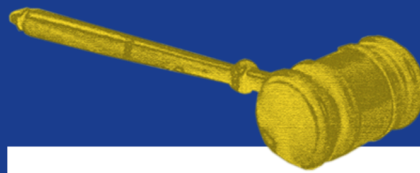


ANUARIO
JUSTICIA
Y **R**AZÓN



2012

PROGRAMA DE DERECHO

COORDINADORES

ALEXANDER CRUZ MARTÍNEZ

WILLAM MARTÍNEZ LUNA



UTADEO

UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

Anuario justicia y razón : programa de derecho 2012 /
Coordinadores Alexander Cruz Martínez, William
Martínez Luna. -- Bogotá : Universidad de Bogotá Jorge
Tadeo Lozano. Facultad de Ciencias Sociales. Programa
de Derecho, 2014.
178 p.

1. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. 2. DISCRIMINACIÓN EN LA EDUCACIÓN. 3. DE-
RECHO A LA VERDAD. 4. DERECHO FINANCIERO. 5. BIOÉTICA. I. Cruz Mar-
tínez, Alexander, coord. II. Martínez Luna, William, coord.

CDD340.02"A636c"

Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano
Carrera 4 N° 22-61 - pbx: 242 7030 - www.utadeo.edu.co

Anuario Justicia y Razón 2012

Primera edición: 2014

Rectora: CECILIA MARÍA VÉLEZ WHITE

Vicerrectora académica: MARGARITA MARÍA PEÑA BORRERO

Director de Investigación, Creatividad e Innovación: LEONARDO PINEDA SERNA

Decano de la Facultad de Ciencias Sociales: JORGE ORLANDO MELO GONZÁLEZ

Decano del Programa de Derecho: CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GONZÁLEZ

Editor en jefe: JAIME MELO CASTIBLANCO

Coordinación editorial: HENRY COLMENARES MELGAREJO

Revisión de textos: HENRY COLMENARES MELGAREJO

Diseño de portada: LUIS CARLOS CELIS CALDERÓN

Diagramación: MARY LIDIA MOLINA BERNAL

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin
autorización escrita de la Universidad.

IMPRESO EN COLOMBIA - PRINTED IN COLOMBIA

ANUARIO
JUSTICIA Y RAZÓN
PROGRAMA DE DERECHO
2012

COORDINADORES:

Alexander Cruz Martínez

William Martínez Luna



UTADEO

UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO

Facultad de Ciencias Sociales

Programa de Derecho

CONTENIDO

	Pág.
PRÓLOGO	9
Análisis del régimen jurídico de los manuales de convivencia en colegios religiosos y privados de Bogotá frente a la discriminación de estudiantes LGBTI <i>Jennifer Torres Caicedo</i>	11
Realidad de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales en el ámbito escolar colombiano <i>Ángela Patricia Rojas Camargo</i>	39
El derecho a la verdad: uno de los principales derechos en cabeza de las víctimas. Una aproximación a la regulación nacional e internacional <i>Lorena Raba González</i>	65
El mundo de los excluidos: descripción introductoria al principio de justicia como limitante en las políticas en investigación genética actual <i>Ximena Medina Suárez</i>	97
Nuevas formas de criminalidad: el derecho penal económico. Estudio comparado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas <i>Mónica Maritza Rodríguez</i>	121
El conflicto de intereses en administradores de sociedades comerciales <i>José Nicolás Mora Alvarado</i>	145

PRESENTACIÓN

El anuario “Justicia y Razón” se ha venido consolidando como un escenario fundamental en la difusión del conocimiento construido a través de los proyectos de investigación adelantados por los estudiantes y egresados del Programa de Derecho de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, coordinado por nuestros profesores y enmarcado en los lineamientos de investigación de la facultad de Ciencias Sociales y del propio Programa.

La Universidad Jorge Tadeo Lozano ha sido acreedora de la Acreditación Institucional de Alta Calidad, esto significa una mayor visibilidad en los procesos de creación y transmisión del conocimiento producido por nuestra comunidad académica. Por tal motivo, escenarios para la difusión de artículos, asistencias de investigación y ponencias de nuestros estudiantes y egresados, como el Anuario que les presento, tienen ahora una mayor proyección y visualización por parte de la comunidad académica y profesional, no solo en el ámbito nacional, sino una mayor aceptación en el escenario internacional.

Por tal motivo, este Anuario se constituye en un incentivo para los alumnos y egresados del Programa de Derecho que desean que su esfuerzo en la construcción del conocimiento sea objeto de divulgación, discusión y apropiación por parte de la comunidad académica, pues si la ciencia es compartida, la sociedad por siempre se verá enriquecida.

CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GONZÁLEZ

Decano Programa de Derecho

Facultad de Ciencias Sociales

Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

PRÓLOGO

Tenemos el agrado de presentar la tercera versión del Anuario Justicia y Razón. Como todos los años, esta publicación se convierte en un interesante medio de divulgación académica de los artículos de investigación más destacados que elaboran nuestros egresados, con base en las tesis preparadas para optar al título de abogado. Esta, que para muchos es su primera publicación, los acerca nuevamente con su casa de estudios pues constituye un espacio muy importante para dar reconocimiento a su labor investigativa y motivarlos a continuar escribiendo y publicando sus escritos.

En esta oportunidad se seleccionaron seis trabajos producidos durante el año 2012. El primero, elaborado por **Jennifer Torres Caicedo**, se encarga de hacer un análisis del régimen jurídico de los manuales de convivencia en colegios religiosos y privados de Bogotá frente a la discriminación de estudiantes LGBTI. El segundo, de autoría de **Ángela Patricia Rojas Camargo**, se enfoca en la teorización del principio de igualdad y de no discriminación frente a la situación de la población LGBTI en el sistema escolar colombiano.

Ambas investigaciones llaman fuertemente la atención respecto a la violación sistemática de los derechos fundamentales de ese grupo poblacional por parte de los diferentes actores del sistema educativo, laico y confesional, haciendo hincapié en la necesidad de una efectiva intervención estatal que contenga los abusos que se cometen. Este tipo de violaciones no solo rompe los principios de igualdad y justicia, sino que además atenta contra la dignidad de quienes asumen opciones sexuales diferentes a las de las mayorías.

Siguiendo con la línea de los derechos humanos, se presentan a continuación dos trabajos muy interesantes y de actualidad en la agenda política. De una parte, Lorena Raba González profundiza en el derecho que tienen las víctimas del conflicto armado colombiano a la verdad, a partir de los fundamentos normativos internacionales y nacionales. De otra parte, Ximena Medina Suárez analiza los límites jurídicos en materia de investigación genética en preembriones, en el ámbito colombiano de la Constitución de 1991.

En el campo del derecho penal comparado, **Mónica Maritza Rodríguez** investigó sobre las nuevas formas de criminalidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el campo económico. Su estudio concluye que existen vacíos en las legislaciones que acogen el principio de la responsabilidad criminal de estos sujetos de derecho, de la misma forma que subsisten en el ordenamiento

jurídico nacional, por lo que propone reformas sustanciales que hagan efectiva su penalización y la de sus administradores con el propósito de amparar el bien jurídico llamado orden económico.

Finalmente, tenemos el trabajo de **José Nicolás Mora Alvarado** quien aborda el estudio de los deberes de los administradores de las sociedades comerciales. Su análisis se centra en el conflicto de interés regulado por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y las consecuencias jurídicas que acarrea su violación.

Es oportuno destacar también la labor de los docentes y del personal administrativo del Programa de Derecho, quienes han guiado, apoyado y evaluado la obra de estos estudiantes. De esta manera, dejamos en sus manos este valioso documento que sin duda será un gran aporte en el mejoramiento constante de los procesos de investigación de esta casa de estudios, que ya cuenta con acreditación de alta calidad, y especialmente del Programa de Derecho que ya avanza por ese camino.

ALEXANDER CRUZ MARTÍNEZ
Docente Programa de Derecho

WILLIAM MARTÍNEZ LUNA
Docente Programa de Derecho

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MANUALES DE CONVIVENCIA EN COLEGIOS RELIGIOSOS Y PRIVADOS DE BOGOTÁ FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN DE ESTUDIANTES LGBTI*

*Jennifer Torres Caicedo***

Sumario: INTRODUCCIÓN. **I.-** El manual de convivencia en el sistema jurídico. **II.-** Características del manual de convivencia. **III.-** Manuales de convivencia en cuanto a la homofobia. **IV.-** El estado actual del manual de convivencia y la jurisprudencia en cuanto a género, matoneo y diversidad sexual. **V.-** Y, ¿qué esperamos de nuestro futuro? CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1991 propone un modelo de Estado Social de Derecho, a través del cual se logre un cambio para construir un país más justo e igualitario en el que se garanticen todos los derechos. Sin embargo, es evidente que ello no es así, debido que la Constitución no contempló la diversidad sexual que hace parte del dinamismo de la sociedad colombiana. No obstante, la textura abierta del texto constitucional, permite la inclusión de poblaciones minoritarias e históricamente excluidas, como la comunidad LGBTI.

* El presente artículo, se estructura a partir de la existencia del grupo de investigación *“Argumentar el género en la escuela: la normatividad, antidiscriminación y realidad sociolingüística de los jóvenes”*, dirigido por el Dr. Jairo Mauricio Pulecio Pulgarín y la profesora Adriana Plazas Salamanca. El artículo fue presentado para obtener el título de abogada de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y evaluado por los jurados Adriana Collazos y Alexander Cruz Martínez.

** Abogada de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, graduada en el año 2013. Actualmente adelantando especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Colombia. Interventora en el concepto técnico presentado por la ONG Colombia Diversa, expediente T-3.277.032 de la Corte Constitucional. Evaluadora de primer nivel en la 6° Versión del Concurso Nacional de Cuento 2012, en homenaje a Rafael Pombo, realizado por el Ministerio de Educación Nacional. Evaluadora de primer nivel en la 7° Versión del Concurso Nacional de Cuento 2013, en homenaje a Andrés Caicedo, realizado por el Ministerio de Educación Nacional. Correo electrónico: jennifertorrescaicedo@gmail.com

El propósito de este artículo es mostrar los vacíos y afectaciones de derechos fundamentales¹ que contiene el manual de convivencia –en adelante MC–, como normatividad colombiana, en temas relacionados a la orientación sexual diversa (estudiantes que se identifican como personas homosexuales, lesbianas, bisexuales, transgeneristas e intersexuales). Los vacíos y afectaciones se establecieron con ayuda del estudio de dos MC pertenecientes a colegios privados religiosos de Bogotá.² Asimismo, se realizó trabajo de campo con los mismos estudiantes y se estudiaron varias sentencias de tutela relacionadas con el tema de identidad de género y el matoneo.

El texto se enmarca bajo las siguientes preguntas de investigación: ¿cuáles son los límites que puede tener e imponer el MC en los colegios privados religiosos de Bogotá, al momento de sancionar a un estudiante, cuando evalúa situaciones relacionadas con su orientación sexual? ¿Qué ha dicho la Corte Constitucional frente al tema del tratamiento que deben dar las escuelas a estudiantes con orientación sexual distinta a la heterosexual, y qué repercusión tienen tales planteamientos en la regulación de planteles de educación básica y media en colegios privados religiosos de Bogotá?

La investigación está dividida en cuatro momentos. En primer lugar, muestra que al momento de originarse el MC, este tiene que estar subordinado a las normas de la Constitución Política como norma fundamental (principio de la supremacía de la Constitución). Aparte de ello, también tiene que someterse a la subordinación de las normas nacionales y locales de la Secretaría de Educación, para que de esta manera el MC se efectúe de una forma eficiente que beneficie y no afecte a los integrantes de la comunidad educativa.

En la segunda sección se exponen las características del MC, las cuales son: el manual como contrato de adhesión, la constitución de reglas mínimas, y la participación de la comunidad educativa. Estas características se analizan respecto a la orientación sexual no heterosexual. En la tercera sección, a partir de los MC seleccionados,³ y partiendo de datos que muestran la existencia de la homofobia (discriminación basada en género y orientación sexual), se explicará

-
- 1 Derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, a la integridad personal, a la educación y a la libertad de culto.
 - 2 Se escogió esta característica institucional debido que a través de la historia, haciendo énfasis a este tipo de problemática (diversidad sexual), hemos venido observando y viviendo conductas negativas que han dejado huella a través de varias generaciones.
 - 3 No se pudo estudiar la totalidad de los manuales de convivencia de colegios privados religiosos de Bogotá, debido a la dificultad logística que ello apareja.

el porqué de la existencia de violaciones a personas con una orientación sexual diferente a la heterosexual.

Finalmente, en la cuarta sección se realizan aportes a la orientación sexual diversa desde el punto de vista de la jurisprudencia con enfoque de género y matoneo. Para ello se realiza un test de proporcionalidad en abstracto, que evalúa la colisión entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y libertad de cultos, dado que son derechos fundamentales que chocan cuando se piensa en estudiantes LGBTI en escuelas privadas pertenecientes a una comunidad religiosa. Para terminar se proponen algunos mecanismos de gran importancia para contrarrestar la homofobia en los colegios privados religiosos de Bogotá y se plantean las conclusiones.

I. EL MANUAL DE CONVIVENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO

Según el inciso primero del artículo 4 de la Constitución Política de Colombia “la Constitución es norma de normas”, es decir es el conjunto principal de reglas jurídicas que rigen en una sociedad, y por ello recoge los principios generales, el catálogo de derechos fundamentales y los mecanismos para garantizarlos. Es por esto que al momento de promulgarse una norma de menor jerarquía, esta se tiene que ceñir, formal y materialmente, a la Constitución Política de Colombia. De igual forma el diseño, funcionamiento y control de los poderes del Estado debe conducirse bajo el marco constitucional. Javier Orlando Román y Ana Patricia Pabón Mantilla (2007: 17) afirman que:

El principio de la supremacía se erige como una garantía del respeto de los derechos fundamentales y constituye a su vez un control sobre todo el ordenamiento jurídico que se halla subordinado y obligado a mantener su integridad (...) el principio de supremacía, es considerado como un derecho fundamental, ya que brinda una asesoría o guía a las personas y al poder público para que ellos a su vez vigilen su cumplimiento y para que ejerzan sus competencias al margen de la Constitución y de esta manera se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas.

Por otra parte, respecto al principio de supremacía aplicándolo a los MC, la Corte Constitucional en Sentencia T-266 de 2006 se ha pronunciado señalando que:

Los manuales de convivencia deben ser la expresión y garantía de los derechos de los asociados, enriquecidos y expresados en un contexto claramente educativo (...) los manuales de convivencia y demás

reglamentos educativos son, en alguna medida, un reflejo mediato de las normas superiores, razón por la cual su validez y legitimidad, depende de su conformidad con las mismas.

En Colombia, los MC en una institución educativa, son reglamentos internos que contienen derechos y obligaciones para todos los miembros de la misma, esto con el fin de asumir los aprendizajes básicos y aplicarlos a la convivencia escolar.⁴ En dichos manuales, los derechos y obligaciones que se imponen en un plantel educativo tienen que armonizarse, en primer lugar, con la Constitución Política y, en segundo lugar, con las resoluciones y actos administrativos emitidos por las autoridades de educación encargadas de estudiar y vigilar el funcionamiento de todos los planteles.

De conformidad con el Decreto 330 de 2008 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, las autoridades de educación como organismos del sector central y eje principal para el caso de Bogotá, tienen como función vigilar, orientar y liderar la formulación y ejecución de políticas, planes y programas de los establecimientos educativos. Lo anterior para garantizar el derecho a la educación y asegurar a la población el acceso al conocimiento y a la formación integral. Es por ello que al crear el MC, este tiene que ser aprobado por el Consejo Directivo⁵ quien verifica eficientemente la subordinación que debe tener el MC a la Constitución Política, asimismo a las normas del Ministerio de Educación y la Secretaría de Educación Distrital y a normas o resoluciones de nivel local.

Es así, que el MC es una norma jurídica que hace parte del sistema jurídico colombiano democrático, debido a la subordinación que lleva hacia las normas superiores anteriormente expresadas. Es importante recalcar que las normas superiores no son de aplicación o subordinación absoluta, ya que una norma no puede complementar o regir todas las acciones o cambios que se generan en una comunidad, en este caso la educativa; de ser así, se podría llegar a muchas consecuencias como lo sería la desigualdad o discriminación a una persona. Para ser más claro, un ejemplo fue lo ocurrido en el año 2008 frente a dos estudiantes lesbianas en la ciudad de Manizales.⁶ Efectivamente se evidencia un

4 Al respecto, la Sentencia T-430 de 2007, aclara que la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, faculta a los establecimientos educativos privados o públicos a crear y expedir con la voluntad de la comunidad educativa, reglamentos internos o manuales de convivencia, destinados a regular derechos y obligaciones de quienes se encuentran involucrados en el establecimiento educativo.

5 La Junta Directiva representa jurídicamente a la comunidad educativa.

6 Dos estudiantes lesbianas del Colegio Leonardo Da Vinci de Manizales, tras haber ganado la tutela como fundamento principal el derecho a la educación y el libre desarrollo de la per-

hecho discriminatorio por parte de las directivas y de las mismas compañeras, lo que constituye una existencia clara de homofobia en la educación.

El argumento de la rectora del colegio, consistía en que las dos niñas lesbianas eran un mal ejemplo para sus compañeras. Esta manifestación genera una violación al derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad y como consecuencia a su integridad personal por maltratos verbales que afectan su equilibrio emocional. Al momento de presentarse este caso de discriminación, los directivos académicos utilizaron el respaldo del artículo 68 de la Constitución Política.

El artículo establece, que la comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación y los padres de familia tendrán derecho a escoger el tipo de educación para sus hijos; es decir que si la comunidad educativa y los padres de familia no están de acuerdo con el vínculo de estudiantes del mismo sexo, estos estudiantes deberán salir de la institución por el respaldo de dicho artículo. De ahí que, aunque es claro que el artículo 68 hace parte de principios constitucionales, ello no significa que tiene que aplicarse de manera absoluta, puesto que existen otros principios constitucionales que se tienen que aplicar de manera armónica respecto al caso, en aras a la igualdad y no discriminación.

II. CARACTERÍSTICAS DEL MANUAL DE CONVIVENCIA

En cuanto a la definición legal del reglamento interno de un establecimiento educativo, en la Ley 115 de 1994 se especifica en su artículo 87, que en el MC o reglamento se definen derechos y obligaciones de los estudiantes y los padres o tutores al firmar la matrícula correspondiente en representación de sus hijos. La Corte Constitucional en Sentencia T-859 de 2002, respecto a la naturaleza jurídica del MC expresó que:

El manual de convivencia tiene una naturaleza tripartita, pues de un lado reviste las características propias de un contrato de adhesión; por el otro, constituye las reglas mínimas de convivencia escolar, dentro del ámbito de la autonomía conferida a los centros educativos y, finalmente, es

sonalidad, fueron recibidas nuevamente en su colegio con manifestaciones por parte de las alumnas y asimismo aceptadas por los directivos académicos. Véase en entrevistas del Radar del canal Caracol (“entrevista a estudiante lesbiana Manizales”) del año 2008. <http://www.youtube.com/watch?v=M14lfwljlw>

también expresión de la participación y el pluralismo, toda vez que en su diseño concurre toda la comunidad educativa (...).

Para un mayor entendimiento de la naturaleza tripartita que nos proporciona la Corte Constitucional de los MC de un colegio privado, a continuación se explicarán los significados y sus efectos.

A. Manual de convivencia como contrato de adhesión

Dado que el MC se acoge al régimen del contrato de adhesión, es importante hacer una breve presentación de esta figura contractual del derecho privado. Ricardo Lorenzetti (2004: 140) define el contrato de adhesión cuando en un contrato *“la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas”*.

La Corte Suprema de Justicia en sala de Casación Civil en Sentencia de 18 de febrero de 2003, ha dicho respecto a la definición del contrato de adhesión que *“Es caracterizado porque el empresario predisponente somete a consideración del potencial cliente un reglamento convencional inmodificable al cual queda vinculado por la mera aceptación”*. A su turno en la Sentencia del 4 de noviembre de 2009 que *“Para su interpretación, debe acudirse a los postulados legales tutelares de la equidad natural que debe presidir las relaciones contractuales, entre ellos... la buena fe y la equidad en las relaciones contractuales...”*.

En este orden de ideas el contrato de adhesión expresa o recoge una libertad contractual, ya que el contratante puede establecer unilateralmente el contenido del contrato, pero aun así, un contrato de adhesión no puede desconocer o imponer condiciones arbitrarias que atenten contra el principio de la buena fe, ni contra los demás intereses protegidos por el derecho contractual, que surgen entre las partes.

Al tener el MC las características de un contrato de adhesión, la entidad escolar propone unilateralmente la normatividad que se le aplicará a sus estudiantes, directivos y especialmente a padres de familia al momento de suscribir o al aceptar su contenido. Se entiende que son obligaciones que posteriormente tienen que cumplirlas sin poder modificarlas a menos que sean postulaciones discrecionales. De ahí que, importa reconocer que la persona al aceptar el contrato es libre, o no, de comprometerse en lo que pacte y de esa manera se entiende que para dirimir cualquier controversia no puede apartarse fácilmente de su reglamento ya que fue la voluntad que formó la legitimidad del contrato.

Una falencia que se encuentra en el MC según sus características como contrato de adhesión es que la misma institución o entidad educativa tiene la disposición de crear sus propias normas. De acuerdo con la capacidad que tiene el establecimiento educativo de imponer sus propias normas, los MC que fueron objeto de estudio mostraron que el tema del libre desarrollo de la personalidad se aborda superficialmente o carece de mención o peor aún, se atenta contra este derecho,⁷ efectuando así vulneraciones a los estudiantes en sus derechos al momento de existir una sanción referente a ello. Es por esto, que los colegios que tienen una autonomía en imponer sus propias normas, deben establecer la regulación de temas que son parte del cambio social que se está viviendo actualmente y asimismo impartirlos eficientemente.

B. Reglas mínimas

Los derechos y obligaciones deben estar en el reglamento estudiantil, puesto que permite regular la convivencia tanto de los estudiantes como de los directivos. Estas reglas mínimas son el inicio de un reglamento estudiantil como principio básico. En cuanto a la orientación sexual y de género en la educación, las reglas mínimas no pueden estar limitadas en los reglamentos estudiantiles ya que hoy por hoy existen normas que protegen a las personas con una orientación sexual hacia el mismo sexo, como por ejemplo los artículos 13 y 16⁸ de la Constitución Política de Colombia; también tenemos el *soft law*⁹ como principios de Yogyakarta,¹⁰ y la Convención Interamericana de Derechos Humanos.¹¹

7 Manual de convivencia colegio YYYY establece como falta grave el homosexualismo dentro y fuera de la institución.

8 Las personas con una orientación sexual hacia el mismo sexo, no recibirán ninguna discriminación y tendrán las mismas oportunidades que los demás. Tener una orientación sexual hacia el mismo sexo tiene que ser respetado, ya que es un derecho que tienen cada persona a su libre desarrollo de la personalidad y esta condición la ley no la limita.

9 El *soft law* es el conjunto de principios que dada su importancia son fuentes del derecho, es decir tienen un valor jurídico importante tratándose en el tema del respeto a los derechos humanos y es aplicado en Colombia dada la aceptación de tratados internacionales en los que tiene que ver los derechos humanos.

10 Los principios de Yogyakarta son aplicados a la legislación internacional en el tema de los derechos humanos protegiendo la orientación sexual y la identidad de género. Estos principios fueron originados para la protección de las personas que son homosexuales, lesbianas o bisexuales, ya que a lo largo de nuestra historia y hoy en día, se han presentado violaciones atroces referentes a los derechos humanos.

11 La Convención en su artículo 1, establece la no discriminación a las personas por su raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, en este caso se hace

Existen también organismos internacionales como la Unesco que han realizado estudios y publicaciones sobre la igualdad de trato en la educación, asimismo generan diálogos con jóvenes del mundo respecto al tema de la diversidad sexual en la educación.¹² El problema del manejo de estas protecciones radica en que las entidades escolares no saben cómo aplicarlos al MC, y temen que los señalen como patrocinadores de una tercera opción de orientación sexual a los estudiantes.

En dos colegios religiosos privados bogotanos, las reglas mínimas son enfocadas hacia la formación y respeto de personas heterosexuales,¹³ más no generadas desde la existencia de una diversidad sexual en los estudiantes, creando así desconocimiento en el tema, irrespeto y vulneración a diversos derechos que adquieren los estudiantes. Es importante establecer que los órganos encargados de promocionar la igualdad de condición sexual,¹⁴ no saben ni han brindado mecanismos o parámetros para saberlos aplicar a los MC.

Los reglamentos educativos enfocados desde la protección solo hacia personas heterosexuales, generan y siembran un temor a las reacciones sociales cuando alguien quiere manifestar y expresar su orientación sexual hacia el mismo sexo, es por esto, que se origina una violencia por parte de la comunidad estudiantil por prejuicios y falta de lineamientos al enseñar la sexualidad relativa, al punto de que estas personas maltratadas se ven atrapadas y como consecuencia de su desesperación algunas han llegado al suicidio.¹⁵

referencia a las personas que tienen orientación sexual hacia el mismo sexo.

- 12 La organización de la Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura realizó una consulta técnica internacional sobre la ampliación de la educación relativa a la sexualidad. Se llevó a cabo en la sede de la Unesco del 13 al 15 de marzo de 2012. Un punto a resaltar fue la falta de interés por parte de los gobiernos, establecimientos educativos y de la comunidad, en cuanto a la preparación de docentes para enseñar conocimientos y respetos de diversidad sexual a los estudiantes. Como una solución a esta problemática uno de los jóvenes propuso que para la preparación de docentes, la Unesco podría llevar a cabo proyectos o lineamientos a los gobiernos. Ver: http://www.unesco.org/new/es/education/resources/online-materials/single-view/news/young_people_speak_out_on_sexuality_education/
- 13 Según los estudios realizados de los dos manuales de convivencia escogidos, uno de ellos establece como falta muy grave porque atenta contra la moralidad cristiana, las manifestaciones de homosexualismo y lesbianismo dentro y fuera del instituto; y el otro se enfoca o se refiere implícitamente a educar personas heterosexuales. Esto evidencia la restricciones de varios derechos fundamentales como los son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la educación.
- 14 Ministerio de Educación, Secretaría de Educación, alcaldías locales, etc.
- 15 Adolescente se suicida por acoso homofóbico en su escuela. Véase en Noticias Chelmevisión "Adolescente comete suicidio por acoso homofóbico (22/09/11)". <http://www.youtube.com/>

En el trabajo de campo realizado, logramos obtener de alguna manera la existencia o presencia de la homofobia en algunos estudiantes; por ejemplo, la expresión de las palabras de una estudiante de un colegio femenino privado religioso de Bogotá hacia las lesbianas fue *“Las lesbianas son asquerosas, esas viejas me dan mucho asco, que ni se me acerquen porque las trataría muy mal”*.

Estas palabras hacen ver la carencia del mismo colegio de brindar la enseñanza de una educación sexual,¹⁶ esto se debe en gran parte a la misma religión que está llena de prejuicios sobre estos temas (sexualidad y sexualidad relativa). Será muy difícil acabar con la violencia homofóbica ya que la nueva generación que viene en camino se está construyendo con estos mismos prejuicios.

C. Comunidad educativa

Respecto a la tercera naturaleza del MC (comunidad educativa), esta es la expresión formalizada y deseos de directivos, padres de familia, docentes, egresados y alumnos. La comunidad educativa es un punto muy importante en la naturaleza del reglamento educativo, ya que todo va encaminado al prospecto que quiere el padre en la formación escolar de sus hijos. En cuanto al tema de cátedra de diversidad sexual en los colegios, se ha visto dificultad en la realización y difusión de tales actividades por parte de las entidades estatales encargadas de mejorar la educación, ya que la mayoría de padres de familia y hasta funcionarios públicos las señala como partícipes en la difusión del homosexualismo en las escuelas.¹⁷

III. MANUALES DE CONVIVENCIA EN CUANTO A LA HOMOFOBIA

Para explicar el tema de la homofobia en los MC escogidos, se tiene que establecer

watch?v=IZ6KaoJtrcU&feature=fvsr

16 Entrevista a un grupo de cinco niñas de un colegio religioso de condición social alta. Ellas manifestaron que en el colegio no daban clase de sexualidad sino de ética de *“cómo comportarse frente a la sociedad como mujeres”*.

17 La concejal Clara Lucía Sandoval rechaza el proyecto educativo de implementar en algunos colegios distritales de Bogotá las clases de la comunidad LGBTI, manifestando que les estarían brindado una tercera opción de orientación sexual a los estudiantes. Véase en el artículo de prensa en *El Espectador* (*“Rechazan proyecto que incluiría clases de LGBTI en colegios”*) <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo-322453-rechazan-proyecto-incluiria-clases-de-lgbti-colegios>

una muy breve explicación de las normas referentes a la educación privada y religiosa; y un análisis de la única sentencia sobre el tema de orientación sexual en la educación, esto para conectarlo con el trabajo de campo realizado y poder encontrar las falencias que se presentan en cada reglamento estudiantil.

El decreto 1860 de 1994, muestra los lineamientos que ofrece el Ministerio de Educación Nacional frente al reglamento de una institución, tanto pública como privada. Este decreto evidencia una carencia respecto al tema de la orientación sexual diversa al momento de instruir la conformación de un reglamento interno a una institución educativa. Este decreto del Ministerio de Educación Nacional reglamenta parcialmente la Ley 115 de 1994, y contiene normas relativas al servicio público de educación con el fin de ofrecer lineamientos de la autonomía escolar y promover un eficiente desarrollo de la formación de los estudiantes y educandos.

En el artículo 17 del decreto se menciona que los derechos y deberes del MC deben tener una definición, por lo tanto deben contemplar unos lineamientos para que cada establecimiento realice debidamente su reglamento estudiantil. Esos lineamientos que ellos imponen, hoy por hoy, son aplicados por las instituciones educativas, pero se evidencia una gran falencia ya que por ejemplo la Secretaría de Educación se está refiriendo en su numeral 6 a posibles generaciones de discriminación por la apariencia personal de un estudiante.

Ello constituye el otorgamiento de la facultad a los colegios privados religiosos de establecer normas de acuerdo con sus principios y prejuicios de la apariencia personal de cada estudiante, llegando así posiblemente a afectar la misma identidad del alumno que constituiría una violación al libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental. Tanto el Ministerio de Educación como la Secretaría Distrital de Educación, y todos los entes relacionados con la educación, deben actualizar, adecuar e implementar parámetros o guías que fomenten la metodología correcta, acorde al cambio social que se está viviendo en la actualidad.

Ahora bien, un punto importante a tratar en el tema del MC frente a la homofobia, es el derecho al libre desarrollo de la personalidad respecto a manifestaciones del comportamiento sexual y orientación sexual en la educación. Lemaitre Ripoll (2009: 249) expresa que *“En 1998 la Corte relacionó el derecho al libre desarrollo de la personalidad con la opción sexual en un caso donde defendió el derecho de los adolescentes homosexuales a defender su identidad en las escuelas a través de su vestido, corte de pelo, actitudes, etc.”*.

La autora señala que la Sentencia T-101 de 1998 de la Corte Constitucional fue la primera que salió a proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad frente a la orientación sexual. Esta sentencia hace referencia a dos alumnos homosexuales que son expulsados de la institución por su condición sexual, es decir, discriminados por la comunidad educativa y establece que no se puede generar tal discriminación; por lo tanto se decidió el reintegro a la institución educativa. Los argumentos de la Corte se basan en que a los jóvenes homosexuales los pusieron en una condición desigual; en estos casos el ser humano tiene derecho a escoger una opción de vida que precisamente es la identidad personal de sí mismo, es decir el libre desarrollo de su personalidad, por lo tanto esta debe ser respetada.

Por esta razón decimos que la educación debe ser una educación formativa y no autoritaria, ya que hoy por hoy estamos en una sociedad llena de identidades diversas que debemos respetar. De ninguna manera una institución educativa nos puede limitar al libre desarrollo de la personalidad. La educación debe brindar valores y guías a los estudiantes y permitir que ellos escojan su propio proyecto de vida de acuerdo con estos lineamientos; lo cual contribuye al cumplimiento de los fines estatales: la democracia, la participación y el pluralismo.

Un problema que hemos vivido durante toda la historia es la discriminación generada por prejuicios que contienen las creencias religiosas. Al respecto Magendzo Abraham (2000: 183) señala que:

En el año 1981, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación originadas y realizadas en la religión. La declaración inculca la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión a los derechos humanos, pero hoy en día permanecen las manifestaciones de discriminación en el campo de la religión.

Ahora bien, en Colombia existió el Decreto Reglamentario 4500 de 2006 que regulaba la educación religiosa. El decreto establecía normas sobre la educación religiosa en los establecimientos oficiales y privados de educación, por medio de las cuales imponía a las instituciones educativas la obligación de crear la cátedra de religión con calificación académica. Este reglamento fue declarado inconstitucional ya que era un decreto con fuerza de ley y no un decreto reglamentario; el decreto no estaba originado para regular la ley sino que estaba creando regulaciones. Además, era contrario a la Constitución Política, específicamente frente a los artículos 16 y 19, que tratan sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de culto.

