y 2015 - 39.73%), Bogotá (2011 - 52.59% y 2015 - 48.45%), Concejos (2011 - 43.37% y 2015 - 40.69%), Congreso (2011 - 55.83% y 2014 - 56%), presidencial 2014 - 59.93%. ¿Cree usted que la abstención es un motivo suficiente para cambiar las reglas, si esto es así, es un motivo suficiente para motivar la constitucionalidad?**

**VB:** La abstención ha sido un problema endémico de las sociedades latinoamericanas. Me parece loable el propósito de luchar contra la abstención, y de cara a ello hay estados que han aprobado el voto obligatorio, pero hay otros que han dado incentivos para votar.

Habiendo dicho esto, si bien es correcto luchar contra la abstención, ¿por qué el gobierno solo lucha por la abstención en el plebiscito por la paz?, es una pregunta que dejo planteada, a la cual aún no le encuentro respuesta. Algunos dicen que es porque la paz es un valor fundamentalísimo, pero esta misma razón se puede aplicar a cualquier otra cuestión. Además, no estoy seguro de que bajar el umbral sea un mecanismo efectivo para combatir la abstención; puede que sí, si se considera que quienes se oponen al proceso de paz ya no les sería viable hacer campaña por la abstención.

Sin embargo, si se aplica un teste de proporcional se obtendría que no es proporcional ya que si bien se reduce la abstención, no es suficiente para bajar el umbral solo en un caso; los costos en términos de estado de derecho son muy altos, entendido como instituciones sobre los deseos de las personas, ya que quien se quiera abstener legítimamente de votar lo puede seguir haciendo.

**FP:** Yo creo que las reglas generales del plebiscito son demasiado altas para los efectos que tiene un plebiscito. Debemos recordar que mediante un plebiscito el Gobierno puede convocar al pueblo para que se pronuncie sobre una decisión que, en todo caso, es del resorte de sus competencias. Ob-



viamente lo que pretende el Gobierno es otorgarle legitimidad. Pero las exigencias que plantea la ley estatutaria son demasiado altas que, por razones pragmáticas, harían imposible la existencia de un plebiscito. Tienen razón, en todo caso, al sugerir en la pregunta que no está bien que se cambien las reglas democráticas en el curso de toma de decisiones. Pero reitero, este es un problema menor en relación con los mecanismos de implementación.

**JA:** La motivación principal es y siempre será proteger y garantizar un fin legítimo como lo es la paz estable y duradera. Debido a que la búsqueda de la terminación del conflicto armado plantea unas particularidades y unas realidades tan diferentes, se requieren de mecanismos especiales. La justicia transicional, en sí misma, es un conjunto de mecanismos especiales, excepcionales y transitorios.

En ese sentido, por supuesto, la abstención es una preocupación importante ya que es una práctica tan arraigada en la cultura política colombiana que, sin lugar a dudas, se puede convertir en una grave e injustificada amenaza a la búsqueda de la paz. Ahora, no es la única razón que justifica la adecuación del mecanismo del plebiscito. Como ya dije, la forma en la que está siendo propuesta la convocatoria al plebiscito no sólo obedece o debe obedecer a realidades políticas, son también a sociales, económicas y jurídicas. Al respecto, es importante anotar que la propia Corte Constitucional consideró que el umbral establecido legalmente para el plebiscito resulta desproporcionado, y que justamente por ser un plazo establecido en la ley, puede ser modificado por otra ley estatutaria.

**CA:** Esta pregunta va orientada más que todo a lo que se conoce como el Cambio del umbral, hay muchos puntos que se tocan dentro de la ley estatutaria de plebiscito, algunos son problemáticos no necesariamente centrados con el tema del umbral como puede ser el hecho de que los miembros del gobierno puedan salir a promocionar el voto por el si, etc., todo eso general problemas

Pero pensando solamente en el tema del umbral, yo estoy de acuerdo porque en últimas lo que está haciendo es que en un plebiscito hay tres formas en las que la gente puede participar: diciendo que si, diciendo que no o absteniéndose de votar. En algo que es tan importante como decir si están de acuerdo con los acuerdos de paz, yo creo que si debemos eliminar ese elemento de la abstención, ya que esta no permitiría saber si la gente está en acuerdo o en desacuerdo, solamente que no fueron a votar

Lo que dice la ley del plebiscito es que se necesitan 4 millones de votos para aprobarlo con el si, lo cual es muy loguable, pro si el no le gana, es rotundo, así que lo que hace es motivar a la gente para que voten, por el si o por el no, y este proceso por ser tan importante la gente debe decir si está o no de acuerdo, pero que lo diga, no que se abstenga de decirlo.

