



UNISANGIL

ISSN 1692-6404 San Gil, Santander, Colombia

Núm. 10 - Enero - Diciembre de 2014

AL DERECHO & AL REVÉS

REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE UNISANGIL



San Gil, Santander
Campus universitario
Km 2 vía Charalá
PBX: (7) 724 5757
(7) 724 6565

Chiquinquirá, Boyacá
Calle 18 No. 12-18
PBX: (8) 726 6058
(8) 726 0002

Yopal, Casanare
Campus Universitario:
Km 2 vía Matepantano
Sede Administrativa:
Calle 7 No. 20-63
PBX: (8) 634 1700

www.unisangil.edu.co



AL DERECHO & AL REVÉS

**Revista de la Facultad de
Ciencias Políticas y Jurídicas de
UNISANGIL**

**NÚMERO 10 - ENERO - DICIEMBRE DE 2014
ISSN 1692-6404**

**San Gil, Santander, Colombia
Volumen 10**

DEPÓSITO LEGAL

Se cumple con la Normatividad relativa a derecho de autor: Decreto 460 de 1995.

Los artículos de esta revista se podrán reproducir citando su procedencia y autor. La revista AL DERECHO Y AL REVÉS es el medio para divulgar la producción científico-académica y promover el intercambio de conocimiento sociojurídico con otras instituciones nacionales e internacionales.

FRANKLIN FIGUEROA CABALLERO
Rector.

JOSE MANUEL SERANO JAIMES
Vicerrector Administrativo y Financiero.

MARCELA RODRÍGUEZ ORDOÑEZ
Vicerrectora Académica.

WILSON GAMBOA CONTRERAS
Director Departamento de Investigación.

DIRECCIÓN

LAURA MERCEDES TORRES PARADA
Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

COMITÉ EDITORIAL

LAURA MERCEDES TORRES PARADA
Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

LAURA LIDA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Coordinadora Unidad de Publicaciones.

LAURA GINET SÁNCHEZ CADENA
Coordinadora revista.

COMITÉ CIENTÍFICO

HINGRID CAMILA PÉREZ BERMÚDEZ
Coordinadora de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas UNISANGIL.

ÁRBITROS REVISTA VOLUMEN N.º. 10

LUIS ALBERTO DIAZ BADILLO
Abogado. Especialista en Derecho de Familia. Conciliador en Derecho.

EDNA JOHANNA PICO SILVA
Abogada. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Conciliadora en Equidad.

LUIS JOSE MEDINA ZAMBRANO
Abogado. Especialista en Derecho Público. Especialista en Gestión Pública. Conciliador en Derecho. Magister en Derecho de Familia.

JUAN FRANCISCO FELIPE ARISTISAVAL OSORIO
Abogado. Especialista en Docencia Universitaria. Magister en derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Magister Intervención Social en Sociedades del Conocimiento.

JAHER TORRADO NIÑO
Abogado. Magister en Derecho Procesal Constitucional (C) Universidad Nacional.

DIEGO ANDRES JOYA BERMÚDEZ
Abogado. Especialista en derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

DISEÑO
Fundación Editora Social
EDISOCIAL

TRADUCCIONES
Instituto de Idiomas UNISANGIL

REVISIÓN LINGÜÍSTICA
Luis Fernando García Núñez

CONTENIDO

AL DERECHO

- Análisis a la eficacia del derecho de petición en las E.P.S. - I.P.S. en San Gil / Analyze the effectiveness of the right of petition in E.P.S.- I.P.S. in San Gil. **Pg. 9**
Diego Fernando Peñuela Melgarejo
- El alcohol como factor determinante en la violencia intrafamiliar hacia los niños (as) en San Gil, Santander / Alcohol as a determining factor in violence Interfamily towards children in San Gil, Santander. **Pg. 21**
María Erika Cabezas Sandoval, Diana Pimiento Badillo y Yolanda Duran Santos
- El derecho de representación: otra mirada a las sentencias de filiación en Colombia / The right of representation: another look at the sentences of Filiation in Colombia. **Pg. 27**
Wilson Ernesto Zafra Angulo y José Alexi Rodríguez Morales

AL REVÉS

- Incidencia de los fallos internacionales en Colombia / Impact of international decisions in Colombia **Pg. 45**
Gustavo Adolfo Carreño Corredor y María Rocío Muñoz Velandia.
- Irregularidades en el restablecimiento de derechos, en el proceso de adopción de niños(as) y adolescentes colombianos. / Irregularities in the restoration of rights, in the process of adoption of boys (ace) and Colombian teenagers **Pg. 57**
Ricardo Castillo Pineda Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.
- La propiedad intelectual en internet: un vistazo desde el sistema jurídico colombiano / Intellectual property on the internet: a glance from the Colombian legal system. **Pg. 72**
Angélica María Mosquera Angarita, Luis Alfredo Peña y Daniel Fernando Suarez Rivero

EDITORIAL

LAURA MERCEDES TORRES PARADA

Directora revista "Al Derecho y al Revés"

La revista "Al derecho y al Revés", se ha constituido desde su creación, en el medio idóneo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de UNISANGIL para la divulgación y difusión de expresiones del conocimiento fruto del análisis y la reflexión desde la teoría, así como de la ejecución y resultados de investigación jurídica y socio jurídica, realizado por académicos, investigadores y especialistas que colaboran de manera armónica y desinteresada con nuestra comunidad académica. Consecuentemente con la misión y fines tanto de UNISANGIL como de la Facultad, la revista presenta un compendio de trabajos científicos con el ánimo de contribuir desde la academia, al debate público como ejercicio de dialogo que involucra a la ciencia del derecho frente a la dinámica de la cambiante realidad social.

En esta ocasión se presentan temas que abordan el análisis desde diversas perspectivas y áreas del derecho, que sin embargo tienen en común realidades fácticas y jurídicas de innegable actualidad. Es así, como a continuación se presenta un breve resumen del contenido de esta edición, resaltando que los artículos a publicar fueron elaborados por estudiantes investigadores de la Facultad en sus sedes de San Gil y Chiquinquirá.

El primer artículo expone un tema de continuo debate en la sociedad colombiana, ya que afecta directamente la vida e integridad de las personas, toda vez que analiza la deficiencia en la atención que prestan las EPS e IPS en San Gil, en especial Saludcoop y el Hospital Regional de San Gil, y como el derecho de petición se ha convertido en un mecanismo que permite garantizar el derecho a la salud a través de la entrega de información certera y fiable por parte de la red prestadora de salud a los usuarios.

Seguidamente encontramos un artículo de investigación que aborda la violencia intrafamiliar hacia los niños(as) en San Gil y como el alcoholismo es uno de los principales factores que la propician, y a partir de ello, se efectúa un análisis de la Ley de Infancia y Adolescencia y como esta ha generado o no mecanismos de protección de los menores frente al tema de estudio.

Innegable es el aporte al debate jurídico que realizan los estudiantes investigadores Wilson Ernesto Zafra Angulo y José Alexi Rodríguez Morales, al estudiar los efectos que trajo la interpretación inexacta del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, el cual sanciona con la caducidad de derechos hereditarios a quienes demandan la paternidad dos años después de muerto el padre, enunciado que se hizo extensivo para negar en muchas ocasiones el derecho de representación del padre premuerto, interpretando erróneamente que esa sanción era secuela inevitable de la caducidad; y como es la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de la justicia ordinaria que a través de sentencias de unificación da claridad e unifica como se debe interpretar el tema antes referido por los demás jueces de la República.

Entre otros temas, la presente edición de la Revista aborda el estudio realizado a 16 acciones de tutela, en las que se revisaron presuntas vulneraciones a derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción, mediante la aplicación inadecuada del proceso de adopción desde el trámite del proceso administrativo, tomando las medidas de protección contempladas en el capítulo II de la Ley 1098 de 2006.

Como se puede evidenciar, la presente edición de la revista reúne un sin número de temas controversiales y de actualidad que afectan a la sociedad al momento de la aplicación o interpretación inadecuada de una norma jurídica, y como estos se resuelven en la mayoría de los casos, con la intervención del juez, quien es el encargado de adecuar el derecho a la realidad cambiante de la sociedad.

ANÁLISIS A LA EFICACIA DEL DERECHO DE PETICIÓN EN LAS EPS - IPS EN SAN GIL

Analyze the effectiveness of the right of petition in EPS - IPS in San Gil

Diego Fernando Peñuela Melgarejo*

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

Resumen

El presente artículo expone las dificultades que tienen los usuarios de los regímenes subsidiados y contribuyentes de las EPS e IPS de San Gil para recibir los servicios de salud, y cómo el uso del derecho de petición se ha convertido en el medio para lograr que sean atendidos en estas entidades.

Las dificultades más frecuentes en la atención se encuentran en consultas para el médico general, especialistas y la solicitud de medicamentos.

Del mismo modo, se evidencian falencias en el área administrativa. La información que se ofrece sobre los diferentes trámites para acceder a los servicios de salud son incompletos; los datos no concuerdan con la dependencia o el profesional que atienda la solicitud y, en otras ocasiones, el formato entregado no corresponde, entre otros muchos inconvenientes. Por esta razón, son comunes las reclamaciones de los usuarios.

Lo expuesto en este escrito es el resultado de una revisión documental de fuentes secundarias.

Palabras claves: derecho de petición, entes de salud - usuarios, dificultad en el servicio.

Abstract

This article introduces the difficulties that users of health care facilities (EPS- empresas social del estado) and health care providers (IPS - Instituto prestador de salud) may have and how the use of the right of petition has become the means to get users the attention they require in those health care centres.

The most frequent difficulties in terms of health care attention are general physician appointments, specialists' appointments and medicine requirements.

Similarly, there are some evident administrative weaknesses. The given information about diverse procedures to have access to health services are poor; there are not coincidences with some data related to some dependencies or to the person in charge of the request. In some other cases the formats given do not correspond to the needed. For these reasons, the complaints are very recurrent.

The stated in this document is the result of secondary sources of document review.

Key words: Right of petition, Health facilities, health-users, services deficiencies.

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.



Introducción

Debido a las diversas dificultades para acceder a los servicios de salud que experimentan los usuarios de las EPS e IPS, se han incrementado las cifras de derechos de petición. Los usuarios del sistema de salud del municipio de San Gil, deben hacer uso de este recurso para ser atendidos por un médico general, especialista o reclamar los medicamentos.

El servicio de salud es un derecho dispuesto por la Constitución Política de Colombia en su artículo 49: “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. El resultado del presente seguimiento y análisis del proceso de atención del usuario de salud en San Gil, muestra un panorama muy diferente.

El texto abordará la actual situación en cinco apartados: 1) Presentación de la problemática; 2) exposición del diseño metodológico implementado en el estudio; 3) análisis de los resultados; 4) conclusiones, una por cada problemática estudiada; 5) recomendaciones para la solución de la problemática; estas con base en los resultados del estudio.

El derecho de petición como mecanismo para acceder a los servicios de salud en las EPS e IPS de San Gil

San Gil es un municipio que ha venido creciendo poblacionalmente de manera acelerada, y debido a esto son mayores las necesidades que en materia de salud deben atender las entidades encargadas. Por ello nos debemos preguntar si es el derecho de petición un mecanismo comúnmente utilizado para la solicitud de servicios médicos y si estos servicios, además, son prestados de manera eficaz. De no ser así, a cuál otro mecanismo recurren los pacientes, para solucionar sus problemas en la prestación del servicio de salud.

Se puede apreciar en la comunidad inconformidad en la prestación del servicio de salud en los diferentes entes, debido a que se hace necesario recurrir a instrumentos jurídicos para que se les otorguen los medicamentos recetados, se les programen citas a médicos especialistas, entre otros.

Evidencia de ello está en los informes de la Superintendencia de Salud. El 50% de las EPS contestan los derechos de petición entre 1 y 15 días después de haber sido radicados por los usuarios. Un 25% los contestan entre 15 y 30 días y el 25% restante, demoran más de 30 días (Supersalud).

Así mismo, el informe publicado por el diario El Espectador (22/07/2013), basado en un estudio del gobierno nacional concluyó que son muchos los padecimientos que viven a diario los usuarios de estas entidades. Por ejemplo, el 44% de las personas encuestadas obtuvo una cita con un especialista después de transcurridos 10 días de espera. De ese porcentaje, un 24% esperó entre 10 y 30 días y un 19% más de 30 días. En promedio, un colombiano afiliado al régimen contributivo solo tarda 13 días en ser atendido por un médico especialista.

En 2012 se presentaron 11.713 tutelas. Las quejas más frecuentes son la demora en las citas (Consejo Superior de la Judicatura, 2012). Algo similar ocurre con la entrega de medica-

mentos: al 63% de los encuestados les entregaron todos los medicamentos que les fueron formulados, al 27% algunos y al 10% restante no le formularon.

Metodología

De acuerdo con la problemática presentada en el sistema de salud de San Gil, se desarrolló el siguiente trabajo de campo: cualitativamente se hizo revisión documental en leyes, jurisprudencia y doctrina, así como otros documentos que permitieron comprobar el número de veces que se usa el derecho de petición para acceder a un servicio de salud. Cuantitativamente se abordó la herramienta de aplicación de encuestas a los usuarios de San Gil.

La muestra, por su parte, estuvo delimitada a la EPS e IPS Salucoop y el Hospital Regional de San Gil, ya que estas entidades cuentan con un mayor número de usuarios y existe el mayor número de quejas.

Fase 1. Planeación: como instrumento de recolección de información se diseñó una encuesta orientada a obtener el número de derechos de petición para ser atendidos en las EPS e IPS. También, para recabar la calidad de la información que ofrece la EPS para acceder a sus servicios y para obtener la entrega de medicamentos (Arias, 2011).

Fase 2. Trabajo de campo: se inició con la revisión de investigaciones (antecedentes), revisión bibliográfica (libros, revistas, artículos científicos y de prensa) y, finalmente, se hizo lectura de documentos escritos de derecho comparado del orden local, así como de los diferentes derechos de petición instaurados, con el fin de recibir atención de salud en estas entidades.

Bases Teóricas

Diferentes tratadistas han definido el derecho de petición, pero destaca en concepto de Berrera Pinilla (1995), quien lo define como: “la solicitud verbal o escrita que se presenta ante un servidor público con el fin de requerir su intervención en un caso concreto”. Por su parte Agesta (1982) lo concibe como: “*el derecho fundamental que se posee, disfruta y ejerce para acudir comedidamente a quienes se hayan investidos del poder público, con el fin, de solicitarles la resolución de un asunto, en el cual, está involucrado ya el bien común de la sociedad, ya la conveniencia o el beneficio del propio solicitante*”. Y el profesor Perdomo (2012) lo describe como “la facultad política de poder dirigirse a las autoridades de cualquiera de las tres ramas del poder público”.

Eficacia del derecho de petición en los tiempos modernos

Wilson Javier Franco Hermida menciona como hecho relevante, lo sucedido en Inglaterra el 13 de febrero de 1689 con la muerte de Jacobo II. Con su muerte, los lores y comunes, cansados de los atropellos, abusos, el cobro de impuestos, multas excesivas y la aplicación de castigos crueles e ilegales cometidos por los consejeros, jueces y ministros de este rey, presentan a los reyes de Orange, Guillermo y María, una declaración escrita denominada: “*Ley de declaración de los derechos y libertades de los súbditos y determinando la sucesión de la corona, documento que vendrá a afianzar la ‘mayor altura ideológica y la máxima conciencia política’ del pueblo inglés, conocido popularmente como el Bill of Righth*” (Franco Hermida, 2010).

De acuerdo con Sayagues Laso (1993), el derecho de petición moderno encuentra su sustento en la Declaración de Virginia del 12 de junio de 1776, considerada para el autor la pri-

mera constitución escrita, encargada de iniciar el proceso constitucionalista de los Estados Unidos.

El derecho de petición en el sistema de salud colombiano

Por su parte, Escobar Perdigón (2011) justifica su estudio: *“debido a la importancia de establecer la relación entre un derecho fundamental (el derecho de petición), y un derecho económico, social y cultural como la seguridad social en salud, a su vez lograr identificar las relaciones de eficiencia, exigibilidad, comunicabilidad y cumplimiento en dar solución a las necesidades de los usuarios de la salud a través del mecanismo del derecho de petición”*.

Derecho a la seguridad social

Cuervo Díaz (2016) dice que: *“El derecho a la seguridad social, garantiza que todas las personas accedan a todos los bienes y servicios mínimamente para una vida digna. Es obligación del Estado asegurar que todas las personas que habitan su territorio estén protegidas de accidentes y enfermedades. Los gobiernos deben crear planes para proveer alivio a los desempleados, asegurar que los ancianos tengan la asistencia adecuada, y garantizar que las personas con discapacidades no sufran adversidades innecesarias”*.

Connotaciones del silencio administrativo en el Estado social de derecho

Duarte Castro (1999), habla de esta connotación al mencionar que: *“En lo relativo al derecho de petición la autoridad en la cual se ejerce está obligada a resolver, este no tendría objetivo si se entendiere que la autoridad ante quien se presenta una solicitud, cumple con su obligación con una respuesta apenas formal con que no se resuelve sobre el asunto planteado. El derecho de petición lleva implícito un concepto de decisión*

material, real y verdadera no apenas aparente; la manifestación de la administración debe ser adecuada, no basta con dar una información cuando lo que se solicita es una decisión”.

Desarrollo jurisprudencial y perspectivas del derecho a la información

Respecto a este tema, Forero Muñoz (2000) nos ilustra: *“El ser humano es por naturaleza un ser social; para desarrollarse de una manera digna necesita ejecutar actos de comunicación con los demás individuos de su especie. Por lo tanto la comunicación es una actividad esencial del hombre la cual es simplemente reconocida por las condiciones jurídicas y no creadas por esta, por tal razón el Estado debe garantizar a sus asociados el derecho a la información el cual incluye tres ámbitos: el derecho a informarse, el derecho a informar y el derecho a ser informado; el constituyente de 1991 consagró en el artículo 20 de nuestra Carta magna y según el artículo 85 de la misma este derecho no requiere de un desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativo previos para su eficacia directa”*

Referente Legal

Ley 99 de 1993. Por medio de esta ley se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, Sina, y se dictan otras disposiciones.

Artículo 74. Derecho de petición de información. Toda persona natural o jurídica tiene derecho a formular directamente petición de información en relación con los elementos susceptibles de producir contaminación y los peligros que el uso de dichos elementos pueda ocasionar a la salud humana de conformidad con el artículo 16 de la Ley 23 de 1973. Di-

cha petición debe ser respondida en 10 días hábiles. Además, toda persona podrá invocar su derecho a ser informada sobre el monto y utilización de los recursos financieros, que están destinados a la preservación del medio ambiente.

Ley 388 de 1997. Por medio de esta norma se modifica la Ley 9 de 1989, la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones. En su artículo cuarto sobre participación ciudadana establece que la misma se podrá desarrollar mediante el derecho de petición.

Ley 962 de 2005. Bajo el entendido de esta disposición jurídica, se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, en el artículo 10 que modifica el artículo 25 del Decreto Ley 2150 de 1995, regula el uso del correo para el envío de información.

El artículo 14, que modifica el 16 del Decreto Ley 2150 de 1995, prevé el principio de colaboración, es decir, el intercambio de información entre distintas entidades públicas, además, le da el carácter de prueba a los fax o cualquier otro medio de información electrónica, y termina estableciendo un término de 10 días para que una entidad resuelva las peticiones hechas por otra entidad.

El artículo 15 establece el derecho de turno, el cual obliga a las autoridades a respetar el turno de las peticiones, quejas o reclamos de las cuales tengan conocimiento. Este artículo llama la atención debido a su remisión al artículo 32 del Decreto Ley 01 de 1984, el cual se reglamenta parcialmente en el Decreto Reglamentario 770 marzo, 1984 que dispone: revisar los reglamentos internos para la resolución de quejas al interior del organismo, entidad, gobernación o alcaldía según sea. Establece un término de 15

días al procurador o a quien este delegue a fin de formular objeciones al reglamento.

Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y Adolescencia, artículo 41. Obligaciones del Estado. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá, 7. Resolver con carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos.

Análisis de Resultados

Para llegar a establecer los niveles o el grado de eficacia del derecho de petición frente a la vulneración al derecho fundamental de la salud en Saludcoop y el Hospital de San Gil, se encuestaron 100 usuarios de las dos entidades prestadoras de salud, correspondiendo: 45 al género masculino y 55 al femenino; entre los rangos de 18-30 años de edad, 31-45 y 46-65, los que en número poblacional secuencialmente equivalen a 34, 26 y 40 años.

En relación con el número de personas que respondieron a la pregunta de si conocen el derecho de petición: el 72% manifestó Sí y un 28% No; infiriéndose que aunque mayoritariamente existe conocimiento, un grueso de la población que dice conocer este mecanismo o lo ha escuchado, aún desconoce sus alcances jurídicos. Estadísticas del Derecho de Petición en SALUDCOOP y en el Hospital de San Gil

Se observa, conforme a las bases estadísticas de SALUDCOOP y el Hospital de San Gil, que los derechos de petición impetrados por los usuarios en los años 2012, 2013 y en el transcurso de 2014, son relativamente bajos; coli-

giéndose de lo anterior que este mecanismo constitucional sigue siendo objeto de desconocimiento, por aquellas personas que requieren tramitar administrativamente algún servicio.

Tabla 1. Datos estadísticos

Registro estadístico del derecho de petición en SALUDCOOP y el Hospital de San Gil				
	año	impetrados	resueltos	no resueltos
SALUDCOOP	2012	52	50	2
	2013	32	32	0
	2014	45	43	1
HOSPITAL	2012	12	12	0
	2013	6	6	0
	2014	9	9	0

Fuente: Elaboración propia.

Se observó en los registros estadísticos, conforme a la base de datos de las dos entidades prestadoras de salud en mención, que los mismos son irrelevantes en consideración a los afiliados con que cada una cuenta; cantidad de sus usuarios que asciende a más de diez mil. Así mismo, es difícil creer que tantos ciudadanos no hayan utilizado dicho mecanismo.

Se puede evidenciar en la Tabla 1. que en el transcurso de 3 largos años, en la entidad Salu-

dcoop solo se impetraron 125 derechos de petición, en comparación con 27 derechos en el Hospital de San Gil; cifras que hacen surgir una serie de interrogantes. Por ejemplo: ¿Cuántos usuarios en realidad saben los efectos jurídicos del derecho de petición? ¿Es muy difícil el procedimiento para interponer un derecho de petición? o será que ¿Las entidades de Salud, tienen requisitos extralegales para recepcionar el derecho de petición?

Frente al primer planteamiento, es difícil cuantificar una cifra exacta de las personas que conocen los efectos del instrumento jurídico fundamental del derecho de petición, pero se puede dilucidar en la Tabla, que son muy pocas las personas que han hecho uso de dicha figura jurídica. Por su parte, los requisitos para interponer el derecho de petición son mínimos, puesto que el legislador colombiano ha establecido un procedimiento sumario, es decir, breve y para que este mecanismo funcione en debida forma, basta que se designe la autoridad a quien va dirigida, los datos del peticionario y, por supuesto, la petición respetuosa de lo que se pretende. Con estos tres requisitos se puede configurar jurídicamente un derecho de petición.

Por último, se consultó a las entidades sobre cuáles eran los requisitos para impetrar un derecho de petición, a lo cual, manifestaron que los pasos que mandaba la Ley, es decir, que no hay requisitos extralegales para el uso del derecho de petición.

Tabla 2. Ítems porcentuales desarrollados

	Variables	Usuarios encuestados	Porcentaje
¿Número de usuarios en SALUDCOOP y el hospital de San Gil encuestados? 100	¿Conocen o han escuchado el derecho de petición?	72	72%
	¿Saben para qué sirve el derecho de petición?	40	28.8%
	¿Han utilizado el derecho de petición?	10	7.2%
	¿Consideran eficaz el derecho de petición?	20	20%
	¿Consideran ineficaz el derecho de petición?	80	80%

Fuente: Elaboración propia.

En la Tabla 1. Se vislumbraron los datos estadísticos de las entidades de salud, (Saludcoop y Hospital de San Gil). Ahora, podemos observar, en la Tabla 2, el número poblacional de usuarios encuestados, así como las diferentes variables y porcentajes arrojados, para poder hacer las siguientes inferencias:

- Con base en cien (100) encuestados, el 72% conocen o han escuchado hablar del derecho de petición.
- Con base en cien (100) encuestados, 72 conocen o han escuchado el derecho de petición, sobre ese 72% el 28.8% sabe para qué sirve el derecho de petición.
- Con base en cien (100) encuestados, 72 conocen o han escuchado el derecho de petición, sobre ese 72% solo 10 dice haber utilizado el derecho de petición para consultas con médico especialista, es decir, el 7.2%.
- Con base en cien (100) encuestados, 20 consideran que es eficaz, es decir, el 20%.
- Con base en cien (100) encuestados, 80 consideran que es ineficaz, es decir, el 80%.

Recopilada y analizada la información de los diferentes instrumentos utilizados, se puede inferir que en el grueso del muestreo poblacional se obtienen resultados cuantificables, pero que aun así, dejan entrever el poco uso del derecho de petición; pues solo el diez por ciento (10%) de los usuarios encuestados, dijo haber utilizado el instituto jurídico, lo que hace pensar que sí es factible que en la base de datos de las entidades en estudio, tengan tan bajos registros de derechos de petición impetrados.