Realmente en Colombia todavía impera la religión a pesar de que se haya declarado la inconstitucionalidad de esta norma. Esto se evidencia porque hasta hace muy pocos años se dieron cuenta que la implementación de esta cátedra violentaba derechos fundamentales. En algunas ocasiones las creencias están llenas de tabúes y prejuicios, y como consecuencia nuestra sociedad se sigue formando bajo estos prejuicios, por ejemplo en la religión católica las personas que tienen una orientación sexual hacia el mismo sexo, en la iglesia son vistas como personas desorientadas.¹⁸

Estas actuaciones fueron reiteradas en nuestro trabajo de campo. Este consistió en realizar entrevistas a los estudiantes de colegios privados religiosos de Bogotá interviniendo en el tema del libre desarrollo de la personalidad, pero lamentablemente en dos colegios no nos dieron respuesta alguna y en un colegio masculino, nos manifestaron que el tema del libre desarrollo de la personalidad se está efectuando eficientemente en el establecimiento educativo de acuerdo al artículo 68 de la Constitución Política.

En los colegios religiosos privados de Bogotá analizados, la homofobia se evidencia por los prejuicios que tienen hacia la diversidad sexual, generando de esta manera, maltratos físicos y psicológicos que afectan a los estudiantes homosexuales o lesbianas por parte de las directivas y de sus propios compañeros.¹⁹ Para las personas con una orientación sexual diversa, estos actos de desprecio, las hace actuar frente a necesidades sociales o sacrificios de supervivencia humana, forzándose a “ser” heterosexuales y generando así resentimiento con la misma sociedad.

Las autoridades encargadas de guiar y vigilar los establecimientos educativos, hasta ahora no han implementado medidas para contrarrestar el maltrato que se evidencia por la homofobia. Tal vez no saben o temen animar discusiones públicas sobre el tema en los currículos educativos ya que puede ser que la sociedad y los mismos integrantes de colegios, los cataloguen promotores de una tercera opción sexual y no como un reconocimiento igualitario y de respeto hacia las personas con una orientación sexual hacia mismo sexo.

Magendzo (2000: 184) señala que *“El derecho a la educación no solo se hace vigente cuando se otorgan, sin distinción de ninguna naturaleza, las facilidades de ingreso a la escolaridad a todos los estudiantes, sino que, adicionalmente,*

18 Manifestación del vicerrector-sacerdote de un colegio privado de Bogotá (trabajo de campo).

19 Entrevista a una estudiante de colegio religioso femenino de Bogotá. Ella manifiesta que las lesbianas y los homosexuales son personas anormales.

cuando se crean las condiciones para que permanezcan sin dificultades en el sistema educacional". No es solamente que un juez falle para que se respete el derecho de la educación de los estudiantes con una orientación sexual diferente (reintegrarlos), sino que también brinden la estabilidad psicológica del estudiante dentro el plantel educativo.

IV. EL ESTADO ACTUAL DEL MANUAL DE CONVIVENCIA Y LA JURISPRUDENCIA EN CUANTO A GÉNERO, MATONEO Y DIVERSIDAD SEXUAL

A. La jurisprudencia con enfoque de género, aportes a la discusión sobre estudiantes LGBTI en la escuela privada religiosa de Bogotá

Las sentencias analizadas en el tema de género han contribuido con grandes logros en la protección de la comunidad LGBTI en la escuela, puesto que el enfoque de género lo que ejerce es una protección a las personas que han sido vulneradas por parte de la cultura machista y patriarcal.²⁰ Esto comprende mujeres, comunidad LGBTI, afrodescendientes, etc. Es muy insuficiente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional la aparición de casos que traten vulneraciones de derechos fundamentales de la comunidad LGBTI en la escuela, lo que obliga a realizar una conexión de opresiones similares que se presentan entre las vulneraciones contra la mujer y la comunidad LGBTI.

En cuanto a las opresiones que se han presentado contra la mujer, en las que evidentemente se violan derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha comprendido que en materia de protección de derechos fundamentales que garantizan su reconocimiento a todos los miembros de la comunidad, tiene que ser ejercida solidariamente tanto por el Estado como por los particulares; es por esto que trae a colación el principio de solidaridad en la Sentencia T-1000 de 2010 que denomina responsabilidad constitucional. Por lo que afirma que:

... la protección a la persona humana se concreta frente a los actos u omisiones tanto del Estado como de los particulares...

²⁰ Entendiendo el patriarcado como el sistema social en el que las relaciones de poder están jerarquizadas según la identidad de género o la orientación sexual, y que otorga prevalencia a las personas hombres, masculinas y heterosexuales, por encima de las otras identidades de género.

La sociedad por medio del principio de solidaridad, está encargada de tener cooperación mutua para conseguir la estabilidad y la tranquilidad de la sociedad, consecuentemente poder vivir en sociedad; es por esto que la Corte manifiesta que la solidaridad entraña valor superior que sitúa la interpretación de los derechos fundamentales...

En este sentido, los colegios privados religiosos también tienen que ser solidarios, pese a que tengan una autonomía al momento de crear su reglamento estudiantil. En consecuencia, siguiendo el razonamiento de la Corte, deben las instituciones de educación básica y media, pese a ser confesionales, solidarizarse con el Estado para prevenir acciones que excluyan o violenten a sus estudiantes por su orientación sexual diferente a la heterosexual.

El análisis de estas sentencias muestra que las condiciones de sexo, etnia, lengua, religión, orientación filosófica y política, orientación sexual, etc., no pueden someterse a un cambio, ya que estas condiciones son inherentes a la persona y conforman su identidad. En la Sentencia T-1000 de 2010, los hechos consisten en el despido de varias mujeres por motivo de estar embarazadas. La Corte manifiesta que este despido genera una discriminación de género; esta discriminación se fundamenta en la violación del artículo 13 pues se da por una condición inherente a la persona y por consiguiente no pueden ser cambiadas por el simple gusto de otros sujetos.

Respecto al derecho de igualdad que se expresa varias veces en los análisis jurisprudenciales de las sentencias de género realizadas, a nuestro juicio, se convierte en un concepto de acción ideal, ya que aplicándolo a nuestra sociedad actual, llena de prejuicios en cuanto al tema de los homosexuales y aún en el tema de la igualdad a las mujeres, es ineficaz porque los homosexuales siguen siendo socialmente rechazados y maltratados al igual que las mujeres. Hoy por hoy, seguimos enfrentándonos a obstáculos que parece imposible exterminarlos; solo así sabremos a dónde queremos ir y qué queremos para nuestro futuro.

Es importante establecer que la igualdad que establece el artículo 13 no es simplemente ante la ley sino en el trato, pero este último, es casi imposible de erradicarlo, ya que no existen mecanismos o programas pedagógicos eficaces que garanticen un cambio de los prejuicios que tiene la sociedad. Ni siquiera las normas han ayudado a acabar con esta discriminación en cuanto al género y la libertad de escogencia de una orientación sexual. Es por esto que se deben organizar programas pedagógicos con el apoyo de antropólogos, sociólogos y juristas que saben actuar ante los diferentes cambios sociales que se presentan actualmente.

Los programas pedagógicos que se implementen para avanzar de alguna manera con la erradicación de la discriminación que se vive en el conglomerado, tienen que aplicarse desde la educación básica, pues es un punto fundamental en el que una persona está en desarrollo y está formando su propio proyecto de vida. Los programas pedagógicos que se aplicarán a un estudiante, deben difundir el respeto hacia las personas que tienen pluralidad de condiciones en su identidad; y deben ir encaminados a la transversalidad de todos los derechos que están incluidos en nuestra carta fundamental, los cuales son los que precisamente nos hablan de igualdad, de no discriminación y de dignidad humana.

Otra sentencia de género que se analizó, fue la T-247 del año 2010. Esta se funda en el rechazo a una mujer en un trabajo de vigilante porque no era apto para mujeres, ya que se necesitaban acciones físicas como las de un hombre, pero en realidad sí era apto para ser ejercido por mujeres y hombres. Al respecto la Corte Constitucional en su Sentencia T-247 de 2010, manifestó lo siguiente:

Se repugnan a una sociedad plural, igualitaria, abierta, tolerante y solidaria las perversas consecuencias que la discriminación en razón del género originan en su seno, las cuales están en total contravía con la moral social... De manera que cuando se contradice uno de los valores que funda y define la identidad de la sociedad, no es solo el derecho el que se reciente, sino que es todo el conjunto de presupuestos que dieron fruto al acuerdo constituyente reflejado en la Constitución de 1991.

Esta manifestación de rechazo en una sociedad discriminatoria en cuanto al género, en este caso a las personas de la comunidad LGBTI que son maltratadas en la escuela, puede constituir en el campo educativo una pérdida en las capacidades mentales de los adolescentes por dichos prejuicios, generando así terribles problemas en la convivencia de la sociedad.

B. Jurisprudencia sobre matoneo y su relación con la orientación sexual diversa en la escuela

El análisis jurisprudencial que se realizó frente al matoneo en la escuela, trae importantes aportes frente a la homofobia en la educación, ya que el estudiante con una orientación sexual diversa también es matoneado, ya sea por sus propios compañeros o por los mismos directivos del establecimiento educativo. La Corte Constitucional en su Sentencia T-905 de 2011 señaló que el matoneo no tiene una pauta clara para definirlo. Además,

Se ha logrado evidenciar que los actos ejecutados por un grupo de compañeros en contra de K (i) configuraron un desequilibrio entre los poderes o facultades de los estudiantes que, adicionalmente, (ii) constituyeron un acto de censura y rechazo ilegítimo e inconstitucional sobre aspectos personales de la niña y que (iii) terminaron por vulnerar su dignidad, en la medida en que la sometieron a un trato humillante...

Los hechos de esta sentencia consisten en que una estudiante K es sometida a los maltratos verbales por sus propios compañeros a consecuencia de tener acné. Estas afectaciones le han generado un trauma psicológico, hasta el punto de no querer volver a estudiar. Para solucionar estas agresiones verbales, el colegio plasma un tipo de sanción en su MC que no fue efectiva, ya que los estudiantes siguieron con las agresiones hacia la estudiante K.

En la Sentencia T-905 de 2011 la Corte manifiesta que no se trata simplemente de imponer una sanción en el MC frente a estos tipos de agresiones, ya que como se vio, no surtió efecto tal medida. El establecimiento educativo debió contactar a las autoridades educativas municipales y nacionales para que con ayuda de estas, se hallara una solución eficiente. Estas mismas agresiones se ven en los estudiantes que han escogido una orientación sexual diferente a la heterosexual.²¹ Estos maltratos evidencian una fuerte discriminación por parte de la comunidad educativa, que por supuesto genera problemas para relacionarse fácilmente con la sociedad. Estas consecuencias son generadas por causa de la alteración de la propia identidad por parte de la colectividad.

La Sentencia T-337 de 1995 de la Corte Constitucional, se basa en que una estudiante, menor de edad que fue maltratada y rechazada por sus compañeros porque la profesora de religión les manifestó que ella, por estar con varios hombres, era una prostituta, tenía el VIH sida y posiblemente estaba embarazada.²² Como consecuencia del rechazo, la niña no quería ir a su colegio porque no aguantaba las actuaciones de sus compañeros hacia ella.

Respecto al caso, la Corte manifestó que independientemente de que el colegio sea religioso o no, las áreas de religión o las áreas que contengan enseñanza de ética y valores no deben influir en la creencia que tiene el maestro hacia los estudiantes, ya que mezclar la creencia ideológica con la cátedra, constituye falta de idoneidad del maestro. Asimismo, establece que la influencia de creencias

21 Entrevista a una persona homosexual que reveló el maltrato vivido en su colegio por parte de sus compañeros.

22 Según lo manifestado por los compañeros de la estudiante agredida.

personales en las horas de cátedra, constituye a los estudiantes una vulneración a sus derechos fundamentales como por ejemplo el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La educación que carece de base científica y adoctrinadora repercute negativamente en el desarrollo de la sociedad. La sociedad solo puede evolucionar con los pensamientos libres, creativos y responsables de cada persona.

En este orden de ideas los establecimientos educativos religiosos tienen toda la libertad de enseñar sus reglas morales y éticas siempre y cuando no afecten la autonomía de cada estudiante. El docente está para guiar y mostrar unos lineamientos pedagógicos que resultan para el estudiante relevantes al momento de su formación. Esto contribuye a la vida futura de cada uno y de la sociedad.

La Corte Constitucional en Sentencia T-337 de 1995 expresó que *“La educación debe orientarse hacia el libre desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad, la cual se debe fortalecer con el respeto por los derechos humanos y los derechos fundamentales...”*. Es decir, la educación enfocándose al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y al respeto de los derechos humanos, ayuda a los estudiantes a comprender el mundo y adaptarse fácilmente a los cambios sociales y culturales que se viven actualmente.

Concretando el tema de la homofobia en la escuela y el estudio del MC frente a la jurisprudencia existente, tenemos que en varios colegios de Bogotá se han realizado expulsiones a estudiantes por ser homosexuales; esto lo hemos visto en la jurisprudencia y en los medios de comunicación. La Corte Constitucional en Sentencia T-101 de 1998, manifestó que:

La homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida.

De ahí que la persona con una orientación sexual diversa, tiene que generar el mismo respeto que una persona heterosexual. La libre escogencia de la condición sexual se tiene que considerar respetable y válida por los miembros que conforman la sociedad. En cuanto a la enseñanza del respeto e igualdad de condiciones en un establecimiento educativo, la Corte Constitucional en Sentencia T-101 de 1998, observó que:

La escuela básica debe permitirles a los estudiantes acceso al conocimiento, a las artes y en general a las distintas manifestaciones de la cultura, en la perspectiva de que pueda desarrollarse, integral y equilibradamente, en un contexto social caracterizado por la coexistencia de paradigmas de vida, no solo diferentes, sino incluso antagónicos. Solo así el individuo adquirirá la capacidad necesaria para ejercer su autonomía de manera racional, aceptando y respetando el derecho que asiste a los demás de hacer lo mismo.

Para que se empiece a tener una visión igualitaria en la educación frente a la diversidad sexual, se tiene que activar la participación de todos los miembros que intervienen en una comunidad educativa, especialmente los educadores. La Sentencia T-101 de 1998 reitera que los establecimientos educativos tienen que proponer programas que contribuyan valores y principios, esto con el fin de aspirar y transmitirles a los alumnos un criterio propio basado en el respeto.

La sentencia se basa en que dos estudiantes antiguos no pudieron ingresar nuevamente al Instituto Ginebra La Salle por su condición de homosexuales según lo manifestado por el rector de dicha entidad, quien dijo que la Junta Directiva no había aceptado el ingreso a los jóvenes homosexuales, ya que ellos no permitirían que ese tipo de personas estuvieran junto a sus hijos. Además la Corte manifestó que:

Los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población no justifica tratamiento desigual. Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia...

Entonces en aras del principio de igualdad como derecho fundamental, no se puede discriminar a una persona homosexual puesto que esta condición forma parte de su propia identidad, por lo tanto no puede constituirse una carencia de legitimidad simplemente por una condición sexual diferente a la heterosexual. Por otro lado, en la implementación de la doctrina religiosa en los establecimientos educativos a los estudiantes, la Corte en esa misma providencia dice que es muy respetable su fe y por eso los padres de familia tienen la libertad y la autonomía de escoger la educación para sus hijos, como lo establece el artículo 68 de la Constitución.

Pero esa libertad y autonomía no es ilimitada, ya que al momento de aplicar y difundir esta creencia en la sociedad,²³ no se pueden vulnerar derechos fundamentales de otras personas, en este caso afectar el derecho a la educación de los estudiantes LGBTI, simplemente porque dan un mal ejemplo a sus hijos. Si bien los padres deciden cuál es la educación que es apta para sus hijos respecto a una creencia ideológica, eso no implica que los estudiantes tengan la obligación de practicarla o acogerla ya que esa decisión hace parte de su propia autonomía y su libre desarrollo de la personalidad.

C. Test de proporcionalidad entre libertad de cultos y libre desarrollo de la personalidad

Se acudió al test de proporcionalidad ya que evidentemente, en el tema de orientación sexual diversa en los colegios privados religiosos, sugiere una colisión entre los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de cultos. El test se realizará de una manera abstracta. Lo que se pretende buscar de los derechos que están en conflicto, es el que genera menor daño y mayor beneficio. Como bien se sabe, el derecho a la libertad de cultos y el derecho al libre desarrollo de la personalidad son derechos fundamentales que ejerce el ser humano; por lo tanto tienen que ser respetados por el Estado y la misma sociedad.

Para comenzar con el ejercicio de ponderación, iniciaremos la explicación de cada derecho fundamental y consecuentemente, se establecerá el derecho que produce menos daño y mayor beneficio. Esto con ayuda de las jurisprudencias de la Corte Constitucional que expresan una clara definición respecto a estos derechos fundamentales en conflicto.

El libre desarrollo de la personalidad que se establece en la Constitución Política en su artículo 16. Es un derecho fundamental de cada persona. Su ejercicio garantiza el fin que tiene el Estado colombiano, es decir la existencia de la democracia, del pluralismo y la garantía a la dignidad humana.

El respeto de este derecho fundamental genera que cada individuo elija los diferentes prospectos que quiere para su vida y así conformar su propia identidad, sin que nadie influya en dicho desarrollo. La identidad de una persona se basa en la dignidad humana, ya que los identifica como seres humanos; es por esto que si el ser humano es privado de su libertad a la escogencia de sus

23 Artículo 19 de la Constitución Política de Colombia, se garantiza la libertad de cultos.

valores para su identidad como persona, se le estaría quebrantando su dignidad humana. En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-355 de 2006 manifestó que:

Nadie puede obligarme a ser feliz a su manera (a la manera en que alguien concibe el bienestar de otros hombres) sino que cada cual puede buscar la felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no menoscabe la libertad de otro (esto es, su derecho) de perseguir un fin parecido que sea compatible con la libertad de cada cual según una posible ley general.

De acuerdo lo anterior, el libre desarrollo de la personalidad se limita en la no afectación de derechos de terceros o la restricción de libertades de otras personas. Es importante establecer que estas mismas limitaciones se presentan en la libertad de cultos que más adelante confrontaremos. Al momento en que se interviene en la escogencia de los valores que quiere cada persona en su desarrollo de identidad, puede afectarse su equilibrio mental, lo que generaría una afectación al derecho de la integridad personal.

Para concluir, la restricción que se presenta a una persona en el libre desarrollo de la personalidad no solo afecta su libertad de escogencia de valores para su proyecto de vida, sino que afecta la dignidad humana, la integridad personal y de una manera conexas a los derechos de primera generación, como el derecho a la salud y a una mente equilibrada.

Respecto a la libertad de cultos, en el artículo 19 de la Constitución Política se consagra como ejercitable por cualquier humano respecto a tener o no una creencia en un ser superior. La constitución otorga la manifestación de estas creencias ideológicas libremente, ya sea de manera individual o colectiva. Para tener una libertad de cultos, se necesita del libre desarrollo de la personalidad, el cual genera una libertad de conciencia y de opinión que obligatoriamente debe respetarse en un Estado pluralista y participativo.

Por otra parte la libertad de cultos no es de aplicación absoluta, este derecho tienen unos límites que establece la Corte Constitucional en la Sentencia T-493 de 2010, así:

El núcleo esencial de la indicada libertad, está constituido precisamente por las posibilidades no interferidas por entes públicos o privados, de dar testimonio externo de las propias creencias, en espacios abiertos o cerrados, siempre que, al expresar mediante el culto las convicciones espirituales que se profesan, quien lo lleva a cabo no cercene ni amenace

los derechos de otros, ni cause agravio a la comunidad, ni desconozca los preceptos mínimos que hacen posible la convivencia social.

Claro ejemplo de afectación a terceros, fue el caso de la estudiante a la que su profesora de religión la tildó de prostituta.²⁴ La consecuencia que generó a la estudiante, fue el rechazo por sus mismos compañeros, pero el daño más grave que le ocasionó fue infundirles a los estudiantes en sus cátedras, sus prejuicios de acuerdo a su creencia religiosa, es decir, les estaba violentando su derecho al libre desarrollo de la personalidad por adoctrinarlos de una manera errónea.

Vemos que a raíz de los estudios de cada derecho, se evidencia que proteger el libre desarrollo de la personalidad frente a la libertad de cultos genera un mayor beneficio y menor daño; además, al respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad se protegen otros derechos fundamentales que son inherentes a la persona, como son: la dignidad humana, la integridad personal y, en conexión con los derechos de primera generación, la salud, el trabajo, etc. La libertad de cultos, que también es importante por su condición de derecho fundamental, no genera los mismos daños como lo evidencia el otro derecho; por lo tanto, el derecho que mayor grado de afectación tiene al momento de ser vulnerado, es el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por consiguiente, su protección trae mayor beneficio.

Por otro lado, la prevalencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad se considera necesaria en el campo educativo, puesto que es un punto fundamental para los estudiantes que están en pleno desarrollo de lo cotidiano. Esta libertad permite la escogencia del estudiante de su propia identidad. A partir de esta libre selección, el estudiante más adelante no tendrá repercusiones hacia la sociedad por haberle restringido su libertad en sus decisiones y mucho menos tendrá miedo a expresarlas, garantizando así una convivencia satisfactoria en la nueva generación que viene en camino.

La afectación que se genera al derecho de libertad de cultos por primar el derecho al libre desarrollo de la personalidad es inevitable, puesto que si no hay libre desarrollo de la personalidad, no habrá libertad de culto. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, permite escoger una identidad personal específica y si este derecho es violentado, de ninguna manera podrá existir la libertad de culto ya que se lo impide por alguna circunstancia que imponga la sociedad. Por lo tanto, para que exista una libertad de cultos, es necesario que

24 Sentencia de la Corte Constitucional T-337 de 1995.

prime el libre desarrollo de la personalidad y asimismo se generaría garantía a la dignidad humana y a la integridad personal.

Es por esto que al momento de determinar un derecho más prevalente que el otro, la Corte Constitucional en la Sentencia T-493 de 2010 señala que al momento de establecer un trato diferencial a situaciones fácticas similares, no basta con verificar que se trate de los mismos hechos, sino que tengan una relevancia en los efectos que se producen al momento de aplicarlos en determinada circunstancia.

V. Y, ¿QUÉ ESPERAMOS DE NUESTRO FUTURO?

Colegios

En los establecimientos educativos privados religiosos, a pesar de su autonomía, esperamos la no extralimitación frente a las normas de la Constitución Política, en cuanto a la aplicación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por otra parte, los establecimientos educativos religiosos, deben establecer parámetros claros y diferencias entre la fe y el ser humano como tal, especialmente enfocadas a la sexualidad y diversidad sexual.

Los establecimientos educativos religiosos deben generar políticas de reconocimiento de identidad en cuanto a la escogencia de una orientación sexual diversa por parte de los estudiantes; estas políticas no se deben entender como una influencia hacia una tercera opción diferente a la heterosexual en los establecimientos educativos.

Estas políticas tienen que establecerse con currículos claros, precisos y pedagógicos que orienten al alumno, a los padres, docentes y demás personas que se encuentran en la institución educativa. Además, los establecimientos educativos deben crear mecanismos de ayuda y de apoyo psicológico, moral y social a los estudiantes que están siendo maltratados en todo su entorno por tener una condición sexual diferente a la heterosexual.

Docentes

Los docentes de los colegios religiosos deben asistir a capacitaciones que sirvan para transmitir en sus cátedras la identidad y el respeto por el ser humano. Los docentes no deben vincular a la enseñanza los prejuicios que según tenga

cada creencia religiosa a los educandos. En cuanto a los profesores con una profesión religiosa, se tienen que capacitar para que puedan manejar los temas de orientación sexual sin ninguna clase de prejuicios.

Familias

Los padres de familia deben asistir a talleres sobre problemáticas que se presentan en la actualidad tales como el matoneo en la escuela que se presenta porque los estudiantes son feos, gordos, homosexuales, lesbianas o bisexuales. Los padres no deben actuar agresivamente frente a sus hijos por su diversidad sexual. Al no saberlo manejar, los padres hacen que sus propios hijos se inclinen a la agresión y no tolerancia de la pluralidad de género en un futuro.

Ministerio de Educación

Se requieren de políticas públicas y metodologías a los establecimientos educativos para que garanticen la enseñanza del respeto a los estudiantes de la comunidad LGBTI. Este debe realizar foros para los padres, estudiantes y docentes para debatir los temas de la falta de convivencia en la escuela.

Jueces

Para acabar con los antecedentes tan repetitivos del libre desarrollo de personalidad y la libertad de cultos, en cuanto a la diversidad de género en la escuela, la Corte Constitucional tiene que escoger más casos referentes al tema. Esta valoración de casos, debe hacerse con métodos innovadores ya que estos temas son los que se están presentando a diario.

Es indispensable que la Corte Constitucional realice el test de proporcionalidad entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y libertad de cultos; esto para tener una mayor claridad tanto para los colegios como la misma sociedad y evitar daños a las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI.

CONCLUSIONES

El MC es una norma que hace parte del sistema jurídico colombiano y que como tal, debe ceñirse a los fines de nuestra democracia. Esta norma jurídica tiene que estar subordinada a las normas superiores, es decir a la Constitución Política, pero al momento de aplicar una sanción, esas normas tienen que utilizarse de

manera armoniosa de acuerdo con la situación actual en que vive la sociedad. Esto con el fin de evitar la lesión de algún derecho a la persona.

El MC tiene una naturaleza tripartita, primero se caracteriza por ser un contrato de adhesión; segundo constituye las reglas mínimas del establecimiento educativo; y tercero requiere de la participación de la comunidad educativa al momento de su creación. Las reglas mínimas deben estar fundadas en parámetros de la Constitución Política, normas nacionales y locales de la Secretaría de Educación.

El MC como contrato de adhesión, constituye una falencia evidente ya que la misma institución educativa tiene la disposición de crear sus propias normas y los padres de familia a aceptarlas. Esta disposición autónoma puede generar la no regulación de puntos fundamentales en la educación, como lo es el respeto al libre desarrollo de la personalidad del estudiante. La falta de esta regulación puede constituir una vulneración a los derechos del estudiante al momento de aplicar una sanción.

Por otra parte, en cuanto a la enseñanza en los colegios religiosos de Bogotá sobre la existencia de una diversidad sexual y promoción de respeto hacia personas LGBTI, según los colegios estudiados, se evidencian varios problemas. Los colegios religiosos respecto a este asunto tienen muchos prejuicios, ya que ven a estas personas como “desorientados” y como un peligro por el “contagio” de la homosexualidad. Si quieren abordar el tema no saben cómo incluir protecciones especiales en el MC, y mucho menos saben cómo capacitar a los docentes para abordarlo sin afectar el libre desarrollo de la personalidad o en la escogencia sexual de un estudiante. Los entes encargados de orientar y vigilar las instituciones educativas, no brindan apoyo respecto a la enseñanza de estos temas ya que ellos no quieren que los señalen como promotores de una tercera opción sexual.

Para iniciar con la erradicación de la homofobia en la escuela, tanto el Ministerio de Educación como la Secretaría Distrital y todos los entes relacionados a la vigilancia de una eficiente educación, deben implementar urgentemente parámetros o guías que fomenten la metodología correcta acorde con la diversidad sexual, esto con ayuda de sicólogos, sociólogos, juristas y demás profesiones que ayuden a la comprensión de la importancia del pluralismo y la diversidad como constitutiva de la sociedad.

La educación debe contener una enseñanza formativa mas no autoritaria, explotando de una manera positiva las diversidades que existen en la sociedad, respetándolas y dejando que cada estudiante forme su propio criterio de manera

que pueda ser autónomo y libre. Por otro lado, basándonos en el principio de solidaridad, los colegios privados religiosos también tienen que ser solidarios en la erradicación de tratos discriminatorios o violentos. Pese a que tengan una autonomía al momento de crear su reglamento estudiantil, ellos tienen la obligación de aminorar estos hechos violentos que afectan a la sociedad.

Es importante recalcar que los análisis con enfoque de género han hecho enormes contribuciones en la protección de la comunidad LGBTI en la escuela, puesto que este ejerce es una protección a las comunidades que han sido vulneradas por parte de un sistema cultural patriarcal hegemónico; por lo tanto la comunidad LGBTI hace parte también de esta protección.

En cuanto a la libertad de cultos y el libre desarrollo de la personalidad, los dos tienen unos límites que consisten en que al momento de ejercerlos no afecten a terceros. Pero el derecho que tiene menos restricciones es el del libre desarrollo de la personalidad según el test en abstracto realizado, ya que es un derecho que al momento de ser afectado a estudiantes LGBTI en colegios religiosos privados, no solo vulnera su libertad de escogencia de valores para su propia identidad, sino que lesiona también la dignidad humana, la integridad personal y, de manera conexa, derechos de segunda y tercera generación, como el derecho a la salud, al trabajo, etc.

Para que sea pleno el ejercicio de la libertad de cultos, se necesita respetar plenamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues de su protección depende también la libertad de escogencia y de opinión en una determinada religión o creencia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

AGUIRRE, J. O., PABÓN, A. P. *Justicia y Derechos en la convivencia escolar*. Bucaramanga: UIS, 2007.

LEMAITRE, J. "Derechos LGBT en el nuevo milenio". En: LEMAITRE, J. *El derecho como conjuro*. Bogotá: Uniandes - Siglo del Hombre, 2009.

LORENZETTI, R. L. *Tratados de los contratos tomo I*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004.

- MAGENDZO, K. A. "La diversidad y la no discriminación: un desafío para una educación moderna". *Pensamiento Educativo*, 26, julio de 2000.
- QUINCHE, M. F. "La clase de religión en los colegios. Otro caso de elusión constitucional mediante decreto reglamentario". En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 2007.
- RENDÓN, J. V. "Entrevista a estudiante lesbiana de Manizales". En: *El Radar*. (M. E. Samper, entrevistador) Caracol. Bogotá. Disponible en: www.youtube.com. Recuperado el 4 de abril de 2012.
- UNESCO. *Los jóvenes opinan sobre la educación relativa a la sexualidad*. Disponible en http://www.unesco.org/new/es/education/resources/online-materials/single-view/news/young_people_speak_out_on_sexuality_education/ Recuperado el 10 de abril de 2012.

Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, exp. 6806 (M. P. Jose Fernando Ramírez Gómez, 18 de febrero de 2003).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, 6806 (M. P. José Fernando Ramírez Gómez, 18 de febrero de 2003).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil, exp. 11001 3103 024 1998 4175 01 (M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, 4 de noviembre de 2009).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-337 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz 26 de julio de 1995).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-101 de 1998 (M. P. Fabio Morón Díaz, 24 de marzo de 1998).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 859 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett, 10 de octubre de 2002).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355 de 2006 (M. P. Jaime Araújo Rentería y M. P. Clara Inés Vargas Hernández, 24 de marzo de 2006).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 266 de 2006 (M. P. Jaime Araújo Rentería, 4 de abril de 2006).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 430 de 2007 (M. P. Nilson Pini-lla Pinilla, 29 de mayo de 2007).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1000 de 2010 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 6 de diciembre de 2010).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-247 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, 15 de abril de 2010).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-493 de 2010 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 16 de junio de 2010).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T- 905 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 30 de noviembre de 2011).

REALIDAD DE LESBIANAS, GAIS, BISEXUALES, TRANSEXUALES E INTERSEXUALES EN EL ÁMBITO ESCOLAR COLOMBIANO*

Ángela Patricia Rojas Camargo**

Sumario: INTRODUCCIÓN. I.- Principio de igualdad: un acercamiento teórico.
II.- La comunidad LGBTI en el ámbito escolar colombiano: movimiento y
discriminación. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, después de plantear un enfoque teórico del principio de igualdad y no discriminación, se abordó el tema desde la perspectiva de la población LGBTI en el ámbito escolar. El punto de partida fue la postura de Eduardo Rabossi y de autores como Ariel Dulitsky y Jaime Marchant, los cuales realizaron una aproximación teórica al objeto de este artículo. El primer capítulo se desarrolló en cuatro subtemas; en el primero se habló de los patrones de igualdad y su aplicación en el ámbito laboral y familiar, concepto elaborado por Eduardo Rabossi, se tomó como ejemplo la discriminación en el ámbito laboral, para demostrar cómo se configuran criterios objetivos que legitiman el trato diferencial.

Frente a la discriminación en el ámbito familiar, se hizo una especial mención a la discriminación que recae sobre la comunidad LGBTI a la hora de crear un vínculo

* El presente artículo se desarrolló con base en el trabajo de grado para obtener el título de abogada de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano: “Hacia una teorización del principio de igualdad y no discriminación frente a la situación de la población LGBTI en el sistema escolar colombiano” el cual fue desarrollado en la Línea de Investigación *Argumentar el Género en la Escuela*, dirigida por los profesores Adriana Plazas y Mauricio Pulecio Pulgarín. Se autoriza su publicación en el Anuario “Justicia y Razón” del Programa de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, lo cual no significa ceder los derechos de autor o de cualquier otra índole sobre la misma.

** Abogada egresada de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Estudiante de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente desempeñándose como abogada de la Secretaría General de la Superintendencia de Industria y Comercio. Correo electrónico: angelarojascamargo@gmail.com

familiar; en el segundo, se estudió el tema de los grupos vulnerables, manejando la conexión existente entre estos y las categorías sospechosas de discriminación y cómo se maneja la igualdad en la Constitución Política colombiana, estableciendo una comparación entre la situación en el ordenamiento nacional y en el internacional.