Una contra pregunta podría ser ¿Entonces por que no hacen el voto obligatorio? Y la respuesta tendría que ser porque finalmente hacer el voto obligatorio hace que la gente tenga que votar porque si, y en ese sentido puede que se forma de votar no sea la mas libre ni la mas consiente, mientras que la persona que realmente va a ir a votar ese día por el si o por el no lo va a hacer conscientemente porque en verdad quiere o no que se aprueben los acuerdos.

Por eso estoy de acuerdo con haber hecho ese cambio.

**AB:** Uno podría defender fácilmente el argumento de modificar la regla pensando en que es una circunstancia muy particular y que la paz lo amerita, porque finalmente es superar 50 años de conflicto interno armado en donde no es un objetivo cualquiera, no es modificar por ejemplo una figura constitucional o legal simplemente por un capricho presidencial o por un interés menos relevante, pero realmente la paz podría dar lugar a que uno entienda que hay que hacer algún tipo de concesiones, y si esa concesión es modificar un mecanismo de consulta al pueblo, es bienvenido.

La justificación de la reforma al plebiscito es porque no se va a alcanzar las mayorías que están señaladas en la ley 1757 de 2015, pero como se busca un objetivo superior que es la paz, lo que se debe hacer es flexibilizar un poco los mecanismos.

Aunque uno diría que la paz debería generar el efecto de que la mayoría si salga a votar, pero no pasa así; y la abstención en Colombia es absolutamente estable, y esta entre el 50 y 55% comprobado estadísticamente

**El artículo 103 de la Constitución Política establece: “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.” En este contexto ¿Puede el legislador crear un nuevo mecanismo?**

**VB:** Sobre si es posible o no jurídicamente hay dos tesis encontradas, y eso lo va a definir la Corte Constitucional próximamente. Hay una tesis que dice que el artículo 103 no incluye mecanismos diferentes a los ahí establecidos, siendo una lista taxativa. Otros dicen que la lista no es taxativa sino enunciativa, y si se puede crear un mecanismo especial porque hay un meta-valor, un valor superior, que es la paz, y para lograr ese valor superior la constitución no prohíbe que se cree un nuevo mecanismo de participación ciudadana.

Mi opinión es que el constituyente fue claro al establecer esos mecanismos de participación popular y no otros, pero también creo que el plebiscito por la paz puede ser una clase especial de plebiscito, con una única condición que no cumple

este proyecto de ley, por lo cual la Corte debe declarar inconstitucional la última parte del artículo 3 del proyecto de ley, que dice que el resultado del plebiscito vinculará también al Congreso, ya que si vamos a jugar con las reglas de la constitución, diciendo que esto es una clase especial de plebiscito, no se debe desnaturalizar la esencia del plebiscito, lo cual consiste en consultar al pueblo con vinculación solo al poder ejecutivo.

Respecto a si es útil, considero que si es útil un mecanismo especial que consulte las especificidades del proceso de paz, pero que no viole igualdad. Es decir, se puede crear un plebiscito especial para la paz, siempre y cuando las especificidades de ese mecanismo especial estén debidamente justificadas, lo cual no sucede por ejemplo con el tema del umbral, pero si con lo relativo a la publicación final de los acuerdos. Si no están justificadas crea reglas especiales que violan el principio de igualdad y el principio de no crear normas ad-hoc.