Así mismo, se evidencia que el 20% de los encuestados, consideran que el derecho de petición es eficaz. *Contrario sensu*, el 80% cree que el mismo es ineficaz. Lo que se puede discernir en el presente muestreo, y de manera global, es que los usuarios tienen poco conocimiento de los efectos jurídicos que produce el instituto en discusión, lo cual se traduce en desinformación.

Conclusiones

El estudio permitió observar que el derecho de petición es eficaz; ya que le ha servido a muchas personas para que se les restauren algunos derechos. También se evidenció que no ha habido ninguna violación de este derecho por parte de las entidades de salud.

Observados los porcentajes arrojados por la encuesta, se concluye de manera general, que existe desinformación acerca del alcance del derecho de petición como mecanismo de resolución a las solicitudes de los usuarios y se confunde con la queja, mediante la cual no hay decisión de fondo; razón por la cual, se genera

una apatía creyendo que es el derecho de petición infructuoso en sí mismo. Lo anterior se sustenta en razón de los resultados encontrados en el instrumento que se aplicó.

De igual forma, el volumen de peticiones incoadas en las entidades de salud referenciadas y que reposan en sus bases de datos, es mínimo, comparado con el número de usuarios que se encuentran afiliados al sistema de salud, como a bien se evidenció en la Tabla 1.

Sumado a lo anterior, existe poca asesoría que oriente a los usuarios de salud cuando sus solicitudes no son atendidas en debida forma; al no cumplir con ciertas formalidades legales y que estas, eventualmente, podrían ser atendidas con el solo hecho de mencionar el artículo 23 de la Constitución Nacional.

Es factible que algunos usuarios vean menoscabadas sus garantías constitucionales al considerar ineficaz el derecho de petición; dando ello a entender que, por razones de desconocimiento de los requisitos mínimos establecidos para su interposición, es decir, que no se quedan solo en quejas verbales por el mal servicio o reclamos verbales, teniendo la facultad de utilizar el instrumento en estudio.

En síntesis, el derecho de petición es eficaz mientras sea una herramienta que los usuarios utilicen con mayor frecuencia. Eso, de cierta manera, genera un compromiso de las entidades para dar solución a las necesidades. No obstante, ocurre el fenómeno de la negligencia administrativa que en muchas acciones se dilata al contestar dentro del término, con respuestas técnicas sin decisiones de fondo.

Discusión

El derecho de petición requiere de unas formalidades legales que le otorgan legitimidad.

Sin embargo, con el solo hecho de constar el artículo 23 de la Constitución Política en el escrito, bastaría para ser entendido como derecho de petición y el correspondiente deber del funcionario público de dar contestación. En este sentido, la desinformación y el hecho de confundir queja con derecho de petición, genera una sensación de inconformidad, pues las quejas que las asimilan a peticiones no son atendidas, creando una apatía generalizada.

Luego de hacer un análisis minucioso con base en las encuestas y los resultados que estas arrojaron, se observa con asombro que el derecho de petición no es un mecanismo por el cual acudan los ciudadanos a solicitar los servicios de salud, porque se denota que no es lo mismo haber escuchado sobre el derecho de petición a conocer cuál es su alcance; para qué se utiliza y de qué manera se beneficia el usuario. Esto se evidencia en la cantidad mínima de peticiones incoadas y radicadas en las entidades de salud referenciadas.

Como bien menciona el común de la gente, se cree que la queja tiene el alcance de un derecho de petición. En un Estado social de derecho lo más plausible sería responder a dicha queja cuando sea coherente y sus fundamentos fueran acordes con una necesidad palpable, pero dadas las circunstancias y como está concebido el sistema, se requiere más que eso; el derecho de petición incluye la responsabilidad de decidir de fondo frente a las informaciones, servicios o cuestionamientos planteados, lo cual, despeja el panorama y le da elementos de juicio al peticionario para saber cuál es el procedimiento a seguir.

Interponer quejas que la mayoría de veces son verbales no trasciende el propósito deseado y carecen de contundencia en sus efectos. Los usuarios de la salud en San Gil no tienen una asesoría que les permita aclarar varias situaciones adversas. Existen los consultorios

jurídicos de las universidades, que bien prestan este servicio, pero, aun así, se puede inferir que hay muy poca confianza en las instituciones y no se acude a buscar los servicios de asesoría pública con fines sociales.

Ahora bien, la eficacia del derecho de petición en sí, depende además de la diligencia del peticionario de encontrar un escenario en el cual el funcionario público sea lo suficientemente idóneo en dar contestación a la solicitud. No obstante, no se comprobó la existencia de respuestas extemporáneas y más bien, la falta de corresponsabilidad se refiere es a las quejas propuestas por los usuarios.

La Constitución Política de 1991 estableció la despersonalización del poder, la soberanía popular y también consagró una desconcentración del poder; principios que se han visto debilitados por la Corte Constitucional, al afectar la democracia, pues hace aplicación errónea del artículo 230 de la Carta Política, al expresar que el sometimiento de las autoridades al imperio de la ley comprende: la Constitución, la ley y el precedente constitucional.

La literalidad, la voluntad del constituyente primario, no admite interpretación: el carácter de la jurisprudencia como criterio auxiliar y no como fuente formal del derecho. El asunto de la fuente no es un problema del ego de origen romano-germánico o francés: el análisis económico del derecho ha tenido intensos debates en torno a cuál sistema –continental o anglosajón– es más eficaz o eficiente en contribuir al desarrollo, sin llegar a un consenso.

La Corte Constitucional mediante (1) Sentencia C-539 del 2011, que revisa el artículo 114 de la Ley 1395 del 2010[6]; (2) Sentencia C-634 del 2011, que observa el artículo 10 de la Ley 1437[7] del 2011 y (3) Sentencia C-816 del 2011, que analiza el artículo 102, incisos 1º y 7º de la Ley 1437 del 2011, declara la exe-

quibilidad condicionada de dichas normas. En ellas, se establece que los precedentes judiciales serán de aplicación directa no solo por las autoridades judiciales, sino también por las autoridades administrativas, en contravía del artículo 230 constitucional. Para defender la exequibilidad de esas normas, expresa la Corte que:

“Hay una comisión legislativa relativa. Para la Corte, el Congreso, al legislar, omitió establecer el respeto por el precedente constitucional –como sí consagro el respeto por el precedente judicial ordinario o administrativo y la jurisprudencia de unificación– en materia de interpretación y aplicación por parte de las autoridades administrativas, en lo pertinente a su competencia. Pero reconoce, mediante “interpretación auténtica”, que el legislador, en su querer o verdadera intención, pretende evitar que el ciudadano deba acudir ante sede judicial en busca de la aplicación del precedente”.

Es decir, al consagrar que las autoridades administrativas acataran el precedente judicial, en gran medida, se evitaría que debiera siempre acudir al juez en su aplicación. Entonces, esto permite una descongestión de los despachos judiciales. Si la autoridad administrativa no usa o aplica de manera defectuosa el precedente judicial, será necesario acudir ante el juez competente. Pero ello puede ser costoso en términos de tiempo y desgaste para los ciudadanos.

Por ello, para la Corte, las autoridades públicas en general, en aras de la descongestión judicial, aplicarán el precedente judicial y constitucional.

La competencia para hacer obligatoria la aplicación del precedente por vía legal, la Corte la denomina “libre configuración legislativa”, que consiste en diseñar las disposiciones legales o textos legales de acuerdo con la competencia

otorgada por la propia Constitución. Facultad que tiene límites como: a) los valores, principios, derechos y deberes constitucionales y b) el test de proporcionalidad, principalmente.

El precedente judicial debe tenerse en cuenta como fuente de derecho en materia ordinaria o administrativa, o por extensión de la jurisprudencia de unificación.

Ese respeto y acatamiento no solo debe darse por parte de las autoridades judiciales (precedente horizontal y vertical), sino también por las autoridades administrativas, además de manifestar que es un buen comienzo, insinuando que el precedente judicial puede llegar a invadir todas las ramas del poder público y en lo posible órganos autónomos e independientes.

Al acatar las autoridades el precedente ordinario o administrativo, o la jurisprudencia de unificación por extensión, estos respetarán el suyo. Es decir, el precedente constitucional prevalece sobre el del juez ordinario (Corte Suprema de Justicia), el administrativo en general y la unificación de jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado.

No solo impone obligatoriedad del precedente a diferentes autoridades, sino que también abre la posibilidad para que, con posterioridad, el Congreso pueda ampliar el espectro de aplicación y acatamiento en diversas materias del precedente, teoría del derecho viviente.

El asunto real es que la Corte Constitucional cree y el Congreso, de facto, lo acepte, que tiene más legitimidad (¿mediática?) que el legislador y, por lo tanto, busca y acepta que lleguemos de manera explícita no como hasta ahora, taimada, a un gobierno de los jueces: que no será de todas las altas cortes, sino solo de la Corte Constitucional, ya que plasmó su prevalencia presente y futura en materia de precedentes, terminando por concentrar un poder legislativo y judicial, es decir, dará las reglas de juego y será árbitro.

Recomendaciones

Queda expuesto que los ciudadanos de San Gil necesitan recibir más información sobre el derecho de petición, a través de programas informativos que les permitan disponer de este mecanismo legal. En concordancia, se deja la propuesta para otros investigadores que quieran entrar a revisar sobre esta indagación.

Para mejorar la información sobre el alcance del derecho de petición como mecanismo de resolución a las solicitudes de los usuarios se requiere mejor asesoría con el fin de orientar a los usuarios de la salud cuando sus solicitudes no son atendidas en debida forma, para que así, el derecho de petición sea eficaz y se constituya como aquella herramienta constitucional que le permite a los usuarios utilizarla con mayor frecuencia.

De igual manera, se les recomienda a los usuarios de las entidades prestadoras de salud que utilicen más el derecho de petición, que es una garantía fundamental que nos permite agilizar trámites administrativos, así como, solicitudes de medicamentos y citas médicas. Por otra parte, se les pide radicar las solicitudes con los requisitos mínimos que establece la norma y la jurisprudencia; los cuales son: dirigirse a la entidad, identificarse con los generales de ley, esto es, nombre, número de identificación, lugar de domicilio, entre otros. Además, se debe hacer mención de la petición con los anexos probatorios para los casos que se requieran, es decir, son tres (3) requisitos para tramitar, de manera formal, este instrumento jurídico y los beneficios que le da a los ciudadanos cuando se le ha vulnerado este derecho fundamental y pueda acudir, por vía de tutela, para que se le garantice y sea protegido.

Hemos visto en el transcurso del presente trabajo, que el derecho de petición, cambia según los retos que le imponga la sociedad, es

así, como hoy con la promulgación del Decreto Ley 1437 de 2011, son muchas las expectativas sobre los cambios que ella pueda ofrecer y los retos planteados a la administración y, con ella, a los funcionarios públicos.

La Ley 1437 de 2011, relativa al derecho de petición, se encuentra plenamente vigente y no necesita reglamentación. Es cierto que la Corte Constitucional, en Sentencia C-818 de 2001, lo declaró inexecutable por vicios de procedimiento, sin embargo, los efectos de dichos fallos fueron diferidos en el tiempo. La Corte señaló que dicho capítulo, tal como se encuentra hoy en la Ley, es válido hasta diciembre de 2014, lapso durante el cual el Congreso de la República debe tramitar el proyecto de ley por la vía correspondiente, es decir, mediante proyecto de ley estatutaria. Si en diciembre de 2014 no se ha proferido la nueva ley, allí sí desaparece del ordenamiento legal el capítulo, mientras tanto está vigente.

Para finalizar dejo como reflexión el siguiente texto de Montesquieu:

“Cuando la virtud deja de existir, la ambición entra en los corazones capaces de recibirla, y la codicia se apodera de todos los demás. Los deseos cambian de objeto y lo que se amaba ya no se ama, si se era libre con las leyes ahora se quiere ser libre contra ellas; cada ciudadano es como un esclavo escapado de la casa de su amo; se llama rigor a lo que era máxima; se llama estorbo a lo que era regla; se llama temor a lo que era atención. Se llama avaricia a la frugalidad y no al deseo de poseer. Antes los bienes de los particulares constituían el tesoro público, pero en cuanto la virtud se pierde, el tesoro público se convierte en patrimonio de los particulares. La República es un despojo y su fuerza ya no es más que el poder de algunos ciudadanos y la licencia de todos”.

REFERENCIAS

- Becerra, J. (1995). *EL Derecho de Petición*. Primera Edición. Bogotá Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Agesta, L. (1982). *Documentos constitucionales y textos políticos*. Primera edición. Madrid España. Editora Nacional
- Berdejo, A. E. (2009) *Fundamentos del derecho de petición*. Bogotá: Ed. Uniautonoma. Colombia. Congreso de la República. (18/01/2011). Código Contencioso Administrativo. Art. 74.
- Colombia. Congreso de la República. (18/01/2011). Código Contencioso Administrativo. Título uno, Capítulo dos; derechos, deberes, impedimentos, prohibiciones y recusaciones. Bogotá D.C.
- Colombia. Congreso de la República. (04/07/1991). *Constitución Política de Colombia*. Título dos, capítulo uno. De los derechos fundamentales. Bogotá D.C.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencias (T-279-94, T-395-98, T-1478-00, T-474-92, T-567-92, T-011-98, T-693-00, T-357-96, T-296-97, T-165-97). Asuntos aplicables al derecho de petición. Bogotá D.C.
- Congreso de la República. (1993). Ley 99 de 1993.
- Congreso de la República. (1995). *Dereto Ley 2150 de 1995*.
- Congreso de la República. (1997). Ley 388 de 1997. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.
- Cuervo Díaz, C. A. y otros. (2016). *Evolución de los derechos fundamentales en el derecho laboral y la seguridad social*. Bogota Colombia. Grupo Editorial Ibañez.
- Presidente de la Republica. (1984). Decreto Reglamentario 770. (03/1984). *Diario Oficial*. Año CXX. N. 36586. 26, abril, 1984. PAG. 409.
- Duarte Castro, M. B. (1999). *Comnotaciones del silencio administrativo en Estado social de derecho*. Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Javerina. Bogotá Colombia.
- Escobar Perdigón, Diego Emiro y Cortés Morales, Amparo *El derecho de petición en el sistema de salud colombiano*. *Revista VIA IURIS*. 2011; (11):49-76. ISSN: 1909-5759. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2739/273922799004>
- Franco Hermida, W. J. (2010). *El derecho de petición frente al nuevo Codigo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Nacional de Bogotá.
- Julika, A. y Forero, R. (2000) *Desarrollo jurisprudencial y perspectivas del erecho a la información*. Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá Colombia.
- Perdomo, J. V. (2012). *Derecho Constitucional Comparado*.
- Sánchez, L. (1975) *Documentos constitucionales y textos políticos*. Madrid-España: Editorial Ritmo Universitario.
- Sayagues Laso, E. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo*. Monevideo Uruguay. Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales, Fundacion de Cultura Universitaria

EL ALCOHOL COMO FACTOR DETERMINANTE EN LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR HACIA LOS NIÑOS(AS) EN SAN GIL, SANTANDER

Alcohol consumption as a determining key factor of domestic family violence against children in San Gil, Santander.

— ***María Erika Cabezas Sandoval, Diana Pimiento Badillo, y Yolanda Durán Santos** —
UNISANGIL
San Gil, Santander, Colombia

Resumen

Este artículo es la síntesis de los resultados parciales, obtenidos del estudio realizado en el municipio de San Gil, Santander, en lo relacionado con el fenómeno social conocido como violencia intrafamiliar o violencia doméstica.

La violencia intrafamiliar es generada por múltiples factores y esto conlleva a graves implicaciones. Para los fines de este trabajo, abordaremos el abuso del alcohol como un elemento determinante para su generación y que tiene como una de sus víctimas a los niños y niñas.

En Colombia, al estudiar el tema, se evidencia que la legislación no ha dado la importancia que merece a este problema del alcoholismo, al punto de no presentar propuestas serias que permitan prevenir y generar conciencia sobre su uso y abuso.

Esta investigación determina los elementos que conllevan a que se presente este fenómeno y el daño que genera a los menores de edad.

Posteriormente se realiza un análisis y se describe la aplicación de la Ley de Infancia y Adolescencia.

Por último, se resaltan las consecuencias que son innumerables y que afectan a los niños víctimas, que con el tiempo transforman su afectación en comportamientos inapropiados, no solo dentro de su esfera individual sino en sociedad.

Palabras clave: Alcohol, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), maltrato, mujer, niño, violencia intrafamiliar

Abstract

This article is the synthesis of partial results obtained from a research conducted in San Gil- Santander about the social phenomenon known as domestic family against children.

Domestic violence is generated due to several factors that lead to serious implications. For research purposes we will address alcohol consumption as a determining factor originator of this domestic violence that affects children.

When studying this topic in Colombia, it is found that law has not given the required importance to this alcohol consumption issue, to the point of not presenting solid proposals to prevent and raise awareness about its use and misuse.

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

This research determines the elements that carry to this phenomenon to show up and the negative impact it has on children.

Subsequently, an analysis is performed and there is described the law enforcement for children and teenagers.

Finally, the countless consequences that affect child victims which as time goes by become inappropriate behaviors, not only to their inner self but also to the society.

Key words: Alcohol, Colombian Family Welfare Institute (ICBF), maltreatment, woman, child, domestic violence.

Introducción

Para estudiar a fondo el concepto de familia, es necesario aclarar que a lo largo de la historia este tema ha tenido una transformación y ha motivado su estudio desde la óptica de múltiples disciplinas del conocimiento, como filósofos, sociólogos, antropólogos, etc., dada su gran importancia e influencia en el desarrollo de la sociedad; sin dejar de lado que es el núcleo familiar donde se establecen las estructuras fundamentales del individuo; donde se originan los prejuicios y las desigualdades, que luego se reflejan en las estructuras sociales.

La familia en la actualidad se puede determinar como una familia nuclear (padres e hijos), es decir, se dejó de lado la familia extensa, que es la que se entiende como aquella integrada por miembros de varias generaciones que conviven bajo el mismo techo.

Así lo afirma la Constitución Política en su artículo 42 (Morales, 2009, p. 806):

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o

jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Adicionalmente, la familia goza con un amparo constitucional especial para cada uno de sus miembros; en especial los niños, los cuales, además de la protección antes determinada, son considerados como sujetos de especial protección legal, protección que es prevalente y privilegiada (Morales, 1991).

Siguiendo con el estudio de la familia como ente protector de los derechos de los niños, encontramos que en el Código de Infancia y Adolescencia, art. 15, establece el principio de la corresponsabilidad determinando como el primer factor para su desarrollo el rol de la familia en formar a los niños en el ejercicio responsable de sus derechos; en concordancia con el art. 22 que establece que todo niño tiene derecho a tener una familia y a no ser separado de ella (Morales, 1991).

Ahora es necesario entrar a estudiar la violencia intrafamiliar, la cual es un problema complejo, ya que no solo hace referencia a las relaciones familiares sino a cada uno de sus miembros; además de ser un claro reflejo de las condiciones socio-económicas de cada época y de cada sociedad.

En nuestra legislación nacional, está reglamentado ampliamente este delito de violencia intrafamiliar.

Nuestro Código Penal, en su art. 229, estipula: *“el que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años*

o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión. Parágrafo. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo” (Morales, 1991, p. 860).

A lo largo de la historia, se han venido adoptando medidas con el fin de prevenir y combatir este problema que agobia a las familias en todos los estratos socio-económicos. Estas medidas están encaminadas a realizar la atención psicosocial de las víctimas y a crear modelos de atención integral que permitan su abordaje desde sus diferentes esferas de afectación. Dentro de estos modelos están las casas de justicia y los Caivas (Centros de Atención a Víctimas de Violencia Intrafamiliar) de la Fiscalía General de la Nación.

La violencia intrafamiliar deja secuelas en la salud mental y física de quienes la padecen y en la mayoría de los casos genera desintegración familiar.

Ahora entraremos a estudiar a quiénes se llama niños:

Bernal (1991) afirma: “De conformidad con el Código Civil colombiano, en su artículo 334, estipula: Llamase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años...” (p. 325).

La Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, señala que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho (18) años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (Gallo, 2006, p. 168).

Si se estudia desde la evolución psicoafectiva, se debe entender como niño aquella persona que aún no ha alcanzado un grado de madurez suficiente para tener autonomía tanto física como moral.

Y para finalizar en el ámbito general, niño es la denominación utilizada para referirse a toda criatura humana que no ha alcanzado la pubertad.

Entonces, se tiene que a lo largo de la historia siempre ha existido la violencia intrafamiliar la cual ha dependido de múltiples factores. Este estudio busca evidenciar que el abuso en el alcohol es uno de los que lo determinan.

En concordancia con lo anterior, el alcoholismo lleva al incremento de conductas constitutivas de la violencia intrafamiliar, la cual no es usualmente denunciada por las víctimas, dejando como resultado estadísticas que no demuestran la realidad del problema.

Para abordar este tema, se ha propuesto consultar las estadísticas en las entidades especializadas en San Gil; en niños y niñas, buscando el aporte de los entes encargados.

De este modo, se podrá determinar cuál es el índice de violencia intrafamiliar en los niños y niñas del municipio de San Gil, Santander, en su zona urbana, ocasionado por el consumo de alcohol, como un factor determinante.

Se finalizará con un análisis para determinar: ¿quién lesiona de manera más significativa el bien jurídicamente tutelado de la familia (va más contra la ley), el que comete el delito o el que no denuncia? o ¿qué es más fácil; denunciar y recibir ayuda en el momento de ser víctima del delito o callar y tener que continuar la convivencia con una conducta que afecta a todos los miembros del núcleo familiar especialmente a los niños?

El problema real

El problema propuesto no fue solucionado, ya que en el transcurso de la investigación, se presentaron muchas limitaciones, por tratarse de un tema en relación con menores y la información referente al tema es de reserva por los diferentes entes de control, a tal punto que a pesar de elevar solicitudes debidamente sustentadas y avaladas por la Universidad, la misma no fue entregada.

Entonces las conclusiones se sustentan en la información entregada por la Comisaria de Familia de San Gil y el Instituto de Bienestar Familiar, aunque parciales, nos pueden mostrar el panorama actual de esta problemática en San Gil.

Dichos datos mostraron que es una problemática que cobija a toda una comunidad sin distinción de raza, sexo o estrato social.

Para lograr una posible solución al problema, realmente se necesita que los entes que tienen competencia en el tema, realicen un trabajo interinstitucional, y se consolide una base de datos que permita ver la realidad del problema, ya que ninguno de ellos tiene acceso a la información de los demás evitando, de esta manera, tener una estadística real.

La violencia intrafamiliar y el maltrato infantil hace parte de una problemática social, pero lo más grave es que es un tema que tiene reserva legal, por tener involucrados a menores, llevando con este desconocimiento general a que se tomen medidas preventivas que eviten las fatales consecuencias, tanto en la integridad física como mental de los menores víctimas.

Es un estudio de gran importancia, tanto para San Gil como para la Institución Universitaria UNISANGIL, ya que la violencia que agobia al

municipio es resultado de no contar con soluciones prontas y efectivas, siendo necesario estructurar estudios reales y estadísticas integrales que posibiliten el planteamiento de métodos para evitar y tratar de minimizar el problema social, pues para solucionarlo en todos sus ámbitos se tienen que realizar proyecciones a largo plazo.

Las estadísticas que se obtengan serán de gran utilidad para iniciar con soportes reales y con determinación de una población objetiva, lo cual llevará a que se concreten estrategias y se den soluciones para evitar este flagelo.

La labor debe ser, entonces, iniciar por los hogares y continuar por las instituciones educativas e instituciones que tienen, entre sus obligaciones, la protección de los niños, como son el ICBF, la Comisaria de Familia y los jueces de familia.

Con esta investigación logramos determinar las consecuencias que se dan en los niños que son sometidos a la violencia intrafamiliar, todo esto en aras de buscar una solución mediante el tratamiento psicológico y cuidado personal, para que no repercuta en su integridad, en su moral y puedan llevar una vida digna.

Este tema nos permite conocer parcialmente la realidad actual en cuanto a las denuncias y las causas de la violencia intrafamiliar que se vive dentro de la sociedad; los padecimientos a los cuales están sujetos los miembros de un hogar y, no hay que dejar de lado, que estos sufrimientos de la madre y sus hijos se evidencian en cualquier medio socio-económico, sin distinguir la raza, la religión o la clase social; desde la familia más pudiente hasta la más humilde, presenta estos signos de violencia que son producto directo de la ingesta de bebidas alcohólicas por parte de los miembros del hogar.

El incremento de los casos de violencia intrafamiliar en los últimos años es preocupante, y las autoridades han establecido un mecanismo administrativo y judicial para solucionar este problema. Han realizado estadísticas y han propuesto soluciones que le dan efectividad a estos órganos para disminuir y acabar con esta causa; mejorando la aplicación que estos entes le dan a las leyes, cuando de por medio existe violencia intrafamiliar relacionada directamente con los menores. Por tanto, lo que buscamos es implementar programas de asistencia y apoyo psicológico por parte de la Universidad, a los menores que tienen traumas o a las familias que necesitan apoyo para mejorar sus relaciones.

Conclusiones

Al finalizar la investigación, se pudo concluir que el problema más grave es el tratamiento que se le da a la violencia intrafamiliar como tema de carácter reservado, cuando las víctimas son menores de edad, ya que a pesar de buscar la información con fines investigativos no fue posible concretar la misma.

Con esta mínima información, se pudo conocer parcialmente la realidad actual en cuanto a los denuncios, las causas de la violencia intrafamiliar y las consecuencias que se dan cuando los niños son sometidos a esta conducta, sin que reciban los tratamientos psicológicos necesarios.