En el tercero, se abordó el tema de la discriminación en sentido negativo, tema propuesto por el doctor en ciencias sociales Jesús Rodríguez Zepeda en el que se analizó cómo la discriminación que se da con base en criterios subjetivos es la que vulnera derechos, ya que como se explicó en el fondo del escrito, pueden existir tratamientos diferenciales que por ir de la mano con criterios objetivos no configuran discriminación. Por último, en el cuarto subtema, se trató el tema de las acciones afirmativas.

En el segundo capítulo se revisó la definición de la sigla LGBTI y se explicó cómo la discriminación afecta a esta comunidad en el ámbito educativo. Para esto se analizaron informes de la ONG Colombia Diversa, que propende por los derechos de esta comunidad y el trabajo de campo desarrollado en el ámbito escolar y confesional bogotano. Para el desarrollo de lo anterior, se trabajaron cuatro subtemas.

En el primero, movimiento social LGBTI, se explicó, en rasgos muy generales, el contenido de cada letra integrante de esta sigla y cómo estas se integran en una comunidad. En el segundo, estereotipos, se estableció qué comprende este término y cuáles son los principales estereotipos y prejuicios que recaen sobre la población LGBTI; y en el último, discriminación LGBTI, se expuso, desde las vivencias escolares, los principales rasgos de discriminación de la población heterosexual a la comunidad LGBTI.

I. PRINCIPIO DE IGUALDAD: UN ACERCAMIENTO TEÓRICO

Muchos han sido los autores y las corrientes doctrinarias¹ que se han referido al principio de igualdad. Sin embargo este es un problema que no ha podido ser resuelto. No obstante, ha existido un marco que nos permite entender la

1 Algunos de ellos son: Norberto Bobbio en su libro *Igualdad y Libertad*; Ronald Dworkin en *Virtud Soberana: La teoría y la práctica de la igualdad*; Aristóteles; Nietzsche en *Más allá del bien y del mal*; Hobbes; y Locke, entre otros grandes filósofos.

igualdad y la discriminación como conceptos que van atados a la moral, por lo cual es válido afirmar que a menor discriminación mayor será el sentimiento de igualdad y de desarrollo moral en la sociedad.

Al respecto, Eduardo Rabossi, abogado y filósofo argentino, gran expositor de los derechos humanos, argumentó que la igualdad y la discriminación son conexas. Para hablar de discriminación primero se tiene que entender qué es la igualdad, porque si no existe un trato igualitario fácilmente se configuran situaciones de discriminación.

Definir el principio de igualdad de forma específica es algo muy complejo porque es un concepto vinculado con las dinámicas políticas y jurídicas. Por eso antes de definirlo es necesario entender que este concepto abarca una doble esfera de protección. En primer lugar, desde la perspectiva del pensamiento clásico liberal, todos los hombres nacen iguales ante la ley por lo que se protegerán sus diferencias individuales. Sin embargo, en segundo lugar, también el principio de igualdad se refiere a la igualdad material, es decir a la implementación de medidas que generen igualdad en el acceso a oportunidades por parte de toda la población.

Estos dos aspectos constituyen el parámetro general que nos permite definir el principio de igualdad. Así las cosas, no solo cualquier trato diferente injustificado ante la ley, sino además la desprotección a grupos históricamente vulnerables, constituyen acciones y omisiones discriminatorias (Ferrajoli, 2006: 12). Gracias a esta doble esfera del principio de igualdad se han establecido patrones que permiten entender si un comportamiento es discriminatorio o si por el contrario responde a tratamientos diferenciados. A continuación su explicación.

A. Patrones de igualdad

Son criterios objetivos de medición, por lo que una vez establecido el que será utilizado se excluirán los demás posibles y será lo único que se tendrá en cuenta para el análisis. Con el fin y efecto de aplicar estos patrones de igualdad es necesario hacer una comparación entre dos entidades frente a una determinada categoría. Para hacerlo más fácil al entendimiento se expone el siguiente ejemplo: cuando dos personas aplican a un trabajo el evaluador debe elegir según criterios objetivos, es decir debe analizar el grado de capacitación para el cargo y la experiencia en el mismo.

En esa medida la capacitación y la experiencia son los criterios objetivos, o sea estos criterios constituyen los patrones de medición. Entonces, al otorgar el cargo a una persona no hay vulneración del principio de igualdad, por el contrario hay un tratamiento diferencial que se fundamenta en criterios no subjetivos por lo que es aceptable a la luz del principio de igualdad. El panorama sería totalmente diferente si para la escogencia de un trabajador se analizaran los atributos físicos, que para el desarrollo de las funciones propias del cargo no es un asunto relevante. En este caso la medición se haría bajo criterios subjetivos, como lo es la belleza, por lo que sí habría una situación constitutiva de discriminación.

Esta situación también se evidencia en la discriminación por género. Un ejemplo claro de esto es la diferencia salarial entre hombres y mujeres aun cuando se trata del mismo cargo. La diferencia entre la remuneración de hombres y mujeres es del 70 %. Entonces, aunque ha aumentado la inclusión de las mujeres en el ámbito laboral, es claro que todavía persisten secuelas de la discriminación de género (Lagos, 2002: 1). Lo mismo ocurre con la orientación sexual que es un aspecto de la vida privada de cada persona y que no debe tenerse en cuenta para ofrecer un tratamiento determinado. La discriminación en este punto abarca muchos ámbitos, como por ejemplo el laboral y el familiar. A manera de ejemplo estudiaremos estos dos casos. Veamos:

i. Discriminación en el ámbito laboral

En este ámbito, los criterios objetivos para la distinción podrían ser la experiencia y la capacitación, es decir la idoneidad para el desempeño de las funciones. No obstante, en este estadio, los homosexuales sufren de discriminación, fundada en un criterio subjetivo como lo es la orientación sexual, que aunque no tiene nada que ver con el desempeño de funciones laborales, termina siendo de forma implícita, la razón para la negación a las oportunidades de trabajo. Incluso en el momento de estar vinculados se presentan situaciones de presión psicológica, exclusiones, acoso y estigmatización, situaciones que legalmente podrían constituir acoso laboral.²

2 En virtud de la Ley 1010 de 2006 en su artículo 2, en Colombia se ha entendido por acoso laboral *“toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”*.

La agencia mexicana de noticias sobre diversidad sexual *Anodis*, ha dejado ver cómo la violación de derechos y la discriminación efectivamente se concreta en dos momentos, por un lado la participación en propuestas laborales y por el otro el entorno laboral en el momento en el que se da la contratación, para esta agencia los integrantes trans son los que mayor discriminación sufren; esto se debe en gran parte a la ignorancia de su existencia. Uno de los grandes problemas de esta comunidad es que al no poder acceder a trabajos de cierta categoría deben conformarse con trabajos informales, desprovistos de seguridad social y garantías para ellos y sus familias.

Claro ejemplo de esto lo constituyen situaciones registradas por la ONG Colombia Diversa, organización sin ánimo de lucro que busca promover la inclusión, el respeto a los derechos, el reconocimiento y la movilización de la comunidad LGBTI en los ámbitos económicos, social, político y cultural, con el fin de conseguir que Colombia sea una sociedad justa, como sería el caso de un hombre que aunque brillante en su carrera, su orientación sexual constituyó un peso que le impidió el avance laboral.

Este hombre se presentó al proceso de selección de una empresa y aprobó con calificaciones muy superiores todas las pruebas pertinentes, cumplía con los criterios objetivos de experiencia y capacitación. Sin embargo, en el momento de la entrevista final pesaron más los criterios subjetivos ya que en ese momento la orientación sexual del aspirante bastó para no llevar a cabo la contratación. En palabras de Vélez Pelligrini (2006: 43) *“...los gays albergan en su seno acentuadas diferencias de estatuto socio-profesional y contrastes de rentas salariales que condicionan sus respectivas capacidades de reacción y autodefensa frente a las discriminaciones homófobas en el mercado laboral y en la vida cotidiana en general”*.

ii. Discriminación en el ámbito familiar

Durante los años 2011 y 2012 fue muy mencionado el caso de Karen Átala, abogada y jueza chilena, que denunció al Estado chileno ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por haberle quitado la custodia de sus hijas argumentando que por su orientación sexual se veía afectado el interés superior de las menores. Del matrimonio heterosexual de Karen Átala nacieron tres niñas. Ella decidió asumir su condición lésbica, se divorció de su esposo y comenzó a convivir con su pareja homosexual y sus hijas. El padre de las menores interpuso una demanda para que las menores vivieran con él, pero

estas pretensiones fueron rechazadas por el tribunal con base en la preferencia que tenían las menores de permanecer con su madre.

La Corte Suprema con base en el supuesto interés superior del menor anuló lo dicho por el tribunal y otorgó el cuidado al padre. El fundamento principal de la Corte fue que cuando Karen Átala manifestó su orientación sexual antepuso sus intereses al de sus hijas ocasionándoles confusiones en sus roles sexuales y poniéndolas en situación de vulnerabilidad social.³

Para la resolución de este caso fue necesario demostrar que no era suficiente que el Estado invocara el interés superior del menor para tomar una decisión, sino que era necesario que efectivamente actuara conforme a él, y no solo lo invocara, porque de lo contrario se configuraría un acto discriminatorio como efectivamente pasó, ya que el Estado chileno acudió a criterios subjetivos, como son los estereotipos y la exclusión por la orientación sexual. Este caso genera un precedente para la proscripción de la discriminación de personas con orientación diferente a la homosexual en el ámbito familiar. Una característica fundamental de un acto discriminatorio es que impone condiciones subjetivas para dar un tratamiento diferente sin que para ello medie justificación alguna.

B. Grupos vulnerables

Su definición parte del concepto de categorías sospechosas de discriminación. Estas categorías son criterios que ha establecido la ley y la doctrina para referirse a los prejuicios y estereotipos más comunes en la sociedad y que históricamente han afectado a grupos particulares. A continuación se precisará esta definición en razón a tres instrumentos legales internacionales y uno de orden nacional.

Veamos:

3 La postura del fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile se puede resumir en el numeral décimosexto que dice: “... Que, en el mismo orden de consideraciones, no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de estas... Entonces, la Corte partió de la supuesta prioridad que tuvo la madre en sus intereses dejando de lado los intereses de las menores. Aunque este fue el argumento de la Corte, solo lo enunciaron y nunca lo desarrollaron, es decir no hubo premisas que sustentaran el argumento lo que nos lleva a pensar que en realidad este fallo se basó en la condición homosexual de la madre y no en el interés superior de las menores”.

En primer lugar, se halla el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la ONU a través de la Resolución 2200A del 16 de diciembre de 1996. Frente a este instrumento cabe resaltar el artículo segundo que señala lo siguiente:

...Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...

En otras palabras, este pacto incluye como categorías sospechosas de discriminación: la etnia, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión, el origen, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social. A través de este apartado se prohíbe a los Estados establecer cualquier tipo de discriminación basada en estos criterios, lo cual incluye la realización de la orientación sexual en la sociedad.

En segundo lugar, tenemos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴ cuya expedición fue realizada en octubre 2 de 2000. Aunque no hay una mención al término categorías sospechosas, se da un listado que en buena medida las abarca. El artículo 21.1 especifica: *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual...* Al respecto, es claro que se están enunciando las condiciones de los grupos vulnerables, en las cuales evidentemente se incluye a la población LGBTI.

En tercer lugar está la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica que entró en vigencia en 1978. Tampoco hace mención específica al concepto, pero sí enuncia una lista que se adapta a la definición que hasta aquí se ha expuesto. Al respecto el artículo primero establece como obligación de los Estados firmantes:

4 Frente a este instrumento cabe hacer dos importantes aclaraciones. Por un lado, aunque esta solo tiene validez jurídica en Europa y no hace parte del bloque de constitucionalidad colombiano, es un importante referente sobre la prohibición de la discriminación. Por otro lado, es el primer instrumento internacional que se ocupa de incluir dentro de las categorías sospechosas de discriminación la orientación sexual.

... respetar los derechos y libertades reconocidos ... y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...

En este punto resulta evidente que en el ámbito internacional se han hecho grandes avances para mantener cláusulas abiertas como las que se ven en los anteriores textos. En los tratados se han incluido frases como “cualquier otra índole”, “cualquier otra condición”, “cualquier otro tipo”, y esto, a futuro permitirá incluir dentro de las categorías sospechosas cualquier atentado contra la tolerancia que no haya sido mencionado en un principio pero que surja del avance histórico y no siempre garantista de los pueblos.

Referente a las categorías sospechosas de discriminación, en el ámbito constitucional colombiano se tratan dos aspectos. Por un lado el tratamiento constitucional de la igualdad y por el otro el bloque de constitucionalidad frente a los instrumentos internacionales ya mencionados y ratificados por Colombia. La Constitución Política colombiana enmarca el derecho a la igualdad en el artículo 13 así:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

...

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

...

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan...

Del análisis de los instrumentos mencionados se concluye que hay unanimidad en incluir dentro de las categorías sospechosas de discriminación los rasgos característicos de los grupos vulnerables, dentro de los cuales está la orientación sexual como característica principal de la comunidad LGBTI. Así mismo, estos instrumentos han enfatizado en que el hecho de incluir estas características en

la legislación constituye un trato discriminatorio ya que obedecen a criterios subjetivos.

Concretamente, al referirnos a la Constitución Política es determinante establecer la importancia del bloque de constitucionalidad, y esta no es otra, que la integración de normas y principios que aunque no se encuentran de forma expresa en la Constitución se adhieren por mandato de la misma (Arango, 2004: 1). De los instrumentos internacionales estudiados el único que no hace parte del bloque de constitucionalidad colombiano es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No obstante, está más que ratificado el principio de igualdad y no discriminación a la luz de las ya mencionadas categorías sospechosas en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora, en el ordenamiento jurídico internacional, no existe una definición expresa sobre la discriminación. Sin embargo los diversos tratados coinciden de forma general, en hacer referencia a actos de distinción, exclusión, limitación, restricción y preferencias, con ocasión a condiciones como etnia, sexo, género, religión, posición económica y política y origen. Lo que Eduardo Rabossi (1990) enunciaría en cuatro categorías abiertas: condiciones naturales, culturales, jurídicas y condiciones adoptadas personalmente que nos llevan a las categorías sospechosas.

Existen otros instrumentos internacionales que sí aportan la definición de discriminación, como es el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial que consagra en su preámbulo la obligación de los Estados partes de velar por el respeto a los derechos y libertades fundamentales sin distinciones de sexo, raza, idioma o religión. De forma expresa, además, se reconoce la igualdad de los hombres ante la ley y el derecho que tienen a ser protegidos contra la discriminación. En el artículo 1.1 de la convención se especifica:

... la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública...

También, a manera de ejemplo tenemos la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de la Unesco de 1960, texto que

además es de vital importancia para el análisis que aquí estamos desarrollando, en su artículo primero establece:

...A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:

- a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;
- b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;
- c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o
- d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana...

Aunque existe una regulación expresa sobre el tema de la discriminación en el ámbito escolar, es claro que esta no abarca todas las categorías sospechosas. Por ejemplo, frente a la población LGBT hay ausencia de normas que los protejan en este frente por lo que se está violando el artículo primero literal d, de esta Convención.

Existen muchos más, pero lo realmente importante es que aunque los instrumentos se refieren a diferentes contextos todos tienen en común el mismo concepto de discriminación; es decir, que esta responde a conductas de distinción, exclusión o restricciones que se incluyen en las leyes y se hacen con base en parámetros subjetivos. Además todos contemplan las cláusulas abiertas, lo que permite una mayor inclusión de categorías contra la discriminación. Al respecto, no debe perderse de vista que en la actualidad la exclusión y distinción no se hace de forma expresa, sino que es un problema implícito por lo menos en lo que a las normas se refiere.

Los grupos vulnerables son aquellos contra los que existen estereotipos determinados por el grupo que históricamente han formado. Hay contra ellos prejuicios en razón a sus condiciones específicas de etnia, sexo, género

e incluso orientación sexual⁵ entre otras categorías sospechosas, por lo que terminan siendo objeto de discriminación y de tratos inferiores e inhumanos. Son personas con fuertes desventajas históricas frente a los demás por razón de sus características grupales, es decir, la pertenencia a un determinado grupo históricamente supone la segregación, violencia y marginación para sus miembros.⁶

En palabras del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires y director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas en Ginebra, Christian Courtis (2010: 1139), en su artículo Dimensiones Conceptuales de la Protección Legal, para entender que un grupo es vulnerable, debe encontrarse dentro de los siguientes rasgos: “...a. Existe un factor común que vincula al grupo; b. El grupo se autoidentifica en alguna medida a través de ese factor y, c. El grupo es identificado por quienes no son miembros del grupo a través de ese factor...”.

Estos grupos tienen una característica tan fuerte y predominante que es la que posibilita que entre ellos mismos se consideren como un colectivo y además así sean percibidos por la comunidad en la que interactúan. Este concepto de grupo vulnerable debe entenderse dentro del contexto histórico al que se esté haciendo referencia, porque su definición cambiará con relación a las circunstancias y características de la sociedad de que se trate.

La finalidad del derecho, como reflejo de la sociedad, será la protección de estos grupos, sobre todo si se tiene en cuenta que son colectivos que están en condiciones de inferioridad impuestas por la sociedad. Frente a las poblaciones LGBTI, es claro cómo, tanto en Colombia como en la mayor parte del mundo, encuadran en lo explicado anteriormente y por eso es válido afirmar que constituyen un grupo vulnerable.

D. Discriminación en sentido negativo

El concepto de discriminación en sentido negativo, es una diferenciación que tiene como propósito someter al aislamiento a un individuo o grupo por arraigar

5 Remitiéndonos a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

6 Dentro de los grupos históricamente marginados tenemos los siguientes: por razón de género las mujeres; por razón de etnia los afrodescendientes, los indígenas, los gitanos; por razón de orientación sexual los homosexuales; por razones de religión; por razones de origen como sería el caso de los extranjeros y los latinos; por razones de clase social; y por razones de enfermedades psiquiátricas, entre otros.

determinadas características que se asocian a condiciones de inferioridad. Es en este panorama donde surge la exclusión que vulnera derechos fundamentales, ya que la diferenciación carece de justificación objetiva.

Veamos un ejemplo: si afirmamos que no todo el mundo tiene que estar sometido al agrado de otra persona y en virtud del derecho a la libre expresión todos tenemos derecho a manifestar nuestras opiniones, no por expresar el desagrado que nos produce alguien estamos cayendo en discriminación alguna. Sin embargo también es necesario tener en cuenta que los derechos fundamentales no son absolutos y si bien todas mis opiniones no constituyen discriminación, también es cierto que la expresión de estas no puede ir en menoscabo de derechos de terceros, que en el tema que nos ocupa podría significar la vulneración al principio de igualdad (Rodríguez, 2007: 11).

Entrando ya al sistema jurídico internacional, lo primero a mencionar frente a la discriminación es la responsabilidad que tienen los Estados de velar porque esta no se dé dentro de sus jurisdicciones. La comunidad internacional ha sido enfática en entender que la intención del legislador al momento de proclamar una ley es irrelevante a la hora de establecer responsabilidades frente a la discriminación. Lo que en realidad importa para el examen que se está planteando es la reacción o el fin que se haya obtenido con determinada medida, es decir que esta pueda conllevar a actos que permitan la segregación y la discriminación (Bayefsky, 1990: 8).

E. Acciones afirmativas

No toda exclusión *per se* constituye un acto discriminatorio, lo será si su consecuencia es la afectación de derechos o de libertades fundamentales y además carece de razones justas y objetivas que la amparen. Es aquí donde surgen las llamadas acciones afirmativas, referentes a tratos diferenciados que encuentran legitimidad por ser razonables, proporcionales y responder a las necesidades en determinado momento sociocultural de un colectivo, además solo pueden ser implementadas por el Estado y bajo la circunstancia especial de otorgar medidas de protección para los grupos vulnerables.

No obstante y con el fin de que la discriminación no opere, es necesario que los ordenamientos jurídicos al momento de ejercer acciones afirmativas lo hagan en atención a criterios de razonabilidad, necesidad e interés superior. En ese sentido es vital pensar si, a partir de trabajos como el aquí presentado, es necesario que el Estado colombiano establezca acciones afirmativas a favor

de poblaciones LGBTI que garanticen su acceso y permanencia en el sistema educativo, y proteja así los derechos a la igualdad (y no discriminación), al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de cultos, dignidad, y posteriormente al derecho al trabajo y a la vida digna de ese grupo vulnerable.

II. LA COMUNIDAD LGBTI EN EL ÁMBITO ESCOLAR COLOMBIANO: MOVIMIENTO Y DISCRIMINACIÓN

A. Movimiento social LGBTI

Para entender la situación de la comunidad LGBTI en el ámbito escolar colombiano, es fundamental entender las raíces y el surgimiento de este movimiento. La sigla LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales) corresponde a una agrupación de carácter político, es decir las personas que la conforman se han unido en esta comunidad para poder obtener el reconocimiento pleno de sus derechos.

A nivel mundial,⁷ los inicios de esta comunidad se remontan a los años noventa. Sus inicios fueron como LGB y a través de los años se ha ido modificando dado que todos sus miembros no se sentían identificados con las tres primeras letras hasta llegar a lo que hoy se conoce como comunidad LGBTI, ya que cada subgrupo integrante de esta comunidad tiene necesidades específicas.

B. El movimiento social LGBTI en Colombia

El movimiento gay tiene sus primeros acercamientos públicos con el grupo clandestino de “Los Felipitos”. Este grupo surgió en 1940 y su principal razón de ser era la búsqueda de espacios propios de esta comunidad. Desapareció de la escena sin dejar rastro lo cual no se ha documentado hasta ahora (Gámez, 2008: 16). Para el año 1970 se creó el Movimiento por la Liberación Homosexual, movimiento que hizo visible la comunidad gay en nuestro país, al punto de hacer las primeras marchas por la reivindicación del orgullo gay. Este grupo desaparece por el homicidio de su fundador León Zuleta, una muestra más de la intolerancia y la desigualdad frente a la población LGBTI.

7 La autora Julieta Lemaitre Ripoll, profesora de la Universidad de los Andes y directora del centro de investigación jurídica CIJUS, expone que desde la Constitución Política de 1991 cambia trascendentalmente la jurisprudencia colombiana, en particular, frente al tema de la orientación sexual. La Corte, explica la autora, poco a poco ha ido reconociendo derechos a la población LGBTI que antes ni siquiera se mencionaban a favor de ellos (Lemaitre 2009:81).

La comunidad LGBTI agrupa cinco estilos de vida diferentes, que en su calidad de sujeto político buscan el reconocimiento de sus derechos. Esta sigla evidencia la multiplicidad de los intereses de las personas que la conforman. Las letras LGB hacen referencia a la orientación sexual, mientras que las letras TI se refieren a la identidad de género y condiciones físicas (Colombia Diversa, 2010: 3). Las personas integrantes de esta comunidad se han autodenominado según las características que los representan. Por ejemplo: los homosexuales, es decir, lesbianas y gays, consideran que están identificados por su orientación sexual, que en estos casos corresponde a la atracción amorosa, erótica y emocional hacia personas del mismo sexo (Colombia Diversa, 2010: 3).

Los bisexuales han autodenominado su orientación sexual como la atracción amorosa, erótica y emocional hacia personas de ambos sexos. En palabras de una activista entrevistada, los bisexuales son personas cuya orientación sexual no está dada por un “es hombre” o “es mujer” sino que se refiere a ver únicamente la esencia de la persona y no a condición física.⁸

Los transexuales se sienten identificados y tienen claro que su identidad de género no siempre coincide con la percepción física o biológica que de ellos se tiene. Ahora, dejando un poco de lado la autodenominación, la identidad de género de la que estamos hablando, es definida en la doctrina internacional por los Principios de Yogyakarta⁹ como:

... la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales...

Por último, frente a la intersexualidad, esta se ha entendido como una condición sexual en la que una persona tiene en su cuerpo tanto características femeninas

8 Gracias al trabajo desarrollado en la ONG Colombia Diversa, he tenido la oportunidad de hablar con personas integrantes de la comunidad LGBTI, que siendo activistas me han dado una perspectiva que se sale de los libros sobre lo que significa ser miembro de la población LGBTI.

9 Los Principios de Yogyakarta son una herramienta jurídica de origen doctrinal que busca la inclusión de los miembros de la comunidad LGBTI. Los principios no crean nuevos derechos sino que ratifican la necesidad de inclusión de estas minorías y el reconocimiento de derechos que les son inherentes por el simple hecho de ser personas y, por tanto, sujetos de derecho (Pulecio, 2011: 247).

como masculinas, es decir, es una condición en la que lo físico no corresponde con los criterios culturalmente definidos para hombres y mujeres (Cabral, 2003: 122).

Esta es una forma muy general de entender lo que es LGBTI. Ahora, es importante mencionar que existen en Colombia varias organizaciones¹⁰ que se han preocupado por la defensa de esta comunidad, por la lucha contra la discriminación y el logro de la igualdad material en diversos temas. Dentro de los avances ya obtenidos, está el reconocimiento de diversos derechos en los temas de familia, seguridad social y derechos patrimoniales, entre otros tantos; derechos que antes solo eran privilegios exclusivos para parejas heterosexuales.¹¹

C. El trabajo de Colombia Diversa

Es una organización que trabaja en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTI en Colombia, dentro de sus fines primarios está la consecución de un país tolerante e incluyente de los derechos de dicha comunidad para lo cual su trabajo se enfoca en tres frentes: lograr el pleno reconocimiento de derechos con un referente de igualdad, eliminar los estereotipos referentes a esta población y lograr la organización de la misma (Colombia Diversa, 2006: 33).

Del análisis que proyectó esta ONG en el año 2006 sobre el tema de la vulneración de los derechos de la población LGBTI en las comunidades educativas,¹² se evidenció la necesidad de implementar la protección de la diversidad en la escuela, para lo cual es fundamental que los MC no solo enuncien los derechos constitucionales sino que, más allá de ello, se establezcan mecanismos claros que reflejen la igualdad material y no solo la igualdad formal (Colombia Diversa, 2006: 33)

10 Esta listado que se encuentra en la página www.colombialgbt.com incluye grupos universitarios, grupos de apoyo y ONG. Dentro de las organizaciones mencionadas se encuentran, por mencionar algunas: Colombia Diversa, Centro Comunitario Distrital LGBTI Chapinero, Centro para la Diversidad Sexual y de Género, Corporación Caribe Afirmativo, entre otras sesenta organizaciones a nivel nacional.

11 Estos derechos reconocidos por la Corte Constitucional dejan ver los grandes avances que jurídicamente se han dado frente al tema de la diversidad sexual. La sentencias más importantes son: T-097 de 1994, T-539 de 1994, T-477 de 1995, T-277 de 1996, T-101 de 1998, C-507 de 1999, T-551 de 1999, T-999 de 2000, T-435 de 2002, T-1021 de 2003, T-725 de 2004, T-349 de 2006, C-075 de 2007, T-856 de 2007, C-336 de 2008, T-1241 de 2008, T-051 de 2010, C-283 de 2011 y C-238 de 2012 por mencionar algunas.

12 Dentro del informe anual 2006 se encuentra en el anexo 3 titulado Conclusiones y Recomendaciones de Informe sobre Homofobia en la Escuela.

Por otro lado, las principales formas de discriminación en el ámbito escolar corresponden a tratos diferentes con base en criterios subjetivos, como lo es la orientación sexual. Aun cuando la discriminación no es directa (es decir, la mayor parte de las veces no aparece consagrada explícitamente en las normas establecidas por los colegios), implícitamente sí existe entre el personal educativo, administrativo y los estudiantes.¹³

D. ¿Cómo opera la discriminación en el día a día de la escuela religiosa?

En las comunidades educativas se tiene la “creencia” que informar a los estudiantes los va a convertir; es decir, se cree no se les debe educar en temas como el aborto, los embarazos, la planificación y en general la sexualidad, porque esto los llevaría a tener embarazos, generar abortos, una vida de promiscuidad y muy posiblemente a tener orientaciones sexuales diferentes a la heterosexual.¹⁴

Esta es la razón por la cual aún continúa existiendo mucha ignorancia por parte de los jóvenes. Sin embargo, cuando se analizó el trabajo de campo se observó que aunque existe conocimiento de algunos temas por parte de los estudiantes, es claro que gran parte de este conocimiento está impregnado de estereotipos.¹⁵ Estos parámetros que siguen las comunidades educativas, especialmente las religiosas, también se basan en la idea de la creación divina del hombre por parte de Dios donde el argumento principal es la normalidad de la heterosexualidad y la anormalidad de la homosexualidad (Colombia Diversa, 2006: 33). Es importante evidenciar que aunque se han hecho muchos trabajos¹⁶

13 La discriminación se pudo observar en el trabajo de campo a través de frases como: “... el hecho de ser diferentes...”; “... hay personas que nacen con gustos... o se transforman... o como sea...”, frases que demuestran total desinterés y desinformación.

14 Al respecto, en el trabajo de campo se observó cómo los estudiantes de colegios religiosos no reciben información en la institución sobre temas como derechos humanos y sexualidad. Y se ha manifestado por parte de los estudiantes el rechazo de las instituciones frente a la población LGBTI al punto de poner trabas a su matrícula. También vemos cómo hay colegios que sí hablan de estos temas pero nunca se trata la diversidad sexual.

15 Un ejemplo de esto es la pregunta que se hizo sobre si el alumno encuestado considera que el hecho de que un hombre tenga muchas amigas lo hace ser afeminado. A lo cual el responde que sí. Otro estudiante responde que los gais son personas desequilibradas, anormales... es una situación incorrecta.

16 Trabajos como los de Colombia Diversa frente a lo que tiene que ver con la diversidad en la escuela dentro de los cuales tenemos la cartilla titulada *El amor y el sexo no son del mismo color* (2010) y la cartilla creada por el investigador de género y educación Carlos Iván García Suárez (2007).

apoyando la diversidad sexual en la escuela, aún siguen existiendo situaciones de discriminación a nivel escolar.

El problema más relevante es el miedo que siente la comunidad educativa a hablar de estos temas, lo cual conlleva a la ignorancia y la desinformación de los jóvenes, que finalmente los lleva a la creación de estereotipos. Situación que es inadmisibles ya que sexualidad es algo que supera la esfera interna porque admite manifestaciones en todos los ámbitos. Así lo hizo saber la Corte Constitucional en la Sentencia T-209 de 2011, en la cual se dejó claro que ninguna persona está facultada para limitar los derechos de otra por su orientación sexual, especialmente si nos referimos a las manifestaciones de amor entre parejas homosexuales.

Por lo anterior, tribunales especiales como la Corte Constitucional colombiana han reconocido que la diversidad sexual goza de reconocimiento y protección especial.¹⁷ Amparados en la Constitución Política han valorado la importancia jurídica y la relevancia constitucional que tienen estos temas en los ordenamientos jurídicos vigentes.

E. ¿Cómo afectan los estereotipos a la población LGBTI?

Las categorías sospechosas de discriminación parten de los estereotipos que se tienen frente a determinados individuos. Un importante aporte para nuestro trabajo en relación con los estereotipos es el siguiente:

... Con respecto a la sexualidad, los adolescentes tienen información variable, deformada e insuficiente sobre la sexualidad proveniente de su grupo de pares (otros adolescentes o adultos significativos para ellos), y de la TV e internet, pero estos conocimientos no se traducen en comportamientos preventivos en sus prácticas sexuales debido básicamente a estereotipos de géneros; es decir, a las representaciones sociales que sobre la sexualidad poseen estos jóvenes en función de su medio social, influencias culturales, los imaginarios de género en cuanto a lo que es “ser masculino” o “ser femenino”. Además durante la investigación se evidenció que los adolescentes sienten miedo y vergüenza para manifestar sus dudas y viven la sexualidad como un mundo nuevo y aterrorizante... (Caricote, 2006).

17 Sentencia de la Corte Constitucional T-268 de 2000 M. P. Alejandro Martínez Caballero quien afirma “... la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana”.

Si bien existe mucha información para los jóvenes, esta es errada y además está deformada por los estereotipos de los creadores de la información. Frente a la población LGBTI se han creado un sinnúmero de estereotipos y prejuicios que no permiten que sean aceptados por la población como personas “normales”. Esta situación ha dado como resultado lo que se conoce como los crímenes de odio, como fue el caso del activista David Kato, quien hizo fuerte oposición a la ley contra la homosexualidad publicada por el parlamento ugandés. Su muerte se dio en circunstancias extrañas y con fuertes indicios de ser producida por los estereotipos de la sociedad frente a la población LGBTI (Pulecio, 2011: 243)

Los estereotipos generan al menos dos problemas, por un lado responden a simples creencias populares y por el otro aceptarlos sería incurrir en esencialismos. Estos estereotipos son construcciones culturales que frente al principio de igualdad, como ya se dijo, encuadran dentro de las categorías sospechosas de discriminación. Esta es otra de las razones para otorgar protección constitucional a la población LGBTI en Colombia.

F. Discriminación LGBTI, matoneo (*bullying*), homofobia, lesbofobia, bifobia y transfobia estudiantil

El matoneo es una conducta de agresión física, verbal o psicológica que se da de forma repetitiva, en este caso en el ámbito escolar. En principio, el colegio es un espacio de diversidad que se encuentra regido por un orden jurídico y un orden cultural. Aunque jurídicamente se acepta la diversidad, en el orden cultural no pasa lo mismo, y es aquí donde cobra importancia lo que se ha denominado como categorías sospechosas de discriminación.