**FP:** No creo que el Congreso este creando un nuevo mecanismo. La constitución autorizo la celebración de plebiscitos como un mecanismo de participación ciudadana para apoyar o rechazar decisiones del resorte de las competencias del gobierno nacional. No veo, por tanto, que exista una prohibición constitucional para establecer reglas especiales de plebiscito para determinadas materias, siempre y cuando –desde luego- garanticen las cargas de la democracia y la naturaleza de la institución. Creo que acá el problema es otro ¿Es posible que Congreso establezca una ley con efecto ad-hoc? Es decir, el contenido de esta ley es particular y concreto: se refiere a un hecho único, la celebración del plebiscito para la refrendación. Esto sí parece contradecir uno de los principios generales de la legislación: la generalidad (mucho más si nos referimos a leyes estatutarias).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que previamente en el acto legislativo para la Paz se definió que se debían tomar las medidas legislativas especiales necesarias para refrendar e implementar los acuerdos. Es decir, en cierto sentido esta pe-

lea se perdió en la sentencia de 2012. Queda, eso sí, abierta la pregunta de qué tipo de medidas especiales o excepcionales pueden establecerse. En otras palabras, la cuestión central a responder es definir cuál es el límite de la excepción. Nuevamente, la Corte Constitucional en la revisión de esa ley estatutaria tiene una misión fundamental: marcar esos límites. Si no lo hace el contexto político nos puede llevar a un momento constitucional, es decir a la idea según la cual lo que se está haciendo es una renovación del pacto político fundamental. Sin embargo, con la debilidad democrática del proceso de implementación este tipo de conclusiones son preocupantes.

**JA:** Como ya lo mencioné, el Estado cuenta con un margen de apreciación para elegir o establecer las reglas de juego del mecanismo de refrendación de un proceso de paz. Esto, en relación con las disposiciones nacionales e internacionales.

En este caso, lo que ocurriría no es la creación de un mecanismo completamente nuevo. Lo que se haría es la adecuación de un mecanismo de participación existente – como lo es el plebiscito – a una situación que requiere necesariamente de una regulación diferente – el posconflicto. La Corte Constitucional, de hecho, ya ha dado el aval para la creación de mecanismos de participación específicos para la superación del conflicto ya que ha señalado que el ordenamiento jurídico, en lugar de restringir los cauces institucionales para implementar políticas de terminación del conflicto, esta orientado a abrir umbrales que suministren mejores opciones para el tránsito hacia la paz. Incluso, ha señalado de forma expresa que no se opone al orden constitucional la regulación diferenciada para especies distintas de un mismo mecanismo de participación popular.

Esta facultad del legislador no sólo ha sido reconocida en Colombia sino en otros Estados que también han enfrentado un proceso de justicia transicional. En Irlanda del Norte, por ejemplo, tras la firma del ‘Good Friday Agreement’ se realizaron una serie de modificaciones a las normas

electorales que sirvieron como fundamento normativo para convocar a los referendos que se llevaron a cabo el 22 de mayo de 1998.

**CA:** No. En realidad el legislador no puede crear un nuevo mecanismo ya que en la redacción del artículo 103 no dice “pueden ser” o “se podrán establecer”, dice SON, y esa palabra quiere decir que son esos y no otros.

Ahora, se creo en la ley estatutaria un nuevo mecanismo, y es una de las grandes discusiones, o lo que creo es que si se creo un plebiscito ad hoc; es decir, dentro de lo que es un plebiscito – sigue siendo plebiscito- tiene un contenido especial. Se puede hacer eso? O es permitido por la constitución? Yo creería que si en aras de que estamos en una circunstancia excepcional como lo es un proceso de justicia transicional y de refrendación de los proceso de paz que no estaban como tal previsto en la constitución. Entonces yo creo que si se puede hacer esa modificación.

La contra pregunta a eso seria si podemos excepcionar todas las normas previstas en la constitución; mi tesis es que no todos, aquellas que sean esenciales para la constitución no, pero una tan formal como esta que es simplemente si y puedo dar unas condiciones especiales a un mecanismo de participación, creo que si se puede excepcionar en aras de un fin muy importante para la constitución y para la Nación, como puede ser el acercarnos a lograr la paz a través de unos acuerdos con la FARC, entonces en este caso si se justifica, siempre y cuando se respete lo que esta establecido que tienen que cumplirse para poder hacerse este tipo de modificaciones que es que se haga a través de los requisitos especiales propios de una ley estatutaria.

Sería la modificación para un caso especial de un mecanismo ya existente, mas no la creación propiamente dicha de un nuevo mecanismo de participación.

**AB:** Sí puede crear un nuevo mecanismo y lo esta haciendo, e incluso lo esta haciendo dentro de los parámetros constitucionales.









Universidad de  
**La Sabana**