Además, se pudo concluir que la violencia intrafamiliar se da en todos los estratos socioeconómicos y el daño causado por ella afecta, principalmente, a los niños.

Se conocieron las estadísticas y las soluciones que se han venido dando por parte de las entidades encargadas de la protección de los menores de edad frente a la realidad que estos viven cuando son sometidos a este flagelo, siendo necesario buscar otras medidas que mejoren la aplicación de la ley, mostrando la necesidad de implementar programas de asistencia y apoyo psicológico por parte de la Universidad.

Referencias

Bernal, A. (1991). Procedimiento de familia y de menores, 5ª. Ed., Medellín: Editorial Marín Vieco Ltda.

Gallo, G. (2006). En familia caminos para una vida mejor, 1ª. Ed., Bogotá D.C.: Proyectos Editoriales.

Morales, A. (2009). Código de la Infancia y la Adolescencia, 5ª. Ed., Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas.

Morales, A. (2009). Código Penal y de Procedimiento Penal. 5ª. Ed., Quinta Edición. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas.

Morales, A. (2009). Constitución Política, 5ª. Ed., Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas.

EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN: OTRA MIRADA A LAS SENTENCIAS DE FILIACIÓN EN COLOMBIA

The right of representation: another perspective to order of filiation in Colombia

Wilson Ernesto Zafra Angulo* José Alexi Rodríguez Morales*

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

Resumen

En Colombia se reconoce la igualdad de derechos a todos los hijos a partir de la Ley 29 de 1982. En materia sucesoral, sin embargo, el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 sanciona con la caducidad de derechos hereditarios a quienes demandan la paternidad dos años después de muerto el padre; cuyos efectos también algunos jueces hicieron extensivos para negar el derecho de representación del padre premuerto, interpretando erróneamente que esa sanción era secuela inevitable de la caducidad. Fue necesario que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, oficiando el papel de unificadora de la jurisprudencia nacional, explicara en una singular sentencia que el derecho de suceder directamente a una persona se torna en instituto distinto cuando se sucede en forma indirecta, porque en este último caso, opera la representación donde el hijo como descendiente, sin ser necesariamente sucesor, adquiere vocación para ocupar el lugar hereditario de su padre en la sucesión de sus ascendientes o de los hermanos de este, cuando no quiso o no pudo suceder, teniendo derecho de hacerlo; diciendo que en tal evento la sentencia que declara la filiación, pero niega los efectos patrimoniales, no tiene alcances para impedir la representación porque sus consecuencias adversas únicamente se pueden

hacer sentir frente a las personas que intervinieron en el proceso.

Palabras clave: causahabiente, declaración de paternidad, filiación, herencia, representación sucesoria.

Abstract

In Colombia it is recognized the equality of rights for all the children under the Law 29 of 1982. In terms of Inheritance law, nevertheless, the article 10 of the Law 75 of 1968 penalizes with the caducity of hereditary rights to those who sue for the paternity right two years after the dead of the father, whose effects were made extensive by some judges to deny the right of representation of the predeceased father, interpreting inaccurately that this sanction was an inevitable sequel of caducity. It was necessary that the Court of Civil Cassation of the Supreme Court of Justice, playing the role of unifying the national jurisprudence, will explain in a unique judgment that the right of direct succession to a person becomes a different institute when an indirect succession takes place, since the child as descendent and not necessarily as successor gains vocation to occupy the heritage place of their father in the succession of his ascendants when he did not want to or could not succeed, having the right

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

to do it. Saying that in such event the judgment that declares the filiation, but denies the patrimonial effects, does not scope to prevent the representation because its adverse consequences can only reach the people that intervened in the process.

Key words: Successor, declaration of paternity, filiation, inheritance, successor representation



Introducción

Cuando un padre fallece sin haber reconocido legalmente a los hijos extramatrimoniales que en vida procreó, surge para estos últimos el derecho imprescriptible de reclamar por vía judicial la filiación y con ello la posibilidad de ser reconocidos como herederos en el proceso de sucesión y participar en la adjudicación de la herencia; sin embargo, esa posibilidad está limitada por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 que condiciona la producción de efectos patrimoniales a la sentencia que declare la paternidad, únicamente cuando la demanda sea notificada dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto padre.

Los alcances de esta norma jurídica han sido erróneamente interpretados por abogados litigantes, e incluso jueces que ignoran que la caducidad de los efectos patrimoniales solo

se configura cuando el demandante pretende heredar a su padre fallecido, si presenta la demanda por fuera del bienio establecido en la ley, mas no tiene cabida cuando se está en presencia de otra figura jurídica como es la representación prevista en el artículo 1041 del Código Civil, que le permite al hijo que ha salido triunfante en el proceso de filiación extramatrimonial ocupar el lugar del padre fallecido y recoger los derechos hereditarios que le corresponderían a este como heredero, bien sea porque no haya aceptado la herencia, la repudió o fue desheredado o declarado indigno. Este trabajo se ocupa en demostrar que el término de caducidad señalado. Inciso postrero del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, no cobra ninguna relevancia cuando la demanda de declaración de filiación extramatrimonial no busca que el hijo herede a su padre fallecido, sino ocupar su sitio en una sucesión donde aquel tenga derechos hereditarios.

Para ello se examina la figura de la representación sucesoral como derecho propio del representante, la cual no se deriva ni se hereda del representado y, por consiguiente, no está obligado a acreditar que es sucesor o causahabiente de éste, sino simplemente, que se tiene la calidad de descendiente.

Esta tarea exige hacer un recuento de la legislación colombiana que comienza en el excluyente artículo 86 de la Ley 153 de 1887, que negaba al hijo extramatrimonial todo derecho a participar en la sucesión cuando concurrían los hijos legítimos; sigue con el ya mencionado artículo 10 de la Ley 75 de 1968 que establece la caducidad patrimonial y termina en la Ley 29 de 1982 que acogió el principio de igualdad sucesoral, sin pasar por alto los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de 1991, que en el quinto inciso del artículo 42 estatuye la igualdad de derechos y deberes para los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él.

El propósito último es señalar, como lo ha hecho la jurisprudencia nacional, que la caducidad de los efectos patrimoniales de las sentencias de filiación extramatrimonial carece de fuerza para privar de derechos al hijo que ha sido declarado en el ejercicio de la representación de su padre. De modo que no son pocos los casos en que se justifica demandar la paternidad aun cuando hayan transcurrido más de dos años contados desde el fallecimiento del padre, por las expectativas económicas que surgen para participar de las herencias que a este le pudieran corresponder.

El barrido sobre el estado del arte entrañó la dificultad de encontrar jurisprudencia y doctrina que se ocupen específicamente del derecho de representación de los descendientes que no consiguieron la declaración de efectos patrimoniales aparejada a la sentencia de filiación extramatrimonial. Los tratadistas del derecho sucesoral tratan el tema de manera general y la sentencia más reciente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que se ocupó del estudio de un caso de esa naturaleza, data del 26 de agosto de 1993.

Por lo anterior, a pesar de tratarse de un artículo de revisión, cuya exigencia requiere de más fuentes, es necesario dejar establecido que no ha sido posible acceder a lo imposible, ya que como se dijo esta problemática no cuenta con soporte legal, ni mucho menos doctrinal, y ha sido solo la jurisprudencia la que ha permitido el estudio y seguimiento del mismo.

Objetivo

Explicar los efectos jurídicos en el derecho de representación de las sentencias de filiación extramatrimonial en la legislación colombiana.

Metodología

Mediante el empleo del método sistemático, combinado con el método deductivo, se examinaron las normas que regulan los efectos sucesorales de la filiación extramatrimonial en Colombia, tomando como punto de partida la Ley 153 de 1887. Se hizo un cuidadoso análisis de las reglas relativas a la sucesión intestada previstas en el Código Civil, los efectos patrimoniales de la filiación (Ley 75 de 1968), el artículo 44 de la Constitución Política y la Jurisprudencia –más bien escasa– de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Discusión

No ha sido fácil para los hijos extramatrimoniales ocupar un lugar en la familia del padre y concurrir en igualdad de derechos con los hijos legítimos. Para llegar a la posición que ocupan hoy en día, cuando se proscribe por mandato constitucional y legal cualquier forma de discriminación, el camino que han recorrido es largo y tortuoso.

El Código Civil redactado por Andrés Bello para la República de Chile, plagiado y adoptado como Código de la Unión por los Legisladores en 1873 y ratificado con el advenimiento de la nueva Constitución mediante la Ley 57 de 1887, establecía que todo hijo nacido fuera del matrimonio y no reconocido voluntariamente por su padre, podía conseguir que su padre lo reconociera citándolo ante un juez para que bajo juramento declarara sobre la paternidad pretendida. Si lo aceptaba, adquiriría el estatus de hijo “natural” en igualdad de condiciones que el reconocido legalmente (Ley 57, 1887).

Por aquellas calendas la filiación se clasificaba en legítima e ilegítima y en esta última se discriminaba entre hijos naturales, los que habían sido reconocidos por el padre; ilegítimos, los

no reconocidos; e hijos de dañado y punible ayuntamiento, los procreados en relaciones adúlteras o incestuosas (Ley 57, art. 52).

En el mismo año, el Código Civil sufrió su primera gran reforma con la reaccionaria Ley 153, que en su artículo 65 derogó los títulos XVI y XVII, relativos a los hijos “naturales” y las obligaciones y derechos entre estos y sus padres. Confirió la condición de hijo “natural” únicamente al nacido fuera del matrimonio que no proviniera “de dañado y punible ayuntamiento”, quedando estos últimos legalmente desamparados, pues apenas les concedió el derecho de recurrir ante un juez para solicitar que se llamara en declaración a sus progenitores para el reconocimiento de la paternidad o maternidad, “con el solo objeto de exigir alimentos” (art. 66) y apenas “en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia” (art. 71).

En cuanto a los llamados a la sucesión, en el artículo 1040 reservó ese derecho para “los descendientes legítimos del difunto, sus legítimos ascendientes, sus colaterales legítimos, sus hijos naturales, sus padres naturales, sus hermanos naturales, el cónyuge supérstite, y, en último lugar, el municipio de la vecindad del finado” (Ley 153, 1887).

Hubo que esperar cerca de cuarenta años para que los vientos de cambio de la “República Liberal” soplaran a su favor y aboliera la odiosa discriminación entre hijos ilegítimos mediante la Ley 45 de 1936, que los arropó a todos bajo la genérica denominación de hijos “naturales” o extramatrimoniales, comprendiendo en la primera categoría a los reconocidos voluntariamente o declarados judicialmente con arreglo a esa misma ley, y en la segunda, a los no reconocidos ni declarados tales en proceso judicial (art. 1º). Instauró por primera vez un sistema de libre investigación de la paternidad, independientemente de la condición que tuviera el hijo nacido fuera del matrimonio y señaló las

hipótesis legales cuya demostración daba lugar a presumir la paternidad y declararla judicialmente (art. 4º).

Así mismo, derogó los efectos restrictivos a la sola provisión de alimentos que hasta entonces tuvo el reconocimiento provocado de la paternidad, disponiendo en el artículo 18 que los hijos legítimos excluían a todos los otros herederos, “excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales” (Ley 45, 1936, art. 18), pero en tal caso un hijo natural, concebido en vigencia de esa ley, heredaba la mitad de lo que le correspondía a un hijo legítimo. El condicionamiento temporal fue eliminado por la Ley 75 de 1968 que, en el artículo 30, extendió los mismos derechos hereditarios a los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936, aún en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores (art. 10).

Valga señalar que la Ley 45 de 1936 nada dijo frente a la posibilidad de demandar la filiación extramatrimonial con posterioridad al fallecimiento del presunto padre, sino que apenas remitió estas acciones a las disposiciones regladas en “los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil” (art. 7). Como consecuencia de esas imprecisiones, la jurisprudencia nacional interpretó en un primer momento, y por espacio de algunos años, que estos procesos solo podían ser adelantados en vida del presunto padre, bajo el entendido de que:

“se reconoce como exclusivo y legítimo contradictor en este juicio al mismo padre, o a sus herederos y representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera esta la única interpretación que puede dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre. (...) Los (efectos) de

la filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y los fallos siempre producirán efectos erga omnes” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de abril, 1940).

En época posterior la Corte Suprema de Justicia modificó la línea jurisprudencial para admitir la posibilidad de iniciar el proceso después de ocurrido el fallecimiento del presunto padre, promoviendo la demanda directamente contra los herederos de este, bajo el entendido de que:

“el presunto padre natural fallece después que se le haya notificado la demanda y antes que la haya contestado puede continuar con los herederos de aquel, no se ve la razón por la cual no habría de ser jurídicamente posible el ejercicio de la acción de filiación natural después de muerto el presunto padre, pues, en realidad, aun en el primer caso el juicio viene a surtirse exclusivamente con los herederos, como si se hubiera iniciado con ellos” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 23 de septiembre, 1954).

A partir de entonces, la Corte Suprema de Justicia continuó defendiendo la tesis de que en los procesos de filiación, “son parte legitimada en la causa el padre o la madre y el hijo, o los herederos de aquellos o de este”, haciendo la precisión de que si la litis es iniciada después del fallecimiento del presunto padre, los herederos del difunto no pueden ser calificados como “legítimos contradictores” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de septiembre, 1969), porque esa denominación está restringida por la ley exclusivamente al padre y al hijo, pero en todo caso sí tienen la legitimación pasiva para resistir la acción de estado y en esa hipótesis el fallo que se produzca “ya no tiene efectos erga omnes sino relativos a quienes hayan participado en el juicio o hayan sido citados al mismo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de sep-

tiembre, 1969) como herederos determinados, sin que ninguna incidencia tenga para variar la calificación que en el proceso hayan sido convocados los herederos indeterminados.

El artículo 10 de la Ley 75 de 1968 introdujo dos reformas de suma importancia. De un lado, zanjó definitivamente la discusión en torno de la legitimación pasiva en el proceso de filiación, estatuyendo si el presunto padre ha muerto, “la acción de investigación de paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge” (art. 10). Y del otro, vino a imponer un límite temporal al ejercicio de la acción en lo que respecta a los efectos patrimoniales que se derivan de la sentencia de filiación, disponiendo que estos se producen “únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción” (art. 10). En su momento, la restricción estuvo justificada en evitar que los herederos del presunto padre, y la cónyuge sobreviviente, fuesen sorprendidos con demandas calculadamente tardías que se aprovecharan del largo transcurso del tiempo para falsear pruebas y erigir, artificialmente, hechos que estructuran causales de paternidad inexistentes, tomando por sorpresa a los herederos del presunto padre demandado, a quienes se pondría en serios aprietos por la extinción de pruebas relevantes, en especial de índole testimonial, que serían fundamentales para defenderse y controvertir los medios de prueba.

La vigencia de esta norma se remonta hasta los tiempos actuales. En su trasiego por el escenario jurídico no son pocas las ocasiones en que su constitucionalidad ha sido cuestionada, por considerarla retrógrada o incompatibles con otras disposiciones.

La primera demanda de la que se tiene memoria fue presentada ante la Corte Suprema de Justicia cuando actuaba como guardiana de la Carta Política de 1886, Corporación que me-

dante la Sentencia N° 66 del 7 junio de 1983, con ponencia del magistrado Ricardo Medina Moyano, la declaró exequible (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 122, 1991). Posteriormente, la misma Corte Suprema de Justicia, a la que se encomendó guardar la integridad y supremacía de la Constitución de 1991 en sus albores, y mientras se conformó la Corte Constitucional y comenzó a ejercer sus funciones, volvió a declararla exequible en la Sentencia N° 122 del 03 de octubre de 1991, bajo la consideración de que el término de dos años otorgado al hijo para demandar la paternidad una vez sobreviniera la muerte del presunto padre, se ajusta al nuevo texto fundamental porque la caducidad apenas abarca los aspectos patrimoniales de la acción y deja a salvo la acción de estado civil que continúa siendo imprescriptible. A juicio de ese Tribunal, la persona dispone de un tiempo “ciertamente largo” para optar o no por instaurar la acción de investigación de paternidad, y si no lo hace en el transcurso de los dos años que se le conceden, ello se traduce en un abandono de la acción y este comportamiento luego no puede ser alegado en su favor (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 122, 1991).

Por otra parte, tampoco encontró que el texto parcialmente demandado sea contrario a principios de orden constitucional como los de igualdad de derechos y deberes entre los hijos procreados dentro del matrimonio o fuera de él porque la norma no establece una solución jurídica desigual entre unos y otros, sino que simplemente se limita a regular un aspecto relativo al estado civil de las personas en caso de que exista incertidumbre y se haya presentado el fallecimiento del presunto padre o del hijo, de modo que mientras ese punto no se resuelva, no puede predicarse una desigualdad sucesoral, porque de ella únicamente puede hablarse cuando los estados civiles están definidos y no en aquellas situaciones en las que tales derechos son apenas eventuales por estar

condicionados a una decisión que previamente establezca la certeza del estado civil (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 122, 1991).

La Corte Constitucional, en las sentencias C-336 de 1999 y C-009 de 2001, resolvió no pronunciarse de fondo y en su lugar declaró que debía estarse a lo ya decidido por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia atrás reseñada, por haber operado la cosa juzgada constitucional.

Por vía de excepción los abogados casacionistas también hacen intentos de conseguir que la Sala de Casación Civil se abstenga de aplicar el término de caducidad contenido en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Es célebre, por su vehemencia, el registrado en la Sentencia del 26 de agosto de 1993, donde el jurista demandante, planteó la excepción de inconstitucionalidad, sustentándola en la existencia de un conflicto entre el precepto legal y otras normas posteriores e incluso de superior jerarquía, arguyéndose que con la caducidad se arrebató al hijo extramatrimonial el derecho a participar en la sucesión, lo cual califica de regresión a los

“principios inhumanos y excluyentes del artículo 86 de la ley 153 de 1887 que negó al hijo natural toda participación sucesoria cuando concurren con hijos legítimos. Esta odiosa discriminación, calificada injurídica e inmoral, por obra del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 recobra su vigencia cuando se presenta la caducidad mencionada.

El inciso final del artículo 10, mirado hoy con la óptica que recorrieron primero la Ley 29 de 1982 y luego los principios consagrados en los artículos 5, 12, 13, 42 (inciso 5) de la reciente Constitución de 1991, constituye un vergonzoso regreso a un pasado ya superado de injustas limitaciones, de atropello a los derechos hereditarios del hijo extramatrimonial. En ese desafortunado texto de la Ley 75, palpita una tremenda injus-

ticia, una desmesurada e indefensible iniquidad, que no acompasa con los renovadores aires de igualdad, indiscriminación, dignidad humana y orden social justo, predicados desde el Evangelio, reiterados en la Revolución francesa, pregonados en la independencia y ahora enarbolados como estandarte de los constituyentes de 1991” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de agosto, 1993).

Pidió el jurista en aquella oportunidad que desde la jurisprudencia

“se extrañen de nuestro cuerpo legal discriminaciones tan odiosas como la que consagra el inciso mencionado, disposición que en su momento se aplicó sin protesta, pues aún no se había constituido legislativamente la igualdad de derechos sucesorales de todos los hijos, ni se habían consagrado los principios que ahora campean en los artículos 5, 12, 13, 42 (inciso 5º) de la nueva Carta fundamental del país”. Pero hoy “esta injusticia ya no se compadece en frente de los nuevos ordenamientos constitucionales y legales”. De modo que “el inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 resulta ser un cadáver jurídico, una norma que, por derogación tácita, quedó sepultada en el pasado, motivo por el cual, aplicarla como vigente, constituye un palmario quebranto por aplicación indebida, pues él la carece ya de la calidad de norma pertinente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de agosto, 1993).

Sin embargo, la Corte Suprema negó la excepción fundándose en la declaración de exequibidad otorgada en las sentencias del 7 de junio de 1983 y el 3 de octubre de 1991, cuando ese Tribunal fungía como juez constitucional.

En conclusión, la caducidad de los efectos económicos que se derivan de la sentencia de filiación se mantiene automática frente a las demandas instauradas después de completado el bienio impuesto como límite, contado a partir del fallecimiento del padre.

Ahora bien, cuando la demanda es interpuesta dentro de los dos años siguientes al óbito del supuesto progenitor, pero se notifica a los herederos por fuera de ese término, debe señalarse que la jurisprudencia no ha sido unívoca. En los primeros años de vigencia de la Ley la interpretación mantuvo un tono exegético que impedía otorgarle efectos patrimoniales a las sentencias frente a los demandados cuyas notificaciones se produjeron después de vencidos los dos años.

Con el tiempo, esa posición inflexible se fue morigerando para contemplar factores subjetivos como la diligencia puesta por el demandante para hacer efectivas las notificaciones y las maniobras de los demandados para evadir o eludir la notificación, haciendo depender de ello la producción de los efectos patrimoniales. Con ocasión de la reforma que sufrió el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil con la expedición del Decreto 2282 de 1989 que le concedió a la presentación de la demanda la virtud de interrumpir la prescripción y hacer inoperante la caducidad, siempre y cuando el auto admisorio se notificara al demandado dentro del término de 120 días, contados a partir del día siguiente a la notificación al demandante de esa providencia, término que la Ley 794 de 2003 elevó a un año, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró necesario armonizar esa norma con el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, de manera que si la demanda es presentada antes de cumplirse los dos años del fallecimiento del presunto padre y se notifica a los herederos y la cónyuge sobreviviente que sean demandados dentro del año siguiente a su admisión, la sentencia que finiquite el juicio trae consigo la producción de efectos patrimoniales y en caso contrario, esto es que no se cumplan los dos requisitos o alguno de ellos, “corre sin obstáculo y se configura la caducidad, que impide el reconocimiento de los efectos patrimoniales a la filiación que se acceda” (Sala de Casación Civil, 6264, 2002).

Por el momento es esa la posición que sostiene la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil en su papel de unificadora de la jurisprudencia nacional que le impone el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil.

Con todo y lo ya dicho, la aplicación del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 que despoja de efectos patrimoniales a las sentencias pronunciadas en procesos de filiación que no se han ceñido al término de los dos años para la presentación de la demanda, o a los términos de 120 días y, últimamente, un año que en sucesivas reformas el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil ha previsto para notificar a los demandados y hacer inoperante la caducidad, ha sido también objeto de candentes controversias porque jueces y tribunales han privado a los demandantes vencedores, no ya de heredar al padre fallecido, que es la consecuencia directa de no haber demandado en término, sino de la posibilidad de representarlo en las sucesiones donde aquel tenía la condición de heredero, sin detenerse a analizar que en esos últimos casos la reclamación de herencia no se hace a título de heredero del padre premuerto sino como descendiente de aquel, del cual es causahabiente inmediato.

Por esta razón, en el presente trabajo se aborda el estudio de la representación en el derecho sucesoral, que por no emanar de la calidad de heredero que se tenga frente al representado, sino de la condición de descendiente de este, se torna en un derecho autónomo que no supedita su reconocimiento a que la sentencia declarativa de la filiación extramatrimonial lo determine o que se produzca como consecuencia de haberse presentado la demanda y notificado a los demandados en los términos legalmente previstos para cada una de esas actuaciones.

La representación es una figura contemplada en el artículo 1041 del Código Civil como una

de las formas de heredar que le permite a una persona natural suceder a un difunto por haber faltado otra que estaba llamado a recoger la herencia.

Los historiadores del derecho identifican rasgos de este derecho en el antiquísimo Código de Hammurabi (apartes 28 y 29) que concedía al hijo del oficial o soldado que no retornara de la guerra el ocupar el puesto y los intereses de su padre mientras estuviese ausente.

La institución toma la forma propiamente dicha en el derecho romano, como resultado de la concepción que allí se tenía de que quien muere pervive en la humanidad de sus hijos y demás descendientes, la cual permitió reconocerle derechos herenciales a la estirpe de los hijos premuertos, y con el tiempo de sus hermanos, bajo la ficción de suponer que el padre muerto continuaba viviendo en sus hijos y en tal condición estos últimos podían recoger los bienes herenciales que le hubiesen correspondido de estar presente físicamente.

El Código de Justiniano instituyó como “justo” que los nietos y nietas entraran en la sucesión del abuelo en lugar del padre que no podía hacerlo personalmente por haber fallecido. Con el tiempo la disposición extendió sus alcances para que ese derecho también lo obtuvieran los descendientes de los declarados indignos, de los desheredados y de los que repudiaran la asignación sucesoral, para no hacer partícipes a los hijos inocentes de las consecuencias de los actos de sus padres. Se lee en la novela 118 en relación con los descendientes legítimos, que “si alguno de estos ha muerto dejando hijos u otros descendientes de uno y otro sexo, estos sucederán en lugar de sus padres y cualquiera que sea su número recibirá de la herencia del difunto una parte grande como la que hubiera recibido su padre si hubiera vivido” (Escobar, 2008).