Aunque los espacios educativos son creados con la finalidad de lograr la igualdad en la diversidad y el respeto al libre desarrollo de la personalidad, esto, lamentablemente es la finalidad teórica y no lo que se consigue en la realidad. En los últimos años se ha hecho evidente el choque de las diferencias entre los estudiantes, por lo que han surgido muchas menciones sobre el matoneo en los colegios.¹⁸ Esto deja ver que en realidad la aceptación de las diferencias no existe, culturalmente hablando, solo existe en el marco de una normativa muerta.

18 De acuerdo con el artículo de la revista *Cambio* publicado en noviembre 12 de 2006, “Matoneo en las aulas”.

La ONG chilena MOVITH¹⁹ realizó un estudio en un colegio chileno. Dentro de los resultados arrojados se descubrió que lo que más perjudica a la población LGBT son los prejuicios y los estereotipos que en torno a ellos se generan. Esta situación es consecuencia de la falta de educación en las aulas nacionales sobre temas de sexualidad, diversidad y afectividad. Aunque el mencionado estudio se hizo en Chile, es importante tener en cuenta que estamos hablando de comunidades latinoamericanas, por lo que las conclusiones derivadas de este nos sirven en buena medida para el caso colombiano. Los prejuicios y estereotipos aquí analizados terminan generando situaciones de aislamiento a las personas con orientación diferente a la heterosexual y atentando contra el principio de igualdad por ser criterios subjetivos.

Dentro de los resultados obtenidos por MOVITH se dejan ver varias contradicciones que permiten ver cómo la comunidad LGBTI sigue siendo percibida como algo extraño, algo anormal, veamos:

... Mientras la mayoría de los integrantes de la comunidad escolar consideran que la homosexualidad no es una enfermedad, el 57 % de los alumnos, el 24 % de los profesores y 30 % de los apoderados consideran –contradictoriamente– que una buena terapia puede curar o transformar a un gay en heterosexual.

...

... Mientras el 71 % de los escolares, el 85 % de los docentes y el 85 % de los apoderados cree que tener un mejor amigo gay no influirá en la orientación sexual de otro, entre un 30 % y un 50 % cree que si un heterosexual tiene una relación homosexual puede convertirse en gay, “lo que demuestra que hay una clara desinformación sobre la diferencia que hay entre una orientación sexual y una conducta sexual”.

Analizando la anterior información podemos llegar a varias conclusiones frente a los estereotipos y falsas creencias que se tienen en el ámbito escolar sobre la población LGBTI. Por un lado, aunque no se considera la homosexualidad como una enfermedad, si se tiene la “creencia” de que es una condición que puede ser curada. También, aunque de forma general se tiene la convicción de que tener un amigo gay no influye en la propia orientación sexual, el mismo estudio revela la verdadera idea que se tiene frente al tema, ya que se cree que por el hecho de

19 MOVITH es el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual que más ha difundido la problemática de la vulneración de derechos de la población LGBT en Chile.

tener una relación sexual ocasional entre hombres, sus integrantes se convierten en gays.

Esto simplemente deja ver el alcance de la desinformación frente a la orientación sexual y meras conductas sexuales ocasionales. Y por último y más preocupante aún, se genera una clara discriminación para la población LGBTI con la asociación que se hace a tres conceptos: promiscuidad, homosexualidad y enfermedades de transmisión sexual (ETS). Este trípode es muy peligroso ya que impide el acceso en igualdad de oportunidades tanto a nivel educativo como a nivel laboral.

CONCLUSIONES

A lo largo de este escrito se logró demostrar que los principios de igualdad y no discriminación están estrechamente ligados, ya que una situación violatoria del derecho a la igualdad acarreará, indefectiblemente, un trato discriminatorio. Lo anterior encuentra justificación en el entendido de que estos conceptos están atados a la moral, por ello es válido afirmar que una comunidad responde a la evolución moral en la medida en que menos discriminación exista dentro de ella.

Entonces, las sociedades deben propender por alcanzar la evolución moral para crear, en el sentir de sus asociados, la conciencia de un pleno goce de la igualdad para todos, lo que implica la creación de garantías no solo frente a la igualdad ante la ley sino también en el acceso a las oportunidades.

En la actualidad, el problema latente de la discriminación es que ya no es visible, ya no se expresa, por el contrario se ha logrado *camuflar* bajo un marco de legalidad. Así las cosas, aunque los tratos desiguales son difícilmente visibles, no se puede negar que los mismos sí existen. En el caso de los manuales de convivencia, aun cuando no consagran normas sancionatorias frente a conductas de estudiantes homosexuales, resulta evidente que en el diario vivir estos estudiantes no cuentan con garantías que permitan la satisfacción del derecho a la educación.

Lo anterior se reafirma, si se tiene en cuenta que frente a la población LGBTI el problema, en principio, no radica en las normas del ordenamiento o en los manuales de convivencia, ya que ellos no reflejan cláusulas discriminatorias, sino que la raíz del problema surge en la aplicación de estos preceptos, ya que las interpretaciones erróneas, con base en criterios subjetivos, son las

que perpetúan la discriminación e imposibilitan el desarrollo del principio de igualdad y no discriminación, conllevando a la creación de prejuicios.

Es claro que el problema de la discriminación es de fondo ya que aunque no se está negando el acceso a las instituciones educativas a la comunidad LGBTI, sí existen trabas para su permanencia y en la realización material del principio de igualdad que se traduce en obstáculos para el acceso a las oportunidades.

En el ámbito escolar, la actual situación de la comunidad LGBTI es análoga a la que, décadas atrás, por razón de discriminación de género, estuvieron sometidas las mujeres y por este motivo una de las mayores deudas de los Estados, como el colombiano, en términos jurídicos, es adoptar los precedentes jurisprudenciales que visibilizaron las formas de discriminación a las que las mujeres, por su condición de sexo, eran sometidas. Toda esta elaboración jurisprudencial está integrada por líneas argumentativas importantes que le otorgan al sistema jurídico colombiano herramientas para pensar en las estrategias de inclusión de la población LGBTI en el sistema escolar.

Como se ha dicho, nuestro ordenamiento ha establecido en virtud de la igualdad material y del principio de protección a grupos vulnerables, la creación de acciones afirmativas, que si bien constituyen un tratamiento diferenciado que se encuentra legitimado por ser razonable, proporcional y atender las necesidades del grupo diferenciado, no debe perderse de vista que esta diferenciación también responde al análisis de situaciones bajo la óptica de criterios objetivos predeterminados, que son los que legitiman la acción diferente que en últimas pretende desarrollar el principio de igualdad.

Las personas que se autodenominan gays, lesbianas, bisexuales, transgeneristas e intersexuales se han unido en el movimiento LGBTI para el reconocimiento de la igualdad de sus derechos frente a las personas heterosexuales, sin perder de vista que el hecho de pertenecer a una misma comunidad no significa que se tengan los mismos intereses. Por eso el ordenamiento jurídico deberá separar y lograr el reconocimiento de derechos para cada subgrupo de esta comunidad. La Corte, como defensora de la Constitución, tiene como labor luchar porque así sea.

No es claro cómo las instituciones educativas, los profesores y alumnos permiten la realización del principio de igualdad, ya que aunque usan un lenguaje políticamente correcto, al mismo tiempo se considera que la población LGBTI sufre de una “enfermedad”, son “anormales” y como tal se les debe ayudar, por este motivo las instituciones deben implementar una política clara de educación frente a la orientación sexual.

Lo anterior, en atención a que temas que son de la cotidianidad y que por ser parte del derecho a la intimidad de cada persona, como lo es la sexualidad y la orientación, no deberían ser discutidos por las instituciones educativas y menos, cultivar en la comunidad educativa prejuicios como lo son ver manifestaciones de afecto como un “pecado”, como una situación de “anormalidad” y por tanto adoptar posiciones en las que no vale siquiera la pena informar a los estudiantes.

Al respecto, ha de ser tenido en cuenta que la violación de un derecho fundamental, como lo es la educación, conlleva el menoscabo de otras garantías fundamentales como el trabajo, la seguridad social, la vida digna y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, por este motivo los ordenamientos jurídicos deben propender por garantizar el derecho a la educación de la comunidad LGBTI, toda vez que de no hacerlo se impediría el desarrollo integral de esta población, lo cual deriva en el no diseño de herramientas que permitan el acceso a oportunidades. En últimas es una flagrante violación al derecho a la igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA, P. y GÓMEZ, A. *Discriminación homosexual en el mundo laboral en grandes empresas de la ciudad de Valdivia*. Chile: Universidad Austral de Chile. Escuela de Ingeniería Comercial. 2005.
- BAYEFISKY, A. “The Principle of Equality or Non- Discrimination in International Law”. En: *Human Rights Law Journal*. 1990.
- BLAYA, C., DEBARBIEUX E. y MOLINA, B. “La violencia hacia las mujeres y hacia otras personas percibidas como distintas a la norma dominante: el caso de los centros educativos”. En: *Revista de Educación* 342. Enero-abril. 2007.
- CABRAL, M. “Pensar la intersexualidad, hoy”. En: *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*. Argentina. Colección Temas Contemporáneos. 2003.
- CALDERÓN MONCAYO, J. *Análisis y vínculos entre matoneo y vida social en Colombia. Una mirada a dos instituciones educativas y al sector de El Codito*. Colombia. Universidad Nacional. 2011.
- CARICOTE AGREDA, E. *Influencia de los estereotipos de género en la salud sexual en la adolescencia*. España. Educere. Septiembre, vol. 10, N° 34. 2006.

- CASTRO CASTRO, J. F. “Discriminación en las relaciones laborales”. En: *Inspección del Trabajo*. Chile. Dirección del Trabajo. Nº 146. Marzo. 2001.
- COLOMBIA DIVERSA. *Cartilla Periodismo para la diversidad*. Colombia Diversa y Cinep. 2006.
- . *Informe Anual*. Colombia. Bogotá. 2006.
- . “Guille en el Colegio” *El amor y el sexo no son del mismo color*. Guía de diversidad afectivo-sexual para adolescentes. Colombia. Bogotá. Xega. 2010.
- COURTIS, C. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”. En: *Revista Derecho del Estado*. Colombia. Universidad Externado de Colombia. Nº 24. Julio. 2010.
- DULITSKY, A. “El Principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”. En: *Anuario de Derechos Humanos*. 2007.
- FERNÁNDEZ RIUS, L. “Roles de Género – Mujeres académicas. ¿Conflictos? ”. En: *Sala de Lectura*. España. Organización de Estados Iberoamericanos Para la Educación, la Ciencia y la Cultura. 2000.
- FERRAJOLI, L. “Sobre la Discriminación”. En: Cuestiones Constitucionales. México: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 15. Julio-diciembre. 2006.
- GÁMEZ RODRÍGUEZ, C. A. *Logros y desafíos del movimiento LGBT de Bogotá para el reconocimiento de sus derechos. Una mirada desde la acción colectiva, las estructuras de oportunidad y la política cultural*. Trabajo de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2008.
- GARCÍA SUÁREZ, C. I. “Diversidad sexual en la escuela. Dinámicas pedagógicas para enfrentar la homofobia” en www.colombiaprende.edu.co. Colombia. Colombia Diversa. 2007.
- GASTÓN SARAVIA, G. *Participación LGBT en Bogotá: Desafíos, voces y sentires de sus protagonistas*. Universidad Piloto de Colombia. 2009.
- LAGOS PEÑAS, I. “La discriminación salarial por razones de género: Un análisis empírico del sector privado en España”. En: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. España. Centro de Investigaciones Sociológicas. Nº 98. Abril-junio. 2002.
- LEMAITRE RIPOLL, J. “El amor en tiempos de cólera: derechos LGBT en Colombia”. En: *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*. V. 6. Nº 11, págs. 79-95. Diciembre. 2009.

- MACKINNON, C. A. "Sexuality". En: *Toward A Feminist Theory of the State*. Harvard University Press. USA, pp. 127-154. 1987.
- MEJÍA DE CAMARGO, S. "Matoneo en la escuela". En: *Ponencias de vida de maestros 2. Violencia en la escuela*. Colombia. Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico. Bogotá. 1999.
- MEJÍA TURIZO, J. y ALMANZA IGLESIA, M. "Comunidad LGBT: historia y reconocimientos jurídicos". En: *Revista Justicia*. Universidad Simón Bolívar. Barranquilla. Colombia. 2010.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid. Dykinson. 2007.
- PULECIO PULGARÍN, M.. "Teoría y práctica de los Principios de Yogyakarta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". En: *RAI Revista Análisis Internacional*. Ed. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas. Número 3. Págs. 239-259. Bogotá, Colombia. 2011.
- RABOSI, Eduardo. *Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación*. Argentina: Centro de Estudios Constitucionales. 1990.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, J. "¿Qué es la Discriminación y Cómo Combatirla?". En: *Cuadernos de la Igualdad*. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. 2007.
- VÉLEZ PELLIGRINI, L. "Homofobia y Mundo del Trabajo". En: revista *El Viejo Topo*. España. Biblioteca Buridán. Nº 217. Febrero. 2006.

Cibergrafía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL <http://www.amnesty.org/es/sexual-orientation-and-gender-identity> (consultado: 13, abr., 2012).
- ARANGO, M. *El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia Colombiana*. 2004. <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf> (consultado: 2, abr., 2012).
- CASO KAREN ÁTALA [HTTP://WWW.CIDH.ORG/ANNUALREP/2008SP/CHILE12502.SP.HTMPAGINA](http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/chile12502.sp.htm) (consultado: 5, abr., 2012)
- CASO KAREN ÁTALA E HIJAS. Fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile. Recurso de Queja. Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil cuatro.- http://www.programamujerescdh.cl/media/noticias/Fallo%20_Corte_Su

prema_caso_Atala.pdf (consultado: 5, abr., 2012).

COLOMBIA LGBT <http://www.colombialgbt.com> (consultado: 12, abr., 2012).

ENGUIX GRAU, B. "Sexualidad e Identidades. Identidades Homosexuales". En: *Gazeta de Antropología*. Barcelona. Centro Asociado de la UNED. 2000. <http://hdl.handle.net/10481/7498> (consultado: 13, abr., 2012).

HISTORIA DEL MOVIMIENTO GAY DN COLOMBIA. <http://www.45-rpm.net/antiguo/palante/historia.html> (consultado: 13, abr., 2012).

LLAJA VILLENA, J. Caso Karen Átala Riffo. Algunas consideraciones sobre el interés superior del niño que el Sistema Interamericano de Derechos debe tener en cuenta.

<http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/casokaren.htm> (consultado: 5, abr., 2012).

MARCHANT, J. "La Discriminación". En: *Región Latinoamericana de la Organización Mundial de Personas con Discapacidad*. http://www.diputados.gob.mx/cesop/Comisiones/d_gvulnerables.htm (consultado: 13, abr., 2012).

UPRIMNY, R. *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia*. [http://programasielat.com/red/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad\(Uprimny\).pdf](http://programasielat.com/red/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad(Uprimny).pdf) (consultado: 2, abr., 2012).

EL DERECHO A LA VERDAD: UNO DE LOS PRINCIPALES DERECHOS EN CABEZA DE LAS VÍCTIMAS. UNA APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL*

*Lorena Raba González***

Sumario: INTRODUCCIÓN. I.- Las víctimas y el derecho a la verdad. II.- El derecho a la verdad en el marco transicional colombiano. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Los conflictos que se han generado en distintas partes del mundo como en Sudáfrica y que también han sido sufridos en las sociedades latinoamericanas, verbigracia, las dictaduras militares del Cono Sur, o los conflictos armados internos en Centroamérica y Colombia, han generado un amplio desarrollo en relación con los derechos de las víctimas. Es así, como se inicia la construcción de conceptos como verdad, justicia y reparación, llegándose a establecer que estos constituyen derechos inalienables de las víctimas y que, en consecuencia, deben obtener un espacio al interior de los procesos penales y transicionales.

En el caso colombiano (Cfr. Urbano, 2008: 65; Fernández, 2011: 135; Forer, 2011:11), después de profundos debates legislativos, académicos y jurídicos, se promulgó la Ley 975 de 2005, en adelante Ley de Justicia y Paz. Por intermedio de esta, el legislador pretendió construir los mecanismos jurídicos para la reincorporación de los miembros desmovilizados de los grupos armados ilegales a la población civil, con miras a la consecución de la paz nacional.

* El presente artículo se estructura a partir de la asistencia de investigación desarrollada para el proyecto “*Observatorio de DDR y Ley de Justicia y Paz*” dirigido por la Dra. Beatriz Eugenia Suárez. Fue presentado para obtener el título de abogada de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y evaluado por los jurados Camilo Mercado y Carolina Sáchica.

** Abogada de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano; graduada en el año 2012. Actualmente adelantando estudios de Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Se desempeña como Abogada *junior* en la firma Lizcano Rodríguez & Abogados Asociados. Correo electrónico: lorenaraba@gmail.com

De esta manera, se creó un procedimiento que cuenta con una fase administrativa y una judicial que permite la acusación, juzgamiento y condena de las personas que, con ocasión a su pertenencia a grupos armados ilegales, cometieron delitos graves, otorgándoles una pena alternativa y pretendiendo garantizar los derechos de las víctimas.

Bernal y Montealegre (2004: 348) señalan que “... *saber la verdad de lo ocurrido no solo interesa a la víctima directa del hecho punible... el acceso a la verdad constituye un pilar fundamental para el logro de objetivos sociales, como el aseguramiento de la paz...*”. Con esto no se pretende desconocer la importancia y alcance de los demás derechos fundamentales que ostentan las víctimas, sino que se quiere hacer una breve aproximación a los derechos de estas, ahondando en uno de los derechos que integran esa trípole cardinal.

El presente artículo se desarrollará estableciendo, en primer lugar, el concepto de víctima para lo cual se acudirá a doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, se analizará lo concerniente a los derechos de estas, se desarrollará el contenido del derecho a la verdad a partir de los pronunciamientos de las altas cortes de Colombia y los fallos emitidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, finalmente, se estudiará la regulación y alcance de este derecho en la Ley de Justicia y Paz, así como en la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras, en adelante Ley de Víctimas, promulgada en julio del año 2011.

I. LAS VÍCTIMAS Y EL DERECHO A LA VERDAD

A. Concepto de víctima

Sea lo primero definir el término víctima, para lo cual se tendrán en cuenta las nociones dadas por las disposiciones de derecho procesal penal colombiano, por la Ley de Justicia y Paz, y la Ley de Víctimas. De esta manera, se podrá descubrir y determinar la coincidencia entre estos conceptos y establecer los elementos comunes en las distintas normas. En el Código de Procedimiento Penal colombiano –Ley 906 de 2004– se dispone que:

Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.

Respecto a los elementos que enmarcan el análisis constitucional del concepto de víctima, la justicia ordinaria nacional y transicional, así como la internacional han reconocido que las víctimas, al igual que los afectados con el delito, tienen acceso a la reparación integral, a la asistencia y al restablecimiento de su derecho. Igualmente, se define la condición de víctima sobre el precepto del daño sufrido como consecuencia del delito que recayó sobre ella. Las víctimas, al igual que los perjudicados que legitimen la existencia de un daño que debe ser: real, concreto y específico como resultado de un delito que recayó sobre ellos, podrán ser titulares de los derechos a la verdad, justicia y a la reparación.¹

En ese sentido se ha de entender que víctima no solo es aquella persona que sufre un daño directo, sino que de igual manera lo es la persona que se ve afectada por la conducta punible desplegada por el delincuente, es decir, no solo es víctima la persona contra quien se realiza la conducta, sino quien de alguna manera, sin sufrir un perjuicio o un daño directamente, es perturbada por su comisión.

La Ley de Justicia y Paz regula el concepto de víctima afirmando que es toda persona que haya sufrido daños directos, entre ellos: lesiones, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales a consecuencia de acciones delictivas desplegadas por grupos armados organizados al margen de la ley, lo que se conoce como víctima directa. De igual manera es entendida víctima el cónyuge, compañero o compañera permanente y familiar en primer grado de consanguinidad o primero civil en caso de haber muerto la víctima directa o de hallarse desaparecida.

A su vez, son víctimas los miembros de la fuerza pública que hayan sufrido lesiones o menoscabo de sus derechos fundamentales a consecuencia de la conducta punible de un miembro de los grupos armados organizados al margen de la ley.² Igualmente, debe resaltarse que la calidad de víctima se tiene con independencia de que sea identificado o se aprehenda, procese o condene al autor de la conducta. De igual manera el Decreto 4670 de 2005, que reglamenta parcialmente la anterior ley, menciona que la noción comprende a las víctimas del desplazamiento forzado y que para el ejercicio de las prerrogativas

1 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

2 Cfr. Ley 975 de 2005, *op. cit.*, Artículo 5°.

procesales, “... la víctima deberá acreditar sumariamente su condición de tal, la cual, de ser procedente, será reconocida por la autoridad judicial...”.

Al comparar el concepto establecido en el Código de Procedimiento Penal, a la luz del pronunciamiento de la Corte Constitucional, con el que recoge la Ley de Justicia y Paz, se observa que estos son plenamente compatibles. Se parte de la existencia de un daño real y concreto, cualquiera sea su naturaleza, y que tenga como origen una conducta delictiva. La diferencia que existe es en referencia al sujeto generador del daño, pues en la Ley de Justicia y Paz la conducta criminal debe haber sido perpetrada por un grupo armado al margen de la ley. Además, la Ley 975 de 2005 establece un catálogo casuístico respecto a quién es considerado víctima.

Por último, es preciso también hacer mención de la Ley de Víctimas, la cual fue emitida dentro del marco de la llamada justicia transicional,³ centrándose en el tratamiento a las víctimas. En esta ley, el objeto es la protección de víctimas de violaciones al derecho internacional humanitario, en adelante DIH, y a los derechos humanos, en adelante DD. HH. Se busca la protección de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación y que se reconozca y dignifique su calidad de víctimas.

Es decir, amplía y limita a la vez el universo de las víctimas, ya que respecto a la descripción que trae el Código de Procedimiento Penal, para esta ley, no puede ser considerada víctima una persona que ha sufrido cualquier tipo de daño, independientemente del tipo de conducta, pues claramente se hace referencia que el daño tiene que ser consecuencia de violaciones al DD. HH. o al DIH. con relación a la Ley de Justicia y Paz, se amplía el concepto de víctima, toda vez que, no importa si el perpetrador de la conducta dañina es un miembro de un grupo al margen de la ley, o si por el contrario es miembro de las fuerzas armadas de Colombia, pues finalmente lo que se debe resaltar es que dicha conducta se haya desplegado como consecuencia del conflicto armado por el que atraviesa este país.

Entonces, como se ha señalado, la ley selecciona una categoría determinada de víctimas por vía del delito que derivó en esa calidad. En este sentido, el legislador

3 “Las expresiones *Vergangenheitsbewältigung* (trabajar el pasado), utilizada después de la Segunda Guerra Mundial; justicia transicional; recordar/olvidar, o reconciliación positiva o negativa, hacen referencia a una nueva noción de justicia que opera dentro de los procesos a través de los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de orden político de un país que atraviesa por un período de violencia y pasa a otro de consolidación de la paz con la vigencia del Estado de Derecho, ofreciendo respuestas legales que tienen por objetivo enfrentar los crímenes cometidos por los regímenes anteriores”. (López, 2009: 19).

toma la decisión de excluir a las víctimas de delitos comunes y da un contexto de relevancia al tipo de criminalidad cuyos efectos se pretenden contrarrestar a través de la ley. De ello se deriva un referente de regulación normativa que responde al concepto no solo de justicia transicional, que pretende objetivos específicos en materia de paz y reconciliación, sino que además se enmarca dentro de un concepto de justicia restaurativa⁴ que dignifica el concepto de víctima y se centra en ella, con el fin de lograr una reparación integral frente al daño sufrido.

B. Derechos de las víctimas. Restablecimiento de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación

Los derechos a la verdad, la justicia y la reparación son el catálogo definido por Lois Joinet⁵ y adoptado tanto en el contexto del Sistema Interamericano como europeo de Derechos Humanos, que ha sido plasmado y desarrollado por la jurisprudencia, en concreto la de la Corte Interamericana,⁶ y aplicado por la Corte Constitucional colombiana en sus providencias, de manera reiterada y consistente.

Siguiendo de cerca la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la Corte Constitucional afirma que la víctima no solo tiene intereses de carácter económico cuando busca que se hagan efectivos sus derechos vulnerados desarrollando un caso en particular resuelto por la CIDH, también investiga la verdad definida como la posibilidad de saber qué pasó, buscando un punto de equilibrio entre la verdad real y la procesal. De igual manera, la Corte Constitucional en Sentencia C-078 de 2002 afirma que las víctimas ostentan el “... *derecho a la justicia como aquel que en cada caso concreto proscribe la impunidad. Y el derecho a la reparación, como aquel que comprende obtener una compensación económica,*

4 “La justicia restaurativa alude a otras formas de reparación de los efectos de los hechos punibles. Comprende mecanismos dirigidos a proteger derechos individuales y satisfacer intereses colectivos, como los adoptados en instancias internacionales o en sede de tutela, mediante los cuales es posible restaurar el orden alterado, merced, por ejemplo, a la realización de actos simbólicos, que permitan compensar de alguna manera el perjuicio causado y restablecer la confianza en el ordenamiento jurídico” (Bernal y Montealegre, 2004: 350).

5 ONU, Principios de Joinet para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. 49ª sesión, 1997.

6 Entre otras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso Velásquez Rodríguez del 29 de julio de 1988; Sentencia caso Godínez Cruz del 20 de enero de 1989; Sentencia caso Myrna Mack Chang del 25 de noviembre de 2003; Sentencia caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros del 14 de marzo de 2001.

pero que no se limita a ello sino que abarca medidas individuales y colectivas tendientes, en su conjunto, a restablecer la situación de las víctimas...”.

Los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia se pueden concretar en los siguientes aspectos:

- i. Los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos han sido desarrollados por la normativa internacional, la cual es de obligatoria aplicación por vía del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política. Así mismo, resulta vinculante la jurisprudencia de los tribunales internacionales, cuando esta versa sobre interpretaciones de normas internacionales.
- ii. De la posición internacional sobre la materia se extrae con claridad que las víctimas del delito tienen derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, y no solo a la obtención de una compensación económica por los perjuicios que le hubieren sido ocasionados.
- iii. Esos tres derechos de las víctimas del delito están íntimamente relacionados entre sí, de forma que de no garantizarse la efectividad de uno de ellos se impedirá a su vez la verificación de los demás. No hay verdad sin justicia, ni justicia sin reparación.⁷
- iv. El reconocimiento de estos derechos se traduce en la necesidad de que el Estado otorgue a las víctimas mecanismos judiciales efectivos para que puedan lograr la satisfacción de los mismos dentro del proceso penal.⁸
- v. El derecho a la justicia hace parte de la realización misma del proceso penal, ello es así porque el componente principal de este derecho es el acceso a la justicia que se ve realizado mediante la correcta investigación de los hechos victimizadores y el enjuiciamiento y la sanción judicial de los perpetradores.⁹
- vi. El derecho a la reparación se expresa dentro del proceso penal principalmente a través del incidente de reparación integral, que es el mecanismo previsto por el legislador para que las víctimas de delitos puedan obtener la

7 Cfr. entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-775 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

8 Al respecto afirmó la Corte Constitucional en sentencia de tutela: “... es claro que el acceso a la justicia no significa la simple presencia muda y pasiva de las partes sino la posibilidad concreta de utilizar plenamente todos los instrumentos enderezados a hacer conocer del fallador los intereses y derechos en conflicto sobre los cuales habrá de producir su decisión”, Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

9 Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C Nº 70.

reparación de los daños sufridos por la comisión del delito, probando su acaecimiento una vez definida la responsabilidad penal.

- vii. El derecho a la verdad se traduce en el conocimiento de lo sucedido, en el derecho a saber y a recordar. Tiene un contenido colectivo y otro de carácter individual, que se hace efectivo dentro del proceso penal y a través de la intervención efectiva en el mismo.¹⁰

C. El derecho a la verdad y su tratamiento en los Tribunales nacionales e internacionales

Una vez definido el término víctima, y además teniendo claro que estas ostentan tres derechos principales, cuales son a la verdad, a la justicia y a la reparación, además de, por supuesto, muchos otros, este escrito se centrará en hablar sobre uno de ellos: el derecho a la verdad. Así, dado que el objeto de la presente investigación es el análisis de este derecho en específico, sin demeritar el valor inmenso que tienen los demás, se procederá a analizar de manera concreta el mismo.

Con respecto a la verdad como derecho de las víctimas se puede aseverar que este supone una obligación de investigación por parte del Estado, por cuanto cualquier situación en la que haya existido la vulneración de los derechos humanos debe ser objeto de búsqueda, lo cual pasa a ser una obligación en la que, si no se cumple y no se utilizan, además, los medios necesarios para que esta se efectúe, es motivo de una sanción por parte de las autoridades.

El estatuto procedimental penal actual, gracias a la inclusión del sistema acusatorio oral garantiza la celeridad, publicidad y una actuación más activa de las víctimas en el proceso penal, así, se señala sobre este derecho que: *“... las víctimas tendrán derecho: ... e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas”*. También la Ley de Víctimas prevé en su artículo 23 la forma en que debe satisfacerse el derecho a la verdad de las víctimas, pues pretendiendo ser el principal instrumento legal de protección y defensa para estas no podría omitir este importante derecho.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Por lo tanto, desde una óptica general y colectiva del derecho a la verdad se puede afirmar que es una concretización de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, de un Estado garantista de derechos humanos y de principios inalienables, tan esenciales que deben ser protegidos no solo por el Estado sino por la misma sociedad, pues pese a que el hombre es capaz de causar tanto dolor, daño y sufrimiento a personas que nacieron en el mismo territorio, el Estado debe estar en capacidad de reprochar tales conductas. Lo más importante, es sancionarlas y garantizar que dichos actos no se vuelvan a cometer. Esto desde el punto de vista del derecho de las víctimas a la no repetición de las conductas punibles de las que fueron víctimas, así como la de toda la colectividad, luchando a toda costa para que estos hechos delincuenciales no queden en la impunidad.

Se puede concluir que el Estado colombiano está haciendo grandes esfuerzos para atender a las víctimas del conflicto armado¹¹ presente en Colombia, de tal manera que no solo por medio de leyes, que como se verá más adelante, se intenta proteger y satisfacer los derechos de las víctimas, sino además, con acciones concretas, como son los pronunciamientos jurisprudenciales donde se ha tratado de brindar la atención debida.¹²

Es de advertir, que esta ayuda y atención hace parte de un procedimiento bastante largo, ya que implica una etapa administrativa (postulación), una indagación preliminar, una investigación y una etapa de juzgamiento. Además, dado que el debido proceso tiene el carácter de derecho fundamental, este da efectividad a un derecho que cubre de la misma manera a las víctimas, a sus familiares y a toda la sociedad, en donde el Estado debe garantizar el restablecimiento de sus derechos y esto implica la exigencia del conocimiento de la verdad, a saber qué ocurrió, pero a su vez determinar si se puede o no llegar a retroceder al momento previo a la transgresión, en un sentido muy amplio, toda vez que materialmente es imposible retrotraer el daño realizado a su

11 La doctrina considera que la declaratoria de una situación de “conflicto armado interno” es potestad del gobierno (Cfr. Ramelli, 2003: 73). No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha argumentado que, para efectos de la aplicación de la ley de justicia y paz, se encuentra habilitada para efectuar dicha verificación y la Corte Constitucional, de manera expresa, ha considerado que existe un conflicto armado interno. Cfr. CSJ. Cas. Penal. Sentencia de 21 de septiembre de 2009. Rad. 32022. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; C. Constitucional. Sentencias C-251 de 2002, C-802 de 2002, C-203 de 2005 y C-291 de 2007.

12 Entre esas leyes y pronunciamientos encontramos: Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas), Sentencia C-370 de 2006 y Sentencia T-453 de 2005, entre muchas otras no mencionadas en el presente escrito.

estado inicial, como si nunca se hubiera realizado, y de igual manera “se haga justicia”, que es lo que efectivamente anhela la víctima.

De otra parte, el derecho a la verdad ha sido objeto de pronunciamiento en una gran variedad de instrumentos internacionales. En cuanto a su reconocimiento en la jurisprudencia nacional, la Sentencia C-228 de 2002 proferida por la Corte Constitucional sentó una premisa fundamental: la finalidad de la intervención de las víctimas y los perjudicados no es simplemente la reparación de perjuicios materiales. Por el contrario, a partir de ese pronunciamiento existe una protección más integral de sus derechos, reconocidos como intereses a la justicia y a la verdad.

Es así, como la víctima y los perjudicados por una conducta punible tienen otros intereses diferentes a los netamente económicos que son protegidos por la Constitución de 1991. Entre ellos encontramos el derecho a la verdad, como la posibilidad de saber lo sucedido y las razones de estos acontecimientos. Este es un derecho especialmente relevante frente a las violaciones de los derechos humanos.¹³ Por otro lado, y pasando al ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintas oportunidades se ha pronunciado frente al derecho a la verdad, ha señalado que: *“Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable”*.¹⁴

Adicionalmente, reitera el derecho que tienen los familiares de las víctimas a conocer dentro del proceso judicial la verdad de lo que ha sucedido.¹⁵ Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido llevados varios procesos de violación al derecho a la verdad por parte del Estado colombiano, tal es el caso de la “Masacre de Mapiripán”, en donde la Corte, refiriéndose nuevamente al deber del Estado de adelantar las investigaciones necesarias para esclarecer la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, afirma:

13 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 02. M. P. Manuel José Cepeda, 3 de abril de 2002.