En el derecho colombiano el artículo 1043 del Código Civil, en la original redacción de la Ley 57 de 1887, consagraba que había lugar a la representación “en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hermanos legítimos y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales”, pues fuera de esas descendencias “no hay lugar a la representación”. Esa limitación continuó sin modificaciones en vigencia de la Ley 45 de 1936 hasta que la Ley 29 de 1982 puso punto final a la injusta discriminación modificando la norma en el artículo 3° para decir que simplemente hay lugar “a representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos”, eliminando la condición de legitimidad a fin de que la figura opere sin ningún distingo para todos los hijos, ya sean legítimos, extra-matrimoniales o adoptivos. Bajo ese entendido, hoy puede afirmarse que, en virtud de la representación, la herencia que le corresponde a un hijo, o a un hermano del difunto, que no quieran o no puedan sucederle, puede ser recogida por los hijos de estos, quienes vienen a ser los nietos o sobrinos del causante, según el caso, y así sucesiva e indefinidamente a medida que los grados de parentesco se encuentren vacantes. Valga aclarar, sin embargo, que la representación sucesoria opera solo en favor de los descendientes del difunto y de los descendientes del hermano del difunto; y no cobija a ningún otro pariente.

En cuanto a los alcances del artículo 1041 del Código Civil, la norma se ocupa como primera medida en precisar que en la sucesión intestada se sucede, “ya por derecho personal, ya por derecho de representación”, en otras palabras, se puede suceder a una persona en forma directa o en forma indirecta. Lo primero ocurre cuando el heredero esgrime el grado de parentesco que lo une con el difunto para heredar por sí mismo, acogiéndose a los órdenes sucesorales establecidos por el legislador. Lo segundo, cuando el derecho sucesorio se adquiere por intermedio

de otra persona, como acontece con la representación donde la ley supone que una persona ocupa el lugar y, por lo mismo, el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si no pudiesen o no quisiesen suceder.

La jurisprudencia y la doctrina sostienen unívocamente que la representación es una forma de heredar que otorga vocación a un descendiente de un hijo del causante o descendiente de un hermano del causante para situarse en el lugar que dentro del orden sucesoral ocuparía el hijo o hermano del de cujus que no quiso o no pudo sucederle, convirtiéndose de ese modo, por mandato de la ley, en heredero del causante.

Así las cosas, para que opere la representación es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que un hijo o, en su defecto, un hermano del causante no quiera o no pueda sucederle, lo que puede ocurrir por su muerte anterior a la del de cujus, por su indignidad para sucederle, por su desheredación o por haber repudiado la herencia, y a consecuencia de una cualquiera de esas eventualidades, su lugar se encuentre vacante;
2. Que ese hijo o hermano del causante, según el caso, tenga descendientes, entre los cuales los más próximos son los llamados a la representación;
3. Que el representante, es decir, el descendiente del hijo o hermano del causante cumpla los requisitos generales que se exigen para sucederlo, en otras palabras, que exista, que acepte la herencia y que no esté incurso en causal de indignidad;
4. Que en el caso de que el representante no sea hijo del representado sino que se encuentre en otro grado de parentesco, como en el caso del nieto, que los grados de parentesco

intermedio también se encuentren vacantes porque quienes los ocuparen no quisiesen o no pudiesen suceder; 5. Que el representado sea titular de los órdenes primero y tercero, conforme lo dispone el artículo 1043 del Código Civil, modificado por el artículo 3° de la Ley 29 de 1982.

En cuanto corresponde a las situaciones en las que se produce la falta del representado, el artículo 1044 del Código Civil habla de que se puede “representar al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto” (Código Civil).

Si bien es cierto que la norma antes transcrita señala textualmente que se puede representar al “incapaz”, la jurisprudencia y la doctrina han identificado como tal al premuerto, esto es el hijo del causante que ha fallecido antes que este y por el mismo hecho se presenta la incapacidad, que en este caso no puede confundirse con la noción de capacidad para obligarse que tiene una persona y consiste “en poder obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”, tal y como está definida en el segundo inciso del artículo 1502 del Código Civil, pues en este caso, aun los que son considerados incapaces absolutos o relativos para obligarse, no son despojados de la capacidad de goce y se les reconoce su derecho de participar en la asignación de la herencia (Código Civil, art. 1502).

La indignidad del representado consiste en una pena civil que ocasiona en el heredero la pérdida de su derecho de suceder al difunto por haber incurrido en alguna de las cinco causales del artículo 1025 del Código Civil que acarrear la imposición de esa sanción, pues cualquiera de ellas causa agravio al causante, a su cónyuge o a sus parientes, y por eso la ley autoriza que se excluya al representado de la herencia. Sin embargo, como se trata de una conducta personal, con justicia la ley ha previsto que los

descendientes del sancionado no tienen por qué verse perjudicados y lesionados en sus derechos por el mal comportamiento del heredero, permitiéndoles en consecuencia que tomen su lugar, desde el momento en que fallece el de cujus, y reclamen la herencia que le hubiese correspondido al indigno.

El repudio, contemplado en el primer inciso del artículo 1044 del Código Civil, es un acto unilateral del heredero que a motu proprio rechaza la asignación herencial que se le defiere por ministerio de la ley, y por la misma naturaleza personal que tiene ese acto, la ley ha considerado que con su decisión no puede vincular a sus descendientes que de ese modo verían mermadas sus posibilidades económicas. De ahí que estos últimos puedan concurrir a la sucesión ocupando el puesto dejado por el que repudia para reclamar que les sean adjudicados los bienes que a aquel le hubiesen correspondido.

Finalmente, el desheredamiento es una situación que se origina en el testamento, y que si bien es cierto obedece a la voluntad del testador, para que produzca efectos debe ser un acto consecuente a un comportamiento del desheredado que se ajuste a cualquiera de las cinco causales taxativamente señaladas en el artículo 1266 del Código Civil, la cual debe quedar específicamente expresada en el testamento. En este último evento, la penalidad afecta económicamente a los descendientes del desheredado y al igual de lo que acontece con el declarado indigno, no se ve justo que ellos tengan que pagar las consecuencias de hechos en los que nada tuvieron que ver.

A manera de conclusión ha de decirse que sea cualquiera la causa que impida al representado recoger por sí mismo la herencia de su causante, el hijo de este que haya demandado la declaración de paternidad después de ocurrido el fallecimiento y obtenido sentencia favorable,

queda debidamente facultado para ocupar su lugar en la reclamación de las herencias a que tenía derecho su padre premuerto y que no pudo o no quiso recoger, sin mediar la condición de que el fallo produzca efectos patrimoniales, porque, como se ha venido diciendo, el derecho no se deriva de su condición de heredero o sucesor sino de la condición de descendiente, esto es de hijo del padre fallecido, para lo cual el único requisito que se exige es que los grados de parentesco intermedio estén vacantes.

Así lo ha clarificado la Corte Suprema de Justicia al explicar que en la representación sucesoria “el representante no es sucesor del representado, sino tan solo del causante, desde luego que han padecido eclipse todos los grados que se interponían entre este y quien le sucede por representación, el cual se constituye entonces en su causahabiente inmediato. La representación es así un derecho propio del representante, que lo legitima para ocupar el puesto que ha dejado vacío el representado en la sucesión del difunto. De aquí que se pueda representar no solo al premuerto, sino al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. Y más aún: que se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado (art. 1044)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de agosto, 1993).

Y, refiriéndose específicamente a los efectos adversos de las sentencias que declaran la filiación extramatrimonial, pero niegan la producción de los consecuentes efectos patrimoniales, en esta última sentencia que se revisa, señaló categóricamente que estos efectos, “solo pueden redundar en favor o en contra de las personas legitimadas para sostener el pertinente litigio”, quienes, además, deben haber intervenido en el proceso, de modo que su radio de acción no puede extenderse para cobijar a otras personas ajenas al debate procesal y, por esa vía, impedir que cobren eficacia pretensio-

nes de contenido económico que el hijo triunfante en la acción de estado civil quiera hacer valer, con independencia de su condición de heredero del padre premuerto, como ocurre específicamente en el derecho de representación que consagra el artículo 1041 del Código Civil (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de agosto, 1993).

Conclusiones

Las normas del Código Civil del siglo XIX que reglaban asuntos trascendentales en la vida de las personas, como los derechos y obligaciones entre padres e hijos y las cuestiones sucesoriales, son hijas de su tiempo; expedidas al amparo de la Constitución de 1886 que no consagraba en su texto el derecho a la igualdad, y para una sociedad conservadora, católica, anclada en su pasado colonial y que se resistía a la modernidad.

El legislador protege la institución de la familia nuclear en su concepto más tradicional y la impone forzosamente como el único modelo válido al que podían optar los colombianos si pretendían que sus derechos fueran reconocidos por la ley.

En esta cruzada el Código Civil proscribió los vínculos parentales surgidos de uniones carnales que no contaban con la bendición matrimonial. Reconoce unos derechos mínimos sucesoriales a los hijos procreados entre padres solteros, no casados entre sí, en caso de tener el reconocimiento paterno; pero quienes llevan la peor parte son los nacidos de relaciones donde uno o ambos padres tenían vínculos conyugales vigentes con otras personas, condenados desde el vientre materno a llevar una vida de parias por provenir de “dañado y punible ayuntamiento”, sin derecho a exigir nada distinto a los alimentos para sobrevivir y desheredados de su progenitor por ministerio de la ley.

Los legisladores de entonces no repararon que por guardar las apariencias e instituir un ideal de sociedad cometieron terribles injusticias frente a criaturas inocentes, nacidas, en el mejor de los casos, como frutos de amores prohibidos, y, en el peor, como producto de violaciones o abusos sexuales que cometían los varones prevalidos de su condición masculina, su condición social, su condición económica y un régimen de impunidad legal que los amparaba civilmente. En ese tiempo, como ocurre todavía hoy, las mujeres víctimas y sus hijos invariablemente pertenecían a los estratos socioeconómicos más bajos y sobrevivían en la pobreza o miseria: los eternos marginados de siempre.

Las luchas por las reivindicaciones sociales que sacudieron al mundo en las primeras décadas del siglo XX sirvieron de escenario para que el Congreso flexibilizara las rígidas normas de filiación y sucesión en la Ley 45 de 1936 para desterrar del vocabulario jurídico las denominaciones peyorativas, permitiéndole a los hijos extramatrimoniales la libre investigación de la paternidad y otorgándoles la mitad de la herencia que recibía el legítimo.

Sin embargo, en el terreno de la representación la espera se prolongó por cerca de un siglo, hasta cuando la Ley 29 de 1982 abolió la injusta discriminación y reconoció iguales derechos a todos los hijos, sin distingos de origen.

Como la ley nada dijo de los hijos que demandaran la filiación después de muerto el presunto padre, los jueces emplearon la analogía y daban aplicación al último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, para despojarlos de los derechos como descendientes, al mismo tiempo que eran despojados de los derechos herenciales, cuando intentaban la demanda después de dos años del óbito del causante.

Y fue necesario que la jurisprudencia de la Sala

de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia impusiera su criterio como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria para aclarar que son unos los derechos del heredero y otros muy distintos los derechos del descendiente; que mientras los primeros caducan cuando la acción de estado civil no se interpone dentro del término que la ley señala, los otros no están sometidos a esa caducidad porque el derecho de representación pertenece a un instituto diferente y está sometido al cumplimiento de reglas distintas. Empezando porque no se hereda al padre extramatrimonial sino que se le representa, valiéndose de la condición de hijo, para reclamar como representante de este las herencias que no pudo o no quiso reclamar en todos los casos a que haya lugar a heredar, con una única limitación que impone el artículo 3º de la Ley 28 de 1982, que hace operar la figura frente a ascendientes o hermanos de los ascendientes.

El principal argumento esgrimido por la Corte es que la negación de los efectos patrimoniales de la sentencia únicamente aprovecha a quienes fueron parte y actuaron en el proceso de filiación como demandados, sin hacerse extensivos a terceros que allí no tuvieron intervención alguna, de modo que frente a estos últimos no surgen impedimentos para hacer valer reclamaciones patrimoniales.

Sobre este punto es preciso aclarar que no abunda la jurisprudencia sobre el derecho de representación de los descendientes que obtienen la declaración de hijos del representado en procesos promovidos después del vencimiento del término de los dos años previsto en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968. A la dificultad se agrega que el buscador de jurisprudencia de la página web de la Corte Suprema de Justicia solo permite recuperar archivos desde 1995, lo cual limita la obtención de fuentes para el abordaje de esta investigación, siendo necesario el uso de otros sistemas de

pago como <http://app.vlex.com/> que permite ubicar sentencias con una antigüedad mayor.

De este modo, situándose en el terreno meramente económico, el hijo que pretenda adelantar un proceso de filiación extramatrimonial frente a un padre que lleva más de dos años fallecido, con el único interés de conseguir beneficios patrimoniales, debe extender la mirada más allá de su progenitor y posarla en sus ascendientes o hermanos de los ascendientes que le hayan sobrevivido, sea que estén fallecidos o aún se encuentren vivos, examinando en cada caso particular si el presunto padre tuvo vocación hereditaria sobre bienes relictos o existe una expectativa real y cierta de que pueda tenerla en el futuro, bien sea para intervenir en los juicios de sucesión como representante del heredero, o adelantar procesos de petición de herencia cuando ya se encuentren liquidadas.

Referencias

- Abello, J. (2007). Filiación en el derecho de familia. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla - Universidad Sergio Arboleda
- Calderón Rangel, A. (2001). Lecciones de derecho hereditario - sucesión ab-intestato. Bucaramanga: Editorial UNAB.
- Cañón Ramírez, P. A. (1995). Derecho civil, t. II, vol. 1. Familia. Bogotá: Legislación Jurisprudencia Doctrina.
- Código Civil colombiano expedido por el Congreso de 1873 adoptado por la Ley 57 del 15 de abril de 1887. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/6835/>
- Código Civil y Legislación Complementaria (2012). Bogotá: Legis Editores.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-009. M. P.: Fabio Morón Díaz. Recuperada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-009-01.htm>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1940). Sentencia del 26 de abril. Citada por esa Corporación en la Sentencia 7769 del 01 de agosto de 2003. M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno. Recuperado de [https://www.redjurista.com/documents/csj_scc_s-078-2003_\[7769\]_2003.aspx](https://www.redjurista.com/documents/csj_scc_s-078-2003_[7769]_2003.aspx)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1954). Sentencia del 23 de septiembre. Citada por esa Corporación en la Sentencia 7769 del 01 de agosto de 2003. M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno. Recuperado de [https://www.redjurista.com/documents/csj_scc_s-078-2003_\[7769\]_2003.aspx](https://www.redjurista.com/documents/csj_scc_s-078-2003_[7769]_2003.aspx)
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. (1983) Sentencia del 7 de junio. M. P.: Ricardo Medina
- Moyano. Citada en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2013). Sentencia del 20 de agosto. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1993). Sentencia del 26 de agosto. M. P.: Héctor Marín Naranjo. Recuperado de <http://vlex.com/vid/552596050>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2002). Sentencia del 4 de julio. M. P.: Nicolás Bechara Simancas. Recuperado de <http://www.cortesuprema.gov.co>
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. (2002). Sentencia del 4 de julio. Citada en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2013). Sentencia del 20 de agosto. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez. Recuperado de [http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Novidades/Archivo/Civil/2013/S-%2020-08-2013%20\[1100131100022003-00716-01\].pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Novidades/Archivo/Civil/2013/S-%2020-08-2013%20[1100131100022003-00716-01].pdf)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2013). Sentencia del 20 de agosto. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez. Recuperado de [http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Novidades/Archivo/Civil/2013/S-%2020-08-2013%20\[1100131100022003-00716-01\].pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Novidades/Archivo/Civil/2013/S-%2020-08-2013%20[1100131100022003-00716-01].pdf)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2014). Sentencia del 9 de mayo de 2014. M. P.: Ariel Salazar Ramírez. Recuperado de <http://www.cortesuprema.gov.co>
- Escobar Escobar, J. F. (2008). Un error de primer orden: la interpretación del cuarto orden hereditario. Recuperado de <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/312/1139>

Ley 153 (15/09/1887). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15805>

Ley 45 (05/05/1936). Recuperado de <http://legal.legis.com.co/document/index?obra=leg-col&bookmark=bf18d0e2d73ed9c4f40a2fd-86f15581512dnf9>

Ley 75 (30/12/1968). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4828>

Ley 29 (24/02/1982). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4828>

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Sala Primera de Decisión Civil Familia. (2012). Sentencia del 10 de mayo. M. P.: Anasheilla Polanía Gómez. Recuperado de [https://www.redjurista.com/Documents/csj_scc_a-_21-08-2013_\[4155131840022006-00480-01\]_2013.aspx](https://www.redjurista.com/Documents/csj_scc_a-_21-08-2013_[4155131840022006-00480-01]_2013.aspx)

Umaña Luna, E. (1996). La familia: núcleo fundamental de la sociedad. Bogotá: Ediciones Librería La Constitución Ltda.

GUÍA PARA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS “AL DERECHO Y AL REVÉS”

La revista AL DERECHO Y AL REVÉS (ISSN 1692-6404), es una publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de UNISANGIL, cuyo objetivo principal es divulgar y visibilizar resultados de investigaciones, compartir reflexiones, experiencias y generar discusiones a partir de trabajos realizados por investigadores, docentes o profesionales de las áreas afines a los programas de la Facultad, que tienen el propósito de enriquecer el panorama académico, científico y pedagógico, con periodicidad anual y recepción de artículos en español, inglés y portugués.

Tipos de artículo: Se reciben para el proceso de publicación artículos que respondan a las siguientes tipologías:

Artículo de Investigación científica y tecnológica: Documento que presenta de manera detallada, los resultados originales de proyectos de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

Artículo de reflexión: Documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

Artículo de revisión: El propósito de un artículo de revisión, es emplear publicaciones primarias -preferiblemente- (artículos científicos resultado de investigación, reflexión, revisión, reportes de caso, entre otros), con el fin de establecer un punto de vista o posición frente a

un tema en particular. Es de carácter analítico y reflexivo de un variado número de referencias bibliográficas, que determina su contenido, es todo un proceso de indagación ya que el autor debe establecer un gran interrogante a resolver, asimismo, unos objetivos que serán abordados en el desarrollo del texto. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

Para efectuar la revisión de la literatura, es importante caracterizar cada uno de los tipos básicos de publicaciones o fuentes de información que existen, las fuentes primarias, datos e información de primera mano, pueden ser libros, revistas científicas, conferencias, y similares; las secundarias, resúmenes, referencias sobre un tema específico, bases de datos y demás; y las fuentes terciarias, aquellas utilizadas en caso de que no haya información disponible sobre el tema a tratar, pueden ser instituciones, organizaciones, bibliotecas, bases de datos y expertos, que puedan proporcionar algún tipo de información relacionada con el tema que se está desarrollando.

1. Forma de presentación del artículo

1.1. Se recibirán artículos en versión digital (Word), tamaño carta, márgenes uniformes de 2.54 cm, tipo de letra: Times New Roman, tamaño 12, interlineado 1.5 y espacio sencillo para las tablas o figuras. El escrito se presenta según lo indicado en las Normas APA última edición en inglés y en español.

1.2. Los artículos deben contener una extensión entre 4.000 y 9.000 palabras en total.

1.3. Párrafos y sangría: Utilizar sangría en la primera línea de párrafo de 0.5. Excepto: resumen, citas en bloque, títulos y encabezados, títulos y notas de tabla y los pies de figura.

A continuación, se presenta el orden de las páginas del artículo:

- **Portada.** Debe incluir los siguientes elementos, se identifica con el número de página 1.
- **Título:** Letra mayúscula sostenida, se recomienda extensión máxima de 14 palabras, centrado situado en la mitad superior de la página en español y en inglés.
- **Nombre del autor (pie de autor):** Nombre completo. Nombre de pila y apellidos (como se haya identificado en escritos anteriores). Los nombres de los autores deben aparecer según el grado de contribución y centrados entre los márgenes laterales. En nota al pie de página, con llamado en asteriscos consecutivos (**) se escribirán los siguientes datos: Profesión, grados académicos, ciudad, país y el correo electrónico (del autor principal o de quien se encargue de la correspondencia).
- **Filiación institucional:** identifica el lugar en que el autor o los autores efectuaron la investigación. (Cuando un autor no tenga afiliación institucional, anote abajo del nombre la ciudad y la entidad de residencia).
- **Nota al autor:** Ubicado margen izquierdo: Nombres y apellidos autor (es) profesión, nivel de educación, filiación institucional y correo electrónico.
- **Resumen:** Contiene el problema, objetivo, método de estudio, participantes del estudio, en cuanto corresponda, conclusiones de la investigación, requiere estar escrito en un solo párrafo, sin sangría y contener entre 150 y 250 palabras.
- **Palabras claves:** Cuatro (4) a seis (6) palabras las cuales deberán reflejar los principales temas que trata el artículo y aparecen de manera especial en el contenido, para faci-

litar la búsqueda de los lectores en la web. Seguidamente va el Abstract y keywords respectivamente.

- **Cuerpo del escrito:** El cuerpo del artículo deberá tener:

1. Introducción: Es breve y proporciona solo la explicación o información necesaria para facilitar al lector, comprender y seguir el texto del artículo, hace una breve descripción del problema con su ubicación espacio- temporal y antecedentes, expone la importancia del mismo, justificación y objetivos, además, menciona la metodología empleada, (clase de investigación- enfoque,) relaciona la hipótesis con la estrategia de investigación, incluyendo marco teórico relevante y finalmente señala las implicaciones tanto teóricas como prácticas, e impactos del estudio.

2. Metodología: Principalmente debe describir el tipo de investigación, diseño, definiciones conceptuales y operacionales de las variables / hipótesis (según sea el caso). A su vez, debe señalar las normas éticas que han seguido los investigadores. En caso de tener estudio de campo, debe señalar la población, tipo de muestreo, instrumentos y método de recolección de los datos, tipo de análisis o enfoque epistemológico empleado.

3. Resultados: Si se desarrolló un estudio de campo se muestran los resultados y el análisis de los mismos, apoyado en tablas y figuras, mencionando los datos más relevantes para presentar aspectos que requieren explicación para su interpretación y evitar la repetición de los datos con las mismas palabras que aparecen en los gráficos.

4. Análisis o discusión: Es el producto de la comparación integral y holística entre los resultados de la investigación que involucran el trabajo de campo, los referentes teóricos recolectados como base del estudio, aspectos

relevantes y relacionados de otras investigaciones, posturas de teóricos y doctrinantes u otras investigaciones y demás apreciaciones de especialistas.

5. Conclusiones: Se deben presentar las conclusiones a las que se llegó con los resultados de todo el ejercicio e involucrar juicios críticos con mínimo sesgo del autor que se desprenden de los resultados y su discusión o análisis.

6. Recomendaciones: Este aspecto es opcional y depende de los propósitos de la investigación en cuanto sea de especial relevancia para el autor.

7. Referencias: Hace alusión a las fuentes y autorías citadas en el escrito y de acuerdo a la normativa empleada.

Requerimiento para el autor:

- **Las Abreviaturas:** Antes de hacer uso de la abreviatura por primera vez se ha indicado el nombre completo al que corresponde y entre paréntesis su significado. Ejemplo: Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

- Si el artículo contiene gráficos o fotografías, estos deberán adjuntarse en archivos independientes. Las fotografías, en formato JPG y los gráficos en Excel o en Power Point. Los archivos deberán denominarse indicando si es fotografía, gráfico, mapa, etc.; y asignando un número consecutivo (Foto 1, Gráfico 2, etc.).

- En todos los casos los escritos deben ser originales, sólo pueden haber sido publicados hasta en un 25% de su contenido en otras publicaciones para que sean considerados originales. Naturalmente se debe explicar cuando así sea.

2. Contacto y envío o presentación de artículos:

El escrito debe estar en Word en un archivo o utilizar los formatos para artículos mencionados antes para facilitar el proceso, ya que estos contienen todas las características y requisitos expuestos en esta guía. Asimismo, es necesario diligenciar debidamente la carta de presentación, originalidad y cesión de derechos de autor, la cual será facilitada por la coordinación de la revista, que a su vez exigirá recibido del documento en formato PDF escaneado, vía correo electrónico a: alderechoyalreves@unisangil.edu.co

AL DERECHO Y AL REVÉS acusará recibo de los artículos en un plazo no mayor a ocho días hábiles, teniendo en cuenta que en ningún caso devolverá originales.

Trámite de artículos recepcionados:

Los artículos recibidos pasarán por un proceso editorial que consta de: (a) valoración técnica, (b) aprobación del Comité Editorial y Científico y valoración disciplinar (cuya rescisión se notificará al autor), (c) edición, corrección lingüística y (d) diseño e impresión final.

Correspondencia:

Fundación Universitaria de San Gil-UNISANGIL-

Coordinación de la revista
AL DERECHO Y AL REVÉS

Dirección: Km 2, vía San Gil - Charalá, San Gil, Santander (Colombia)

PBX: (0*7) 724 57 57 Ext.: 222

e-mail: alderechoyalreves@unisangil.edu.co, o

Visite: www.unisangil.edu.co

INCIDENCIA DE LOS FALLOS INTERNACIONALES EN COLOMBIA

Impact of international decisions in Colombia

Gustavo Adolfo Carreño Corredor*

María Rocío Muñoz Velandia**

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

Resumen

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conocido casos de violación de los derechos humanos en Colombia, sobre los que se ha pronunciado mediante sentencias que hacen responsable al Estado colombiano. Se pretende analizar la incidencia de estos fallos que se derivan del incumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en orden a determinar la violación de estos derechos protegidos dentro de los casos contentiosos en estudio. En relación con los temas concretos, está la violación de los derechos y el análisis de lo manifestado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos humanos, competencia, sentencias.

Abstract

The Inter-American Court of Human Rights has known violation cases of human rights in Colombia, this court has pronounced about them through sentences that makes the Colombian

government responsible. It aims to analyze the impact of these judgments arising from the failure of the American Convention on Human Rights, in order to determine the violation of these protected rights within contentious cases under study. In relation to the specific topics, there is the violation of rights and the analysis about the statements expressed in the case-law of the Inter-American Court of Human Rights.

Key words: American System of Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, human rights, competition, sentences.



* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

Introducción

Los acontecimientos violentos ocurridos en Colombia frente a la vulneración de los derechos humanos, dan lugar a que se demande al Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), quien resulta ser la competente para que se aplique lo establecido en la Convención Americana sobre derechos humanos (en adelante la CADH)¹, la cual tiene como propósito comprometer a los países que la han suscrito, al respeto de los derechos esenciales del hombre, la libertad personal y la justicia social.

Colombia, Estado parte de la CADH, tiene el deber de cumplir con las obligaciones establecidas en este tratado.

En tal sentido conviene señalar, que el Estado colombiano, de conformidad con el mandato constitucional, está en la obligación de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y, a través de sus autoridades públicas, asegurar la vida, la integridad y la libertad de todas las personas residentes en el territorio (Constitución Política de Colombia, art. 2, 1991), y de adoptar medidas para fomentar y proteger los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas, conforme al bloque de constitucionalidad (Constitución Política de Colombia, art. 93, 1991). El Estado está en el deber de evitar las violaciones de los derechos humanos, combatir la impunidad y castigar a los responsables. La impunidad del Estado frente a las violaciones cometidas por grupos armados con aprobación de la fuerza pública, ha llevado a que las víctimas acudan a la Corte IDH que

es uno de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.

Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, integrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH, otorgan protección internacional a los derechos humanos en los países en que se ha reconocido la competencia contenciosa de este organismo internacional, de las denuncias interpuestas por las víctimas de la violación de los derechos consagrados en la CADH. La Corte IDH tiene la tarea de interpretar y aplicar la CADH en los casos contenciosos; jurisdicción de naturaleza subsidiaria que conoce de los asuntos sometidos a su consideración por la CADH.

Las denuncias presentadas ante la CADH son enviadas ante la CIDH como órgano jurisdiccional, quien determinará si hay violación de los derechos por parte del Estado.

Colombia ha sido investigada por la Corte IDH, como consecuencia de las ejecuciones extrajudiciales, torturas, detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, daños contra las viviendas, hurtos de los bienes de los habitantes de las poblaciones y personas atacadas por las acciones de grupos al margen de la ley con la complacencia de los agentes del Estado.

La Corte IDH resuelve, con fundamento en las pruebas documentales, testimoniales y periciales del caso, así como en los alegatos de las partes, la violación de los derechos protegidos por la CADH; siendo las partes en dichos procesos, el Estado responsable y las víctimas.

¹La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamado Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrito en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Colombia hace parte, mediante Ley aprobatoria No. 16 de 1976. Entró en vigor el 18 de febrero de 1978. Se da la aceptación de la jurisdicción obligatoriedad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 25 de junio de 1985 presentó un instrumento de aceptación por el cual reconoce la competencia por tiempo indefinido de estos dos órganos.

Colombia ha comparecido ante la Corte IDH como demandada, siendo condenada por la violación de los derechos humanos, causados por el accionar de grupos paramilitares con aprobación de los agentes del Estado.

La Corte IDH ha establecido la responsabilidad internacional y ha declarado que Colombia ha violado algunos artículos de la CADH y que tiene la obligación de respetar los derechos consagrados en dicho tratado, en los casos que le fueron presentados.

En el planteamiento del problema, se establece si la Corte IDH, dentro de su competencia contenciosa, es un mecanismo de protección para Colombia de los derechos humanos que se encuentran consagrados en la CADH, así como la incidencia de sus fallos a nivel interno.

Para ilustrar este problema, se explicará la normatividad que tiene la CADH y la Corte IDH, las cuales consagran los procedimientos que siguen para proteger los derechos humanos de los Estados que hacen parte.

¿Por qué el interés en esta temática? La razón es que el afianzamiento de los mecanismos de defensa de los diferentes sistemas internacionales, específicamente la Corte IDH, para la protección de los derechos humanos han permitido que las personas que han sido víctimas de violaciones a los derechos humanos en Colombia, concurren a este alto tribunal en procura de justicia, conociendo el procedimiento que se sigue para que se dé trámite a sus denuncias. Denuncias que finalmente en los casos que se presentan, terminaron con sanciones tanto materiales como inmateriales, y que le han dado responsabilidad internacional a Colombia.

La Corte IDH en sus sentencias, recoge los hechos violentos y el accionar de los grupos armados, describiendo los acontecimientos de este fenómeno de violencia. Se hace una recapitulación de las sentencias de cinco años², con los acontecimientos violentos ocurridos en Colombia y la flagrante vulneración de los derechos a la vida, a la integridad personal, a las libertades, a la protección judicial y al debido proceso por parte del Estado colombiano, actos que dejaron ver las formas de violencia, sobre los cuales se pronunció la Corte IDH, declarando responsable al Estado colombiano por no observar las garantías y protección judicial expuestas en los arts. 8 y 25 de la CADH, así como no castigar a los responsables de tan macabros hechos, masacres perpetradas que dejaron un gran número de víctimas, destrucción y terror para los sobrevivientes.

Metodología

Este artículo presenta un enfoque descriptivo, pues pretende dar una síntesis de la importancia que tiene el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, integrado por la CADH y la Corte IDH, y el alcance que han logrado los fallos que ha emitido este Alto Tribunal, en cuanto a la eficacia de las sentencias emitidas contra el Estado de Colombia, en especial las relacionadas con los derechos fundamentales de la vida, la libertad y la integridad personal; atribuyéndose esta responsabilidad al Estado colombiano, por perpetración de grupos paramilitares con aquiescencia de los agentes del Estado.

Las violaciones a los derechos humanos se enmarcan dentro de modelos sistemáticos de ejecuciones y desapariciones forzadas realizadas en una gran parte de nuestro territorio nacional.

²Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de los años 2006-2010: masacres de Mapirípan, Pueblo Bello, Ituango, La Rochela, casos de Gutiérrez Soler, Escué Zapata, Valle Jaramillo, Cepeda Vargas.

Los datos son tomados de las fuentes que tienen la CADH y la Corte IDH, al igual que algunos estudiosos de este tema.

Para concluir, se va a profundizar en el estudio de las sentencias proferidas por la Corte IDH en contra de Colombia, para comprender el sentido de estos fallos con respecto a las sanciones que ordenaron cumplir, y así resarcir el daño causado a las víctimas por grupos al margen de la ley, con aquiescencia de agentes del Estado.

Generalidades sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene como finalidad la promoción y protección de los derechos humanos y cuenta para ello con organismos como la CADH y la Corte IDH.

La CADH fue creada inicialmente como mecanismo para la protección de los derechos humanos en 1959 y después, en 1965, se le dio la función de recibir peticiones individuales relacionadas con las violaciones a los derechos humanos, que se encuentran consagrados en la Declaración Interamericana de los derechos y deberes del hombre (en adelante Declaración Americana), que fuera aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, en 1948.

La CADH o Pacto de San José de Costa Rica, es una ley especial del derecho internacional dentro del Sistema Interamericano. Fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. En ella, se encuentran los derechos que los Estados parte han convenido respetar y garantizar. La CADH precisa su estructura, funciones y procedimiento y, además, crea la Corte IDH.

Sus facultades, estatutos, reglamento y la Carta de la Organización de Estados Americanos, OEA, son otorgadas por la misma CADH. Dentro de sus funciones, que están consagradas en el art. 46 de la CADH y los arts. 27 y 28 del Reglamento de la CADH, está el analizar e investigar las peticiones donde se alegue la presunta violación de derechos humanos.

Previamente, se deben agotar los recursos internos que tiene el Estado, para poder acudir a la CADH; no obstante, el artículo 46 de la CADH establece excepciones al agotamiento de los recursos internos. Así reza el artículo:

“(i) Que no exista en la legislación interna del Estado de que se trata, el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega que han sido violados. (ii) Que no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna; o (iii) Que haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos. (iv) Cuando el peticionario alegue la imposibilidad de comprobar el cumplimiento del requisito señalado, corresponderá al Estado en cuestión demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente”.

La primera instancia para recibir las peticiones es la CADH, la cual, tiene competencia para adelantar los casos que le son presentados por la violación de uno o más derechos que se encuentren consagrados en la citada convención o en la declaración, según sea el caso y así, determinar la responsabilidad internacional.

Las peticiones pueden ser presentadas por cualquier persona u Organización no gubernamental (ONG), actuando en nombre propio o de una tercera persona y deben ser presentadas dentro de los seis meses de haberse agotado los recursos internos.

La CADH facilita el acercamiento entre las partes, el peticionario y el Estado, para tratar de llegar a una solución amistosa. Si la solución amistosa fracasa y la CADH tiene suficiente información, decide si hubo violación de los derechos humanos. Si la Corte IDH decide que hubo una violación de los derechos consagrados en la CADH, coloca medidas tendientes a garantizar los derechos de las personas afectadas si ello fuere procedente, junto con la reparación e indemnización de todos los daños que se causaron.

Para decidir un caso, la Corte IDH determina sus competencias: *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* y *ratione loci*. Estos presupuestos procesales se estudian junto con la competencia en razón de la persona: legitimación *ad processum* y la razón en el tiempo: ausencia de prescripción de la acción.

La competencia en razón de la persona o legitimación *ad processum*, consiste en la oportunidad que tienen las personas de presentarse por sí mismas o por terceras personas ante la Corte IDH, así lo indican los artículos 44 y 45 de la CADH.

La competencia *ratione materiae* está establecida por la CADH, en su art. 63, es decir, que todos los derechos que tutela la CADH son protegidos por la Corte IDH.

Son partes ante la Corte IDH, la víctima y el Estado. También es parte la CADH. Así lo regula el Reglamento de la Corte IDH.

La competencia *ratione loci* está determinada dentro del espacio donde puede actuar la Corte IDH. La Corte IDH no tiene superior jerárquico, y solo ella fija su competencia en el procedimiento adelantado.

Existen instrumentos como la Declaración de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre derechos humanos; los cuales son importantes como elementos normativos, para vigilar por el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados partes, del cual hace parte Colombia. Es así, que a la Corte IDH se le ha encomendado esta labor.

La Corte IDH en sus sentencias en contra de Colombia, por haber ratificado la CADH, ha sido declarada responsable.

Incidencia de los fallos internacionales en Colombia

En primera instancia, se exponen los artículos que están consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos y que fueron declarados por la Corte IDH como violados, los hechos y finalmente las medidas que han sido impuestas para que sean cumplidas por Colombia.

Violación de los derechos por parte de los grupos paramilitares con aquiescencia de los agentes del Estado

Derecho a la vida³: La violación del derecho a la vida imputable presuntamente a los grupos paramilitares con aquiescencia de los agentes del Estado, está dado mediante las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de los habitantes de las poblaciones a donde llegaron para ejecutar las masacres –de Mapiripán, Pueblo Bello, Ituango– o las ejecuciones individuales de los indígenas Escué Zapata y Valle Jaramillo.

³Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4.1 “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Derecho a la libertad ⁴: Se refiere a los secuestros y privación de la libertad de manera arbitraria a las víctimas.

Derecho a la integridad personal ⁵: Se refiere a quienes fueron víctimas de torturas y posteriormente fueron asesinadas de forma cruel y salvaje.

Fallos de la Corte IDH en relación con Colombia - Casos contenciosos

En relación con Colombia, la Corte IDH ha emitido sentencias por violaciones a los derechos humanos consagrados en la CADH. Entre los fallos se encuentran:

En el 2006, la Corte IDH emitió la sentencia en el caso de la Masacre de Mapiripán, ocurrida en 1997 donde 49 personas fueron asesinadas por parte de grupos paramilitares, quienes actuaron con aquiescencia de agentes del Estado. Estos agentes transportaron a varios grupos hasta el municipio. En la zona, se encontraba una brigada del ejército y una de la marina, las cuales tuvieron total inactividad; es más, se organizó una movilización de tropas del ejército para que no obstaculizaran la masacre. Por vía terrestre y fluvial fue rodeado el municipio, impidiendo la movilización de sus habitantes durante cinco días. En el transcurso de estos días torturaron, secuestraron, desvisceraron, desmembraron y degollaron a las víctimas; entre ellos menores de edad, arrojando sus restos al río Guaviare. Estos hechos llevaron al desplazamiento forzado de muchas familias.

En el 2005 la Corte IDH emitió la sentencia en el caso Gutiérrez Soler, el cual versó sobre la detención ilegal del señor Wilson Gutiérrez Soler, quien fue torturado y maltratado por miembros de la policía. Dentro de las medidas que ordenó la Corte IDH, fue identificar, juzgar y sancionar a los responsables de estos hechos, así como brindar tratamiento psicológico y médico a la víctima y sus familiares.

En el caso de la Masacre de Pueblo Bello, la Corte IDH, en el 2006, emitió sentencia por los hechos ocurridos en enero de 1990, donde aproximadamente unos 60 hombres pertenecientes a grupos paramilitares irrumpieron en la población de Pueblo Bello, saqueando algunas viviendas y golpeando a sus habitantes. Después, con lista en mano, sacaron a los hombres a la plaza y secuestraron a 43 de ellos. Las víctimas fueron trasladadas en camiones, que nunca fueron detenidos por los retenes militares que había en la zona, llegando a una finca donde fueron torturados hasta morir.

Así mismo, en 2006, fue emitida la sentencia en el Caso de las Masacres de Ituango. La Corte IDH estableció que el 10 de junio de 1996, el ejército retiró la mayoría de unidades que operaban en la zona y las desplazó a veredas alejadas del corregimiento La Granja. Al día siguiente, un grupo de paramilitares llegó al corregimiento y perpetraron ejecuciones selectivas. Poco después, entre el 22 de octubre y el 12 de noviembre de 1997, tuvo lugar una nueva incursión paramilitar, ahora, en el corregimiento del Aro, donde asesinaron a casi veinte personas, e incendiaron la mayor parte

⁴Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.1 “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”. 7.2 “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

⁵Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5.1 “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 5.2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

del casco urbano. En ninguno de los dos casos, los miembros de la Fuerza Pública adoptaron medidas para detenerlos.

Posteriormente, en 2007, fue emitida la sentencia en el caso de la Masacre de la Rochela. Dicho caso se relaciona con la ejecución, en 1989, de 12 miembros de una comisión judicial que estaba investigando crímenes cometidos por el paramilitarismo. En dicha masacre, participaron agentes estatales pertenecientes a las fuerzas armadas.

En el mismo año, 2007, la Corte IDH emitió la sentencia en el caso Escué Zapata, relacionada con la detención ilegal, maltrato y posterior ejecución del indígena nasa Germán Escué Zapata, en 1988, por parte de miembros de las fuerzas militares.

En el 2008, la Corte IDH, emitió su sentencia en el Caso Valle Jaramillo, relacionado con el asesinato, ocurrido el 27 de febrero de 1998, de Jesús María Valle Jaramillo, abogado defensor de derechos humanos.

En 2010, la Corte IDH, emitió su sentencia en el Caso Cepeda Vargas, relacionado con el asesinato, ocurrido el 9 de agosto de 1994, de Manuel Cepeda Vargas, senador por la Unión Patriótica, por miembros del Ejército Nacional.

Efectividad de las sentencias de la Corte IDH

Determina la Corte IDH que es competente⁶ para conocer de los casos en estudio, por cuanto Colombia es un Estado parte de la Con-

vención Americana y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH⁷.

Por tal razón, la Corte IDH sostiene en sus sentencias, que el Estado de Colombia es responsable por la infracción de múltiples derechos y garantías consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Entre otros derechos invocados por los recurrentes, que fueron violados por Colombia, se encuentran los derechos a la vida (art. 4 CADH), que establece que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*, la integridad personal (art. 5 CADH), que dispone que:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

“2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”; a la libertad personal (art. 7 CADH), que entre otras garantías establece que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, añadiendo más adelante que “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser

⁶ Art. 62.3 de la CADH: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia...”

⁷ Colombia, reconoció la competencia contenciosa de la Corte, el 21 de junio de 1985.

puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”; al respeto a diversas garantías judiciales (art. 8 CADH), entre las cuales se pueden citar: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”. Y además, la que establece que “La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”, y derecho a la indemnización por error judicial (art. 10 CADH), que dispone que: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada por sentencia firme por error judicial, y la protección judicial debida (art. 25 CADH), “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso...”.

Un acápite importante, sobre los derechos, es el de los niños y las niñas, víctimas de la violencia. La Corte IDH señala que deben reforzarse los mecanismos de defensa y protección de los derechos del niño (art. 19 CADH), “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. La especial gravedad que reviste el atribuirse a Colombia, el haber tolerado en el territorio la violencia contra los niños y niñas, dentro del conflicto armado interno, son ellos los que padecen sus excesos en forma desmesurada (Caso Masacre de Mapiripán vs Colombia).

Como consecuencia de la desprotección a que Colombia ha sometido a los niños y niñas, antes, durante y después de las masacres (Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, párr. 156 y ss.) (Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 239-248), la Corte IDH concluye que el Estado colombiano violó el art. 19 de la Convención Americana.

La Corte IDH entiende que Colombia está obligada a respetar y garantizar los derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción, En Colombia, la inobservancia de sus obligaciones, de respetar y garantizar los derechos humanos, la falta de identificación de los responsables de los secuestros, de las torturas, de las ejecuciones extrajudiciales de las víctimas, así como la falta de sanciones y la consiguiente reparación de las víctimas y familiares, ha conducido a una situación de impunidad.

Para Colombia, en los casos de las masacres y la muerte del líder indígena, todos fueron personas sospechosas. Estas personas fueron masacradas, torturadas, los sindicaron como integrantes de la guerrilla (Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia), sus secuestros y desapariciones fueron planificados por grupos paramilitares, en complicidad con agentes del Estado y por los propios agentes.

Dentro de la Jurisprudencia de la Corte IDH, se encuentra que las víctimas han sido consideradas como peligrosas para la estabilidad del Estado. La planificación, y organización de los hechos ilícitos, ha correspondido conjuntamente a los paramilitares y agentes del Estado para el cumplimiento del propósito siniestro.

De acuerdo con las pruebas analizadas y valoradas, la Corte IDH encontró que los paramilitares han actuado en complicidad con agentes del Estado. Los miembros, agentes del Estado y grupos paramilitares, al considerar a las personas como integrantes o colaboradores de la guerrilla, ingresaron de manera violenta a las residencias, los secuestraron, torturaron y los desaparecieron.

Las víctimas de estos atroces delitos, han sufrido el menoscabo en sus derechos y libertades y, en su afán de búsqueda de justicia al no recibir el apoyo de Colombia, acuden a la Corte IDH. El Reglamento de la Corte IDH, dio participación activa a las víctimas, sus familiares o sus representantes legales.

La Corte IDH, reconoció que se violó la integridad personal que consagra el artículo 5.1 de la CADH en perjuicio de los familiares, por las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones, por las obstrucciones, durante y después de los hechos por parte de las autoridades, y por todas las consecuencias negativas psicológicas, sociales y económicas que afecta la vida de los familiares.

El artículo 63.1 de la CADH establece que: *“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidas en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.*

Se colige que toda violación de una obligación de la CADH, comporta el deber de reparar el daño causado, toda vez, que al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad del Estado, y que se reparen las consecuencias de la medida que ha vulnerado esos derechos.

La Corte IDH, a través de eficaces acciones, ordena concretamente a Colombia, medidas de reparación, en las sentencias que se sistematizan así:

La obligación de Colombia de investigar los hechos, identificar, juzgar y sancionar a los responsables. El Estado colombiano deberá adoptar medidas para que *“las violaciones a los derechos humanos sean efectivamente investigadas con el fin de evitar la repetición de hechos como la masacre de Pueblo Bello...”*, entre otras.

La Corte IDH, ordenó al Estado colombiano *“buscar e identificar a las víctimas desaparecidas, entregar los restos mortales a los familiares y cubrir los gastos de entierro”*, para darles una adecuada sepultura

La Corte IDH ordena la disculpa pública por parte del Estado colombiano, y el reconocimiento de su responsabilidad internacionalmente.

El alto Tribunal, pide una difusión pública de la condena, para contribuir a la no repetición de los hechos, con publicación de apartes de la sentencia, en el Diario Oficial y en un diario de amplia divulgación nacional de Colombia.

La eficacia reparadora de la *“publicación de la sentencia sirve, pues, a un doble designio: individual y social, arraigado en el caso concreto. En diversas oportunidades la Corte ha declarado que la sentencia declarativa y condenatoria atiende, por sí misma, a la reparación del agravio. La eficacia reparadora de aquella se amplía cuando llega al*

conocimiento general a través de una publicidad razonable, cuyas características dispone el mismo Tribunal. Opera, de esta suerte, una especie de reivindicación del victimado ante la sociedad que en algún momento pudo suponer legítima la actuación de la autoridad. En otros términos, las “aguas vuelven a su cauce”, se acredita la verdad en el caso, se “da a cada quien lo suyo” bajo la mirada del pueblo. Y esto es muy importante” (Gutiérrez Soler vs. Colombia, párr. 24).

La Corte IDH ha ordenado a Colombia tratamientos psicológicos a las víctimas y a sus familiares, para reducir los padecimientos físicos y psicológicos.

La Corte IDH ordena a Colombia, el diseño e implementación de programas sociales y la construcción de planes de vivienda.

La Corte IDH recabó a Colombia, sobre los deberes estatales de prevención, juzgamiento y reparación, y el deber estatal de “iniciar ex officio, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa” (Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, párr. 223), y que se “establezcan plenamente las responsabilidades por las violaciones” (Caso de la Rochela vs. Colombia, párr. 194). No obstante, para que Colombia cumpla dicho fin, la Corte IDH precisó que debe observar el debido proceso, y garantizar, “entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia” (Caso de la Rochela vs. Colombia, párr. 193).

Para esclarecer la verdad, la Corte IDH, reitera que la investigación debe ser asumida por el Estado colombiano, “como un deber jurídico propio, y no como una simple gestión de los particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación

privada de elementos probatorios” (Caso de la Rochela vs. Colombia, párr. 195).

Conclusiones

Dentro del Sistema Interamericano, existen dos instituciones, las cuales son la CADH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismos encargados de la protección de los derechos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica.

En la presente investigación, se observó que Colombia ratificó en 1995, la precitada norma, comprometiéndose a cumplir con las obligaciones impuestas por este Tratado Internacional; pero, se puede dilucidar la falta de compromiso por parte de Colombia, en investigar las violaciones a los derechos humanos, como las torturas, desapariciones forzadas y masacres, demostrando la impotencia para castigar a los responsables de estos delitos, para hacer cumplir las leyes internas y, de igual forma, los tratados internacionales.

Desde el 2006 hasta el 2010, la Corte Interamericana ha fallado y esclarecido hechos que, en el Estado colombiano, habían quedado en la impunidad, o se habían dejado en el olvido; imponiendo sanciones irrisorias a tan graves supuestos fácticos, que conllevaron a que el Alto Tribunal declarara responsable internacionalmente al país.

En los 8 casos que la Corte Interamericana, falló en los últimos cinco años, es decir, desde el 2006 hasta el 2010, el Tribunal encontró que Colombia no investiga, ni cumple con su legislación interna. Esto se evidencia cuando la Corte IDH ordena en sus reparaciones a Colombia, conducir eficientemente las investigaciones para hallar a los responsables de los actos ilícitos.

En materia de derechos humanos, la legislación colombiana, debe ser más severa y sancionar verdaderamente el accionar de los grupos ilegales. También debe castigar ejemplarmente, conforme a nuestras leyes internas y la legislación internacional, los nexos de los agentes del Estado con los grupos paramilitares.

Para que las instancias internacionales no tengan que dictar sentencias condenatorias en contra de Colombia, se necesita un verdadero compromiso y voluntad de nuestro país hacia el respeto de los derechos humanos, por parte de sus agentes, y que cese esta ola de violencia que inunda de sangre y luto a miles de compatriotas, quienes lloran esta guerra fratricida.

Es así que la Corte IDH ha cumplido con el propósito de la CADH, el cual es la protección de la persona, para que no le sean violados sus derechos humanos. Ha dictado sus sentencias con el imperativo de hacer cumplir sus sanciones aplicables al Estado colombiano con condenas costosas, que deben ser pagadas a las víctimas de estos atropellos.

La Corte IDH contribuye mediante sus sentencias al fortalecimiento de la democracia y a luchar contra la impunidad, dirigiendo sus esfuerzos para que Colombia logre la justicia social y el imperio de la ley, mediante la aplicación de esta.

Es conveniente que Colombia como Estado parte, adopte medidas tendientes a evitar que se sigan violando los derechos humanos, que en el marco de sus leyes internas se respete el debido proceso y se den las sanciones apropiadas, tanto penales como disciplinarias, a los autores de tan atroces delitos.

En este orden de ideas, Colombia debe indemnizar a las víctimas en virtud de lo dispuesto en los fallos emitidos por la Corte IDH, para así fomentar cada día el respeto a la vida, a la libertad y a la paz.

Referencias

Álvarez Gálvez, Í. Una fundamentación utilitarista de los derechos humanos: J. S. Mill.

Beuchot, M. (1999). *Derechos humanos. Historia y filosofía*. México D.F.: Distribuciones Fontamara.

Bobbio, N. (1966). Firenze: La Nuova Italia. Paris: Institut International de Philosophie.

Corte IDH. (2005). Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, 15 de septiembre.