14 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio, Sentencia 18 de septiembre de 2003, párr. 114; Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Nº 35, párr. 71 y 72.

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, p. 108.

... es necesario recordar que el presente es un caso de ejecuciones extrajudiciales y en este tipo de casos el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva.¹⁶ Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación.¹⁷

Sin embargo, la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios.¹⁸ En este caso, algunos de los imputados han sido juzgados y condenados en ausencia. Además, la reducida participación de los familiares en los procesos penales, ya sea como parte civil o como testigos, es consecuencia de las amenazas sufridas durante y después de la masacre, la situación de desplazamiento que enfrentaron y el temor a participar en dichos procesos. Por tanto, mal podría sostenerse que en un caso como el presente deba considerarse la actividad procesal del interesado como un criterio determinante para definir la razonabilidad del plazo.¹⁹

De otro lado, en el caso “19 comerciantes” contra Colombia, se ve directamente reflejada la necesidad de la verdad, así como la impotencia de las víctimas y de qué manera afecta el “no saber qué pasó”, la incertidumbre que genera el daño causado. Por esta razón se rescata un aparte de la sentencia que muestra lo que se acaba de aludir “... *para la testigo es muy importante saber la verdad de lo que sucedió y tener los restos de Juan si estuviera muerto. La testigo considera que no*

16 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Moiwana, Sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 145; caso de los hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 131, y caso Myrna Mack Chang, Sentencia del 8 de febrero de 2006, párr. 157.

17 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 147; caso hermanas Serrano Cruz. Sentencia del 1 de marzo de 2005. Serie C Nº 120, párr. 63, y caso 19 Comerciantes supra nota 193, párr. 186.

18 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 146; caso hermanas Serrano Cruz. supra nota, párr. 61, y caso 19 Comerciantes, supra nota 193, párr. 112.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, p. 134.

*se ha hecho justicia en la desaparición de Juan, ya que no se ha castigado a los responsables intelectuales y materiales de su desaparición”.*²⁰

Ahora, ¿el derecho a saber, a la verdad, interesa únicamente a las víctimas de los delitos o, por el contrario, existe un interés legítimo en cabeza de la colectividad para establecer las causas y circunstancias de los crímenes? Para responder este interrogante, es necesario establecer las dimensiones del derecho a la verdad. Al respecto, se debe recordar que en 1998 la ONU proclamó el Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.²¹ Uprimny y Saffon (2006: 351) ha considerado que este conjunto de principios integran el bloque de constitucionalidad en la medida que la Corte y la Comisión Interamericana lo han considerado incorporado al Pacto de San José de Costa Rica –Convención Americana de Derechos Humanos–.

En estos principios, se presenta una doble dimensión del derecho a la verdad. Por un lado, existe una dimensión individual que hace referencia al derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias que rodearon las graves violaciones y, en los casos específicos de desaparición forzada y muerte, la suerte de la víctima.²² Por el otro, hay una dimensión colectiva que hace referencia al interés que tiene la sociedad en general, de saber el cómo y el porqué de dichos crímenes alevés. Lo anterior con dos motivaciones específicas: el deber de afirmar en la conciencia colectiva los hechos que conforman el pasado común²³

20 Corte IDH, caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C Nº 109

21 ONU, Principios de Joinet para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, *op. cit.*

22 ONU, Principios de Joinet para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, *op. cit.*, Principio 4. El derecho de las víctimas a saber - Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

23 ONU, Principios de Joinet para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, *op. cit.*, Principio 3. El deber de recordar - El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

y, además, que dicha recordación constituya una garantía de no repetición de dichos crímenes.²⁴

Esta importante interpretación, es decir, la que determina como titulares del derecho a la verdad no solamente a las víctimas individualmente consideradas, sino a toda la colectividad se ha visto reflejada en instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ejemplo de ello es un informe preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de una serie de casos ocurridos en el año de 1998 en Chile, frente a las amnistías otorgadas por el Estado en donde generaba además la obligación de establecer los hechos e identificar a los responsables.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó en esa ocasión que *“El derecho a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a las graves violaciones de los derechos humanos que ocurrieron (...), así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos, constituye una obligación que el Estado debe satisfacer respecto de las familias de las víctimas y a la sociedad en general”*.²⁵

Por último, en cuanto a la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas de desaparición forzada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que comprende que los familiares puedan conocer cuál fue el destino de la persona desaparecida y dónde se encuentran sus restos, derecho que debe ser satisfecho a través de los medios que el Estado tenga a su alcance. Adicionalmente al respecto consideró:

... Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.²⁶

24 ONU, Principios de Joinet para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, *op. cit.*, Principio 2. El derecho inalienable a la verdad - Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.

25 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nº 136/99, del 22 de diciembre de 1999, caso Ignacio Ellacuría y otros, párr. 221.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia del 14 de

II. EL DERECHO A LA VERDAD EN EL MARCO TRANSICIONAL COLOMBIANO

A. Esquema de la Ley de Justicia y Paz

Con el fin de establecer la manera en que se encuentra regulado el derecho a la verdad así como las obligaciones establecidas en torno al mismo dentro del proceso consagrado en la Ley de Justicia y Paz, se presentará un breve esquema respecto al procedimiento allí erigido.²⁷ Según lo dispuesto en la Ley 975 de 2005, el procedimiento de Justicia y Paz cuenta con dos fases a saber: una de carácter administrativo y otra de carácter judicial.²⁸ La etapa administrativa se refiere a la elaboración de listas con los nombres de los miembros de los grupos armados al margen de la ley, que serán postulados para obtener los beneficios que establece la ley. Frente a la fase judicial, el procedimiento que establece la ley comienza con la postulación por parte del Gobierno Nacional a la Fiscalía General de la Nación del posible beneficiario y posteriormente se divide en indagación preliminar, investigación y juzgamiento. Veamos:

i. Indagación preliminar

Recibida la actuación por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz y establecida su competencia, se llevará a cabo una audiencia de versión libre que se desarrollará de la siguiente manera: se interrogará al postulado sobre los hechos de los que se tenga conocimiento. Este estará obligado a manifestar la fecha de ingreso al grupo armado al margen de la ley. En compañía del defensor, el candidato a ser beneficiario de la Ley deberá indicar las circunstancias modales en que haya participado en los hechos delictivos cometidos durante o con ocasión a su pertenencia al respectivo grupo al margen de la ley. Deberá expresar cuáles son los bienes que entregará, con fines de reparación, a las víctimas.²⁹

marzo de 2001, p. 15.

27 Cfr. Fiscalía General de la Nación, en: http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Esquema_Ley975_Justicia_Paz.pdf (consultado: 10 de diciembre de 2011).

28 Para profundizar sobre este aspecto consultar la Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, ProFis GTZ-Fiscalía General de la Nación, Bogotá D. C., 2009.

29 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia de julio 1 de 2009. Rad. 31788. M.P. José Leonidas Bustos.

Con base en la información suministrada, el Fiscal Delegado de la Unidad Nacional de Justicia y Paz elaborará el programa metodológico que deberá ser desarrollado por la Policía Judicial con el fin de corroborar dicha información y esclarecerla.³⁰ Culminada la investigación, con base en el desarrollo del plan metodológico, se da inicio a la apertura formal del proceso a través de la realización de la audiencia de imputación.

ii. Investigación

Como lo dispone el artículo 18 de la Ley de Justicia y Paz, la formulación de imputación procede cuando “... *de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan...*”.

Como se ve, las situaciones que fundamentan la formulación de imputación guardan armonía con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en tanto se hace necesario, como mínimo, una somera verificación de los hechos narrados en la versión libre y de la cual se pueda inferir razonablemente que el postulado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan. La etapa de verificación es la que más demanda tiempo, toda vez que, han de realizarse las diligencias necesarias para determinar la existencia de los hechos expuestos por el postulado, ya que de no haberse comprobado no podrá realizarse la imputación por tales hechos; es por eso, que la Corte Suprema de Justicia admitió la posibilidad de hacer imputaciones parciales.³¹

30 El texto original de la Ley 975 establecía que el desmovilizado debía ser puesto inmediatamente a disposición del magistrado con funciones de control de garantías para la realización, dentro de las 36 horas siguientes, de la audiencia de formulación de imputación. Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, dispuso: “Décimo tercero.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos examinados, la expresión “dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación” del inciso cuarto del artículo 17 de la Ley 975 de 2005, en el entendido que la puesta a disposición de la persona a órdenes del magistrado que ejerza la función de control de garantías y la solicitud de audiencia de imputación de cargos, se presentará cuando se haya desarrollado a cabalidad el programa metodológico dispuesto en el inciso tercero del mismo artículo, y de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal.” (Subrayado fuera del texto).

31 En las decisiones de la Corte Suprema de Justicia se señala que si bien en principio, la imputación debe ser completa y total, sin embargo, teniendo en cuenta que dentro de estos procesos se encuentran en juego los derechos de las víctimas y condenarlas a esperar hasta que la Fiscalía reúna todas las pruebas para fundamentar una imputación total, afectaría los derechos a la verdad, se considera que con las imputaciones parciales no se afectan de manera sustancial

En desarrollo de dicha diligencia, el fiscal realizará la imputación fáctica de los hechos investigados y solicitará la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. De igual manera, solicitará la imposición de medidas cautelares pertinentes para proteger los bienes a través de los cuales serán reparadas las víctimas.

Finalmente, se otorga un término de sesenta días para que el fiscal y su grupo de apoyo de Policía Judicial adelanten las labores de investigación y verificación de los hechos imputados y de “... *todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia...*”. Fecido ese plazo, o antes si ello fuere posible, se solicitará al magistrado con función de control de garantías la programación de audiencia de formulación de cargos dentro de los diez días siguientes, si hubiere lugar a ello,³² en los términos del artículo 19 de la ley en comento.

Una lectura cuidadosa de dicha disposición permite concluir que la aceptación de cargos es una institución compleja que conlleva la realización de dos audiencias distintas. Por un lado se realiza la formulación de cargos ante el magistrado que ejerce la función de control de garantías frente a quien el imputado podrá o no aceptar los cargos que le fueran presentados por la Fiscalía. En el evento en que el postulado no acepte los cargos o se retracte de los admitidos en la versión libre, se deberá remitir la actuación al funcionario competente de conformidad con la ley vigente al momento de realización de los hechos. Por el otro, la audiencia pública que se celebrará ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial que corresponda, cuando se acepten los cargos formulados.³³

los derechos de las partes, al contrario, se observa con ello un beneficio para las víctimas. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Segunda Instancia, Rad. 30120, M.P. Alfredo Gómez Quintero, 23 de julio de 2008; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Segunda Instancia, Rad. 30955, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 9 de febrero de 2009; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Segunda Instancia, Rad. 30775, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, 18 de febrero de 2009.

32 Muy a pesar de que en el texto de la Ley 975 no se estableció formalmente la figura de la preclusión, se considera que en virtud del respeto al debido proceso y del postulado de la presunción de inocencia, a partir de la frase “si a ello hubiere lugar” contenida en el artículo 18 de la ley en estudio, el fiscal podrá solicitar audiencia de preclusión en las mismas situaciones consagradas en la Ley 906 de 2004, artículo 331 y siguientes.

33 La primera de las diligencias es propia de la etapa de investigación en tanto se realiza ante un magistrado con funciones de control de garantías, y además, en la medida que se requiere una verificación posterior por parte de la Sala del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial.

iii. Juzgamiento³⁴

En esta etapa, se desarrolla la audiencia pública de la que trata el inciso tercero del artículo 19 en la que la Sala de Justicia y Paz del respectivo Tribunal Superior del Distrito Judicial verificará que la aceptación de cargos haya sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor. Esta se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes al envío, por parte de la secretaría del Tribunal, del expediente.

Una vez verifica dicha situación, se citará a audiencia, dentro de los diez días siguientes, para la correspondiente individualización de pena y sentencia. De igual manera, en caso de que exista solicitud de apertura de incidente de reparación integral, se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la citada ley³⁵ y su resultado se incorporará a la sentencia respectiva.

En toda esta etapa, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación debe garantizar la participación activa de las víctimas precisamente con el objeto de garantizarles su derecho a la verdad, el derecho a saber qué pasó, por qué pasó, etc., de conformidad con lo establecido en la Ley de Justicia y Paz, toda vez que las víctimas pueden participar en las diligencias de versión libre, donde los miembros de los grupos armados deben contar todo lo sucedido con el fin de poder acogerse a los beneficios de la ley.

Por último, y relativo a las obligaciones que tiene el procesado con el establecimiento de la verdad, la Ley de Justicia y Paz en su artículo 17 regula lo referente a la versión libre, la cual constituye, por antonomasia, la oportunidad para que el postulado colabore con el establecimiento de la verdad. En virtud de dicha disposición se establece que el postulado deberá ser interrogado por el fiscal en relación con todos los hechos de los que se tenga conocimiento y, a su vez, el primero deberá manifestar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos.

34 Se utiliza la palabra juzgamiento no en sentido adversarial sino en un sentido amplio en la medida que es la etapa procesal en la que se declara la responsabilidad penal y se abre el incidente de reparación integral.

35 Artículo 23. Incidente de reparación integral. En la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos, previa solicitud expresa de la víctima o del fiscal del caso o del Ministerio Público a instancia de ella, el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los cinco días siguientes...

Se puede destacar que la Ley de Justicia y Paz establece como imperativo el hecho de que los postulados informen a sus víctimas qué sucedió realmente y, además, que dichas manifestaciones sean verídicas; de lo contrario, podrían no resultar beneficiados. No obstante esta obligación, se ha de recordar que a partir de la información que entregue el postulado, se establecerá el programa metodológico con miras a verificar esos hechos y establecer si la confesión fue plena o simplemente parcial.

Esta tarea demanda unos recursos técnicos y humanos significativos; además de esto, es menester señalar que los miembros de los grupos armados al margen de la ley tienen la obligación de manifestar la verdad de sus conductas, entendido como un compromiso jurídico de dar a conocer la verdad, toda vez, que si no se configura este requisito, no se podrá continuar con el proceso y no podrá el postulante acogerse a los beneficios de la ley.

B. Esquema de la Ley de Víctimas

Esta ley se enmarca dentro de una noción de justicia transicional y como consecuencia define mecanismos procesales, judiciales y administrativos. Estos dan respuesta a los derechos de las víctimas, donde es evidente que este aspecto quedó sin resolver en el texto de la Ley de Justicia y Paz.³⁶

En esta ley podemos encontrar grandes modificaciones sustanciales que involucran la creación de nuevas y distintas figuras procesales, entre ellas sobre la indemnización de perjuicios. Uno de los avances que trae la Ley de Víctimas frente a las formas de reparación es el tratamiento que se le da a las medidas que buscan la indemnización³⁷ de los perjuicios sufridos. La Ley de Víctimas precisa

36 Pese al señalamiento realizado por la Ley de Justicia y Paz de un marco de atención para las víctimas, este no era lo suficientemente claro y cuando se disponía a aplicarlo, no se contaba con el aval financiero, de planta o información que respondiera eficazmente a las necesidades de la víctima, es por esto que la Ley de Víctimas viene a establecer aspectos concretos para brindar una verdadera atención a las víctimas y no generar una doble victimización.

37 Sobre la indemnización la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en los siguientes "... (i) la indemnización integral de los daños ocasionados por la conducta punible incluye tanto los daños materiales como los morales, como quiera que el objetivo de la reparación es que, cuando no es posible que las cosas vuelvan al estado anterior a la ocurrencia del delito, se compense a las víctimas y perjudicados por los daños sufridos; (ii) la liquidación de los perjuicios ocasionados por el delito se debe hacer de acuerdo con lo acreditado en el proceso penal, como quiera que la acción civil dentro del proceso penal depende de que la parte civil muestre la existencia de los daños cuya reparación reclama y el monto al que ascienden; (iii) cuando no es posible la valoración de los perjuicios, se acude a criterios, tales como la magnitud del daño y la naturaleza de la conducta, puesto que el legislador orientó la discrecionalidad del juez penal frente

sobre el principio de prohibición de doble reparación con el fin de evitar el abuso de la figura de la indemnización de tal manera que cuando haya obtenido respuesta por alguna de las dos vías, la otra quedará suspendida, garantizando así que la víctima de una conducta delictiva no pretenda un pago excesivo.

Esta ley ofrece claridad sobre las diferentes modalidades de reparación que deben cumplirse para dar cumplimiento al principio de reparación integral, que de hecho han sido reconocidos incluso por la jurisprudencia,³⁸ tanto en su dimensión individual (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición), como en su dimensión colectiva (adopción de medidas tendientes a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades que se vieron afectadas por las violaciones ocurridas).

Por otro lado, la Ley de Víctimas pone un acento importantísimo en cuanto a la previsión de medidas y espacios que realicen el derecho a la verdad de las víctimas. Los principales elementos para darle eficacia a este derecho se describen a continuación. La primera referencia evidente al derecho a la verdad es la definición misma de ese derecho, y el hecho de que se establezca expresamente como uno de los derechos de los que las víctimas son titulares.

Adicionalmente, el derecho a la verdad es un hilo conductor que se desarrolla a lo largo de toda la Ley de Víctimas. Ejemplo de esto es el hecho de que uno de los propósitos para los cuales se establece el registro de víctimas es el de encontrar la verdad sobre las violaciones de derechos humanos, o que esta sea también la principal función de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación a las Víctimas;³⁹ este último es además, junto con la Unidad Administrativa Especial para la Restitución de Tierras, el principal órgano que se crea con esta ley.

La Ley de Víctimas crea mecanismos especiales dirigidos al descubrimiento de la verdad, y su preservación a través de la memoria histórica. Al respecto, el primer elemento que debe ser destacado es el hecho de que se radique en cabeza del Estado el “deber de la memoria”, lo que hace la ley en los siguientes términos:

El deber de memoria del Estado se traduce en propiciar las garantías y condiciones necesarias para que la sociedad, a través de sus diferentes expresiones tales como víctimas, academia, centros de pensamiento,

a este tipo de daños, cuyo *quantum* solo puede ser fijado con base en factores subjetivos...”
Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-454 del 7 de junio 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

39 Ley 1448 de 2010, *op.cit.*, artículos 156 y 168.

organizaciones sociales, organizaciones de víctimas y de derechos humanos, así como los organismos del Estado que cuenten con competencia, autonomía y recursos, puedan avanzar en ejercicios de reconstrucción de memoria como aporte a la realización del derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto.

Parágrafo. En ningún caso las instituciones del Estado podrán impulsar o promover ejercicios orientados a la construcción de una historia o verdad oficial que niegue, vulnere o restrinja los principios constitucionales de pluralidad, participación y solidaridad y los derechos de libertad de expresión y pensamiento. Se respetará también la prohibición de censura consagrada en la Carta Política.

Esto pone en evidencia el claro compromiso del Estado, no solo con el descubrimiento de la verdad, sino además con la preservación de la memoria histórica, teniendo presente la gran importancia de este elemento a la hora de hacer efectivos los derechos de las víctimas. En cumplimiento del deber establecido en el artículo citado, se crea un importante organismo llamado Centro para la Memoria Histórica. Al revisar las funciones que este está llamado a desempeñar, salta a la vista que tiene un gran compromiso con el establecimiento de la verdad.⁴⁰ Dentro de ellas se destacan la creación y mantenimiento de archivos y la recopilación de testimonios orales de las víctimas y sus familiares, con el claro objetivo de mostrar la verdad que rodea las violaciones de derechos humanos. Por último, normas recientes⁴¹ han visualizado otros mecanismos de contribución a la verdad histórica así como la creación de un mecanismo no judicial para llevar a cabo dicho acuerdo cuyos fines son: recolectar, sistematizar, y preservar la información que surja con estos acuerdos y producir informes.⁴²

C. Obligaciones del Estado respecto al derecho a la verdad

El Estado colombiano, para poder garantizar el derecho a la verdad, y a su vez cumplir con los deberes de los cuales es garante, tiene que adoptar las medidas necesarias y adecuadas para que los crímenes que han soportado las víctimas no sean olvidados.

En ese orden de ideas, es necesario que el Estado asegure que las víctimas gocen plenamente de los derechos de los que son titulares gracias a esa calidad.

40 Ley 1448 de 2010, *op.cit.*, artículos 145 y subsiguientes.

41 Ley 1424 de 2010, *op.cit.*, artículo 2º.

42 Ley 1424 de 2010, *op.cit.*, artículo 4º.

Concretamente en cuanto al derecho a la verdad, el principal deber del Estado es, como ya se desarrolló, garantizar que tanto los hechos que han configurado violaciones de derechos humanos, como las circunstancias particulares que han propiciado y rodeado el acaecimiento de esos hechos, sean plenamente descubiertos, así como sus autores, ya sea a través de mecanismos judiciales (el proceso penal es el principal instrumento para ello) o extrajudiciales (como las comisiones de la verdad, o el mismo Centro para la Memoria que crea la Ley de Víctimas).

En caso de que el Estado no brinde las garantías necesarias para proteger los derechos de las víctimas, bien sea por ausencia de imparcialidad o independencia de las instituciones encargadas del proceso, se hace necesario crear comisiones extrajudiciales de investigación⁴³ y a su vez la preservación y la posterior consulta de los archivos que correspondan a los procesos,⁴⁴ tal como sucedió en el caso del Palacio de Justicia, en donde fue nombrado un grupo para determinar la verdad de lo sucedido, sin que ello tenga un alcance judicial.

Con la creación de estas comisiones se intentan determinar los hechos con un fin específico que es la verdad, evitando además que desaparezcan las pruebas,⁴⁵ sin embargo, no es válido entender que se crean con el propósito de entregar a los particulares la administración de justicia que está en cabeza del Estado, no es función de estas comisiones penalizar a las autoridades con el fin de evitar que no se garanticen los derechos de las víctimas. Su función es positiva y como se mencionó anteriormente, su objeto es descubrir la verdad y las investigaciones realizadas por estas comisiones extrajudiciales de investigación deben principalmente enfocarse en hacer reconocer esta verdad negada continuamente.⁴⁶

Según los principios para la protección de los derechos de las víctimas, la especial defensa del derecho a la verdad es fundamental para evitar así la repetición de los crímenes atroces de los cuales sufren las víctimas.⁴⁷ Hoy la humanidad

43 ONU, Principios de Joinet para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, *op. cit.*, Principios 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12.

44 ONU, Principios de Joinet para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, *op. cit.*, Principios 13, 14, 15, 16, 17 y 18.

45 ONU, Principios de Joinet para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, *op. cit.*, Principio 5.

46 ONU, Principios de Joinet para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, *op. cit.*, Principio 5.

47 ONU, Principios de Joinet para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, *op. cit.*, Principio 1.

sabe muy bien que el ocultamiento de un crimen puede conducir a la comisión de otros, de igual o peor gravedad. Este derecho a la verdad implica que sean determinados los hechos pero de una manera exacta y precisa y esto involucra que se señalen autores, motivos, prácticas utilizadas, métodos de financiación, colaboraciones internacionales, estatales o particulares recibidas.

Todo lo anterior con el fin principal de que estas atrocidades sean conocidas por todos, para evitar la repetición de estas conductas y que se empleen las sanciones necesarias con este mismo fin. Todos los pueblos deben tener una memoria histórica que garantice que no se olviden sus creencias, costumbres y en este caso las sanciones a las que pueden hacerse acreedores los infractores y los que causen daño por medio de crímenes atroces a sujetos pertenecientes a un conglomerado para que no vuelvan a suceder.

Es importante individualizar a los agentes que cometen dichas crueldades, a los cuales se les ha denominado “agentes de la primera zona” (Ricoeur, 2004: 606); de igual manera a los que se encargaron de financiar, escoger a las víctimas o hayan sido beneficiados por las conductas realizadas por los primeros, denominados “los agentes de la segunda zona”, y también a aquellos que permitieron y omitieron ayudar a que no se cometieran dichas conductas pero que pueden ser muy importantes para el esclarecimiento de los hechos o para llenar los vacíos que dejan los anteriores relatos, ellos son denominados “agentes de la tercera zona”.

Resulta trascendente recibir toda la ayuda posible para llegar a una precisa reconstrucción de los hechos, los cuales pueden ser recuperados por medio de instrumentos no judiciales pero fundamentales en el trascurso de la investigación mencionados en la Ley de Justicia y Paz, Ley de Víctimas, u otras leyes, como la Ley 1424 de 2010, tales como investigaciones sociológicas de campo, comisiones de la verdad, labor de historiadores, periodistas y mecanismos no judiciales de contribución a la verdad, entre otros, los cuales pueden ayudar de manera importante al descubrimiento de la verdad.

En cuanto a estos procedimientos encaminados a reconstruir la verdad, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dijo lo siguiente:

“... no se circunscribe a aquello que diga o acepte quien narra su versión”, pues “la verdad resulta un imperativo para los operadores judiciales, un derecho de las víctimas y de la sociedad, y un deber del postulante a justicia y paz”, de modo que la misión de las autoridades involucradas en estos diligenciamientos “tiene que estar orientada, conjuntamente, por la

búsqueda del esclarecimiento de la verdad, la construcción de los archivos por el deber de memoria que impone la reconciliación, y la garantía de no repetición, tal como emana de los artículos 4, 15, 48 y 56, entre otros, de la Ley 975 de 2005".⁴⁸

Es evidente que la satisfacción del derecho a la verdad es de gran importancia, no solo dentro del marco de los instrumentos internacionales, sino además dentro de la jurisprudencia nacional y el desarrollo del mismo del proceso penal.

D. Críticas jurídicas y prácticas en torno al derecho a la verdad

Todo lo expuesto anteriormente pone en evidencia el hecho de que a nivel nacional se han presentado avances en cuanto a la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas, el cual es un derecho que día a día cobra una mayor importancia desde todas las ramas del poder público, y que seguramente se presentarán aún mayores avances, pero no dejan de llamar la atención las falencias que se presentan.

Así, al analizar el contenido normativo de la Ley de Justicia y Paz, se observa que si bien el desmovilizado se encuentra en la obligación de rendir una versión libre, no es menester que sus afirmaciones sean veraces o que la supuesta confesión sea plena (teniendo presente que en todo caso, la aplicación de los beneficios que la ley prevé está sujeta a la efectiva colaboración del procesado en la satisfacción de los derechos de las víctimas). Esta afirmación se concluye a partir de la posibilidad de que se le formulen cargos no confesados. De allí que, Uprimny y Saffon (2006: 161) consideren que "*... la figura de la confesión estipulada en la ley de justicia y paz parece una confesión al estilo 'buffet', en la que el sindicado paga un máximo de prisión y confiesa todos los delitos que le van siendo imputados, poco a poco...*". Esto podría incentivar a que los postulados solo confiesen aquellos delitos sobre los cuales creen que el Estado ya es conocedor.

Sobre la confesión plena, debemos retomar la experiencia del caso sudafricano en donde, tal y como lo expone Uprimny y Saffon (2006: 164), "*... muchos de los victimarios de crímenes atroces vieron sus delitos indultados o sus penas seriamente reducidas, pero debieron para ello confesar todos y cada uno de los crímenes que cometieron durante el 'apartheid'...*". Ahora bien, la Corte

48 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto del 8 de junio de 2007. Rad. 27484. M.P. Álvaro Pérez Pinzón.

Constitucional, en la Sentencia C-370 de 2006 consideró que los beneficios de la Ley de Justicia y Paz “... *solo pueden conferirse a quienes han satisfecho de manera plena el derecho de las víctimas a la verdad, de lo cual depende, también, la satisfacción del interés de la sociedad en construir memoria colectiva sobre lo acontecido durante el conflicto armado...*” de allí que su confesión debe ser completa y veraz.

Esas razones llevaron a la Corte Constitucional a declarar exequibles los artículos de la Ley de Justicia y Paz que estipulan beneficios jurídicos a favor de los procesados que contribuyan a la satisfacción del derecho a la verdad.⁴⁹ Adicionalmente en esta sentencia se recogió esta crítica que se ha venido exponiendo, al punto que se argumentó:

Es imperativo mencionar que como lo ha dicho la Corte la norma demandada no reúne mecanismos idóneos para que se pueda compensar efectivamente el derecho a la verdad, esto debido a varios elementos tales como la obligación de dar a conocer hechos pero que no se les quita el beneficio cuando confiesen algunos y otros no, y el Estado no puede reconocerlos como autores de dichas conductas ya que tendría que probar la omisión de dichas confesiones y su actuar doloso frente a dicha negligencia o cuando se oculten delitos cometidos durante su pertenencia al grupo armado al margen de la ley.⁵⁰

Como se ve, la Corte Constitucional intervino con el fin de que la versión libre del postulado fuera completa y veraz, como garantía de los derechos de las víctimas. Sin embargo, solo el tiempo podrá establecer si este supuesto se cumplió, pues hasta el momento la aplicación de la ley ha derivado en una cantidad mínima de sentencias, que no permiten concluir en qué medida la recepción de beneficios por parte de los procesados ha implicado que estos contribuyan con la efectividad del derecho a la verdad. En efecto, las limitaciones reconocidas por parte del Tribunal Constitucional continúan existiendo: ocultamiento de pruebas, amenazas de testigos e investigadores, anonimato de las víctimas, fosas comunes en lugares inhóspitos, etc.

A lo anterior se sumaba otro elemento, aunque corregido oportunamente por la Corte Constitucional, y consistía en el poco tiempo con el que contaba la

49 Corte Suprema de Justicia. Auto del 27 de agosto de 2007. Expediente 27873. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Auto del 24 de febrero de 2009. Expediente 30999. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Auto del 12 de mayo de 2009. Expediente 31150. M.P. Augusto José Ibáñez Guzmán.

50 C. Constitucional. Sentencia C-370 de mayo 18 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Fiscalía para evacuar la investigación, verificar los hechos confesados así como los demás de los que tuviera conocimiento y proceder a la imputación. No obstante la obligación que erigió la Corte Constitucional en el sentido de que la versión libre y confesión fuere completa y veraz, solo el desarrollo del programa metodológico y del trabajo investigativo permitirá concluir si se cumplió a cabalidad con dicho mandato y sin perderse de vista las limitaciones técnicas, coyunturales y de personal a las que se ha venido haciendo referencia.

Es ampliamente conocido que el Gobierno colombiano procedió a extraditar a un gran número de jefes paramilitares que se encontraban bajo la Ley 975 de 2005.⁵¹ En efecto, el 7 de mayo de 2008, catorce de los principales líderes de estos grupos fueron extraditados por cargos de narcotráfico, dando prevalencia a estas imputaciones sobre la satisfacción de los derechos de las víctimas, que se han visto gravemente afectadas luego de la extradición. Ello es así porque el hecho de que estos líderes paramilitares se encuentren fuera del país ha imposibilitado la recepción de sus versiones libres, pues a la vez que aumenta costos económicos y de personal para la Fiscalía, que ha debido desplazarse hasta los centros de reclusión en los que se encuentran, dificulta la participación de las víctimas en esas diligencias.⁵²

Respecto a la Ley de Víctimas podemos establecer que el derecho a la verdad se traduce en el conocimiento de lo sucedido, en el derecho a saber y a recordar. Tiene un contenido colectivo y otro de carácter individual, que se hace efectivo dentro del proceso penal y a través de la intervención efectiva en el mismo.⁵³

Entre los avances que podemos encontrar en esta ley se encuentran: i. Medidas de atención y asistencia, e información para acceder a ellas (un ejemplo claro de esto es que dentro de los objetivos que se asignan al sistema de atención y reparación a las víctimas, está *“Adoptar las medidas de atención que faciliten el acceso y cualifiquen el ejercicio de los derechos a la verdad, justicia y reparación*

51 Cfr. <http://www.elespectador.com/node/13431/> (última consulta: 29/02/2012); <http://www.semana.com/on-line/extradicion-masiva-paramilitares/111775-3.aspx> (última consulta: 29/02/2012); http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7398000/7398251.stm; <http://www.elespectador.com/node/13431/> (última consulta: 29/02/2012); <http://www.semana.com/on-line/extradicion-masiva-paramilitares/111775-3.aspx> (última consulta: 29/02/2012); http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7398000/7398251.stm (última consulta: 29/02/2012)

52 A esto debe sumarse que los líderes paramilitares pierden interés en la rendición de las versiones libres, pues al estar pagando condenas en Estados Unidos, los beneficios por colaboración que puedan recibir en Colombia resultan insignificantes.

53 Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de las víctimas”.⁵⁴) ii. Derecho a que la Fiscalía las busque (entre ellas la obligación de que la Fiscalía busque a las personas desaparecidas hasta dar con su paradero, y las directrices probatorias especiales a la hora de investigar delitos sexuales. iii. Acudir a escenarios de diálogo institucional y comunitario, con acompañamiento y protección del Estado, además de la creación del Centro de Memoria Histórica, desenlace práctico de la Ley 1424 de 2010 en la que como medio de recopilación y recuperación de la información se mencionaba una memoria histórica y un reconocimiento a este derecho fundamental de las víctimas como lo es el derecho a la verdad.

Es posible observar que la nueva ley crea espacios para que se reconozca realmente la importancia del derecho a la verdad, el derecho a que permanezca en el tiempo una memoria colectiva mostrando los hechos que les han sucedido a las víctimas, en el cual pueda compilarse la información sobre los hechos, lugares y personas contra quienes y donde se han cometido actos inhumanos y que van en contra de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

CONCLUSIONES

Colombia se ha destacado por ser un país violento, en donde todos los días se tienen noticias de masacres, abusos, entre otras actividades atentando contra los derechos humanos de las personas. Estas violaciones no son actuales, vienen de muchos años atrás, con el surgimiento de grupos insurgentes, lo cual impide que se pueda reparar a las víctimas, además de que se hacía necesario contar con una legislación específica para este tipo de conductas.

Desde el año 2004, con la expedición del Código de Procedimiento Penal, la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz); y ahora con la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas), se han venido implementando formas de reparación integral a las víctimas de conductas reprochables penalmente, creando con ello mecanismos para la defensa de sus derechos, entre ellos, el derecho a la verdad.

Esta investigación estuvo enfocada en explorar y describir la aplicación de este derecho, no solo a nivel nacional, sino internacional, centrándose en el estudio de las más importantes sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de instrumentos de organismos

⁵⁴ Ley 1448 de 2010, *op.cit.*, artículo 161.2.

internacionales, para así poder identificar los parámetros que deben estar presentes en las leyes que pretenden atender a las víctimas, estableciendo que, específicamente, el contenido del derecho a la verdad en la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2011.

En términos generales, se puede afirmar que, Colombia dio un paso importante en el camino hacia la reconciliación nacional con la expedición de la Ley de Justicia y Paz, con la cual se pretendió crear espacios judiciales en donde confluyeran víctimas y victimarios y por medio de una serie de procedimientos para lograr al final de todo ello, la satisfacción de los derechos a verdad, la justicia y la reparación. Sin embargo, se ha podido ver que este proceso ha tardado mucho y que son muy pocas las sentencias, en total en todo el país han sido proferidas seis sentencias condenatorias, todas proferidas por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz,⁵⁵ lo cual deja en entredicho la eficacia del sistema, dado que se llega a pensar que pasados seis años son escasos los resultados favorables.

Esto genera varios interrogantes en torno a la satisfacción real de los derechos de las víctimas. En ese sentido, con el fin de brindar otros servicios a las víctimas, y que estas no tuvieran que esperar hasta el final de proceso de Justicia y Paz, para su protección, se creó un mecanismo más eficaz y que amplía el campo de protección, esto es la Ley de Víctimas, expedida en 2011.

Dado que el objeto de estudio de esta investigación versó sobre el derecho a la verdad en la legislación colombiana vigente, ampliando tal estudio a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible afirmar que existen varias definiciones dadas por las diferentes normatividades existentes en nuestro país, jurisprudencia y postulados internacionales en la materia. Es por esto que hemos construido una definición de víctima como toda persona que individual o colectivamente ha sufrido algún daño directo, en su integridad física o emocional, o la vulneración de sus derechos fundamentales, como resultado de una violación de las normas legales. De la misma forma podrán ser concebidas como víctimas los familiares de la persona que directamente haya sufrido este daño; quienes tienen derecho a la verdad, justicia y reparación, entre otras.

En materia internacional el derecho a la verdad ha evolucionado de tal manera que actualmente se ha extendido a toda la sociedad basado esto en

55 Cfr. Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Justicia y Paz-, <http://190.24.134.86/portal/Index.aspx?Id=13794> (última consulta: 23/01/2012).

los desarrollos jurisprudenciales abordados, particularmente al informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos citado anteriormente. La Ley de Justicia y Paz presenta un esquema basado en la prelación de los derechos de las víctimas sobre el derecho del postulado al debido proceso, entre otros. Su esquema se basa en tres etapas procesales: indagación, investigación preliminar y juzgamiento.

En lo referente a la Ley de Víctimas, se encuentra que esta introduce modificaciones importantes al concepto de reparación, en la medida en que la víctima no tiene que acreditar su condición de tal, más que por prueba sumaria cuyo análisis se realizará siempre a favor de la misma, de manera que en este aspecto también hay un cambio fundamental, pues relega la obligación que le asistía al presunto perjudicado de exponer con suficiencia tal calidad.

En cuanto a las obligaciones del Estado y de los postulados frente a las víctimas es necesario que se protejan de manera inmediata los derechos de estos. En primer lugar, por parte de los postulados quienes deben relatar de forma precisa los hechos ocurridos, las razones y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que permitan desenterrar la verdad y que se sepa la verdad de lo ocurrido, y su relato debe ser cierto.

En segundo lugar, el Estado debe velar porque este derecho a la verdad se garantice y que no quede impune el hecho cometido y que los criminales narren lo sucedido, no con fines morbosos y mezquinos sino por el contrario para que las víctimas puedan realizar su duelo y sepan por qué, cómo y dónde ocurrieron los hechos que generaron tanto dolor pero que después de saberlo será posible sanar las heridas que aún se encontraban abiertas y velar porque no sean olvidados estos hechos, que queden en la memoria histórica del país para que no se repitan estas atrocidades que se cometen todos los días.

Adicionalmente, se concluye que el derecho a la verdad tiene dos dimensiones, una individual y una colectiva. La individual es el derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en las que las violaciones graves tuvieron lugar, y la dimensión colectiva es el interés que tiene la sociedad en general de saber el cómo y el porqué de los crímenes cometidos.

Claramente el derecho a la verdad tiene una íntima conexión con los otros dos derechos que tiene la víctima como son la reparación y la justicia toda vez que para garantizar estos dos derechos, es necesario investigar, informarse sobre la verdad de lo ocurrido para de esta manera informar a los familiares y a toda la sociedad en general.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL CUELLAR, J., MONTEALEGRE LYNETT, E. *El Proceso Penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I, 5ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C., 2004.
- EL ESPECTADOR: <http://www.elespectador.com/node/13431/> (última consulta: 29/02/2012); <http://www.elespectador.com/node/13431/> (última consulta: 29/02/2012).
- FERNÁNDEZ SOLÁ, N. “La justicia tras el conflicto. El derecho a la reparación de las víctimas de la desaparición forzada”. En: *Conflicto armado interno, derechos humanos e impunidad*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá D. C., 2011.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. En: http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Esquema_Ley975_Justicia_Paz.pdf (última consulta: 10/12/2011).
- FORER, A. “Participación de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional – El caso colombiano”. En: *Participación de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional*, Agencia de Cooperación Internacional Alemana (GIZ) y Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de Ley de Justicia y Paz (Profis). Bogotá D. C., 2011.
- GÓMEZ ISA, F. “Memoria y reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”. En: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1023/1/RAA-23-G%C3%B3mez-Memoria%20y%20reparaci%C3%B3n.pdf> (fecha de consulta 04/03/2012).
- LÓPEZ DÍAZ, C. (coordinadora). *Manual de procedimiento para Justicia y Paz*. Agencia de Cooperación Internacional Alemana (GIZ) y Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de Ley de Justicia y Paz (Profis). Bogotá D. C., 2009.
- PROFIS-GTZ-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, ProFis GTZ-Fiscalía General de la Nación, Bogotá D.C., 2009.
- RAMELLI ARTEAGA, A. *La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*. 2ª Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C., 2003.
- SEMANA: <http://www.semana.com/on-line/extradicion-masiva-paramilitares/111775-3.aspx> (última consulta: 29/02/2012); <http://www.semana.com/on-line/extradicion-masiva-paramilitares/111775-3.aspx> (última consulta: 29/02/2012).

- RICOEUR, Paul. *La memoria, la historia, el olvido*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – Sala de Justicia y Paz-, <http://190.24.134.86/portal/Index.aspx?id=13794> (fecha de última consulta 04/03/2012).
- URBANO MARTÍNEZ, J. J. *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio*, 2ª Edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá D. C., 2008.
- UPRIMNY YEPES, R., SAFFON SANIN, M. “Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial”. En: *Justicia transicional: teoría y praxis*. Universidad del Rosario, Bogotá D. C., 2006.
- . “¿Desenterrando la verdad? Las fosas comunes, primer reto de verdad a la ley de justicia y paz”. En: http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=54 (Fecha de última consulta 17/12/2011).

Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 27 de agosto de 2007. Expediente 27873. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Segunda Instancia, Rad. 30120. M. P. Alfredo Gómez Quintero, 23 de julio de 2008.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Segunda Instancia, Rad. 30775. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés, 18 de febrero de 2009.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 24 de febrero de 2009. Expediente 30999. M. P. Alfredo Gómez Quintero.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 12 de mayo de 2009. Expediente 31150. M. P. Augusto José Ibáñez Guzmán.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad. 31788. M. P. José Leonidas Bustos, 1 de julio de 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-516 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre, Manuel José Cepeda.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-291 de 2007. M. P. Manuel José Cepeda.

ANUARIO JUSTICIA Y RAZÓN 2012

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. M. P. Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba, Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy, Alvaro Tafur, Clara Inés Vargas.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-078 de 2002. M. P. Manuel José Cepeda.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-775 de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentería
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-587 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-454 de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-916 de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú). Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 19 comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de junio de 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Las Palmeras. Sentencia de 4 de febrero de 2000.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 136/99, de 22 de diciembre de 1999. Caso Ignacio Ellacría y otros, párr. 221.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

EL MUNDO DE LOS EXCLUIDOS: DESCRIPCIÓN INTRODUCTORIA AL PRINCIPIO DE JUSTICIA COMO LIMITANTE EN LAS POLÍTICAS EN INVESTIGACIÓN GENÉTICA ACTUAL*

*Ximena Medina Suárez***

Sumario: INTRODUCCIÓN. I.- Bioética. II.- Biopoder y principio de justicia. III.- Biopoder. IV.- Inclusión y exclusión. V.- Aplicación práctica y conclusiones. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Desde hace unas décadas atrás, antes de que finalizara el siglo XX, en el mundo actual se ha venido hablando de un tema tal vez desconocido para muchos pero de vital importancia en la vida moderna; gracias a las nuevas tendencias de la investigación genética y las consecuencias de esta en lo que se puede denominar como la vida cotidiana, la bioética se ha convertido en poco tiempo en un tema coyuntural de importancia.

Al hacer referencia a la bioética se puede decir que etimológicamente se alude a la ética de la vida, o como diría el profesor de la Universidad de Wisconsin-Madison, Van Rensselaer Potter: *“La bioética se puede definir como: la ciencia que regula la conducta humana, en el campo de la vida y la salud, a la luz de valores y principios morales racionales”*.

* El presente artículo se estructura a partir de la asistencia de investigación desarrollada para el proyecto de investigación: “Derechos Humanos e Investigación Genética - Los Límites Jurídicos en Materia de la Investigación Genética en Preembriones, en el ámbito colombiano de la Constitución de 1991” dirigido por el profesor Édgar Hernán Fuentes del Programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

** Estudiante de Pregrado del Programa de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Miembro del proyecto de Investigación: “Derechos Humanos e Investigación Genética - Los Límites Jurídicos en Materia de la Investigación Genética en Preembriones, en el ámbito colombiano de la Constitución de 1991” del mismo programa. Correo electrónico: mena8023@hotmail.com

¿Es acaso que esta ciencia puede entrar a determinar la conducta de los seres humanos, y si es así de qué manera podría hacerlo? (Lucas, 2008: 8) Interrogantes como este se han venido planteando con el paso del tiempo debido a las prácticas que están inmersas en la investigación genética, principalmente. Sin embargo, el establecimiento de soluciones a través de la bioética no ha sido totalmente pacífica; con lo cual, buena parte de las determinaciones se han convertido en polémicas en algunos casos, trayendo discusiones morales y jurídicas como por ejemplo respecto a la fecundación artificial, anticoncepción, esterilización, biotecnologías, clonación, células madre, aborto, intervenciones en embriones humanos, eutanasia, muerte encefálica y trasplantes de órganos, entre muchas otras.

Ahora bien, dejando claro el campo de aplicación de la bioética la pregunta sería ¿cuál es la limitante a esta? Una respuesta intuitiva de la misma sería señalar el principio de la dignidad humana; pero más allá de esta se debe entrar a determinar si la misma es afectada o no por las prácticas bioéticas y una posible solución sería relacionar los elementos de la principalística que le son propios a esta ciencia. El presente trabajo pretende, en este sentido, hacer una exposición de uno de esos elementos de mayor relevancia dentro de la principalística de la bioética, como lo es el principio de justicia.

Tomando el principio de justicia como aquella necesidad de que todas las personas tengan acceso a una mínima asistencia en el campo de la salud y esta sea digno e igual para estos. Es necesario tener en cuenta que la prestación de dicho servicio o asistencia tiene un precio: los recursos son limitados y más cuando se habla de nuevas tecnologías como las que introducen las prácticas que se relacionan de manera estrecha con la bioética. Es, en este sentido, que dicho principio se orienta a la búsqueda del mejor cubrimiento del servicio que presta para beneficio de los seres humanos. Sin embargo, su estudio detallado parece entrever que estas nuevas tecnologías al contrario de llegar a ser una respuesta para personas que necesitan realmente los tratamientos médicos, se han convertido en una manera para que los Estados alrededor del mundo tengan el poder de controlar las vidas de sus ciudadanos.

Así las cosas, a continuación se estudiarán en cinco acápites temas que ayudarán a validar esta hipótesis: en primer lugar, se acudirá a efectuar una descripción explicativa de la bioética, haciendo un recorrido por su definición, características generales, sus ámbitos de aplicación y los problemas que esta pueda llegar a generar. En segundo lugar, se centrará la atención en el principio de justicia, sus acepciones generales, seguido de cómo es aplicado a la bioética y su análisis desde la perspectiva de la Corte Constitucional colombiana y de la

legislación internacional. En un tercer momento, se hará alusión al biopoder de la mano de la autoridad máxima en esta materia Michel Foucault, para que así, en cuarto lugar, concentrar la atención en el tema de inclusión y exclusión social y por último se pueda hacer un análisis crítico sobre cómo la mala utilización de estas prácticas en cabeza de un Estado afecta a las personas en la sociedad.

I. BIOÉTICA

A. Concepto y aspectos generales

Para llegar a un concepto de lo que puede comprenderse como bioética se deben señalar distintas definiciones que se han dado sobre esta. De este modo, y como referente primario, hay que destacar que este término fue acuñado por Van Rensselaer Potter en 1970, el cual acudiendo a dos palabras griegas conforma la expresión *bioética* así: *bíos*, que significa vida, y *éthos*, costumbre.

Conjuntamente, la Enciclopedia de Bioética, en su primera edición, la definió como: *“el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y de la salud, examinadas a la luz de los valores y de los principios morales”*; ¹ en su segunda edición, cambia la definición debido a críticas respecto de cuáles eran dichos valores y principios morales, para lo cual su respuesta fue decir que la *bioética* *“es el estudio sistemático de las dimensiones morales incluida la visión moral, las decisiones, la conducta, las líneas de acción, etc. de las ciencias de la vida y los cuidados sanitarios con el empleo de una variedad de metodologías éticas y en un planteamiento interdisciplinario”*. ² Con el paso de los años el uso del término fue extendiéndose en diversos autores que hablan sobre el tema pero pocos llegan a una interpretación adecuada y genérica de este. Para resaltar puede citarse a Pessina, que ha delimitado la *bioética* como *“la conciencia crítica de la civilización tecnológica, la bioética expresa un momento crítico, la insatisfacción y la incapacidad de autorregulación de los procesos tecnológicos, la necesidad de volver a pensar sobre los principios que han regido la civilización occidental”*. ³

1 García, José Juan. *Enciclopedia de Bioética*. Disponible en: <http://www.philosophica.info/voce/bioetica/Bioetica.htm>; (consultado: 19 oct., 2011).

2 *Idem*.

3 Postigo Solana, Elena. Concepto de Bioética y corrientes actuales. En: *Bioética en la Red*. Versión disponible en: http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pd-

No obstante, de las diversas conceptualizaciones establecidas y ofrecidas por los teóricos se ha optado por un concepto amplio brindado por Elena Postigo: “La bioética es el estudio sistemático e interdisciplinar de las acciones del hombre sobre la vida humana, vegetal y animal, considerando sus implicaciones antropológicas y éticas, con la finalidad de ver racionalmente aquello que es bueno para el hombre, las futuras generaciones y el ecosistema, para encontrar una posible solución clínica o elaborar una normativa jurídica adecuada”.⁴

Teniendo claridad sobre qué se entiende por bioética, la señalización de sus características debe partir, evidentemente, del concepto: *humana*, es decir, que tiene directa relación con la vida y la salud de los seres humanos e indirectamente al entorno en el que vive. Es así, como además, puede pensarse como *racional*, debido a que regula las intervenciones según valores morales fundados en la dignidad de la persona humana; como *universal*, al ser legítima para todas las personas sin distinción de cultura o religión, debido a que está fundada únicamente en la racionalidad humana. Asimismo, la bioética es *interdisciplinaria* ya que aprovecha la asistencia de todas las disciplinas implicadas: biología, medicina, derecho y filosofía, entre otras y al tiempo, se constituye como *ni religiosa ni laica*, es decir, es sencillamente “*bioética*”.⁵

En todo caso, parece viable, también, comprender la bioética desde una postura personalista, con el fin de indicar que el criterio de valoración ética es la dignidad y el valor absoluto de la persona humana (Lucas, 2008: 9). Debe afirmarse, conjuntamente, que el ámbito de aplicación de la bioética está dividido en dos: la bioética general y la aplicada, la primera de ellas se refiere a la que se ocupa de los valores y de los principios éticos generales (filosofía moral) y la segunda a la que aplica los principios generales a temas y casos concretos bajo el perfil biológico, médico, jurídico y ético (Lucas, 2008: 9).

Entre los temas que trata y los problemas que enfrenta la bioética se encuentran: la procreación humana, en cuanto a la sexualidad humana, procreación natural, fecundación artificial, regulación natural de la fertilidad, anticoncepción y esterilización. Respecto a la genética humana se exhiben temas como el genoma humano, biotecnologías y terapia génica, clonación y células madre. Frente al embrión humano se estudia el aborto, el diagnóstico prenatal, las intervenciones en embriones humanos; y por último, la vida en

f=1&id=4335; (consultado: 19 oct., 2011).

4 *Idem.*

5 *Idem.*

la fase terminal en cuanto al dolor y eutanasia, encarnizamiento terapéutico, cuidados paliativos, muerte encefálica y trasplante de órganos (Lucas, 2008: 9).

Como se expone, los contenidos tratados por la bioética y los relacionados con ella son de alto impacto ético en la sociedad contemporánea. Es por ello, que existe una preocupación por las nuevas tecnologías fusionadas con la intervención del Estado a través de políticas públicas sanitarias. Sin embargo, en dicho ejercicio de establecimiento de políticas públicas, se ha reforzado el concepto de autonomía: los médicos se enfrentan a nuevos retos éticos día a día y esto ha generado que entre la relación médico-paciente se abra una brecha cada vez más grande ya que el médico no es el único que toma las decisiones sobre los tratamientos, sino que ahora el paciente interviene en el mismo y decide de acuerdo con factores externos, como lo son su capacidad económica, preferencias o estilo de vida, entre otros, cuál es el tratamiento más adecuado para su patología. La decisión en esta medida parece una resolución compartida y que debe partir de los principios bioéticos.

B. Los principios de la bioética

En cuanto al tema de los principio de la bioética debemos aclarar que existen unos principios inmersos en esta materia, los cuales son la pauta o parámetros para el ejercicio. El verdadero problema es cómo ponerlos en práctica y cómo realizar una ponderación correcta frente al caso en concreto, debido a que no son reglas totalmente claras gracias a su característica orientadora, y por ende, su efectividad se encuentra sometida al ámbito en el que se emplee y las variables que intervienen. De esta forma, no se trata solo de “hacer lo correcto” ya que superficialmente se tiene en cuenta una regla o principio ampliamente aceptado, sino de garantizar en lo posible “que el resultado sea bueno”, atendiendo a las circunstancias y a los detalles relevantes de la situación en donde es preciso aplicar ciertos principios.

Los principios pueden servir de apoyo en la argumentación orientada para identificar el curso de acción más razonable, sea en el marco de una reflexión estrictamente individual (autorregulación) o en entornos institucionales especializados (autorregulación social). En ambos marcos se busca que la acción práctica responda a ciertos valores. Los principios comprometen de entrada, pero no con la misma intensidad, pues la complejidad de los contextos donde pueden operar obliga a identificar criterios de aplicación, en ocasiones complejos. Quienes otorgan un carácter absoluto a los principios morales (enfoques deontologistas) los consideran

válidos pese a las circunstancias y desarrollan estilos de argumentación moral de rigidez deductiva. Desde estos enfoques, resulta difícil cuando no imposible, abordar casos en los que algunos de estos principios colisionan. Los comités de bioética difícilmente pueden articular reflexiones pluralistas sobre planteamientos exclusivamente deontológicos. Lo habitual es que sus miembros consideren los principios como relativos o vinculantes *prima facie*, es decir, que han de ser tenidos en cuenta siempre, a menos que unas circunstancias determinadas impidan que varios de ellos se realicen simultáneamente.⁶

Como principios considerablemente reconocidos en el campo de la bioética sobresalen cuatro, los cuales han hecho parte de documentos éticos y normativos de Comités de Bioética que regulan la materia. Igualmente, han sido consagrados en el Informe Belmont elaborado por la Comisión Nacional para la Protección de Personas Objeto de la Experimentación Biomédica y de la Conducta (1978). Dicho informe expresó los principios de respeto a las personas, de beneficencia y de justicia. Posteriormente, estos fueron ampliados y aplicados para la ética biomédica por Beauchamp y Childress,⁷ incluyendo el principio de respeto a la autonomía y el de no maleficencia.

El principio de beneficencia considera la necesidad de evaluar las ventajas y las desventajas, los riesgos y los beneficios de los tratamientos propuestos o de los procedimientos de investigación, con el objeto de maximizar los beneficios y disminuir los riesgos. Tiene una dimensión positiva que implica el deber inquebrantable de llevar a cabo acciones específicas encaminadas a procurar el bienestar de las personas, defender sus derechos, prevenir el daño y eliminar las condiciones que le generan riesgo, malestar y dolor, entre otras.⁸

6 Secretaría de Salud Hospital Juárez (México). Comité Institucional de Bioética. Concepto y Principios de la Bioética. Versión disponible en: http://www.hjc.salud.gob.mx/interior/Bioetica/CONCEPTO_Y_PRINCIPIOS_DE_LA_BIOXTICA.pdf; (consultado: 19.oct., 2011).

7 En 1979, T. L. Beauchamp y J. F. Childress publican su libro *Principles of Biomedical Ethics* (Principios de Ética Biomédica), que da inicio a la corriente del principalísimo, de amplia difusión en la bioética, sobre todo de tipo anglosajón. Véase: León Correa, Francisco Javier (Coord). Bioética y Sociedad en Latinoamérica. Disponible en: <http://www.bioeticachile.cl/felaibe/documentos/libros/congreso/FELAIBE%20Bioet%20Social.pdf>; (consultado: 12 ago., 2012).

8 Informe Belmont. Principios éticos y directrices para la protección de sujetos humanos de investigación. Reporte de la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y de Comportamiento. Disponible en: http://medicina.unmsm.edu.pe/investigacion/etica/documentos/5.%20belmont_report.pdf; (consultado: 6 dic., 2011).

Por su parte, el principio de justicia pretende que la distribución de los beneficios, los riesgos y los costos en la atención sanitaria o en la investigación, se realicen en forma justa. Es decir, que se distribuyan equitativamente entre todos los grupos de la sociedad, tomando en cuenta la edad, el sexo, el estado económico y cultural y consideraciones étnicas. Se refiere, asimismo, a que todos los pacientes en situaciones parecidas deban tratarse de manera similar y con las mismas oportunidades de acceso a los mejores métodos diagnósticos y terapéuticos.

Frente al principio del respeto por la autonomía se puede aseverar que pretende asegurarlo en acciones, en actitudes, en capacidad y frente al derecho que poseen las personas para decidir entre las opciones que a su juicio son las mejores entre las diferentes posibilidades de las que se les haya informado, conforme a sus valores, creencias y planes de vida. Son decisiones respecto a su cuerpo y a su salud, tanto en términos de intervenciones como de investigación. Por ende, sustenta la necesidad de contar con un consentimiento informado y del derecho a negarse a una intervención o participación en una relación clínica o de investigación. Por último, el principio de no maleficencia, obliga que no se deba infligir daño o hacer mal, es decir, exige a que se evite el daño físico o emocional y el perjuicio en la aplicación de procedimientos o de intervenciones.

C. Caso colombiano

Al hacerse referencia concretamente al caso de Colombia, se puede señalar que se habla de bioética a partir del año 1976. El doctor Jaime Escobar Triana, director de la Unidad de Cuidado Intensivo del Hospital San Juan de Dios, Centro Universitario de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional; en este año se comienza a evidenciar una preocupación por el derecho a morir dignamente de algunos de sus pacientes y es dicha preocupación la que lo lleva a estudiar a Potter, el llamado padre de la bioética.⁹

En Colombia la bioética está dividida en tres períodos. El primero es la prehistoria de la bioética, de 1975 a 1992, caracterizado por la introducción a la temática y su socialización en el cual se analizaron temas en torno a la cirugía, el uso de nuevas tecnologías referidas a los derechos de los moribundos y la conveniencia y la problemática de prolongar la agonía. En este período se iniciaron discusiones académicas sobre trasplantes de riñón y se escribe el primer texto con el título *Actitud del médico ante pacientes moribundos*. En 1977, Juan Mendoza

9 Méndez Gutiérrez, Víctor M. *Bioética en Colombia*. Versión disponible en: http://www.scp.com.co/precop/precop_files/modulo_5_vin_4/12-14.pdf; (consultado: 3 dic., 2010).

Vega, neurocirujano, publica el primer artículo “Consideraciones sobre muerte cerebral”.

El segundo, de normalización de la bioética, hasta el año 1997, en ellas aparecen las primeras publicaciones seriadas y la primera colección de bioética en el país y se inician las primeras organizaciones dedicadas a la bioética con afiliación de médicos, odontólogos, enfermeras y sacerdotes. En 1985, Fernando Sánchez Torres crea el Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos. En 1988, se funda el Centro Nacional de Bioética (Cenalbe) con Jaime Escobar Triana. Posteriormente Alfonso Llano S. J. y Gilberto Cely S. J. dan origen al Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana y en el 2002 empieza a circular la revista *Selecciones de bioética*. La Universidad El Bosque inicia la especialización en bioética en 1995. Posteriormente, le siguen las universidades Javeriana, de la Sabana y Militar. A escala nacional, comienzan posgrados en bioética la Universidad de Antioquia, Nacional de Colombia, Católica de Manizales, Marina de Pasto y del Valle.

El tercer período, de 1997 a 2002, llamado de amplitud de fronteras o relaciones de la bioética. En este se inicia el programa de educación con el fin de enseñar y divulgar la bioética entre docentes y padres de familia. Su difusión alcanza los 20.000 maestros en todo el territorio nacional con fuerte propagación entre estudiantes y padres de familia apoyados por la *Cartilla de bioética* de la bioeticista Yolanda Sarmiento. En el 2001, se consolida la primera maestría en bioética en Colombia en la Universidad El Bosque. Además, aparecen numerosas revistas editadas por los diferentes centros bioéticos: colección *Bios y ethos*, colección *Bios y oikos*, colección *Bioética y pedagogía*, *Selecciones de bioética*, *Revista Latinoamericana de bioética* y *Bioética y complejidad*.

Se crea además la Academia Colombiana de Investigaciones Bioéticas. En el año 2006, el grupo de pediatras bioeticistas de la Sociedad de Pediatría (Regional Bogotá) decide organizar el comité de bioética para promover su estudio y difusión. Se realizan varios talleres sobre el tema y se decide, a petición de la junta directiva nacional, trabajar en la elaboración de este primer cuadernillo de bioética y pediatría como parte importante del programa de educación continuada en pediatría. Hoy en día puede hablarse de un cuarto período caracterizado por programas de investigación.

II. PRINCIPIO DE JUSTICIA

A. Acepciones preliminares

En un primer acercamiento, el principio de justicia, en términos generales, radica en la distribución equitativa de recursos insuficientes. Las provisiones de recursos tecnológicos, científicos, humanos y, en definitiva, económicos, necesarios en la práctica médica moderna, no puede ser solventada exclusivamente por el enfermo o los familiares. Por eso se requiere alguien que administre técnicamente estos recursos, respetando en la asignación de los mismos el principio de justicia.

Respecto a la justicia como utilidad social, uno de los principales representantes del utilitarismo es John Stuart Mill. Este autor afirma que existen diferentes sentidos del término “justicia” y sostiene que la justicia es dar a cada uno lo suyo, señalando que “lo suyo” es “lo más útil”, es decir, aquello que produce mayor “felicidad”. El utilitarismo identifica la justicia distributiva con la mayor “utilidad pública”. En la vida moral, se puede afirmar que lo útil es lo “justo” y cuando no se obra de acuerdo a este principio, se está actuando de manera “injusta”. De esta manera, el criterio de utilidad se transforma en un criterio ético, siendo la utilidad el criterio de justicia. Con relación a la salud, el utilitarismo impone la idea de que la justicia distributiva debe regirse bajo el principio de costo/beneficio, buscando siempre la optimización del gasto. El objetivo es llegar a brindar “atención primaria de salud” a las personas, para que puedan llevar una vida social económicamente productiva.¹⁰

Frente a la justicia como libertad se tiene que la distribución de los recursos sanitarios queda librada al mercado, que opera según el principio material de la capacidad para pagar: la asistencia sanitaria no es un derecho sino un servicio al que cada uno podría o no acceder. En esta concepción, la justicia se observa en una sociedad que respeta la libertad de sus integrantes para actuar de acuerdo con su propia iniciativa. Cualquier tipo de intervención por parte del Estado se considera coacción. Dentro de esta forma de pensamiento se puede encontrar a Adam Smith y su teoría de la “mano invisible”. Lo que Smith sostenía era que existían ciertas “*naturales inclinaciones del hombre que lo llevarían a buscar el fenómeno de sus propios derechos naturales guiados por una ‘mano invisible’ que permitiría que alcanzara el bien de la comunidad*”.

10 Aldana, Avale. El principio de justicia en la Bioética. Versión disponible en: <http://filosofia-siglosxxxi.suite101.net/article.cfm/el-principio-de-justicia-en-la-bioetica#ixzz16mU5afhE>; (consultado: 14 mar., 2011).

En cuanto a la justicia como igualdad social, uno de los representantes de esta teoría es Karl Marx. La idea central de su pensamiento es que debe coincidir la justicia con la igualdad a través del supuesto de dar a cada uno según sus necesidades. Llevando el pensamiento de Marx al ámbito de la salud, se entiende esta como una “capacidad” y la enfermedad como una “necesidad”. Marx afirma que la asistencia sanitaria tiene que ser un servicio público para que todos los individuos de la sociedad tengan derecho a recibir asistencia sanitaria. El ejercicio de la medicina deja de ser una actividad privada para pasar a ser una actividad sostenida por la sociedad en su conjunto.

En conclusión, es posible afirmar que el principio de justicia es muy complejo para encasillarlo en definiciones puras, alejadas de la vida cotidiana. Si bien cada una de las teorías acerca de la justicia tiene aspectos interesantes para tener en cuenta al momento de construir un sistema sanitario justo. Con lo anterior se podría decir que el paciente se rige por el principio de autonomía, el médico por el de beneficencia y las instituciones hospitalarias se rigen por el principio de justicia, principalmente.

B. Interpretación efectuada por la Corte Constitucional colombiana

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el tema del principio de justicia, en el caso de la salud. Pese a que no han sido muchos pronunciamientos, la Corte Constitucional ha sido clara y coherente con respecto a la interpretación del principio a partir de la legislación internacional sobre el tema y aplicable a la ética médica, tal como lo hace en Sentencia T-597 de 2001 y que se reitera en la Sentencia T-1021 de 2003, en las cuales se señala que:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a los principios que se encuentran en tensión en la ética médica y ha afirmado que tales principios tienen, además de un fundamento constitucional, un soporte en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ha dicho que entre tales principios están: (1) el deber del médico de contribuir al bienestar de su paciente y de abstenerse de causarle daño –principio de beneficencia–; (2) el principio de utilidad, el cual supone que, para el desarrollo de la ciencia médica son necesarias la investigación y la experimentación, en favor de la población futura; (3) el principio de justicia, que supone una igualdad de acceso de la población a los beneficios de la ciencia; y (4) el principio de autonomía, según el cual el consentimiento

del paciente es necesario para poder practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo.

En la misma sentencia hace referencia al principio de justicia aplicable a la ética médica, definiéndolo como:

El principio de justicia aplicable a la ética médica, cuya base constitucional ha sido considerada evidente por esta Corporación, implica una igualdad de “acceso a los beneficios de la ciencia y de la cultura”. Sin embargo, la igualdad de acceso a los beneficios del conocimiento científico no solo hace referencia al acceso a determinados servicios de salud en función del principio de beneficencia. Resulta aplicable también en función de la preservación del principio de autonomía del paciente. En un sentido amplio, el principio de justicia es aplicable para cualificar el consentimiento informado del paciente en los casos en que exista una duda razonable sobre la validez de un procedimiento médico. El acceso a la ciencia implica que, como parte del servicio de salud prestado, y cuando quiera que existan estas dudas, el conocimiento que tiene una rama especializada de la ciencia médica, dedicada a evaluar la validez de los procedimientos esté a disposición del paciente, para garantizar la efectividad del derecho a decidir autónomamente los procedimientos a los cuales desea someterse.