Corte IDH. (2007). Caso de la Rochela vs. Colombia, Sentencia del 11 de mayo.

Corte IDH. (2006). Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio.

Corte IDH (2008). Caso Valle Jaramillo vs. Colombia, Sentencia del 27 de noviembre.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Corte IDH. (s.f.). *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*, párr. 24.

Página web de la OEA - HYPERLINK "<http://www.oas.org/es/>"

Página web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - HYPERLINK <http://www.cidh.org/default.htm>"

Página Web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - HYPERLINK <http://www.corteidh.or.cr/>"

Pérez Luño, A. E. (1986). *Los derechos fundamentales (serie Temas clave de la Constitución Española ed.)*. Madrid: Tecnos Recasens Siches. Boaventura de Sousa Santos (1987). *Law: A map of Misreading. Toward a Postmodern Con-*

ception of Law, Journal of Law and Society, 14. Bourdieu, P. & Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

Hochleitner J. La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras. Recuperado el 14 de julio de 2011, en <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf>

Mejía Quintana, O. (2001). *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Cepeda, I.: Restrepo, J. C.; Bejarano, R.; Cornell, D.; Valencia, L.; Molano, A.; Orozco, C.; Vladdo y Morris, H. (2010). *Las perlas uribistas*, Bogotá: Editorial Debate.

Teubner, G. (1997). *The two faces of janus: Rethinking legal pluralism en: Tuori, Bankowski & Uusitalo (ed.), Law and power: Critical and Socio-legal Essays. Legal Semiotics Monographs*, Liverpool, Uk.: Deborah Charles Publications [Traducción de Germán Rodríguez Agudelo].

Teubner, G. (2005). *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Teubner, G.; Sassen, S. y Krasner, S. (2010). *Estado, derecho y globalización*, Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.

IRREGULARIDADES EN EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS, EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN DE NIÑOS(AS) Y ADOLESCENTES COLOMBIANOS

Irregularities in the reestablishment of rights, in the process of adoption
of boys(ace) and Colombian teenagers

***Ricardo Castillo Pineda**

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

Resumen

Este artículo presenta los resultados obtenidos del estudio realizado a 16 acciones de tutela, en las que se revisaron presuntas vulneraciones a derechos fundamentales, mediante la aplicación inadecuada del proceso de adopción, tomando las medidas de protección contempladas en el capítulo II de la Ley 1098 de 2006. El estudio está enfocado en los procesos administrativos que se adelantan para decretar en adoptabilidad a niñas, niños y adolescentes que se encuentren en condición de vulnerabilidad, así como la revisión de los trámites y procedimientos que dentro de los mismos, se ejecutan; los cuales, deben estar revestidos de los principios de legalidad e interés superior.

El trámite de adopción de niños y niñas que cuentan con una familia nuclear o extensa, requiere una mayor verificación por parte de la autoridad administrativa, en la escogencia de la medida de restablecimiento de derechos. Esta debe aplicarse teniendo en cuenta que la adopción en estos casos debe ser considerada como medida de último recurso y la cual requiere del agotamiento efectivo de otras opciones que solucionen las problemáticas que han colocado en situación de vulneración, al menor dentro de su grupo familiar.

El propósito de este trabajo no es otro que el de dar a conocer a la comunidad en general, la existencia y las dinámicas de los procesos administrativos en este campo, en aras de prevenir y evitar falencias administrativas. Motivo por el cual, se abordó un estudio de la legislación, doctrina y jurisprudencia que versan sobre la materia.

Palabras clave: restablecimiento de derechos, trámite, adopción, autoridades competentes

Abstract

This article presents the results obtained from the study carried out on 16 trusteeship actions, in which suspected violations of fundamental rights were reviewed, through the inadequate application of the adoption process, taking into account the protection measures referred in chapter II of Law 1098 of 2006. The study is focused on the administrative processes that are being carry out to decree the Adoption to children and youngers that are in a condition of vulnerability, as well as the review of the processes and procedures that are carried out within them; which must be covered by the principles of legality and best interest.

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

The procedure of Children's adoption with a nuclear or extended family requires a further verification by the administrative authority, in terms of selection measure to restoration rights. This should be applied taking into account that the adoption, in those cases, should be considered as a measure of last option, and which requires the effective depletion of other options that solve the problems that have placed the children in violation inside their family group.

The purpose of this article is to make known to the community, the existence and dynamics of administrative processes in this field, in order to prevent and avoid administrative failures. Based on these reasons, a study of the legislation, doctrine and jurisprudence that deal with the subject was approached.

Key words: Restoration of Rights, procedure, adoption, competent authorities.



Introducción

La figura de la adopción, desde el concepto consagrado en el art. 61 de la Ley 1098 de 2006, se considera como una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza; figura legal que fue adoptada por el Estado colombiano en 1850. Así como las demás medidas de restablecimiento de derechos requiere del agotamiento y cumplimiento de una serie de pasos y exigencias; que conforman el proceso administrativo establecido por el legislador, con miras a garantizar que estos estén revestidos de las formalidades y la legalidad; el presente escrito aborda dichos procedimientos administrativos y la ejecución que de ellos hacen las autoridades competentes.

Este artículo nos muestra cómo en múltiples casos se evidencia el incumplimiento y la no aplicación de los procedimientos, legalmente establecidos, así como también, la adopción de decisiones que vulneran los derechos de las familias de los niños y niñas.

La adopción de un niño genera en él un total desarraigo de su familia de origen; de sus raíces, marcándolo positiva o negativamente para siempre, sin importar su condición, raza y estrato socioeconómico. Es por ello que las evidencias encontradas en este estudio, resultan de necesaria divulgación y socialización ante las autoridades judiciales y administrativas que adelantan estos trámites, en vista que los mismos estén revestidos de legalidad y que las decisiones adoptadas sean las más convenientes para los niños y sus familias. Por esto, se acudió a los antecedentes jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional, que como tribunal de cierre ha conceptualizado sobre el amparo de los derechos fundamentales de la persona, la familia y la sociedad.

Ya que desde la aplicación del principio de corresponsabilidad, estos estamentos deben garantizar al menor su protección integral, en consideración a que ellos constituyen el hábitat natural y soporte de su desarrollo; es necesario dar aplicación al mandato constitucional que consagra como derecho fundamental la posibilidad de que todo niño, niña y adolescente, tenga y conserve su familia.

Al mismo tiempo, se buscará determinar si “Las autoridades encargadas de adelantar el proceso de adopción en Colombia, cumplen con el procedimiento establecido en la normatividad, protegiendo los derechos fundamentales del niño, niña y/o adolescente”.

Para lograr dicho objetivo, es necesario revisar la jurisprudencia y conocer en dónde se han presentado casos sobre irregularidades en el trámite administrativo de adoptabilidad, por parte de las autoridades encargadas. Del mismo modo, se analizarán las normas y sentencias que regulan el trámite administrativo de adopción, restablecimiento de derechos y de adoptabilidad en Colombia. Esto permitirá establecer si existen irregularidades en el procedimiento o en la aplicación de la normatividad.

Esta investigación se desarrolla a través de un artículo de tipo reflexivo, con una metodología de análisis de tipo socio-jurídico, tomando como referencia fuentes de tipo primario y secundario como son la normatividad vigente, la doctrina y la jurisprudencia, con el ánimo de conocer y dar a conocer cuáles son las medidas de restablecimiento de derechos, entre ellas la adopción, cuáles son los pasos que se deben agotar para que estas se materialicen; cuál es la normatividad que las rige y cuál es el manejo que de ellas están haciendo las autoridades competentes.

Una vez se resuelva cada uno de los interrogantes, se podrá identificar si en el proceso ad-

ministrativo de restablecimiento de derechos, en donde se opta por dar curso al trámite de adopción, se vulneran los derechos de los niños involucrados y sus familias, al desconocer en ellos, el principio constitucional al debido proceso.

Normas legales de la adopción

Tener una familia, hace parte de los derechos básicos: “Convención Internacional de los Derechos del Niño, y el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, suscrito en La Haya”. Convenio [1] relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (Hecho el 29 de mayo de 1993) (Entrado en vigor el 1° de mayo de 1995). Allí se reconoce que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión.

El Estado y los organismos internacionales, han consagrado, en diversos instrumentos del derecho internacional, su protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado [2] Constitución Política de Colombia, 1991 en su art. 44: “que son derechos fundamentales de los mismos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, y estableció que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

Por su falta de madurez y consiguiente vulnerabilidad e indefensión, surge la necesidad de garantizar a los niños un proceso de formación o desarrollo en condiciones adecuadas, por ser quienes representan el futuro de los pueblos.

Por otro lado, los padres adoptivos llegan a la decisión de adoptar después de un largo período de ímprobos esfuerzos por tener hijos biológicos, Código de la Infancia y la Adolescencia [3] Ley 1098 de 2006. Art. 61 “La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

Es necesario, para las familias que van a iniciar o inician el proceso de adopción, que los servidores públicos, las Instituciones Autorizadas para Desarrollar el Programa de Adopción, las pas, tengan claridad sobre el procedimiento de adopción de niños, niñas y adolescentes en Colombia [4].

El trámite de adopción se inicia cuando el proceso administrativo de restablecimiento de derechos culmina con la providencia del defensor de familia declarando la adoptabilidad del niño, niña o adolescente; con la autorización que el defensor de familia expide para la adopción, o con la firmeza del consentimiento otorgado por los padres para la adopción del niño, niña o adolescente.

Así las cosas [5] la Jurisprudencia de la Corte Constitucional afirma “que para que un niño pueda ser entregado en adopción, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, debe primero buscar hasta el sexto grado de consanguinidad de la familia del menor”. La Constitución de Colombia establece que los derechos de los niños prevalecen, ante los derechos de otros y que el principio de interés superior consagrado en el art. 44 de la Constitución Nacional, resulta de imperativa aplicación.

La adopción en Colombia

El [6] art. 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que, para adoptar de manera conjunta o individual se debe: “ser plenamente capaz, tener 25 años de edad cumplidos, demostrar la idoneidad física, mental, moral y social suficiente para ofrecerle una familia adecuada y estable a un menor de 18 años de edad y como requisito esencial tener al menos 15 años más que el adoptable”. Existe la necesidad de clarificar la edad del adoptante. Consideraciones generales para tramitar la adopción

La adopción es un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener una familia y, por ello, toda la institución está estructurada en torno al interés superior del niño, cuyos derechos prevalecen sobre los demás [7] Constitución Política de Colombia, art 42.

La finalidad de la adopción es “el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comparte, ya que, en virtud de la adopción el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en ambiente de bienestar, afecto y solidaridad” [8] (sentencias C-562 de 1995, C-477 de 1999 Corte Constitucional).

Es necesario distinguir las clases de adopciones. El tratadista [9] Marco Gerardo Monroy Cabra (1979), establece que la adopción está clasificada en simple y plena:

“Adopción simple: En la adopción simple solo se establece el parentesco entre el adoptante y el adoptivo y los hijos de este; no se rompe el vínculo de la familia de origen, se hereda como hijo natural.

En esta clase de adopción, el adoptivo deja de pertenecer a la de sangre. Tanto sus ascendientes como sus parientes conservan sus derechos, excepto el de la patria potestad, que por mandato legal se radicará exclusivamente en los padres adoptantes.

“Adopción plena: En la adopción plena, se establece relación de parentesco entre adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de este; se rompe el vínculo consanguíneo con la familia de origen, el adoptado toma el apellido de los padres adoptantes y hereda como hijo legítimo. (p. 43). Es necesario determinar que los hijos naturales y los hijos adoptivos tienen los mismos derechos ante la ley”.

La adopción tiene dos etapas:

Etapas 1 - Administrativa: que se surte ante el ICBF, en la cual se declara adoptable al niño.

Etapas 2 - Judicial: la adopción es decretada a través de sentencia judicial en los Juzgados de Familia, cuya sentencia debidamente ejecutoriada establece la relación paterno-filial.

Los lineamientos técnicos se constituyen en una herramienta a través de la cual el ICBF tiene la posibilidad de seleccionar las familias que garanticen un hogar estable y seguro, y con ello el desarrollo armónico del niño. Por esta razón, debemos tener en cuenta que la adopción es irrevocable. Como consecuencia encontramos que:

- El adoptivo llevará los apellidos de los adoptantes.
- Por la adopción el adoptivo deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue todo parentesco de consanguinidad.
- Los trámites que se adelanten en el ICBF en relación con las adopciones son totalmente gratuitos.

Políticas para la adopción en Colombia

Si los adoptantes son colombianos o extranjeros, residentes en el exterior, estos deben anexar:

- Certificación expedida por la autoridad gubernamental o privada oficial autorizada donde conste el compromiso de realizar seguimiento del menor adoptable, durante al menos un año, en el país de residencia de los adoptantes.
- Autorización del gobierno del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del menor adoptable.
- Estudios sociales y psicológicos realizados por la autoridad central o autoridad oficial competente en el país de residencia de las familias solicitantes, a través de los profesionales idóneos en la materia (profesional del área social y psicólogo).
- Autorización para adoptar, concedida por las autoridades competentes del país de residencia de los solicitantes.
- Certificado de nacionalidad o registro civil de niños adoptados anteriormente por los solicitantes.
- Carta de la familia autorizando un traductor oficialmente reconocido en Colombia para que adelante los trámites de traducción y legalización, según sea el caso.

Todos estos documentos deben ser aportados en original y debidamente apostillados (sellados), para los países suscritos al Convenio de La Haya de octubre de 1961, sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, en vigencia para Colombia a partir de enero de 2001, o también, debidamente notariados y autenticados ante el Consulado de Colombia en el respectivo país, y luego legalizar la firma del cónsul en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, para los países que no forman parte del mencionado Convenio de La Haya.

Todos los documentos escritos en idioma diferente al español deben ser traducidos por un traductor oficialmente reconocido en Colombia, para lo cual debe anexar los documentos que lo acreditan como tal.

Quien va a adoptar, debe asistir a talleres de preparación organizados por los respectivos países, con el fin de que el proceso de adopción no solo se limite a aportar una serie de documentos, sino que también implique que los solicitantes estén plenamente convencidos de su decisión.

La respuesta a la familia sobre la aceptación o no, de la solicitud de adopción se hará dentro de los 30 días hábiles siguientes a la recepción de la documentación.

La solicitud y la documentación debidamente aprobadas, ingresarán a la lista de espera, atendiendo su estricto orden cronológico de aprobación hasta la asignación de la familia del niño(a).

La asignación les será comunicada a través de la autoridad central, agencia de adopción, abogado o persona de confianza que los represente, según el caso. Se les indicará el nombre de los niños(as) que les fueron asignados. Adicionalmente, recibirán los informes psicosociales y de salud, así como fotografías del niño(a), para facilitarles la toma de una decisión consciente e informada.

El plazo para la comunicación de aceptación o rechazo del menor asignado es de 30 días. Esta debe presentarse por escrito y dirigida a la regional del ICBF que les realizó la asignación.

Una vez se conozca la respuesta de aceptación del menor, a través de su abogado, si lo hubiera, la agencia o la persona de confianza en Colombia a quien se haya autorizado, indicará la fecha exacta en que los adoptantes deben

desplazarse a Colombia para recibir a su hijo, e iniciar el proceso de adopción ante el juez de familia (proceso que tiene aproximadamente cinco semanas de duración, tiempo en el cual deben permanecer en este país).

Durante el tiempo en que permanezcan ambos padres en Colombia, un servidor público del ICBF acompañará a la familia y al niño en el proceso inicial de integración, prestando el apoyo que estos requieran.

Como producto de la etapa de integración se elaborará un certificado sobre la integración personal del menor con los adoptantes.

El defensor de familia emitirá concepto favorable a la adopción. Esta constancia se anexará a la demanda de adopción.

Los documentos del niño y de la familia se le entregarán al abogado que asigne y pague la familia para que esté presente en la demanda de adopción ante el Juzgado de Familia.

Una vez decretada y ejecutoriada la adopción, y expedido el nuevo registro del menor con los nombres de los adoptantes, estos podrán salir del país con su hijo. Estos documentos y el pasaporte del menor les serán exigidos para la salida del país.

A los países que están en el Convenio de La Haya se les expedirá, por parte del funcionario competente en la Sede Nacional del ICBF, un certificado de conformidad.

Una vez en su país, deberán proceder a la nacionalización del niño y al envío del documento que acredite que el niño goza de todas las garantías como ciudadano en el país de recepción (nuevo registro civil de nacimiento o certificado de nacionalidad).

Instituciones encargadas del proceso de adopción en Colombia

En Colombia, quien está autorizado para tramitar el procedimiento de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF.

También existen otras instituciones autorizadas por el ICBF para desarrollar programas de adopciones en Colombia, como son: Fundación los Pisingos (Bogotá), Fundación para la Asistencia de la Niñez Abandonada, Fana (Bogotá), Asociación Amigos del Niño Ayúdame (Bogotá), Casa de la Madre y el Niño (Bogotá), Fundación Centro de Rehabilitación para la Adopción de la Niñez Abandonada, Cran (Bogotá), Centro de Adopciones Corporación Casa de María y el Niño (Medellín), Fundación Casita de Nicolás (Medellín), Centro de Rehabilitación Chiquitines (Cali).

Casos de irregularidades en la adopción de niños colombianos

“La discriminación en contra de las parejas homosexuales, al prohibirles adelantar procesos de adopción. Esta prohibición quebranta el derecho que tienen los homosexuales a ser tratados de manera similar que los heterosexuales” (Sentencia C-814 de 2001, Bogotá D.C., 2 de agosto de 2001).

Ahora, la procedencia de la acción de tutela en caso de adopción de niños por orientación sexual del padre adoptante, fue objeto de pronunciamiento en Sentencia T-276 2012, Bogotá D.C., del 11 de abril de 2012, indicando que existen dos elementos que evidencian un trato diferenciado en razón de su orientación sexual: “El primero es que la actuación del ICBF se desencadenó únicamente a raíz de una conversación informal en la que el Sr. [XXX] se refirió a su orientación sexual y advirtió que tenía una pareja. Y el segundo es la manera como se ha adelantado el proceso de restablecimiento de derechos.

En tercer lugar, el tutelante señala que el ICBF ha vulnerado su derecho al debido proceso, pues inició el proceso de restablecimiento de derechos sin tener ninguna justificación constitucionalmente legítima”. Allí la Corte logró determinar que se vulneraron derechos fundamentales al debido proceso y a la unidad familiar de los peticionarios.

Proceso administrativo especial de declaración de abandono bajo el código del menor [11] Sentencia T-844 de 2011, Bogotá D.C., 8 de noviembre de 2011. “Para la época en que el ICBF adelantó el trámite administrativo para decretar la medida de adoptabilidad, la niña estaba próxima a cumplir los 9 años de edad y su opinión hubiera permitido establecer, especialmente, su relación y la percepción que tenía frente a las personas con las que convivía, opinión que hubiese ayudado a establecer si en su caso se imponía como única forma de protección y realización de sus derechos fundamentales el separarla de su familia de origen”, medida que en consonancia con la Constitución y las normas internacionales debe ser excepcional, porque existe la presunción a favor de la familia biológica, presunción que corresponde desvirtuar al Estado, en este caso al ICBF y, en la que la situación de pobreza no es argumento suficiente para romperla.

Hay la necesidad de verificar la condición sexual de las personas según el protocolo del ICBF [12].

Sentencia No. T-290 de 1995. “El actor asegura que fue su homosexualidad el único factor que el ICBF tuvo en cuenta para declarar a la niña en estado de peligro y asignar su custodia a terceros”. Es indispensable la protección legal al menor de edad por parte del ICBF.

Las instituciones encargadas en el procedimiento de la adopción deben cumplir con unas etapas procesales para el restablecimiento de

los derechos, para poder ser entregados en adopción [13]. Sentencia No. T-087 de 2004. “Actor asegura que hubo negligencia por parte del ICBF en la notificación”. La finalidad es la protección al debido proceso por parte de los padres biológicos.

Desconocimiento en contra de la menor, de su derecho prevalente a no ser separada del núcleo familiar que ella reconoce como suyo [14]. Sentencia No. T-292 de 2004. “La defensoría de familia del ICBF, desconocimiento del acervo probatorio, en cuanto a la medida provisional de la menor”. Atentar contra una de las condiciones necesarias para el adecuado desarrollo de la menor.

Tratamiento discriminatorio. Violación al derecho de igualdad en evento de adopción [15]. Sentencia No. T-298 de 2004. “Compensar EPS negó al accionante la licencia de paternidad, por tratarse de un hijo adoptivo”. No primó el principio al derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que los hijos adoptivos tienen los mismos derechos que los legítimos.

Ponderación entre derechos fundamentales de los niños y los de sus padres biológicos [16]. Sentencia No. T-543 de 2004. El ICBF violó el debido proceso al comenzar un proceso de adopción con los menores que se encontraban en estado de abandono. “El ICBF negó un derecho de petición a los padres biológicos sobre unos análisis de los menores que ya habían sido adoptados”. Hay que hacer un análisis profundo de por qué los menores fueron separados de sus padres.

Derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad; derecho de petición, a tener una familia y no ser separado de ella [17]. Sentencia No. T-746 de 2005. “El ICBF no verifica de manera rigurosa el estado de cumplimiento de todos y cada uno de los derechos del niño, niña o adolescente, consagrados en la Ley 1098 de

2006, inmediatamente tenga conocimiento de una situación de inobservancia, amenaza o vulneración de sus derechos, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 52 y 138 de la Ley de Infancia y Adolescencia y a los Lineamientos Técnico Administrativos”. Responsable: autoridad administrativa y su equipo técnico interdisciplinario. Como consecuencia de lo anterior es evidente que el único medio de protección para las irregularidades en los casos de la adopción de los niños es la acción de tutela.

Metodología de la investigación utilizada

El presente estudio es una investigación reflexión, con enfoque en la determinación de los procedimientos administrativos de restablecimiento de los derechos y se utilizó una técnica de revisión documental, teniendo en cuenta las sentencias de tutela y los procesos administrativos utilizados por el ICBF.

Para la aplicación y uso de las técnicas e instrumentos de recolección de datos, fue útil la ayuda de los textos, documentos, revistas, jurisprudencia, leyes y decretos, que regulan el tema abordado en el artículo. Este material sirvió para dar concepciones únicas del término procedimiento administrativo de la adopción, que diferentes entidades desarrollan o tienen bajo sus facultades y así saber de qué manera y hasta qué punto, la administración, las entidades encargadas o nosotros mismos, podemos actuar.

Factores que promueven la adopción irregular en Colombia

Los resultados obtenidos en la revisión documental pusieron al descubierto que los factores que promueven la adopción irregular son:

Vulneración al debido proceso por incumplimiento de los trámites previamente establecidos. Se ordena diseñar protocolos y lineamien-

tos que aclaren el proceso administrativo de restablecimiento de derechos [18]. Sentencia T- 502 de 2011. “Poner en conocimiento de los hechos que motivaron el presente caso al Señor Presidente de la Republica, al Ministro de la Protección Social, a la Directora del ICBF para que se adopten las medidas administrativas necesarias tendientes a que lo aquí evidenciado no vuelva a ocurrir, igualmente para que se establezca si actualmente existen situaciones similares dentro de procesos de restablecimiento de derechos incluso y tomar los correctivos pertinentes que aseguren el cese de la vulneración de los derechos”.

Desconocimiento del derecho que todo niño, niña o adolescente tiene de ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta [19]. Sentencia T-844 de 2011, Bogotá D.C., 8 de noviembre de 2011. Esta garantía conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos para que puedan ejercer su derecho de forma libre, así como la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, valorarlas según su grado de madurez y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan.

La inexistencia de mecanismos eficaces al interior del proceso de adopción que permitan enderezar los trámites irregulares sobre sus acciones u omisiones, que en todo caso deben ajustarse a la constitución y a la ley, transgreden las normas o amenazan o vulneran derechos fundamentales, es por ello que se tiene que acudir a la acción de tutela [20]. Sentencia T-580 A de 2011, Bogotá D.C., 25 de julio de 2011. El desconocimiento de los criterios jurisprudenciales trazados para la protección del interés superior del niño.

Así las cosas, se establece que en el análisis de las sentencias en las que se evidenció vulneración de los derechos de los niños, niñas y

adolescentes en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en el proceso de adopción, y no existiendo otros recursos procesales en el proceso administrativo u otros medios judiciales de amparo, fue necesario utilizar, como último recurso, el mecanismo de protección constitucional de la acción de tutela.

Análisis de tutelas por adopción irregular en Colombia

Al analizar las 9 tutelas se encontró que existe una flagrante violación al debido proceso, en los casos de adopción solicitados por parejas del mismo sexo, al aplicarse un trato diferencial en los protocolos a aplicar por parte del ICBF.

En el restablecimiento de los derechos de la menor, no se tuvo en cuenta su opinión, la cual podía influir en el proceso de la adopción a no ser separada de la familia extensa.

No se envió la notificación personal a los padres para que se hicieran parte en el proceso administrativo.

Le negaron la licencia de paternidad por ser el niño hijo adoptivo.

Violación al debido proceso, inicio del proceso de adopción sin habersele restablecido los derechos a los menores.

No se tuvo en cuenta al adolescente de ser escuchado y que sus opiniones fueran tenidas en cuenta.

De acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el art. 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás [21]. Sentencia No. T-884 de 2011. “A

partir de esta cláusula de prevalencia, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna". Esta protección especial de la niñez, y preservación del interés superior para asegurar el desarrollo integral, se encuentra consagrada en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia.