C. Normatividad internacional

Al enfrentar al principio de justicia con la normatividad internacional se puede ver como dicho principio se encuentra regulado ampliamente. Ejemplo de ello, es la regulación determinada por el Convenio de Asturias de Bioética, el cual alude a los cuatro principios bioéticos fundamentales y comúnmente aceptados de no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia, que ya se anuncian en el preámbulo y se concretan en la redacción del artículo primero, que expresa el objeto y la finalidad del convenio, que se revela así como norma jurídica profundamente enraizada en postulados éticos elevados al más alto rango de protección, como lo merecen los derechos fundamentales y las libertades públicas consagradas en la Constitución colombiana.

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y la

Convención sobre los Derechos del Niño, se establecen unos parámetros mínimos de protección y límite de todas las consecuencias y las acciones científicas posibles.¹¹

Por su parte, la Declaración Bioética de Gijón, realizada al final del Congreso Mundial de Bioética en 2000, insiste en que la ciencia y la tecnología deben tomar en consideración el interés general. Por último, no es posible dejar de referirse a uno de los documentos que más ha incidido a la hora de establecer principios éticos claros para la orientación de la investigación biotecnológica.

Se trata del Informe Belmont¹² de 1978 que fue el resultado de trabajo de una Comisión creada por el Congreso de los Estados Unidos, la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*. Respecto al principio de justicia asevera que implica el trato igualitario, la imparcialidad en la distribución de cuidados y recursos, de beneficios y de riesgos.

D. Aplicación del principio de justicia

Casi todos los comentaristas aceptan que las distinciones basadas en experiencia, edad, carencia, competencia, mérito y posición algunas veces constituyen criterios que justifican un tratamiento diferente para propósitos diferentes. Es necesario, entonces, explicar en cuáles aspectos se debe tratar a la gente con igualdad. Para ello, se han diseñado diversos elementos y fórmulas, generalmente aceptadas, de modos justos de distribuir las responsabilidades y los beneficios, bajo el criterio de este principio. Cada fórmula menciona alguna propiedad apropiada, de acuerdo a cuáles responsabilidades y beneficios deberán ser distribuidos. Estas fórmulas son (i) se debe dar a cada persona una participación igual, (ii) se debe dar a cada persona una participación de acuerdo a su necesidad individual, (iii) se debe dar a cada persona una participación de acuerdo a su esfuerzo individual, (iv) se debe dar a cada persona una participación de acuerdo a su contribución social y (v) se debe dar a cada persona una participación de acuerdo a su mérito.

11 Consejo de Europa. Convenio de Asturias de Bioética, Oviedo, 4 de abril de 1997. Versión disponible en: <http://www.filosofia.org/cod/c1997ast.htm> (consultado: 6 dic., 2011).

12 Informe Belmont. Principios éticos y directrices para la protección de sujetos humanos de investigación. Reporte de la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y de Comportamiento. Disponible en: http://medicina.unmsm.edu.pe/investigacion/etica/documentos/5.%20belmont_report.pdf (consultado: 6 dic., 2011).

Por muchos años las cuestiones de justicia se han asociado con prácticas sociales, tales como castigo, impuestos y representación política. Hasta hace poco, estas cuestiones no se habían asociado con la investigación científica. Sin embargo, se han vislumbrado desde las primeras reflexiones sobre ética de la investigación que incluye sujetos humanos. Por ejemplo, durante el siglo XIX y a principios del siglo XX, la responsabilidad de servir como sujetos de investigación recaía generalmente en pacientes pobres, mientras los beneficios de cuidados médicos mejorados iban principalmente a pacientes con mayores recursos económicos. Subsecuentemente, la explotación de prisioneros forzados como sujetos de investigación en campos de concentración nazis fue condenada como una injusticia particularmente flagrante.

En Alemania, en la década de 1940, el estudio sobre sífilis de Tuskegee usó campesinos, afrodescendientes pobres para estudiar el curso de una enfermedad sin tratamiento que de ninguna manera está confinada a esa población. Para no interrumpir el proyecto, estos individuos fueron privados de un tratamiento que había demostrado ser efectivo, mucho después de que este se pusiera al alcance de la población en general. Sobre este fondo histórico, puede verse cómo los conceptos de justicia se relacionan con la investigación que incluye sujetos humanos.

Por ejemplo, la selección de sujetos de investigación necesita ser examinada cuidadosamente para determinar si algunas clases sociales (pacientes de beneficencia, minorías raciales o étnicas particulares o personas confinadas a instituciones) están siendo seleccionadas sistemáticamente, simplemente por estar disponibles fácilmente, su posición comprometida o su fácil manipulación, en lugar de ser seleccionadas por razones directamente relacionadas con el problema de estudio.

Finalmente, siempre que una investigación financiada con fondos públicos dé como resultado el desarrollo de aparatos y procedimientos terapéuticos, la justicia demanda que estos avances no proporcionen ventajas solo a aquellas personas que puedan pagarlas y que tal investigación no involucre indebidamente a personas o grupos que no estén en posibilidades de contarse entre los beneficiarios de las aplicaciones subsecuentes de la investigación.¹³

13 *Ibid.* Pág. 8.

III. BIOPODER Y PRINCIPIO DE JUSTICIA

A. Concepto y aspectos generales

Michel Foucault afirma que el nacimiento del biopoder encierra el derecho a la vida y la muerte, ejercido por el soberano como un bien administrable y que hace parte de su poder; la vida es regulada y protegida por este, teniendo como efecto la necesidad de controlarla con la muerte mediante la pena capital, la represión política, la eugenesia y el genocidio, entre otras; de esta manera impone su poder sobre los ciudadanos.

Con base en lo anterior, es posible aseverar que el biopoder se constituye como el poder ejercido por medio del cuerpo y a través de él, y tiene como función central producir y reproducir la vida en todos sus alcances, es decir, la existencia de las personas, su vida cotidiana tanto pública como privada. Esta premisa conceptualizada por Michel Foucault en el tomo I de *su Historia de la sexualidad: la voluntad de saber* rige las relaciones actuales y se conforma junto con el sistema capitalista tardío en un sistema totalizador que tiene sus brazos instrumentales en los medios tecnológicos (televisión, cine, radio, internet, videojuegos, etc.), a través de los cuales ejerce su fuerza y cuyo fin último es someter a los cuerpos, mantenerlos y rearticularlos para utilizarlos en pro de la acumulación de capital.

El poder de mantener la vida o de dar muerte, que en las sociedades ejercía el soberano, es actualmente el poder que se ejerce sobre la organización y reproducción de la vida. Este discurso excluye la idea latente de que, el afán de administrar la vida tiene ocultamente que ver con la legitimación de administrar también la muerte: *“Las guerras ya no se hacen en nombre del soberano o la soberanía que hay que defender; se hacen en nombre de la existencia de todos; se educa a poblaciones enteras para que se maten mutuamente en nombre de la necesidad que tienen de vivir”. Es así como en pos de la vida y la supervivencia se ejerce el poder: “matar para poder vivir”* (Foucault, 1998: 65).

En este sentido, el biopoder, para Foucault, tiene en su origen dos fases diferentes pero no incompatibles entre ellas. La primera data del siglo XVII. El cuerpo como una máquina que requiere de capacitación, educación, entrenamiento para asegurar su sometimiento. El segundo hacia la mitad del siglo XVIII está centrado en los procesos biológicos, la salud, la reproducción, la longevidad, entre otros. *“El establecimiento, durante la edad clásica, de esa gran tecnología de doble faz anatómica y biológica, individualizante y especificante, vuelta hacia las realizaciones del cuerpo y atenta a los procesos de la vida, caracteriza un*

poder cuya más alta función no es ya matar sino invadir la vida enteramente” (Foucault, 1998: 69).

Se institucionalizaron formas de control sobre el cuerpo por medio de las escuelas, el ejército, la religión y un gran número de disciplinas, con el fin de regular las dimensiones vitales como la sexualidad, la salud, la herencia biológica y todos aquellos procesos que devienen de esto como comportamientos, conductas y hábitos, entre otros, cuya consecuencia más notable es la categorización o exclusión de lo que se considera ‘normal’, ‘anormal’ o ‘subnormal’.

La función principal del biopoder es la de normalizar estos procesos a partir de definiciones estables del ser blanco, afrodescendiente, alto, gordo, asiático o mexicano, y un sin número de categorizaciones, para homogenizarlo y permitir la globalización de gustos, intereses o afectos con el fin de convertirlo en fuerza productiva. El transformar a los individuos en ‘normales’ y regular esta ‘normalidad’ tiene como consecuencia devastadora la legitimación de las acciones de exclusión, persecución, tortura y muerte de una gran cantidad de personas, cuerpos, grupos, que no encajan en estos parámetros estables, definidos y productivos (Foucault, 1968: 72). El biopoder produce y reproduce la normalidad y con ello también la diferencia. Ambas son reguladas y utilizadas para su propio beneficio, para legitimarse a sí mismo y legitimar sus mecanismos.

La definición que Foucault hace acerca de la invención del ser humano como un *a priori* histórico en el texto *Las palabras y las cosas, una arqueología de las ciencias humanas*, puede guiar hacia un entendimiento del fondo de la discusión acerca del biopoder y de sus alcances en la vida por medio del cuerpo. La creación del ser humano como un objeto de conocimiento para sí mismo, es decir, como algo que hay que pensar data del siglo XIX y con esta invención se marca un claro parteaguas en el conocimiento: es “un acontecimiento en el orden del saber” (Foucault, 1968: 335).

Al hacer de sí mismo su objeto de conocimiento, el ser humano toma distancia de las demás formas vivas, de esta manera las funciones vitales del cuerpo pasan a ser del dominio de otras disciplinas como por ejemplo la biología, dejando las formas normalizadas o inteligibles como el trabajo, el lenguaje y la vida dentro del dominio de las ciencias humanas. Esta separación modifica la percepción que el ser humano es parte de un todo vital y se emplaza en la creencia de que de alguna forma, la vida es un objeto de su posesión y el cuerpo es su contenedor.

Para Foucault el saber de las ciencias humanas se funda en el momento preciso que podía establecerse un saber positivo del ser humano, un saber clasificatorio

de lo que 'debe ser'. Este saber positivo pone en marcha su mecanismo a partir de diferenciar lo otro o al otro, lo que es lo mismo y lo que no. Para Foucault este es el problema de las ciencias humanas, la referencia de sí mismo para conocer al otro o lo otro, para atraparlo, lo que se es, más que lo que puede ser *"hará comprender que la invencible impresión de vaguedad, de inexactitud, de imprecisión que dejan casi todas las ciencias humanas no es más que el efecto superficial de aquello que permite definirlas en su positividad"* (Foucault, 1968: 345).

B. Límites del biopoder

En el caso puntual del biopoder se concibe que este estaría dando el derecho al soberano de matar. Como lo dice Foucault es el derecho del soberano "De hacer morir y dejar vivir"; es este un derecho de vida y de muerte, bajo un ser jurídico, el del soberano, que puede ejercerse de manera absoluta o atenuado al derecho a réplica, a la defensa y la supervivencia.

Durante los siglos XVII y XVIII se produce un nuevo cambio histórico. Los estudios y problemáticas de Foucault, ensayan ahora, en la llamada etapa genealógica, de impronta nietzscheana, abordajes sobre las tecnologías disciplinarias, cuyo emblema tal vez sea su libro *Vigilar y Castigar*. Son estas técnicas sobre los cuerpos individuales, de vigilancia, ejercicio y adiestramiento. Sus ámbitos son las instituciones, especialmente la cárcel, el hospital, el cuartel, la escuela. Son subjetivaciones otras, las del enfermo, el delincuente, el loco, que alumbran especialmente los procesos de disciplina y control de los cuerpos. Es posible que estos textos sean los más conocidos y recorridos del pensador francés, sin embargo, aparecen otros rumbos, algunos imprevistos.¹⁴

Hay que tener en cuenta que ahora no solo se trata del manejo de los cuerpos individuales sino de la población, que abre dimensiones biológicas, científicas, políticas: las polémicas individuo-sociedad e individuo-cuerpo. Desde luego se pasa de la disciplina a la regularización. Lo importante llega a ser el nacimiento, la enfermedad y la muerte de los seres humanos, que son los estados que pondrán en funcionamiento políticas de natalidad, mortalidad y longevidad. Se trata de administrar la vida, asegurarla, mantenerla y desarrollarla. Se transforma también el enunciado básico de la soberanía jurídica.

Del hacer morir y dejar vivir recalamos en el hacer vivir y dejar morir. La transformación en el pensamiento viene de la Revolución Industrial y el desarrollo

¹⁴ Lamarche Juan. Foucault: Los Límites del Biopoder. Versión disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/vrid/publicaciones/revista/lamarche.htm>; (consultado: 17 ene., 2012).

del capitalismo occidental, de los costos económicos, la sustracción de fuerzas y la medicalización de la población. La biología, que había sido estudiada en “la palabras y las cosas” dentro de los cánones arqueológicos de los sujetos de conocimiento y saber modernos, son ahora abordados genealógicamente, en términos de biopoder. Lo biológico se convierte en cuestión de Estado, y este tiene la capacidad de invadir la vida literalmente. Para Foucault a partir del siglo XIX no existe un poder sobre la muerte sino una administración estatal de la mortalidad poblacional.

Otro fenómeno concomitante al biopoder es el racismo de Estado. Históricamente esto se inicia con el genocidio colonizador, muy ligado a teorías evolucionistas y biologists. El siglo XX muestra ejemplos variados que no se agotan en una determinada ideología aunque el caso del nazismo es concluyente. El racismo es una cesura del continuo biológico, uno de sus enunciados es “Si quieres vivir, es preciso que el otro muera”. Una vida sana y pura necesita eliminar las malas razas, los peligros biológicos. De ahí las muertes políticas, las expulsiones, los rechazos. El Estado nazi es un Estado racista, asesino y suicida, también hay referencias al estalinismo y algunas experiencias de la izquierda violenta, e incluso de experiencias terroristas.¹⁵ Circunstancias que generan la obligación de imponer los límites a dicha modalidad de poder ahora establecida.

IV. INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN

Al hacer referencia a este tema específicamente, se pone de presente un problema social difícil, complejo y en algunos casos frente a la impotencia social de no tener el control, debido a que más de la mitad de la población mundial es o ha sido tocada por un comportamiento ya sea incluyente o excluyente. En un mundo que está en permanente competencia entre unos y otros, es natural que comportamientos como estos se den y más cuando se pertenece a un grupo social determinado, como lo pueden llegar a ser los niños, ancianos, enfermos, indigentes, inmigrantes, indígenas, mujeres embarazadas, entre muchos más y que con el paso del tiempo, sin duda, son más las categorizaciones para ser excluido o incluido dentro o fuera de un grupo social determinado.

Su popularidad, por así decirlo viene de las diversas concepciones que pueden llegar a tener las palabras para referirse a un determinado grupo de personas,

¹⁵ *Idem.*

como por ejemplo: pobreza, marginación, vulnerabilidad, exclusión, complejidad, integración, inclusión, minorías, que lo único que hacen en una sociedad es incluir a unos pocos y excluir a los demás.

Para conceptualizar estos términos, cuando se hace referencia a la exclusión social no es posible compararla o identificarla con el término de pobreza, debido a que en el sentido de que no se define, en vocablos puramente económicos, sino de un tipo más amplio de participación en la sociedad. Sin embargo, no existe acuerdo entre los autores sobre las causas de la exclusión social debido a que son infinitas y se enmarcan en un proceso de pérdida de integración o participación del individuo en la sociedad, en distintos entornos, como pueden ser el económico (producción o consumo), político-legal (participación política, sistema administrativo, protección social, entre otros), social-relacional (ausencia de redes o problemática dentro de las redes sociales o familiares).¹⁶

En cuanto a la inclusión social es factible ver que esta puede llegar a ser tomada de muchas maneras y en situaciones distintas, pero el punto en común que llega a tener es que todas sus clasificaciones implican una restricción al acceso a oportunidades según las capacidades en el transcurso de la vida. Es un proceso que asegura que todas las personas tienen las oportunidades y los recursos necesarios para participar plenamente en la vida económica, social y política y para disfrutar de unas condiciones de vida normales. La inclusión social está relacionada con la integración, la cohesión, la justicia social. Es la posibilidad de participación igualitaria de todos sus miembros en todas las dimensiones sociales.¹⁷

Los años de la juventud son decisivos para perpetuar o revertir la dialéctica inclusión o exclusión social, pues en esa fase se acumulan activos en capacidades y redes de relaciones, empieza a utilizarse ese capital para insertarse en el mundo del trabajo, se accede a decisiones más autónomas y se ejerce como ciudadano pleno en la sociedad. En cierto modo, la suerte de la inclusión en la trayectoria vital depende de este eslabón crucial de la biografía que es el período juvenil. Este se ha definido de los quince a los veinticuatro años (nomenclatura de Naciones Unidas) o entre los quince y veintinueve años (criterio de la Unión Europea), o con rangos muy variables en las propias nomenclaturas y legislaciones nacionales. De manera que cuanto mejor transiten los jóvenes hacia vidas producti-

16 Fundación: Luis Vives. Conceptos: Pobreza, Exclusión Social, Vulnerabilidad e Inclusión Social. Versión disponible en: http://www.fundacionluisvives.org/temas/inclusion_social/conceptos__pobreza__exclusion_social__vulnerabilidad_e_inclusion_social/index.html; (consultado: 6 dic., 2011).

17 Ídem.

vas y participativas, más incluyente se va haciendo la sociedad en su dinámica general de desarrollo.¹⁸

Por otro lado, al hablar de exclusión social como ya se mencionó anteriormente, no nos referimos al tema de la pobreza, ni desigualdades sociales, sino de qué forma se tiene o no un lugar en la sociedad o un grupo social determinado; marcar la distancia entre los que participan en su dinámica y se benefician de ella, y los que son excluidos e ignorados fruto de la misma dinámica social. También supone alertar sobre los efectos en la evolución de la sociedad y los riesgos de ruptura de la cohesión social que conlleva, así como todo un proceso de agresividad y violencia personal y social que se desencadena.

Es un germen de violencia en su triple componente: institucional, popular y represivo. Se contempla la exclusión como manifestación, expresión y resultado de una determinada estructura social y el hacer especial hincapié en los elementos estructurales no es casual, sino deliberado, para dar a lo “externo al sujeto” el papel determinante y en ocasiones decisivo en estos procesos.

Es importante destacar desde el principio que se trata de procesos, tanto para las personas afectadas como para el cuerpo social, y no de situaciones estáticas. Las patologías de la sociedad se manifiestan en diversidad de adicciones (tabaco, alcohol, sexo, juego, consumo compulsivo, etc.) y desafecciones (aislamiento, demencias, enfermedades mentales, pérdida de sentido, incomunicación, agresividad, violencia...) que constituyen esta nueva categoría social de la exclusión.¹⁹

Aquí se llega a un punto integrador entre el biopoder ejercido por los Estados en su condición de garantes, en el caso de la salud, en la correcta implementación de políticas públicas que no genere la inclusión de unos pocos; evidenciando así la falla en la aplicación del principio de justicia, ya que las nuevas tecnologías aunque existen y son una realidad al servicio de la sociedad, solo aquellos que puedan pagar el precio por estas serán al final los únicos beneficiarios: parodiando un principio de justicia a un mero principio de acumulación.

18 Hopenhayn Martín. Inclusión y exclusión social en la juventud latinoamericana. Versión disponible en: <http://www.pensamientoiberoamericano.org/articulos/3/77/0/inclusion-y-exclusion-social-en-la-juventud-latinoamericana.html>; (consultado: 6 dic., 2011).

19 Bel Adell, Carmen. Exclusión Social: origen y características. Versión disponible en: http://enxarxats.intersindical.org/nee/CE_exclusio.pdf; (consultado: 6 dic., 2011).

CONCLUSIONES

Mediante temas y procedimientos que con el paso del tiempo se han convertido en cotidianos y que no causan ya reacciones exageradas en la sociedad, se puede decir que cualquier individuo del común a lo largo de su vida se ha visto enfrentado a alguno de estos procedimientos o por lo menos lo ha escuchado nombrar, ya sea en su entorno social o en un medio de comunicación, ya que parecen estar de “moda” y todos quieren opinar al respecto y exigir sus derechos frente a tales procedimientos ante las altas cortes, sin que estas desafortunadamente tomen una posición clara, responsable, amplia y de fondo.

Los elevados costos de las nuevas tecnologías bioéticas entonces, ante la ausencia de políticas públicas claras e incluyentes ¿benefician solo a unos pocos? Los que tienen acceso real al producto, en mero sentido económico.

Pero fuera de los servicios sanitarios hay muchos más en los que el individuo común no nota la presencia del biopoder en sus vidas cotidianas, entonces, no está tan lejos de la realidad lo planteado por Foucault al decir que: *“El biopoder produce y reproduce la normalidad y con ello también la diferencia, ambas son reguladas y utilizadas para su propio beneficio, para legitimarse a sí mismo y legitimar sus mecanismos”*.²⁰

No es paradójico que el biopoder, bajo interacciones sencillas, postule incluso los parámetros de natalidad que le convienen. Al realizar un simple ejercicio se notará cómo existe en la vida diaria la inclusión de dichas políticas. Una pareja de recién casados busca un hogar dónde vivir y a dónde llevar a su futura familia y tienen un gran interés en conformar una familia muy grande, pero notan que las nuevas construcciones de casas y apartamentos están diseñadas para familias compuestas por cuatro personas (papá, mamá y dos hijos), además, la señalización de beneficios, programas y uniformidad los direccionan en técnicas aparentemente igualitarias (Ferrajoli, 1999), pero condicionan en la realidad el actuar de los seres humanos. Incluso, el control poblacional del biopoder puede verse en los planes vacacionales familiares, los automóviles cada vez con un espacio más reducido, los costos cada vez más elevados en los productos de los recién nacidos, sin hablar del aumento desmesurado de los costos de colegios o universidades.

20 Morimura, Yasumasa. ¿Qué es el biopoder? Versión disponible en: http://rposdata.com/pd/index.php?option=com_content&view=article&id=1907:i-que-es-el-biopoder-y-porque-ocupa-un-lugar-central-en-la-organizacion-social-y-economica-de-las-personas&catid=34:letras&Itemid=29 (consultado: 14 ago., 2012).

Los procesos de inclusión y exclusión social son más normales de lo que comúnmente se cree y como resultado de esto tenemos una sociedad en donde cada vez las familias son más pequeñas, hay más acceso a la información y nuevas tecnologías pero resultan ser menos fáciles de acceder o de poder ser adquiridas por parte del ciudadano común, entre otros elementos, que desbordan una orientación de reparto equitativo de los bienes y la intervención del Estado, pero que además se pone en riesgo más alto cuando dichos elementos se construyen para la oferta de los servicios de investigación genética, que dejan de ser una prestación real para ser un producto que señala como incluido a quien cuenta con el poder económico para adquirirlo. O en su defecto, entra, como le pasa a la mayor parte de la población mundial, a hacer miembro donde solo se disfrutaban los rezagos de la tecnología y no del mejoramiento humano, y donde se conforma lo que hoy puede denominarse como el mundo de los excluidos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDANA, Avale. *El principio de justicia en la Bioética*. Versión disponible en: <http://filosofiasiglosxxxi.suite101.net/article.cfm/el-principio-de-justicia-en-la-bioetica#ixzz16mU5afhE>; (consultado: 14 mar., 2011).
- BEL ADELL, Carmen. *Exclusión Social: origen y características*. Versión disponible en: http://enxarxats.intersindical.org/nee/CE_exclusio.pdf; (consultado: 6 dic., 2011).
- CONSEJO DE EUROPA. Convenio de Asturias de Bioética, Oviedo, 4 de abril de 1997. Versión disponible en: <http://www.filosofia.org/cod/c1997ast.htm> (consultado: 6 dic., 2011).
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-597 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, junio 7 de 2001.
- DECLARACIÓN BIOÉTICA DE GIJÓN. I Congreso Mundial de Bioética. Versión disponible en: <http://www.sibi.org/ddc/bio.htm>; (consultado: 6 dic., 2011).
- DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS. Versión disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php_URL_ID=30274&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html; (consultado: 6 dic., 2011).
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad. México, D.F.: Siglo XXI Editores, 1998.*

- . *Las palabras y Las Cosas, una Arqueología de las Ciencias Humanas*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 1968.
- FUNDACIÓN LUIS VIVES. *Conceptos: Pobreza, Exclusión Social, Vulnerabilidad e Inclusión Social*. Versión disponible en: http://www.fundacionluisvives.org/temas/inclusion_social/conceptos__pobreza__exclusion_social__vulnerabilidad_e_inclusion_social/index.html; (consultado: 6 dic., 2011).
- GARCÍA, José Juan. “Enciclopedia de Bioética”. En: *Philosophica*: Enciclopedia filosófica on line. Versión disponible en: <http://www.philosophica.info/voce/bioetica/Bioetica.html>; (consultado: 19 oct., 2011)
- HOPENHAYN Martín. *Inclusión y exclusión social en la juventud latinoamericana*. Versión disponible en: <http://www.pensamientoiberoamericano.org/articulos/3/77/0/inclusion-y-exclusion-social-en-la-juventud-latinoamericana.html>; (consultado: 6 dic., 2011).
- INFORME BELMONT. Principios éticos y directrices para la protección de sujetos humanos de investigación. Reporte de la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y de Comportamiento. Versión disponible en: http://medicina.unmsm.edu.pe/investigacion/etica/documentos/5.%20belmont_report.pdf; (consultado: 6 dic., 2011).
- LAMARCHE Juan. *Foucault: Los Límites Del Biopoder*. Versión disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/vrid/publicaciones/revista/lamarche.htm>; (consultado: 17 ene., 2012).
- LEÓN CORREA, Francisco Javier (Coord). *Bioética y Sociedad en Latinoamérica*. Disponible en: <http://www.bioeticachile.cl/felaibe/documentos/libros/congreso/FELAIBE%20Bioet%20Social.pdf>; (consultado: 12 ago., 2012).
- LUCAS LUCAS, Ramón. *Bioética Para Todos*. Segunda Edición. México, D.F.: Ed. Tillas, 2008.
- MÉNDEZ GUTIÉRREZ, Víctor M. *Bioética en Colombia*. Versión disponible en: http://www.scp.com.co/precop/precop_files/modulo_5_vin_4/12-14.pdf; (consultado: 3 dic., 2010).
- MORIMURA, Yasumasa. ¿Que es el biopoder? Versión disponible en: http://rposdata.com/pd/index.php?option=com_content&view=article&id=1907:i-que-es-el-biopoder-y-porque-ocupa-un-lugar-central-en-la-organizacion-social-y-economica-de-las-personas&catid=34:letras&Itemid=29 (consultado: 14 ago., 2012).

- POSTIGO SOLANA, Elena. *Concepto de Bioética y corrientes actúale*. En: Bioética en la Red. Versión disponible en: http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4335; (consultado: 19 oct., 2011).
- SECRETARÍA DE SALUD HOSPITAL JUÁREZ (México). Comité Institucional de Bioética. *Concepto y Principios de la Bioética*. Versión disponible en: http://www.hjc.salud.gob.mx/interior/Bioetica/CONCEPTO_Y_PRINCIPIOS_DE_LA_BIOXITICA.pdf; (consultado: 19 oct., 2011).

NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD: EL DERECHO PENAL ECONÓMICO. ESTUDIO COMPARADO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

*Mónica Rodríguez Chaux**

Sumario: INTRODUCCIÓN. I.- Generalidades del derecho penal económico y de la empresa. II.- Análisis comparado de los sistemas sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos socioeconómicos. III.- Tratamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas en Colombia. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

Introducción

Ante fenómenos como la globalización, el comercio internacional, los avances tecnológicos que unen al mundo, las nuevas formas de contratación y de tipos societarios a nivel nacional e internacional, es importante analizar la incidencia que los mismos tienen en la normativa de un país, sobre todo en materia penal, por ser el derecho penal un mecanismo de control social que garantiza la protección de los derechos de las personas naturales y jurídicas.

La normativa penal de los diferentes países no ha sido clara en cuanto a la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, debido a que las normas que regulan a los entes societarios, giran casi siempre en torno al cumplimiento del objeto social y se enfocan en normas de tipo civil y administrativo para sancionar las conductas cometidas por estas. Sin embargo, en muchas ocasiones los diferentes ordenamientos han pasado por alto las consecuencias que un gran número de estas personas jurídicas han dejado al desarrollar actividades distintas a su objeto social, entre otras, de carácter ilícito.

* Abogada Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Asistente de investigación dentro del Proyecto "Nuevas formas de criminalidad. El derecho penal económico. Análisis de derecho comparado", a cargo de la investigadora principal Dra. Beatriz Eugenia Suárez, docente del Programa de Derecho.

Por tal motivo, en el desarrollo de la siguiente investigación, se examinarán de manera comparada los ordenamientos jurídicos a nivel internacional que aceptan o niegan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a la luz del principio *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir).

En el último acápite de la investigación, se examinará por qué al interior de la legislación colombiana, no es posible aplicar la responsabilidad penal a las personas jurídicas al momento en que se incurra en un delito que genere consecuencias de interés general, como daño de tipo ambiental, económico o social, que cause de alguna manera una afectación a la sociedad en sí misma, a terceros que contratan con esta, al Estado, o se incurra en una violación a los derechos fundamentales.

I. GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

Según lo expone el doctrinante Bernate (2006: 15), el derecho penal económico es la rama del derecho penal que se encarga del estudio de la delincuencia económica. El delito económico se diferencia del delito tradicional, en cuanto que para cometerlo se acude a mecanismos cada vez más sofisticados e imperceptibles, y por ende, su investigación es más compleja.

Según lo explica Schunemann (citado por Cesano y Balcarce, 2003: 386) *“el concepto de criminalidad de la empresa se relaciona con aquellos delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa”*.

El delito económico es, entonces, aquella conducta que atenta contra el orden económico, y puede entenderse en dos sentidos, de forma estricta bajo el entendido de que se ocupa de proteger la intervención del Estado en la economía; y, en sentido amplio al abarcar todos los fenómenos de producción, distribución, oferta y demanda de bienes y servicios, siempre y cuando exista una afectación patrimonial.

Castro y Ramírez (2010: 96) señalan al respecto que

Colombia es un Estado social de Derecho, donde cada sujeto tiene una función económica distinta, cuya realización dentro del ámbito de la libertad económica, es el objeto de tutela del derecho penal, es decir, los empresarios se encargan de la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, los consumidores realizan una adquisición justa de

los mismos, y a su vez, el Estado es el encargado del cumplimiento de los fines sociales que le son propios en beneficio de los intereses comunitarios.

De lo dicho hasta el momento se pueden concluir varias cosas. Primero que el derecho penal económico surge como una categoría especial dentro del derecho penal, con el propósito de brindar una protección al ejercicio de la actividad económica; es decir, cuando una persona realiza una actividad económica puede tener la certeza de que dicha actividad está protegida, y en caso de realizarse algún acto delictivo, quien así actúe responderá penalmente.

Pero además se puede desprender que para el ejercicio de las actividades económicas, estas son realizadas por medio de las empresas, por lo tanto, estas adquieren un protagonismo dentro del llamado derecho penal económico; en ese sentido, se ha empezado a estudiar la conducta empresarial, determinando que en su ejercicio se pueden cometer conductas punibles. A este seguimiento se le denomina derecho penal de la empresa.

Para Tiedemann (1985) *“La inclusión de las normas penales económicas en el Código Penal sirve, por regla general, no solo a la mayor transparencia de la ley, sino también para acercar la materia, de modo particularmente eficaz, a la conciencia pública”*.

Cuando se discute sobre la posibilidad de aplicar responsabilidades penales a los entes colectivos, lo primero que se indica es que estos adolecen de capacidad de acción. Para Roxin (citado por Bunster, 2003: 11) *“la acción es todo aquello que pueda atribuirse al individuo como centro anímico espiritual de acción”*. La culpabilidad se *“puede explicar a través de dos vías: como una actitud criminal de grupo o política que favorezca la comisión de delitos, o como un defecto de organización fundado en la culpa in vigilando y la culpa in eligendo”* Castro y Ramírez (2010: 213), por tal motivo, la persona jurídica puede al igual que la persona natural, cometer o no una conducta delictiva, debido a que como se ha examinado en el desarrollo de esta investigación, esta es un ente autónomo sujeto de derechos y obligaciones, por lo tanto, podría afirmarse que, el concepto de acción hasta el momento propio de la persona natural, deja de ser un obstáculo para responsabilizar penalmente a los entes societarios.

Otro aspecto importante a resaltar cuando se hace referencia a la posibilidad de aplicar penas a las personas jurídicas es el aspecto relacionado con su incapacidad de pena, como bien lo explica Bernate (2006: 40), la función de la pena determina el contenido de la estructura del delito. Si se responsabiliza

penalmente a una persona jurídica, la pena que le sea impuesta debe ir acorde con su naturaleza, no solo el cierre o la cancelación de la personería jurídica ni tampoco la multa, deben ser las sanciones a imponer pues se ha visto que puede seguir delinuyendo bajo otra razón social; se deben tener en cuenta dichos argumentos para que si es el caso, la incorporación de este tipo en determinado ordenamiento penal, sirva como un mecanismo de prevención de la comisión de delitos que pueden afectar de forma grave a la sociedad donde se han cometido dichas conductas.