En lo que tiene que ver con el conjunto de normas que regulan las relaciones familiares y todos los temas referentes a los menores de edad actualmente en el Estado colombiano, debemos mencionar tanto el Código de la Infancia y la Adolescencia como el Código Civil colombiano.

Vulneración de derechos a la educación e integridad física de sus hijos menores por negativa de cupo en programa de seminternado, aduciendo problemas de comportamiento [22]. Sentencia No. T-899 de 2010 "demuestra que los niños requieren una especial atención debido a la agresividad de sus comportamientos. No obstante, ninguno de los dos sugiere que esta situación sea un síndrome o una enfermedad que limite sus capacidades, o que tenga una magnitud tal que exija de la madre recursos ostensiblemente mayores para su control". Pues este programa se dirige principalmente a los niños que son explotados laboralmente, consumen sustancias psicoactivas, han sido víctimas de delitos sexuales, secuestros, conflictos armados, minas antipersonales o tortura, se encuentran en situación de calle o de desplazamiento forzado, o tienen enfermedades infecciosas, entre otras.

Determinar cuándo un ciudadano actúa como agente oficioso de otra persona. Sentencia No.

T-844 de 2011 [23]. "Cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes no tienen aplicación, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, frente a los cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar su prevalencia, en los amplios términos del artículo 44 constitucional". Corresponde al juez de tutela, entonces, verificar el cumplimiento de estos y, en caso de vulneración, ordenar su inmediato restablecimiento con el fin de lograr su realización efectiva y materializar los principios constitucionales del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como la prevalencia de sus garantías.

Respecto a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ostentan los niños, las niñas y los adolescentes, esta tiene su sustento en los postulados de la Constitución y también en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el principio del interés superior del menor de dieciocho años y que integran el denominado bloque de constitucionalidad [24]. Sentencia No. T-097 de 2014: "desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez". Si vulneró derechos de las menores de dieciocho años a ser escuchadas y a la preservación de la unidad familiar al valorar, de forma razonable, las pruebas y determinar que la familia extensa no garantizaba los derechos de las niñas.

La adopción de medidas de restablecimiento debe responder a una lógica de gradación, según la cual, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; de modo que la decisión debe sujetarse al principio de proporcionalidad [25]. Sentencia No. T-276 de 2012. "cuando tales medidas impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales, y deben basarse en evidencia de que

aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas”. Cuando existe evidencia de una amenaza o vulneración grave de los derechos de los niños.

Derecho fundamental al debido proceso, a la defensa y a la unidad familiar. [26] Sentencia No. T-577 de 2011. “Custodia y cuidado personal” De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás.

Los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos que demandan una especial protección en virtud de su naturaleza, razón por la cual la defensa de sus derechos es prioritaria [27]. Sentencia No. T-596 de 2012. “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella ha sido reconocido igualmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual se dispuso como uno de sus derechos, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, así como no ser separado de los mismos en contra de su voluntad, salvo que autoridades judiciales lo determinen en pro del interés superior del menor”. De ahí que existe la necesidad de que la institución inicie el traslado para el acercamiento de los padres.

La Corte Constitucional ha sido reiterativa al establecer que el principio del interés superior de los menores de edad se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a participar en las decisiones que los afecten [28]. Sentencia No. T-483 de 2012. “Este es un derecho fundamental que conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos, para que los menores puedan ejercer su derecho de forma libre, y conlleva también la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, de valorarlas según su grado de madurez y de tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan”. La adopción se define

como la principal y por excelencia medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece, de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

Amparo de los derechos fundamentales de la adolescente, en especial a tener una familia y no ser separada de ella; al debido proceso y ser oída en el procedimiento administrativo seguido por el ICBF [29]. Sentencia No. T-844 de 2011. “por medio de la cual se declaró en situación de abandono a la menor y se ordenó como medida definitiva de protección la iniciación de los trámites de adopción”. Hay la necesidad que el adolescente continúe conviviendo con su hermana por línea materna y los abuelos de esta, para no vulnerarle los derechos fundamentales.

La familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, que además debe ser conforme al derecho [30]. Sentencia No. T-71149 de 1995. “Abstención, que se traduce en la prohibición de adoptar medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los menores de edad”. Una de las posibles medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, es el ubicarlos en la familia de origen o extensa cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos.

Conclusiones

Advertimos que existen irregularidades en el restablecimiento de derechos y en el proceso de adopción de niños(as) y adolescentes. Con esto, son las familias las directamente afectadas, quienes pierden el derecho natural de formar en su seno a sus hijos

También se pudo concluir que en cabeza del Estado, a través del ICBF y los juzgados de familia, está la regulación, trámite y aprobación de los procesos de adopción, evidenciándose vulneración en las garantías de los derechos de las partes que intervienen en los mismos.

Según esta revisión, se puede observar que existe una flagrante violación al derecho fundamental y al debido proceso, por aplicación irregular del trámite administrativo de restablecimiento de derechos.

Lo anterior obedece a que, por su naturaleza, el derecho fundamental al debido proceso se concreta en dos garantías: i) la de informar a la persona interesada de cualquier medida que lo pueda afectar y ii) la notificación es una herramienta procesal que permite la efectiva garantía del derecho de defensa y del debido proceso.

En este sentido, es el acto de comunicación procesal de mayor importancia, pues permite que el interesado ejercite personalmente sus derechos de contradicción e impugnación. Entonces, la especial relevancia que reviste la notificación, lleva implícita la obligación por parte de la autoridad judicial y administrativa de hacer una búsqueda del interesado, agotando la información que tiene a su alcance, para ubicarlo e informarle del trámite en curso.

Como consecuencia de lo anterior, y sin obviar los fines diversos de un proceso judicial y el proceso administrativo, los dos tienen en común unas etapas regladas y consecutivas que buscan, de una forma razonada, producir un resultado, teniendo como fundamento el respeto por el derecho fundamental al debido proceso; por tratarse de una garantía consustancial del Estado de derecho. La existencia de esas etapas en otro proceso, así como la consecución de un resultado para las partes, hace relevante que existan mecanismos como la acción de

tutela para que, si se presentan determinadas situaciones, sea procedente su interposición.

La jurisprudencia constitucional se ha encargado de elaborar toda una línea para explicar en qué casos procede la acción de tutela, que fue concebida para dar solución eficiente a situaciones de hecho, creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o amenaza de un derecho fundamental; respecto de las cuales, el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para proteger los derechos vulnerados de los menores de edad.

Estas acciones tienen por objeto revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales, así como se ordena diseñar protocolos y lineamientos que aclaren el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

De igual manera, es evidente también, que en el proceso administrativo especial de declaración de abandono, se incurrió en defecto fáctico de valoración de las pruebas, ya que, la misma se hizo de manera arbitraria y caprichosa, sin tener en cuenta en la mayoría de los casos, la opinión del niño, lo que genera una grave vulneración de su derecho fundamental a ser escuchado(a), derecho consagrado expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Resulta entonces que el no contar con una normativa especial, sino solo con una normativa genérica, derivada de las normas constitucionales y civiles existentes, dificulta, en efecto, la determinación de elementos claves para sancionar estas conductas, donde se vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Puedo concluir que existe la necesidad de que el ICBF elabore un protocolo y consagre las directrices que deben seguir los funcionarios, en cuanto a las distintas medidas de restableci-

miento de los derechos, para que no se cometan los errores que se evidencian en los casos aquí señalados.

Es conveniente que el gobierno nacional garantice, a través del sistema de defensoría pública, un profesional que represente los intereses de los padres cuyos niños han sido declarados en abandono, para evitar después violaciones al debido proceso; que se reflejen en decisiones adversas a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes.

Teniendo en cuenta la actual Ley 1098 de 2006, la adopción se define como la principal medida de protección a favor de los niños. Por ello, es necesario que la misma ley sea tomada como una opción de último recurso y, solo se viabilice, en la medida en que el Estado, a través del ICBF, ha agotado otros medios de intervención y protección del núcleo familiar.

Referencias

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Hecho el 29 de mayo de 1993) (Entrado en vigor el 1° de mayo de 1995).

Constitución Política de Colombia, 1991, art. 44.

Código de la Infancia y la Adolescencia Ley 1098 de 2006, art. 61.

Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia No. C-562.

Colombia. Corte Constitucional. (1999). Sentencia No. C-477.

Colombia. Corte Constitucional. (2001). Sentencia C 814.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-276.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-844.

Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia T-290.

Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia No. T-087.

Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia No. T- 292.

Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia No. T-298.

Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia No. T-543.

Colombia. Corte Constitucional. (2005). Sen-

tencia No. T-746.

Colombia. Corte Constitucional. (2008). Sentencia No. T-756.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia No. T-276.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T-502.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T-884.

Colombia. Corte Constitucional. (2010). Sentencia No. T-899.

Colombia. Corte Constitucional. (2014). Sentencia No. T-097.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia No. T-276.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T-577.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia No. T-596.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia No. T-483 de 2012.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T-844.

Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia No. T-71149.

Colombia. Corte Constitucional. (2006). Sentencia No. T- 466.

Colombia. Corte Constitucional. (2006). Sentencia Hito No. T- 466.

Colombia. Corte Constitucional. (2005). Sentencia No. T- 497.

Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia No. T- 412.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T- 580 A.

Colombia. Corte Constitucional. (2009). Sentencia No. T- 887.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia No. T- 502.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional.
Lineamientos Técnicos del Programa de Adopciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Monroy Cabra, M. G. (2009). Derecho de familia, infancia y adolescencia. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET: UN VISTAZO DESDE EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Intellectual property on the internet: a glance from the Colombian legal system

— **Angélica María Mosquera Angarita *** —

Luis Alfredo Peña**

Daniel Fernando Suárez Rivero***

Resumen

Los avances tecnológicos conllevan como condición necesaria, la actualización de las estructuras de la sociedad, incluidas las normativas. Frente a la irrupción incontenible e inevitable del internet, uno de los aspectos que más afectación soporta es el de los derechos de la propiedad intelectual, debido a la facilidad con que se puede incurrir en usos no autorizados de creaciones y obras a través de la red. El propósito principal del presente artículo, es realizar una reflexión acerca de los derechos de autor frente al tráfico de contenidos en la red sin autorización de sus autores; con el fin de presentar un panorama real y simultáneamente generar juicios de valor, a manera de conclusiones, sobre los elementos involucrados y sus posibilidades de solución. Para tal fin, se acudió a la consulta bibliográfica sobre aspectos históricos, doctrinarios, conceptuales y jurídicos, que fueron procesados con un propósito descriptivo y analítico y, desde métodos inductivo-deductivos sistemáticos e integrales que generaron conclusiones validas frente al tema en cuestión. Como corolario, y a manera de síntesis, se encontró que si bien desde el

concierto internacional se cuenta con alguna regulación en los acuerdos y tratados administrados emitidos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ompi, pese a que estos instrumentos prevalecen sobre el ordenamiento interno de Colombia, la legislación nacional se queda corta para la regulación en el ámbito interno y, aún más, frente a los eventos violatorios de derechos de autor que ocurran en la red. Una solución provendría de la acción conjunta del derecho interno y externo para crear una jurisdicción global.

Palabras clave: propiedad intelectual, derechos de autor, internet, derecho internacional.

Abstract

Technological advances lead to a necessary condition to update the structures of society, including regulations. Faced with the irreconcilable and unavoidable irruption of the Internet, one of the most affected support aspects is the intellectual property rights, due to the ease with unauthorized uses of creations and works can be incurred through the network. The main purpose of this article is to reflect

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

*** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

about copyright against the traffic of contents on the network without authorization of its authors, in order to present a real panorama and, simultaneously, generate value judgments as a conclusion, about the elements involved and their solution possibilities. For this purpose, a bibliographical inquiry was made on historical, doctrinal, conceptual and legal aspects which were processed with a descriptive and analytical purpose and from systematic and integral inductive-deductive methods that generated valid conclusions regarding the topic in question. As a conclusion and as a synthesis, it was found that although from the international agreement, there is some regulation in the agreements and treaties issued by World Intellectual Property Organization (WIPO), although these instruments prevail over Colombia's domestic law, national legislation falls short for the regulation in the internal scope and even more, in front of the events of copyright violations occurring in the network. A solution would come from the joint action of national and foreign law to create a global jurisdiction.

Key words: Intellectual property, Copyright, Internet, International Right.



Introducción

Si bien el tema de la propiedad intelectual, incluidos en esta los derechos patrimoniales y morales del autor, parecían encontrarse en un nivel de desarrollo conceptual y jurídicamente óptimo, lo cierto es que la ciencia y la tecnología han evidenciado que solo estamos en el comienzo. La irrupción de la informática y su consecuente aumento en la circulación de datos de toda índole por la red, al punto de que la interacción en lo personal, lo colectivo, lo científico, lo académico y hasta el mundo de los negocios se vive, desarrolla y consolida en internet; lleva a asumir el fenómeno como inherente a la realidad actual. Diversos fenómenos culturales de naturaleza variopinta como las ideologías, la política, la geografía, la economía y el derecho, a merced de un agresivo movimiento globalizador, llevaron en un primer momento a regular los derechos de autor desde el concierto internacional.

A instancias de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, se creó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ompi, organismo especializado que administra 26 tratados internacionales regulatorios de la propiedad intelectual. Al contar con la adhesión de la mayoría de los Estados (Ompi, 2016), 189 miembros en la actualidad, se puede afirmar que existen lineamientos de alguna manera universales. No obstante, la masificación de internet ha terminado de romper las fronteras territoriales y jurídicas para lo cual el mundo no estaba preparado, máxime cuando la circulación de contenidos y datos no es controlable por medio de una normatividad erga omnes, entendido esto último como los habitantes del globo.

Ya adentrándonos en el contexto colombiano, se puede evidenciar por el sentido común y la observación de la cotidianidad, que no existen reglas eficaces para proteger los derechos pa-

trimoniales y morales de autor, respecto de los contenidos que circulan por la red. Esto es entendible en el sentido de que la jurisdicción no alcanza a vigilar y controlar conductas de personas que no están dentro del país y menos a sancionar. Se evidencia, sin embargo, un tímido intento de regular los derechos de autor frente al tráfico en internet, que se formalizó mediante la Ley 1520 de 2012, denominada coloquialmente, Ley Lleras, para aludir a su promotor. La citada Ley (Arteaga, 2012), pretendía implementar compromisos adquiridos por virtud del Acuerdo de Promoción Comercial, suscrito entre Colombia y los Estados Unidos, firmado en Washington el 22 de noviembre de 2006 y el Protocolo Modificatorio al “Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos de América”, firmado en Washington, Distrito de Columbia, el 28 de junio de 2007. La Ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional (Sent. C-011 de 2013. M.S. Alexei Julio Estrada), por vicios de procedimiento y, de esta manera, la tímida regulación no llegó a adquirir mayor vigencia en el tiempo.

Similar situación ocurre con los demás Estados, donde se siente un clima de desprotección para unos y otros. Es un hecho que las normas locales no tienen alcances reales sobre las redes y, en tal evento, tampoco sobre la circulación de materiales o productos de conocimiento.

El propósito de la reflexión plasmada en el presente artículo consiste en realizar un ejercicio descriptivo de la normativa de derechos de autor en el plano internacional y, acto seguido, un vistazo a la regulación en nuestro país, para finalmente realizar un análisis que permita establecer el nivel de conformidad entre este sistema y las normativas internacionales. A su vez, exponer posturas de los autores en relación con las posibilidades que se abren, pero también, de las dificultades para abordar, vía legislación, asuntos que implican gran cantidad de conocimientos técnicos y procedimientos de detección que aún no se han elaborado.

En consecuencia con lo anotado, es necesario revisar hasta qué punto los derechos patrimoniales y morales del autor, están protegidos, por un lado, desde la legislación internacional, teniendo en cuenta que la web es un recurso que carece de fronteras y, por otro, desde la legislación colombiana. También es importante resolver interrogantes puntuales a saber, ¿cómo se protegen los derechos cuando un nacional colombiano publica un trabajo en la red y en otra nación lo plagian o lo toman sin reconocer su autoría, o aún, si se realiza el plagio por nacionales colombianos?, ¿es posible la vigencia de una norma con pretensiones de universalidad que permita garantizar la vigencia de los derechos de la propiedad intelectual, aún en la red?

Metodológicamente se acudió a la consulta documental y a la descripción de la normativa internacional y nacional de los derechos de propiedad intelectual, con lo cual, se abordó el ejercicio de análisis integral en cuanto involucra los contextos normativos internos y externos, las posturas jurisprudenciales y doctrinarias acerca del tema, para presentar luego las conclusiones.

El escrito consta, en un primer momento, de un breve abordaje histórico de la evolución de los derechos de autor con sus instrumentos de protección. En un segundo momento, se aborda el estado de la normatividad internacional, para pasar luego, al estado de la cuestión jurídica en el contexto colombiano. En seguida, se presenta el ejercicio analítico en concreto de la problemática, para terminar con la elaboración de conclusiones y juicios de valor de los autores como summum de la reflexión.

Breve acotación histórica al derecho de autor

Es apropiado comenzar por entender que, desde los inicios conocidos de la historia de la humanidad, su desarrollo ha estado mediado por la técnica. En ese sentido, la utilización de las manos para diversas tareas resulta ser un avance de la técnica originaria, entendida en este caso, como la necesidad de usarlas en diversas tareas, facilitando así la propia supervivencia. A partir de ahí, se pasaría a la construcción de instrumentos, hasta llegar a complejos sistemas que ya por cuestiones de economía pasan a ser de propiedad de los autores o patrocinadores, como una forma de generar lucro y adicionalmente reconocimiento; lo que en términos actuales ha de entenderse como derechos patrimoniales y morales de autor.

No es correcto afirmar que los derechos de autor hayan sido considerados en términos jurídicos, en la antigüedad. No obstante, debe entenderse que en tiempos remotos solo se podía reclamar sobre algún derecho, siempre que se contara con la fuerza para abordar tal reclamo. Pero en manera alguna, se hacía desde el derecho en términos jurídicos. Para aludir a momentos en que existiera algún tipo de protección estatal, es necesario ir a Roma y Grecia, en donde no había en sentido estricto, ley específica (Díaz, 1997) que protegiera las creaciones; lo cual se debía probablemente a que no existía interés comercial o lucrativo.

Sin embargo, en Grecia, en Atenas, se supo de un antecedente del derecho de autor (350 a. C), que establecía el depósito (Osa, 2007) de los textos originales de Esquilo, Sófocles y Eurípides, con el propósito de evitar que se hicieran copias no fieles. Por su parte, en Roma, la protección estaba destinada a las cosas tangibles y no a los productos intelectuales (Guzmán, 1995), por cuanto no conllevaba objeto

material, excepto por el objeto mismo considerado como susceptible de ser apropiado.

La edad media no aporta a la protección de los derechos de autor, ya que la producción queda relegada casi que únicamente a los monasterios y la difusión se realizaba de manera oral y solo respecto a los miembros notables de la sociedad. Diríase, para sintetizar, que los adelantados legados por el derecho romano se olvidaron y los que se atrevían a publicar lo hacían desde el anonimato.

Es tal vez, con la invención de la imprenta por el alemán Johann Gutenberg, a mediados del siglo XV, que lentamente el derecho de autor comienza a tomar forma, en cuanto ya se trataba de una verdadera circulación de información y saberes que generaban ganancias en esa masificación, como posibilidad de producir copias y difundirlas. Lo cierto es que no se contaría aun con alguna regulación que brindara protección, en ese momento, al impresor y menos aún, a los autores. Es, entonces, prematuro concebir la regulación, pero se *“hacía necesario articular un mecanismo jurídico que asegurase al impresor unos beneficios económicos que compensasen, cuanto menos, las ingentes cantidades de dinero que la actividad de la impresión requería”* (Plaza, 1997, p. 54); o lo que es lo mismo decir, que se protegiera frente a todo el colectivo social.

Un antecedente de notable importancia, en lo que hace relación al copyright anglosajón, es el conocido como Estatuto de la Reina Ana, que en 1710 crea un régimen de protección que se sobrepone al sistema de privilegios o de alguna manera lo supera, en cuanto se aplicaba generalmente al régimen de tierras. Ya en Francia, solo con la legislación posrevolucionaria se crea el derecho patrimonial de autor sobre la obra, mientras la legislación inglesa y la estadounidense de 1789 se enfocan en *“la necesidad de reglamentar la competencia entre los Publisher”* (De Sanctis, 1974, p. 206). En

consecuencia, el derecho francés se basó en el autor, mientras que el inglés, en la publicación, en el editor.

Es un evento destacado en la Europa del siglo XVII, cuando aparecen elementos definitivos para consolidar un derecho basado en el autor y se trata de la profesionalización de la actividad literaria para una “auto-representación de los autores en una ideología del genio propio, fundada en la autonomía radical de la obra de arte y el desinterés del gesto creador” (Chartier, 1994, p. 69). Entramos así a la era moderna caracterizada por el reconocimiento del autor desde la remuneración y el producto literario en el mercado.

La propiedad intelectual como derecho internacional

Es preciso ambientar el contexto indicando, en primer lugar, la diferencia que existe entre un sistema de derecho de autor y uno de copyright, lo cual resulta válido no solo para referir a dos escuelas jurídicas, sino para indicar las diferencias entre uno y otro. Lo cierto es que, el primero proviene del sistema de derecho continental; en mayor medida del derecho francés y, por su parte, el sistema copyright es una creación del derecho anglosajón. El derecho de autor reconoce básicamente al autor, tiene una tendencia clara hacia el reconocimiento del derecho moral, es decir, por el hecho de la creación; significando la disposición de un derecho por ser el autor original. Mientras que el sistema de copyright, se fundamenta básicamente en los aspectos patrimoniales, (Xalabarder, 2005), es decir, la explotación de la obra, difusión, reproducción, etc.

La protección internacional se ha materializado de diversas maneras, principalmente por medio de los tratados internacionales bilaterales o multilaterales, lo que ha llevado a la inclusión

de esos acuerdos en las normativas locales, procurando, como es normal, ofrecer la protección a la producción extranjera. Y todo comienza en la era moderna con el convenio de Berna (1886), que propugnaba por la protección de las obras en el extranjero, independientemente de si contaban con protección en el país de origen y la regla universal de la ausencia de formalidad para gozar de protección. Ya en siglo XX el derecho de autor adquiere la categoría de derecho humano en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) de París, el 10 de diciembre, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Uno de los instrumentos más importantes y definitivos en la legislación internacional ha sido el convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ompi (1979), como instrumento que da vida a la protección internacional y que fuera firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, entrando en vigencia en 1970 y enmendado en 1979. La Ompi nace con dos propósitos: fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo y asegurar la cooperación administrativa entre las uniones surgidas en materia de propiedad intelectual.

La Ompi en la actualidad administra 26 tratados sobre la propiedad intelectual.

No obstante, la legislación internacional camina cada vez más hacia un sincretismo que contemple todos los aspectos de los dos sistemas, todo ello, en virtud de la necesidad de contar con reglas comunes que redunden en seguridad jurídica. Tal proceso de unificación lo define magistralmente Xalabarder al sostener que: “En los últimos 20-25 años, los sistemas del copyright y del *droit d’auteur* se han ido aproximando poco a poco, mediante concesiones hechas por ambas partes, bajo el paraguas de los instrumentos de la Ompi y de la OMC” (p. 2). La tendencia armonizadora deviene de

la presión de los organismos internacionales, del avance de la tecnología y diversidad de los medios de difusión y, por supuesto, de la necesidad de controlar la expansión de la piratería como actividad económica.

Lo que se deduce de un vistazo al desarrollo de la normatividad en el mundo, es el tránsito que hace el sistema de derechos de la propiedad desde un esquema basado en los privilegios (casi que solo frente al impresor y comerciante) a un esquema de la propiedad literaria, que ya tuvo en cuenta al creador. Empero, lo que finalmente se logra es unificar criterios y reglas que integra lo mejor del modelo anglosajón del copyright y el sistema conocido como de derecho de autor. No obstante, no desaparecen las preocupaciones por el avasallante poder de la internet que, so pretexto de la democratización del conocimiento, se lleva de calle los derechos de los contenidos que transitan por la web, desconociendo los derechos de sus autores, sin que hasta el momento exista un esfuerzo unificado que permita algún nivel de seguridad jurídica en cuanto al tema de los derechos de autor.

Derechos de autor en el sistema jurídico colombiano

Generalidades de los derechos de autor

Es necesario comenzar por aclarar que la propiedad intelectual se encuentra dividida en dos sub categorías como son: la propiedad industrial y los derechos de autor. En estas, se subsumen muchos de los aspectos de los derechos de autor, como son, la competencia desleal, el secreto industrial, las variedades vegetales, denominaciones de origen y descubrimientos científicos, entre otros. De la misma manera, se puede afirmar que la propiedad recae sobre los bienes tangibles y los intangibles, como lo es la propiedad intelectual.

En el sentido que se vienen presentando los elementos definitorios de la propiedad intelectual, es acertado lo sostenido por Zapata (2001), en tanto que: “el Derecho de Autor es una especie dentro de la institución de la propiedad intelectual, en virtud de la cual se otorga protección a las creaciones expresadas a través de los géneros literario o artístico (p. 10) siendo su única condición que puedan ser percibidas y apreciadas”. Por su parte, la propiedad industrial hace referencia a las invenciones, modelos de utilidad, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica, lemas y denominaciones comerciales, circuitos integrados, etc.

Fundamentos constitucionales y legales

El derecho de autor en el sistema jurídico colombiano, resulta de un conjunto de normativas del derecho internacional que fungen como orientadores y como marco de la normativa interna, lo cual representa en sentido amplio, la proyección globalizada del derecho y de la economía como forma de inserción en lo global, desde lo local.

Si bien es cierto que, los derechos de autor o propiedad intelectual cuentan con un sistema normativo internacional como el sistema de la Ompi, no lo es menos que cada país tiene sus propias variantes y asuntos particularísimos que lo hacen relativamente diverso. Además, en muchos países el desarrollo ha sido en verdad lento y confuso con un derecho sembrado de lagunas, como en el caso de Colombia que mantuvo durante muchas décadas, desde su inicio como república, las normas coloniales. En este sentido sostiene Pabón (2009, p. 61) que:

“Colombia mantuvo durante el siglo XIX un modelo de privilegios de duración de 15 años, que solo sería sustituido en el año de 1886. En ese sentido, Colombia parece ser el país del mundo que mantuvo hasta una época más reciente el modelo de protección de privilegios propios del Ancien Régime”

En cuanto a la norma de derecho positivo, el antecedente más remoto de Colombia data de 1834, pero como se anotara antes, conserva muchos de los elementos legados por la tradición colonial europea.

En efecto, la Ley 1ª del 10 de mayo de 1834 intenta regular la protección de obras literarias y artísticas, en cuanto al tiempo desde la producción, como una forma de evitar que se copiara de manera libre antes de culminar su período legal de amparo legal de la propiedad. Es así como el mismo Pabón Cadavid (2009, p. 83), resume los aportes de la citada norma de 1834:

“El contenido del derecho que se otorga es el de un monopolio sobre la reproducción por cualquier mecanismo que se haya usado o se usare en adelante para multiplicar los ejemplares (art. 1) y para la distribución de las reproducciones. La duración de estos privilegios es de quince años contados desde el otorgamiento de la patente, prorrogables por otros quince años. De forma explícita para las composiciones dramáticas, se concede que no podrán ser representadas en ningún teatro público sin el permiso escrito del autor, o del que represente sus derechos”.

En 1946, se expidió la Ley 86, que ya se puede considerar una ley específica que determinaba conforme a los tiempos, los derechos de autor. Prescribía que el autor o sus causahabientes podían “enajenar total o parcialmente su derecho de propiedad intelectual” (art. 48); y que, la enajenación del derecho de autor debía constar en instrumento público e inscribirse en el

Registro de Propiedad Intelectual, so pena que el adquirente no pudiera “hacer valer su derecho” (art. 52); que toda persona podía publicar, adaptar, transportar, extractar, compendiar, representar, ejecutar, exhibir y parodiar libremente las obras intelectuales pertenecientes al dominio público; pero si fueren de autor conocido, no podrían suprimir su nombre en las publicaciones o reproducciones (art. 7); y establecía, ya que propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida y, después de su fallecimiento, disfrutarán de ella los que legítimamente la hayan adquirido por el término de ochenta años (art. 90).

Para justificar o explicar la vigencia de normas regulatorias antes de la Constitución de 1991, es necesario acotar que la Constitución colombiana de 1886, refería de alguna manera a los derechos de autor, al establecer:

Artículo 35.- *Será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley. Ofrécese la misma garantía a los propietarios de obras publicadas en países de lengua española, siempre que la Nación respectiva consigne en su legislación el principio de reciprocidad y sin que haya necesidad de celebrar al efecto convenios internacionales.*

Nótese, sin embargo, que el alcance de la norma solo llega a la producción literaria y artística en general, pero ya contemplaba un amplio margen de protección en el tiempo y extendía las garantías a los propietarios de otras naciones, bajo condición de reciprocidad en los demás Estados.

En sentido estricto y en cuanto regulación amplia, el mayor avance se registró con la aparición de la Ley 23 de 1982 y, es a partir de esta, que se avanza en la cultura de protección de los derechos de autor, que como ya se anotara,

tiene una vasta influencia del sistema continental europeo y, en consecuencia, románico. Esta ley ha sido adicionada principalmente por la Ley 44 de 1993, entre otras, en procura de adaptarla a realidades más actuales. Lo cierto es que no contempla, sin embargo, el espectro de las redes de internet, pero deja abierta la posibilidad, cuando hace mención a la protección en cualquier medio conocido o por conocer; siendo su redacción así:

Artículo 2º.- Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer. (Negrillas fuera de texto.)

En efecto pareciera existir la posibilidad de interpretar que también se puede por analogía aplicar a internet, pero materializar tal expectativa interpretativa requiere desarrollar la ley para aterrizar la situación particular, pero aun zanjada esa cuestión, quedaría por resolver el

punto de la creación de sistemas de detección que sean admisibles como prueba y que, además, sean eficaces.

Por su parte, la Constitución Política colombiana (1991), eleva a rango supremo los derechos de la propiedad intelectual en el capítulo de derechos sociales, económicos y culturales cuando en el art. 61 establece que, “el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”. Semejante enunciado es lo que la ley ha desarrollado relativamente, quedando la deuda en lo que tiene que ver con la circulación de contenidos susceptibles de protección en la web.

Para Latinoamérica, y en particular en Colombia, se complementa su regulación, con las reglas y criterios internacionales incorporados en el ordenamiento interno y, entre ellas, es de particular importancia la Decisión 351 de 1993, o Régimen Común Andino sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, el cual es de aplicación directa y preferente. La Decisión 351, finalmente, es consecuente con la legislación internacional, específicamente con los tratados en vigor administrados por la Ompi.

En el ámbito nacional existen, además, normativas desde leyes a decretos, resoluciones y directivas relacionadas con aspectos diversos de los derechos de autor.

En la actualidad, pese al desarrollo de la normativa nacional, es obviamente contentiva de las normativas internacionales administradas por la Ompi y, especialmente, de la Decisión 351 de la comunidad andina; lo cierto es que no existen, en la actualidad, reglas de contenido jurídico para proteger los derechos patrimoniales y morales de autor, respecto de los contenidos que circulan por la red.

En materia de acuerdos suscritos y en vigencia, también es válido mencionar el Tratado de Libre Comercio (TLC), un acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (2006), que contempla asuntos referidos tangencialmente al comercio electrónico y, en consecuencia, de alguna manera relacionados con los derechos de autor. En el capítulo 15 de dicho acuerdo se encuentran disposiciones en tal sentido, a saber:

Artículo 15.3: Productos Digitales (...)

3. Ninguna Parte otorgará un trato menos favorable a algunos productos digitales que el otorgado a otros productos digitales similares: (a) sobre la base de que (i) los productos digitales que reciban un trato menos favorable sean creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, encomendados o hechos disponibles por primera vez en condiciones comerciales fuera de su territorio; o (ii) el autor, intérprete, productor, gestor o distribuidor de dichos productos digitales sea una persona de otra Parte o de un país no Parte; o (b) que de otra manera proporcionen protección a otros productos digitales similares que sean creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, comisionados o hechos disponibles por primera vez en condiciones comerciales en su territorio.

(...)

(b) Ninguna Parte puede otorgar un trato menos favorable a los productos digitales cuyo autor, intérprete, productor, gestor o distribuidor sea una persona de otra Parte que el que otorga a productos digitales similares cuyo autor, intérprete, productor, gestor o distribuidor sea una persona de un país no Parte. (Capítulo 15.)

Ya en desarrollo del citado TLC, la única iniciativa que se logró concretar como expectativa de regulación, en cuanto medios en la red, fue

la Ley 1520 de 2012 (Ley Lleras), que pretendió implementar compromisos adquiridos por virtud del Acuerdo de Promoción Comercial⁸, suscrito entre Colombia y los Estados Unidos firmado en Washington el 22 de noviembre de 2006 y el Protocolo Modificatorio al “Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos de América”, firmado en Washington, Distrito de Columbia, el 28 de junio de 2007.

La citada ley, en últimas, buscaba cumplir con los compromisos suscritos en los mencionados acuerdos con los Estados Unidos de Norteamérica, básicamente en el punto de los derechos de retransmisión de eventos televisivos, pero no implicaba grandes aportes en términos de control de tráfico por internet, más allá de los ya mencionados, en cuanto al comercio digital entre las dos naciones. En ese sentido solo es rescatable el artículo 13 de la Ley 1520 (2012), que era del siguiente tenor:

“No obstante, la posibilidad que tiene el Estado de establecer limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos previstos en la legislación nacional sobre derecho de autor y derechos conexos, no se permite la retransmisión a través de Internet de señales de televisión, sean terrestres, por cable o por satélite sin la autorización del titular o titulares del derecho del contenido de la señal y, si es del caso, de la señal”.

Como se puede evidenciar, solo se trataba de impedir que las señales de televisión fueran transmitidas por internet sin la autorización de los titulares de los derechos de los programas o eventos, pero su protección iba en la dirección de los grandes conglomerados de la televisión internacional, mas no incluía la producción intelectual propiamente dicha, relacionada con la universalidad de las creaciones y sus autores. No obstante, la Ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional,

⁸ Más conocido como TLC.

(Sent. C-011 de 2013. M.S. Alexei Julio Estrada) por vicios de procedimiento.

Lo anterior nos coloca en un panorama incierto, en cuanto a regulaciones siquiera parciales, máxime si el legislador regula solo para situaciones de coyuntura, originadas en deberes adquiridos mediante la suscripción de acuerdos comerciales con otras naciones.

La penalización de los delitos contra los derechos de autor en Colombia

Ya vistos de manera somera los fundamentos constitucionales y legales, así como las iniciativas del sector privado para la protección de los derechos de autor, resulta necesario articular el análisis descriptivo con las normativas que penalizan las conductas contra los derechos de autor. En tal evento, se hace referencia al Código Penal, Ley 599 (2000), del cual se transcriben apartes importantes.

Art. 270. *Violación a los derechos morales de autor. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:*

1.- *Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.*
(...)

Art. 271 - Defraudación a los derechos patrimoniales de autor. *Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley:*

1. *Por cualquier medio o procedimiento, sin autorización previa y expresa del titular, reproduzca obra de carácter literario, científico, artístico o*

cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

(...)

3.- *Alquile o de cualquier otro modo comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.*

7.- *Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de la televisión por suscripción.*

Art. 272- Violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones. *Incurrirá en multa quien:*
(...)

2.- *Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.*

En ninguno de los supuestos transcritos, se evidencia una alusión directa y específica al tráfico de contenidos por la red que violen los usos autorizados; a lo sumo, se llega hasta los programas de ordenador. Ya las interpretaciones extensivas que se hagan de la Ley no serían admisibles toda vez que la tipificación debe ser precisa para que se puedan enmarcar las conductas violatorias del derecho. De otra parte, no existen aún los protocolos para detección y recopilación probatoria y tampoco se podrían aplicar en la mayoría de los casos por las dificultades de individualización y la falta de jurisdicción frente a muchos de los transgresores, lo cual obligaría a suscribir multitud de acuerdos o tratados para conseguir, de alguna manera, controlar las violaciones a la ley por parte de personas de diversas latitudes.

Propiedad intelectual e internet: incertidumbre normativa

Pese a que han surgido iniciativas en pro de la protección de derechos de autor en la internet, lo cierto es que el legislador colombiano incurre en omisión al no abordar por lo menos un estudio profundo acerca de las diversas formas de defraudación de tales derechos en internet, a fin de poder tipificar las conductas infractoras y su correspondiente régimen de responsabilidad. Además, se debería encausar a los proveedores de servicios y los usuarios regulares, hacia una normativa que proteja a los autores en cuanto se usen sus contenidos, como en efecto lo hacen sin que medie protección alguna. Hasta el momento, la protección solo llega hasta los programas de ordenador⁹ (decisión Andina 351, 1993, art.), pero no va más allá, es decir, hasta el flujo de contenidos por la red.

Si tomamos en cuenta la expresión vaga del art. 2 de la Ley 23 de 1982¹⁰, en donde deja abierta la posibilidad de control de diversos medios y, “*en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer*”. Lo cierto es que termina siendo muy gaseosa la analogía como posibilidad de aplicación real, pues se requeriría de precisiones a través de instrumentos normativos, lo cual, además, implicaría la modificación de los tipos penales, y la puesta en marcha de mecanismos probatorios avalados desde la experticia tecnológica.

La gran dificultad para la protección de los derechos de autor en los eventos de circulación y aprovechamiento de conocimientos y creaciones por la red, en cuanto cuentan con autores reconocidos, es la universalidad de estas rutas de transmisión de datos, toda vez que no se pueden enmarcar aún dentro del concepto de jurisdicción para su debido control. Por otro lado, el mismo problema de inexistencia de fronteras en términos jurídicos, dificulta enormemente siquiera un mínimo control en cuanto los usuarios de la red pertenecen a diversas nacionalidades.

A nivel de proyectos presentados ante el legislativo colombiano, es destacable el Proyecto 001 de 2012, por medio del cual se establecen limitaciones y excepciones al derecho de autor; presentado a la Cámara de Representantes para su trámite y debate. Este contemplaba la siguiente previsión:

Artículo 1º. Sin perjuicio de las limitaciones y excepciones establecidas al derecho de autor y los derechos conexos en la legislación, será lícito realizar, sin autorización del autor o titular de los derechos y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

a) La reproducción temporal en forma electrónica a que se refieren los artículos 12 literal a), 166 literal c) y 172 literal a) de la Ley 23 de 1982 que forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red informática entre terceras partes o una utilización lícita de una obra, interpretación o ejecución, o un fonograma.

⁹ Decisión Andina 351 de 1993. Art. 23.- Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto. En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.

¹⁰ Esta Ley también acoge las previsiones normativas de la Decisión Andina 351 de 1993, en cuanto a dejar abiertos los espacios de protección en todos los medios conocidos y los por conocer.

Dicha forma de reproducción deberá entenderse exenta de cualquier finalidad de lucro”. (Negrillas fuera de texto.) (Augusto Posada Sánchez, Juan Manuel Campo Eljach y Diego Naranjo Escobar).

Tal proyecto pretendía dar una puntada a los derechos de autor en internet, aunque solo fuera para facilitar la difusión con fines educativos y para un segmento de la población en condición de vulnerabilidad.

Tal vez, una suerte de legislación universal a través de la Ompi, pudiera tener la virtud de dotar de alcances mundiales la normativa que se llegase a expedir en procura de la protección de la propiedad intelectual, pero los progresos en ese sentido requieren del concurso de las naciones que hacen parte de los acuerdos y tratados. Ahora, la dificultad se acrecienta si se tiene, que cada país cuenta con normativas propias para controlar el uso de creaciones y, si bien, contienen las medidas de protección para obras, aún las extranjeras, los medios de difusión y divulgación por la red de internet no son objeto directo de tales regulaciones.

Paradójicamente, hoy es posible incluso adelantar los trámites de registro de creaciones vía online, pero no cuentan con protección específica y efectiva en cuanto a los usos no autorizados, es decir, protocolos legales de intervención, recolección de pruebas y persecución a los infractores; por las dificultades anotadas y por cuestiones de jurisdicción.

Pudieran surgir voces para decir que en verdad todas las formas de la creación del intelecto humano se encuentran de manera general previstas en la Ley y eso es en sentido amplio, cierto; sin embargo, lo que no se encuentra reglado son las condiciones de la divulgación por las redes de internet, es decir, las normas adolecen de precisiones en cuanto a tipificación de las infracciones en la red. Es más, ni siquiera se han establecido protocolos para la

detección de conductas violatorias y para la individualización; mucho menos para que las medidas sean vinculantes frente a personas de otras nacionalidades.

Las iniciativas Creative commons

No obstante, la relativa pasividad de los entes gubernamentales competentes o lo que sería más exacto decir, su omisión, existen iniciativas de origen privado que obviamente persiguen objetivos relacionados con la protección y seguridad de sus negocios. Es destacable en ese sentido, la iniciativa privada convertida en organización, creada Lawrence Lessig (2001) y denominada Creative commons, a la cual se asociaron empresas y entidades colombianas y que básicamente consiste en un proyecto internacional que pretende fortalecer a creadores para que sean ellos los que decidan las condiciones en que sus obras pueden ser usadas; qué derechos ceden, entregan y en qué condiciones. Vale decir que desde el 2006, Colombia ha comenzado a adaptar este tipo de licencias dándoles cierta aceptación legal. El sistema pretende que sean los autores los que definan las limitaciones al uso de sus creaciones. Y lo que finalmente define esta iniciativa es la difusión no comercial de obras y productos del intelecto humano.

Puede ser una tarea compleja definir en pocas líneas todo lo que abarca la iniciativa Creative commons. Para sintetizar, Ariel Vercelli (2004, p. 2), sostiene que uno de “sus principales objetivos es restablecer un equilibrio entre los derechos de los autores, las industrias culturales y el acceso del público en general a la cultura”. El sistema de Creative commons, resulta muy dinámico para la difusión de contenidos por internet en cuanto básicamente permiten al autor dejar el producto liberado al dominio público. Funciona básicamente desde una plataforma web que facilita a los autores, que así

lo deseen, compartir sus obras estableciendo los límites y alcances de sus derechos, lo cual se hace a través de un sistema de licencias abiertas (Vercelli, 2004) en las que deciden las condiciones para permitir el aprovechamiento. No obstante, al no formar parte del sistema normativo es prudente que al menos en Colombia, se registre la obra ante la oficina de la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

Conclusiones

El ejercicio de reflexión abordado a partir de la consulta de fuentes doctrinarias, normativas y del examen somero de los antecedentes del derecho internacional como nacional, hasta llegar al fenómeno de la sociedad de la información que se ha construido merced a internet y las dificultades que plantea, desde la legislación, la protección de los derechos de autor en este específico espacio virtual, han llevado a las siguientes conclusiones:

La fundamentación jurídica de los derechos de autor es un producto de la modernidad y en tal evento se ha visto signada más por aspectos de tipo económico en cuanto a comercialización, siendo de muy reciente cuño las previsiones referidas a los autores, en lo referido a los derechos morales, principalmente.

La conceptualización de los derechos de la propiedad intelectual se ha construido alrededor, o con los aportes de dos sistemas: el anglosajón conocido como, copyright y el sistema de derechos continental de derechos de autor.

El mayor aporte desde el plano internacional a la protección de los derechos de la propiedad intelectual, se da con la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ompi, organismo especializado que administra 26 tratados internacionales regulatorios de la propiedad intelectual y que, en suma, propor-

ciona lineamientos universales con fuerza vinculante sobre los ordenamientos internos de los países signatarios.

El sistema jurídico colombiano en sus comienzos no contó con verdaderos adelantos en cuanto a legislación protectora de los derechos de autor, pero en la actualidad, basa sus previsiones normativas sobre el tema en las normativas de la Ompi, la Decisión 351 del Pacto de Cartagena y todo ello se puede evidenciar en los contenidos de la Ley 23 de 1982, modificada de manera sucesiva para adoptar reformas con la pretensión de garantizar los derechos de autor.

La irrupción avasallante de la sociedad de la información en las autopistas de la red de internet, ha desbordado el universo normativo sin que, hasta la presente, al menos en Colombia, se hayan actualizado, por parte del legislador, las regulaciones protectoras de la propiedad intelectual en los nuevos escenarios tecnológicos.

Han existido eventos impulsores de la actualización normativa, tales como el Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica (TLC), que han propiciado la aparición de leyes como la 1520 de 2012; la cual pretendió regular un mínimo de aspectos relacionados con la retransmisión de eventos televisivos, que sin abarcar un mínimo contexto de los eventos de la red de internet, resultaba sin embargo alentador, no obstante, de haber sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

También han existido iniciativas consistentes en proyectos de ley como el Proyecto 001 de 2012, que pretendía hacer claridad sobre el uso de obras y creaciones que favorecieran el uso autorizado y no oneroso para procesos pedagógicos en segmentos de población diversa, en cuanto se necesitaba adaptar los contenidos para su especial difusión.

La legislación penal colombiana no contempla normas con la descripción típica adecuada, que permitan el control y penalización de los usos no autorizados e ilegales de las obras y demás creaciones del intelecto, susceptibles de protección legal y tal carencia impide concretar normativamente la protección por medio de la sanción.

Desde el sector privado, y como una iniciativa casi global, ha surgido un sistema denominado Creative commons (al que han adherido empresas y particulares colombianos) que consiste en una plataforma web para que los autores, apartándose del sistema jurídico, pero sin transgredirlo, puedan registrar sus obras disponiendo con libertad de los derechos que quieran reservarse y expresando las condiciones para la difusión, uso, transformación y transferencia de sus creaciones. Se anota eso sí que al no ser parte integral del sistema normativo, la oposición a terceros debe estar mediada por el registro ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

Ante la consolidación y masificación del fenómeno de internet en la sociedad del conocimiento de carácter universal, un sistema idóneo para la eficaz protección de los derechos de propiedad intelectual, debería ser una elaboración desde el derecho internacional, de manera que los infractores puedan ser vinculados desde una jurisdicción plurinacional o transnacional y de esta manera elevar los índices de protección.

Ya desde el sistema jurídico colombiano, se hace necesario que el legislador aborde la tarea regulatoria que consiga actualizar, desde los derechos, desde la tecnología y desde el régimen penal, la protección de los derechos de autor. Así mismo se requiere la actividad pedagógica en busca de una cultura de respeto por la propiedad intelectual.

Referencias

- Chartier, R. (1994). ¿Qué es un autor? Libros, lecturas y lectores en la edad moderna. (Trad. de Mauro Armíño). Madrid: Alianza.
- Colombia. Cámara de Representantes. (2012). Proyecto de Ley 001 de 2012, por medio de la cual se establecen limitaciones y excepciones al derecho de autor. Presentado por Augusto Posada Sánchez, Juan Manuel Campo Eljach y Diego Naranjo Escobar. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=001&p_consec=33420
- Colombia. Congreso de la República. (2012). Ley 1520 de 13 de abril de 2012. Por medio de la cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del “Acuerdo de Promoción Comercial”, suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su “Protocolo Modificadorio, en el Marco de la Política de Comercio Exterior e Integración Económica”. Diario Oficial, No. 48.400 de 13 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46942>
- Colombia. Congreso de la República. (2000). Ley 599 de 2000. (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial, 44097 del 24 de julio de 2000. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>
- Colombia. Congreso de la República. (1982). Ley 23 de 1982. (28 de enero de 1982). Sobre derechos de autor. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>
- Colombia. Congreso de la República. (1946). Ley 86 de 1946. (26 de diciembre) (Derogada)
- Sobre propiedad intelectual. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1791036>
- Colombia. (1886). Constitución Política de 1886. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#3>
- Colombia. Ministerio de Industria y Comercio. (2006). Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América. Disponible en: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. (1886). Disponible en: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283698
- Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (enmendado el 28 de septiembre de 1979). Estocolmo. Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/convention/>
- De Sanctis, V. (1974). Desarrollo y consagración internacional del derecho de autor. (Trad. de Juana Martínez-Arretz). París: Ed. RIDA.
- Díaz, J. (1999). Periodismo y derechos de autor: evolución histórica de la protección jurídica sobre la obra informativa. Revista de Estudios de Comunicación. Vol. 4 (7) Diciembre 1999. pp. 193-218. Disponible en: <http://www.ehu.eus/zer/hemeroteca/pdfs/zer07-11-diaz.pdf>
- Guzmán, A. (1995). Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Lawrence Creative commons. (2001). Disponible en: http://co.creativecommons.org/?page_id=12

Organización de Naciones Unidas. Asamblea General de Naciones Unidas. (1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1sicos/1_Generales_DH/1_Declaracion_Universal_DH.pdf

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ompi. (2016). Ginebra, Suiza. Disponible en: http://www.wipo.int/sme/es/e_commerce/ip_ecommerce.htm

Ossa, C. (2007). Derechos de autor y derechos conexos como herramientas estratégicas para avanzar hacia una sociedad del conocimiento. El caso de Chile. *Revista de Derecho Informático* (104). Marzo. 2007. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2291429>

Pabón, J. (2009). Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. *Revista la Propiedad Inmaterial*, No. 13. Universidad Externado de Colombia. pp. 59-104. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/457>

Plaza, J. (1997). El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vercelli, A. (2004). Guía de licencias Creative commons. Versión 2.0. Buenos Aires. Disponible en: <http://www.arielvercelli.org/gdlcc2-0.pdf>

Xalabarder, R. (2005). Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? IDEP. *Revista de Internet, Derecho y Política*. (1) Noviembre 2005. Universitat Oberta de Catalunya: Editora. Disponible en: <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/xalabarder02.pdf>

Zapata, F. (2001). El derecho de autor y la marca. La propiedad inmaterial. *Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*. Universidad Externado de Colombia. No. 2. pp. 9-25. Disponible en: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaPropiedadInmaterial/rpi2/revPropiedadInmaterial02.pdf



UNISANGIL

ISSN 1692-6404 San Gil, Santander, Colombia

Núm. 10 - Enero - Diciembre de 2014

AL DERECHO & AL REVÉS

REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE UNISANGIL

Impreso: EDISOCIAL Nit. 800085675-8 Tel. 7242547 San Gil



San Gil, Santander
Campus universitario
Km 2 vía Charalá
PBX: (7) 724 5757
(7) 724 6565

Chiquinquirá, Boyacá
Calle 18 No. 12-18
PBX: (8) 726 6058
(8) 726 0002

Yopal, Casanare
Campus Universitario:
Km 2 vía Matepantano
Sede Administrativa:
Calle 7 No. 20-63
PBX: (8) 634 1700

VIGILADA MINEDUCACIÓN

www.unisangil.edu.co