De otro lado, se habla de la incapacidad de culpabilidad de los entes societarios. El principio de culpabilidad constituye una garantía irrenunciable del derecho penal, por lo cual se debe tener en cuenta al momento de aplicar sanciones criminales a los entes colectivos. En este punto radica la problemática en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Uno de los argumentos más fuertes en cuanto a este tipo de responsabilidad se construye, como bien lo arguye Velásquez (2004: 415), bajo dos puntos de vista, los que niegan la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, con base en los siguientes planteamientos:

[que estas] son sujetos artificiales y por lo tanto no poseen voluntad personal, condición necesaria para estructurar una responsabilidad penal, en segundo lugar, el principio *societas delinquere non potest*, constituye una regla general no escrita y que una disposición que la desconociera entraría en contradicción con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, y en tercer lugar, el concepto normativo de culpabilidad, es un concepto cuyo modelo de orientación es la persona humana, por tanto se encuentra adaptado a las capacidades de esta.

El mismo autor señala que existen ordenamientos penales que aceptan la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas bajo el siguiente argumento:

[R]eformulando el concepto de culpabilidad, tratando de adaptarlo a las personas jurídicas, trasladando la imputación de la culpabilidad de los individuos a la persona jurídica, o creando un sistema especial de responsabilidad de las personas jurídicas, como especie de derecho penal colectivo, partiendo de la necesidad de implementar sanciones específicas para los injustos penales cometidos por las personas jurídicas.

Bernate (2006: 44) discute la incapacidad para procesar a las personas jurídicas:

El proceso penal se encuentra diseñado para la persona natural. En efecto, las etapas en que el mismo se lleva a cabo y sus mecanismos

de coerción, se encuentran diseñados para la persona natural. En el esquema procesal penal colombiano, se le puede formular imputación y por ende vincular al proceso a una persona jurídica a través de su representante legal, pero no puede irse en contra del ente societario directamente, de ahí que se busque rediseñar el proceso penal para garantizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Teniendo en cuenta la evolución económica y social a nivel global, y las consecuencias que estos fenómenos incorporan en los diferentes ordenamientos internacionales, cobra cada vez más importancia el hecho de que *“la empresa es una realidad económica que reviste la forma jurídica de sociedad mercantil, lo que obliga a replantearse la utilidad política y la posibilidad dogmática de revisión del principio *societas delinquere non potest*”* (Terradillos, 2009: 32). La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por Colombia, establece en su artículo 10 lo siguiente:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención. 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos. 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

También podemos establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en documentos tales como las Decisiones Marco 2001/413/JA/ del Consejo del 28 de mayo de 2001 sobre la Lucha Contra el Fraude y la Falsificación de Medios de Pago Distintos del Efectivo; Decisión Marco 2005/222/JA/ del Consejo relativa a los Ataques Contra los Sistemas de Información; Decisiones Marco 2005/667 y Directiva 2008/99 del Parlamento Europeo relativa a la Protección del Medio Ambiente mediante el Derecho Penal. Recomendación Nº (88) 18 del 20 de octubre de 1988 del Consejo de Europa, que revela la tendencia de tratar punitivamente las actuaciones de las personas jurídicas.

II. ANÁLISIS COMPARADO DE LOS SISTEMAS SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS

De acuerdo con Preza, Adriasola y Palermo (2004: 138)

Las sociedades desde el momento de su fundación, durante su vida, en la etapa de liquidación, sus fundadores, directores y liquidadores, en el ejercicio de sus funciones respectivas, pueden cometer hechos ilícitos en perjuicio de los suscriptores, de los accionistas, del público en general, de los terceros que contratan con la sociedad, especialmente de los terceros que le conceden crédito, del Estado, del fisco y de la economía pública.

En el desarrollo de la investigación se ha podido determinar que los ordenamientos jurídicos a nivel internacional tiene en común que aceptan que las sociedades mercantiles son un ente autónomo, que tienen vida propia y en consecuencia son sujetos de derechos y obligaciones. Lo que no es claro es su responsabilidad de tipo penal, debido a que el derecho penal ha basado su esquema en la conducta humana.

A continuación se hará un estudio comparado de los distintos ordenamientos internacionales que aceptan o niegan la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su normativa penal.

A. Ordenamientos jurídicos que niegan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Los siguientes ordenamientos jurídicos que se examinarán a continuación, basan su normativa penal en el principio *societas delinquere non potest*, es decir, que las sociedades no pueden delinquir. Se apoyan en esta figura, con el fin de no incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una posibilidad en su normativa, por cuanto va en detrimento del derecho penal individual, debido a que daría lugar al desconocimiento de nociones clásicas de derecho penal, como la acción, la culpabilidad, el dolo y la capacidad de la pena, si se pretende aplicarlo a una persona jurídica o ente societario.

i. Alemania

Con base en el artículo 31 del Código Penal de Alemania, el derecho penal alemán vigente, no conoce la punibilidad de las asociaciones de personas, es decir,

solo la persona humana, y no la persona jurídica o cualquier otra forma de agrupación, es considerada penalmente capaz.

En Alemania no se acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debido a la incapacidad de culpabilidad de estas personas. La vigencia y reconocimiento con rango constitucional del principio de culpabilidad impide la aplicación de sanciones penales a las personas jurídicas (Velásquez, 2004: 428).

La presión de los modelos extranjeros sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania es muy fuerte y gana cada vez más influencia en la doctrina de este país, aunque los contradictores de este tipo de responsabilidad, consideran que este “*positivismo internacional*” podría ser errado o, por lo menos, solamente válido para la realidad de los países que lo han adoptado. A su vez, se debe tener en cuenta que Alemania hace parte de la Unión Europea y por ser miembro, se debe someter a las reglas del Derecho Comunitario Sancionador, con el fin de lograr una protección económica y de todo tipo entre los países miembros, lo cual podría influir en el ordenamiento penal interno en este país.¹

ii. Italia

En Italia no se admite la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, por cuanto el único sujeto capaz de sufrir sanciones es solo la persona física, lo anterior se fundamenta en el Título I - De Las Relaciones Civiles, artículo 27 de la Constitución de Italia de 1948, en la cual, la responsabilidad penal es siempre personal. Señala dicho artículo que “*La responsabilidad penal será personal. El acusado no será considerado culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme. Las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado (...)*”.

Sin embargo, en el ámbito del derecho administrativo en Italia, el artículo 6, N° 3 de la Ley 689 de 1981, la cual modificó el sistema penal, se establece la responsabilidad solidaria de la empresa, con el fin de asegurar el pago de la sanción pecuniaria por la infracción cometida por su representante.

1 Abanto Vásquez, M., Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares, sin paginar, en: Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, <http://www.ciidpe.com.ar/area1/RESPONSABILIDAD%20PENAL%20DE%20LOS%20ENTES%20COLECTIVOS.pdf> (consultado: 22 ene., 2012).

B. Ordenamientos jurídicos que aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Diferentes ordenamientos jurídicos a nivel internacional han modificado su normativa penal, por la tesis expuesta en el principio *societas delinquere potest*, con el fin de incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su ordenamiento interno.

La evolución de la sociedad sobre todo en materia económica y la influencia de las distintas organizaciones internacionales obliga a replantear conceptos arraigados en materia penal, como lo es, el principio *societas delinquere non potest*, y en consecuencia, el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los diferentes países que han acogido el nuevo principio, lo han hecho de forma paulatina. Del estudio comparado, se puede comprender entre otras cosas, que la responsabilidad penal de personas jurídicas tiene como finalidad incrementar la eficacia del derecho penal y la responsabilidad individual, también que esta figura no sustituye la responsabilidad individual, sino que por el contrario, amplía el sujeto a la persona jurídica y reafirma la intervención del derecho penal, en donde no era viable su aplicación debido a la influencia del principio *societas delinquere non potest*, que lo limitaba.

i. España

La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código Penal español, se ha llevado a cabo de forma progresiva (De la Cuesta, 2001: 967). El Código Penal español de 1995 introdujo las llamadas “*consecuencias accesorias*” en el artículo 129 que estableció el precepto que los jueces y tribunales, en los supuestos previstos en el Código Penal español, podrían imponer, motivadamente, a las empresas, sociedades, fundaciones y asociaciones las siguientes consecuencias accesorias: a) clausura de la empresa, b) disolución de la sociedad, asociación o fundación, c) suspensión o prohibición de sus actividades o la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de trabajadores o de los acreedores.

La segunda etapa de la evolución en materia de responsabilidad criminal de las personas jurídicas se dio con la Ley Orgánica 5 de 2003, la cual introdujo el artículo 31, N° 2 del Código Penal español, que establecía que en los supuestos de actuación en nombre o representación de una persona jurídica, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, sería responsable del pago de la misma la persona jurídica en cuyo nombre actuó.

Sin embargo, el paso definitivo ha venido de la mano de la Ley Orgánica 5 de 2010, que ha dado entrada definitivamente al tipo penal de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, con base en el principio *societas delinquere potest* (art. 31 bis Código Penal), precepto que entró a regir a partir de diciembre de 2010. El texto final es el siguiente:

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

A continuación se examinará la evolución que este tipo penal ha tenido en el derecho español, a la luz de los planteamientos expuestos por Zugaldía Espinar.² Se partirá del estudio de la dogmática penal en lo que se refiere al tratamiento de la acción y la culpa, y su posible imputación a los entes societarios. Las personas jurídicas son capaces de acción, en cuanto que son destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir los efectos exigidos por dichas normas.

De ello se deduce que, al mismo tiempo, pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar acciones (contratos, adopción de acuerdos, etc.) que se expresan a través de las acciones, de sus órganos y representantes, pero que son al mismo tiempo, jurídica, sociológica y criminológicamente, acciones de la propia persona jurídica y expresión de su específico obrar corporativo. En palabras de Von Liszt (citado por Zugaldía) *“quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o incumplir los contratos concluidos”*.

Con respecto a la culpabilidad, se admite en general, la culpabilidad propia de la persona jurídica orientada a categorías sociales y jurídicas, que permite elaborar modelos de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. Esta culpabilidad, se ha fundamentado dogmáticamente de forma plural y libre, lo mismo que ocurre respecto de la culpabilidad de las personas físicas, y en consecuencia deberá

2 Zugaldía Espinar, J. Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español, sin paginar, en: Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf> (consultado: 26 feb., 2012).

abrirse a modelos racionalistas-pragmáticos que piensan también en el “*homo economicus*” sin renunciar a las garantías tradicionales del derecho penal, donde es preciso una ampliación del sujeto de derecho penal, con base en el principio *societas delinquere potest*.

La reforma al Código Penal español ha suscitado grandes controversias, toda vez que por un lado, se considera que no se han derrumbado todavía los argumentos de la teoría de la *societas delinquere non potest*; sin embargo, hoy en día algunos autores parecen aceptar el hecho de la responsabilidad penal del ente societario, por ejemplo, Roxín, se ha referido recientemente en cuanto a la ampliación del sujeto de derecho penal, planteando que (citado por Zugaldía):

Una de las características fundamentales del Derecho Penal del siglo XXI, va a ser la ampliación del sujeto a las personas jurídicas, pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica tienen su origen en empresas grandes y poderosas y no pueden afrontarse eficazmente sus peligros pensando a una sola persona física que puede fácilmente ser reemplazada.

Por otra parte, según los planteamientos desarrollados por Juan Antonio Xiol, presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España, la incorporación de este tipo penal en el ordenamiento jurídico español, se debe, a que se está en presencia de una figura nueva en el derecho, respaldada por una corriente que exige la responsabilidad criminal a estas personas jurídicas.

Así, se señala que “*Hay actuaciones criminales que no se pueden imputar a las personas físicas que las representan, por eso hay que aplicarlas a las personas jurídicas en su conjunto, aparte de las que puedan añadirse a sus representantes*”, esto se explica porque “*se va dando poder a las empresas, colectivos y organizaciones que tienen intereses propios ajenos al bien común general.*”

Según lo expone De la Cuesta acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, que:

La ruptura con el principio *societas delinquere non potest* por parte del legislador español de 2010, constituye una decisión fundamental de política criminal y penal que se inscribe en la línea de importantes ejemplos del derecho penal comparado europeo, los cuales, a lo largo de las últimas décadas, han ido reconociendo la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como recurso fundamental para la lucha contra la criminalidad de empresa, tan relevante en el plano

de la criminalidad económica o de la corrupción y como instrumento de las tramas organizadas.

Se puede concluir que el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, al igual que en la mayoría de los países en Europa, se basa en las necesidades sociales cambiantes, en donde las categorías dogmáticas y culturales deben adaptarse a esas nuevas situaciones, entre las cuales se encuentran los compromisos internacionales, en este caso los adquiridos por España con la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

ii. Francia

Se basará esta descripción en los planteamientos desarrollados por el doctrinante Pradel.³ Este autor indica que en un principio, el Código Penal de 1810 ignoraba la responsabilidad penal de las personas jurídicas, basándose en el principio *societas delinquere non potest*. La responsabilidad penal era solo personal o, si se prefiere, individual. Durante todo el siglo XIX, ni la doctrina ni la jurisprudencia prestaron atención alguna a la idea de que un ente jurídico pudiera ser penado.

A partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal francés de 1994, el artículo 121 N° 2, consagró lo siguiente:

Las personas jurídicas, con excepción del Estado, serán penalmente responsables de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes, conforme a los artículos 121 N° 4 a N° 7, y en los casos previstos por la ley o el reglamento.

Sin embargo, los entes territoriales y sus agrupaciones solo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 121 N° 3, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos.

³ Pradel, J. La Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones, sin paginar, en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_61.pdf (consultado: 16 nov., 2011).

La incorporación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal francés, aunque es avalado por un significativo grupo de doctrinantes, ha presentado algunos problemas de tipo dogmático. Entre ellos, se halla la necesidad de intención (dolo) o culpa del órgano de la persona jurídica. En ese sentido, el artículo 121 N° 2 del Código Penal francés consagra la tesis del reflejo, es decir, la persona jurídica es responsable de rebote, indirectamente, de modo que es en la persona del individuo donde hay que apreciar el dolo o la culpa. La persona jurídica solo puede incurrir en responsabilidad si se ha identificado una persona física en la que pueda apreciarse dolo o culpa.

Otro inconveniente está en la incidencia de las causas eximentes que benefician a la persona física sobre la responsabilidad de la persona jurídica. Frente a este punto nos encontramos con el problema general de elección entre dolo/culpa de la persona jurídica y dolo/culpa de la persona física del dirigente, con relación a esto, si una persona jurídica en principio no es responsable salvo que lo sea el dirigente, aquella no lo es si el dirigente se beneficia de una causa de justificación, si sufre fuerza irresistible, enfermedad mental o es víctima de un error invencible. Y si, por ejemplo, la decisión se toma colectivamente por un directorio y todos sus miembros han sufrido una fuerza irresistible, no podrá emprenderse ninguna persecución penal en contra de la persona jurídica ni de la persona física.

Finalmente, existe controversia frente al efecto de una disolución de la persona jurídica después de cometer una infracción y efecto correlativo de un cambio estatutario. Después de la disolución de la persona jurídica, solo pueden ejecutarse algunas penas como la multa y siempre a condición de que no haya concluido la liquidación.

Los países europeos que tenían afianzado el principio *societas delinquere non potest* en sus ordenamientos jurídicos a nivel penal, han tenido que modificar los mismos con base en los postulados establecidos por la comunidad internacional, como se ha estudiado en el desarrollo de esta investigación. Sin embargo, aunque se han presentado inconvenientes sobre todo en la aplicación del tipo de responsabilidad de las personas jurídicas, como lo es el caso de Francia, lo cierto es que el derecho penal se ha internacionalizado, con el fin de que la globalización económica entre otros factores, no afecte a los países miembros de este tipo de comunidades.

A su vez, se debe tener en cuenta que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sirve también para blindar a la comunidad en general acerca de los delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídi-

cas o entes societarios y que pueden dejar infortunadas consecuencias, ya sea a nivel económico, social o ambiental, en los países miembro de la comunidad internacional.

iii. Brasil

La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de acuerdo con los planteamientos de Regís Prado (2000: 273) y Salamao (2010: 329), constituye todavía una temática bastante controvertida y que ha despertado la atención de la doctrina penal en Brasil. El derecho penal brasileño, en principio, fundaba su ordenamiento en la teoría creada por Savigny, en la cual se considera al hombre natural un ser libre, inteligente y sensible. La persona jurídica, por el contrario, se encuentra despojada de esas características, siendo solo un ser abstracto.

El ordenamiento interno de Brasil establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre todo en lo que tiene que ver en materia ambiental. En un principio los delitos cometidos por las personas jurídicas, en el ordenamiento penal brasileño, se basaban en el principio *societas delinquere non potest*, donde la culpabilidad, solamente podía ser imputada a las personas naturales en la calidad de autores o partícipes, con base en que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción en sentido penal estricto; capacidad de culpabilidad (principio de culpabilidad); y capacidad de pena (principio de la personalidad de la pena), indispensables para la configuración de una responsabilidad penal subjetiva.

No obstante, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Brasil, es aceptada actualmente, desde el precepto constitucional, pese a las críticas que sobre esta se hacía, con base en la violación del principio de culpabilidad, legalidad y proporcionalidad propios de la dogmática penal. El texto final que acepta este tipo de responsabilidad en Brasil en la Constitución Política de la República Federativa del Brasil de 1988 es el siguiente:

Artículo 173: Exceptuados los casos previstos en esta Constitución, la explotación directa de actividades económicas por el Estado solo será permitida cuando sea necesaria por imperativos de seguridad nacional o de interés colectivo relevante, conforme a la definición de la ley. Nº 5. La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los directivos de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de esta, sujetándola a las sanciones compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular.

Por otra parte el artículo 225 establece lo siguiente:

Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras. Nº 3. Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado.

La ley penal brasileña de los crímenes ambientales, Ley 9.605 de 1998, en su artículo 3º, dispone que:

Las personas jurídicas serán responsabilizadas administrativa, civil y penalmente conforme a lo dispuesto en esta Ley, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en el interés o beneficio de su entidad. Parágrafo único: la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho.

La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Brasil ha sido benéfica por cuanto, se ha frenado en gran medida la comisión de delitos sobre todo de tipo ambiental por parte de los entes societarios (Salamao, 2010: 340), también ha permitido que se estudie más a fondo la aplicación de estas normas en otro tipo de conductas delictivas que son realizadas por personas jurídicas, pero que afectan directamente a la población en general.

iv. Chile

En Chile, en principio no era aceptada de manera plena la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin embargo, a partir de la Ley 20.393 de diciembre de 2009, se estipula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que hubieren participado en la comisión de determinados delitos. Sin embargo, esta posibilidad de sanción solo se puede dar cuando se han cometido lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a un funcionario público extranjero.⁴ El

4 Responsabilidad penal de las personas jurídicas en actos de corrupción. En: Asociación civil para la igualdad y la justicia: <http://acij.org.ar/sincorrupcion/files/2010/07/responsabilidad.pdf> (consultado: 08 feb., 2012).

objetivo central de esta ley es la prevención y detección de estos delitos, y también hacer frente a las políticas internacionales y a los compromisos asumidos por Chile con la comunidad internacional.

Bajo ese entendido, la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se determina bajo las siguientes condiciones: a) existencia de un hecho punible cometido por quien sea dueño, controlador, responsable, ejecutivo principal, representante, o por quienes realicen actividades de administración y supervisión de la persona jurídica, o por una persona natural que esté bajo dirección o supervisión de las personas referidas; b) que el delito se haya cometido directa e inmediatamente en interés o en provecho de la persona jurídica; y, c) que la comisión del delito haya sido posible por el incumplimiento del deber de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica.

Es preciso señalar que se establece un catálogo amplio de sanciones aplicables a las personas jurídicas. Por ejemplo, se encuentra la disolución de la persona jurídica, también la prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado, la pérdida parcial o total de beneficios fiscales y, por último, la multa a beneficio fiscal.

III. TRATAMIENTO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN COLOMBIA

Antes de establecer cómo ha sido el tratamiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, es necesario dejar en claro el concepto adoptado por la normativa en lo que se refiere a la definición de persona jurídica, para lo cual, se citará el artículo 633 del Código de Comercio: *“Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente”*.

En Colombia, las personas jurídicas han tenido un control de sus actividades a través de normas civiles, comerciales y administrativas, aunque en muchas ocasiones los delitos cometidos a través de las mismas son tan lesivos, sobre todo en materia ambiental, que en razón de esta situación y como se examinó a lo largo de la investigación, también por el hecho de la llamada globalización, ha llevado a que los legisladores de los ordenamientos que hoy aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas *societas delinquere potest*, castiguen dichas conductas con penas más severas que las civiles o administrativas.

Existe en la normativa de Colombia un tratamiento legislativo con respecto a la desestimación de la personalidad jurídica, como lo es, el artículo 44 de la Ley 190 de 1995 (levantamiento del velo corporativo) y el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 (suspensión o cancelación de la personería jurídica), pero estas son acciones que se toman desde diversas ramas del derecho, no en el ámbito penal.

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, como se examinará a continuación, solo se han hecho algunos intentos, pero únicamente en materia ambiental, debido a que en Colombia el derecho penal con respecto a las personas jurídicas se basa en el principio *societas delinquere non potest*. Colombia acogió la teoría de la ficción (Velásquez, 2004: 407), que se deriva de la doctrina canónica del “*corpus mysticum*” (solo el hombre es capaz de derecho), por lo tanto, las personas jurídicas al ser creaciones ficticias carecen de voluntad propia.

Uno de los primeros antecedentes de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, se dio en materia ecológica con el proyecto de Ley 235 de 1996, que posteriormente se estableció bajo la Ley 491 de 1999, por la cual se instituía una figura denominada “*el seguro ecológico*”, en el artículo 26 establecía:

Quando el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multas, cancelación del registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad o cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones, podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción u omisión, en la conducta delictiva. Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente, se presumirá la responsabilidad de la persona jurídica.

La Corte Constitucional, realizó uno de los pronunciamientos más importantes sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, a través de la Sentencia C-320 de 1998, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, la cual se refirió a la constitucionalidad del artículo 26 del Proyecto de Ley 235 de 1996 que posteriormente se estableció bajo la Ley 491 de 1999, donde se analizó la determinación del legislador de incorporar un tipo penal en el ordenamiento interno, como lo es la responsabilidad de

la persona jurídica, sobre todo en materia ambiental, señalando así la constitucionalidad de la norma anteriormente citada.

Salvo en el inciso final *“Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente, se presumirá la responsabilidad de la persona jurídica”*. Según lo estableció la Corte Constitucional, al declararse inexecutable el inciso final del artículo 26 de la Ley 491 de 1999, esto se hizo debido a que de lo anterior se desprendería una responsabilidad objetiva, al argumentar que de la actividad clandestina se presumiría la responsabilidad de la persona jurídica, como se señala a continuación:

[L]a imputación penal de ciertos delitos a las personas jurídicas no se deduce con fundamento en el puro nexo de autoría jurídica. Es indispensable a este respecto que la violación penal se haya cometido en el interés objetivo de la persona jurídica o que esta haya reportado beneficio material del mismo. La persona jurídica está sujeta al cumplimiento de variados patrones de diligencia en el ejercicio de su objeto (culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*). Así como el legislador civil gradúa las culpas, el legislador penal hace lo propio y consagra tipos penales en los que el ingrediente del delito lo constituye el dolo o la culpa.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional en la misma sentencia argumentó que la *“determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva”*. En este punto, la decisión del alto Tribunal sobre la constitucionalidad del artículo 26 del proyecto de Ley 235 de 1996, que posteriormente se estableció bajo la Ley 491 de 1999, no impone cuestionamiento alguno a la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La consecuencia que lo anterior produce en el ordenamiento jurídico interno, gira en torno a que la dogmática jurídico penal, como está establecida en Colombia, no permite que los elementos que la componen y de los cuales carece la persona jurídica, esto es, que no son capaces de acción, carecen de voluntad, y no es posible imputarles culpabilidad, iría en contraposición con los postulados del derecho penal, debido a que este se rige en cuanto a las personas jurídicas, bajo el principio *societas delinquere non potest*. Por lo anterior, en materia penal, los argumentos de la Corte, sí irían en contraposición de los postulados por los

cuales se rige el derecho penal colombiano, debido a que en nuestro país, este se basa en la teoría de la ficción, con el fin de sancionar las conductas delictivas cometidas por personas naturales y no por personas jurídicas.

Con el fin de aclarar un poco las implicaciones que este fallo trajo al ordenamiento interno, se citarán algunos apartes de los salvamentos de voto de las sentencias C-320 de 1998 y C-674 de 1998⁵ (esta última sentencia reitera los argumentos expuestos en la anteriormente citada, en cuanto a las objeciones presidenciales al Proyecto de Ley 235 de 1996 Senado-154 de 1996 Cámara, “por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones”).

Con base en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los magistrados Carlos Gaviria y José Gregorio Hernández expresaron que la decisión de la Corte Constitucional “*ha consagrado una norma penal en blanco por cuanto se ha trasladado al juez, la potestad privativa del legislador, de atribuir una pena a una conducta determinada*” (Ramírez, 2007: 201), al establecer que según el inciso final del artículo 26 de la Ley 491 de 1999, antes Proyecto de Ley 235 de 1996, es posible responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y no encuentra barrera en la Constitución Política. Por ende, dicha responsabilidad permitiría que se avanzara en términos de justicia.

El problema radica en que las penas no están determinadas, lo cual permite que el juez pueda establecer penas privativas de la libertad a los representantes legales, sin tener en cuenta, el rango de la pena, lo cual deja en potestad absoluta del juez el establecimiento de las sanciones. Por otra parte, se puede considerar como indeterminado el amplio rango en el cual el legislador se puede mover para sancionar a la persona jurídica, pues se establecería un abanico amplio de posibilidades.

De otro lado, se encuentra la sentencia C-843 de 1999, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la cual declara inexecutable el artículo 26 de la Ley 491 de 1999 sobre el seguro ecológico, señalando frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia “*que la mera enunciación de sanciones penales, sin definir límites y elementos ciertos de aplicación de las distintas penas, viola el principio de legalidad, por cuanto será el fallador, con criterios subjetivos, quien determine, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, cuál es la pena aplicable*”, tampoco es viable en materia procesal penal,

5 Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 18 de noviembre de 1998.

sancionar a las personas jurídicas, por cuanto “*la ley no prevé un procedimiento especial para tal efecto*” (Ramírez, 2007: 201).

Con base en lo anteriormente expuesto, es claro que quien comete un delito debe responder. El problema radica en que las personas jurídicas son un ente ficticio que aunque tienen derechos y obligaciones otorgados por la ley, no son responsables directos de las conductas delictivas cometidas. Estas conductas son cometidas por las personas naturales que están detrás de estos entes societarios o personas jurídicas, o a su vez que actúan en representación de estas, y por ende, se vuelve al punto de partida, y es que no es posible, por lo menos en la normativa penal vigente, imputar la responsabilidad penal a una persona jurídica.

En vista del precedente planteamiento, es preciso señalar que en Colombia la legislación penal elabora la cláusula del *actuar por otro*, para los casos en que el sujeto cualificado en cuyo nombre se actúa, sea una persona jurídica o natural, y lo extiende al ente colectivo sin atributo de una persona jurídica (Suárez 2007: 429), como lo establece el siguiente artículo:

Artículo 29 C.P.: [...] También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

Con el objeto de explicar en qué consiste la teoría del *actuar por otro*, nos basaremos en los planteamientos desarrollados por el doctrinante Suárez (2007: 429), quien expone, que cuando una persona *actúa por otra* ya sea natural o jurídica, puede en nombre de esta realizar conductas punibles, de las cuales unas pueden ser delitos comunes, y en otras ocasiones son delitos especiales.

Con respecto a estos últimos, surgen grandes dificultades si se pretende evitar la impunidad del delito realizado por quien actúa en nombre de otro y carece de la cualificación señalada en el tipo penal, debido a que con base en los elementos típicos personales que fundamentan la autoría del delito especial correspondiente, la persona que actúa en representación de los anteriores, no puede ser señalada como autor, porque lo impiden los principios de legalidad y tipicidad del ordenamiento interno.

En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia, como ya se ha establecido, sobre todo cuando se señaló que el ordenamiento interno acoge la teoría de la ficción, se observa un conflicto en cuanto a la aplicación de la teoría del *actuar por otro*, toda vez que la persona que ha realizado la conducta no puede ser castigada como autor por no ser sujeto activo del hecho punible respectivo. Tampoco el representado que posee la cualificación puede ser sancionado como tal, por no haber realizado la acción típica, ni puede ser sancionado el representante como partícipe porque al no haber autor, por razón de la accesoriedad, no puede darse la participación (Suárez 2007: 429).

Lo anterior significa que la cláusula del *actuar por otro*, hace autor de delito especial solo a quien actúa como miembro u órgano de representación, autorización o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo o de una persona natural. En cuanto a los elementos del tipo en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y con base en la teoría del *actuar por otro*, incorporada en el Código Penal de Colombia por medio de la Ley 599 de 2000, se debe tener en cuenta que los elementos personales de la culpabilidad no entran en el concepto de elementos especiales inherente a esta teoría, debido a que estos, pertenecen al injusto que están ausentes en el autor y concurren en el representado ya sea una persona natural o jurídica. En segundo lugar, los elementos que hagan referencia a las categorías de modo, formas de ejecución y medios inmersas en la conducta punible, quedan excluidos, puesto que es imprescindible que deben concurrir en quien actúa.

Como conclusión, se debe establecer que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no es aceptada en la normativa penal colombiana pues la dogmática jurídico penal, está diseñada para castigar penalmente a la persona humana, mas no a las personas jurídicas, como se indicó al inicio del acápite correspondiente, y dejando claro que con base en lo examinado no es posible imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas, por cuanto carecen de los elementos imprescindibles en la dogmática penal.

CONCLUSIONES

Colombia es un Estado Social de Derecho, que tiene en sus manos el cumplimiento de los fines del Estado y de las garantías constitucionales que la Constitución Política de 1991 otorga a las personas ya sean naturales o jurídicas. Según lo establece el artículo 4º de la Carta, esta es la norma de normas, lo

cual quiere decir, que la norma jurídica colombiana debe estar acorde con los postulados superiores para el pleno funcionamiento del sistema.

Con base en la investigación desarrollada sobre la viabilidad de incorporar en la normativa penal colombiana, un tipo basado en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, podemos concluir, previo un examen comparado de los diversos ordenamientos penales que aceptan o niegan dicha responsabilidad, que dada la dogmática jurídico-penal establecida en la normativa penal colombiana, no es viable incorporar el tipo penal de responsabilidad de las personas jurídicas en el ordenamiento interno, mientras el ordenamiento penal colombiano siga basándose en la teoría de la ficción, que se deriva de la doctrina canónica del *“corpus mysticum”*.

Aunque el ordenamiento jurídico penal en Colombia precisa la distinción existente entre persona natural y persona jurídica y determina que en materia penal no es viable imputar una conducta delictiva a un ente ficticio, es sabido que dichas conductas delictivas cometidas por personas jurídicas o entes societarios son realizadas por personas naturales que están detrás de estas, en calidad de representante legal, socios, administradores, liquidadores, revisor fiscal, etc. Como se argumentó a lo largo de esta investigación, existe delito si el máximo órgano de administración es quien realiza la conducta delictiva, y en consecuencia, penalmente este es quien debe recibir una sanción penal, no la empresa o persona jurídica, con base en los planteamientos de la teoría del actuar por otro.

Cabe resaltar que el derecho civil y administrativo colombiano, tienen establecidas las sanciones que podrían imputarse a las personas jurídicas o entes societarios, cuando se comete una conducta delictiva por parte de las mismas, sin necesidad de modificar hasta el momento el Código Penal e incorporar sanciones penales a un ente ficticio, cuando se ha visto que la imputación carece de los elementos inherentes a la dogmática penal.

La presente investigación desarrollada sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia determinó que los países que han acogido esta tesis, en sus ordenamientos, tienen vacíos sobre todo al momento de su aplicación, es decir, en materia procesal, lo cual nos lleva a concluir, que este modelo no está aportando suficientes beneficios, menos aún si se tiene en cuenta que los índices delictivos realizados por las personas jurídicas o entes societarios no han disminuido o aumentado con la incorporación de este tipo penal en su normativa.

Entre los diversos problemas que logramos determinar con la elaboración de esta investigación, están en que paralelo a la reforma sustancial del Código Penal, se debe reformar la parte procesal para que la aplicación e implementación de este tipo penal sea eficaz en los países que han acogido esta disposición. A su vez, se debe establecer si es acogido dicho tipo penal, el castigo para la persona natural que actúa en representación de la persona jurídica o ente societario y la pena impuesta para esta última por la ocurrencia de dicha conducta.

Bibliografía

- BERNATE OCHOA, F. *Estudios de Derecho Penal Económico, El Derecho Penal Económico*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá D. C., 2006.
- CASTRO CUENCA, C. y RAMÍREZ BARBOSA, P. *Derecho Penal Económico Parte General*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá D.C., 2010.
- PREZA RESTUCCIA, D., ADRIASOLA, G., GALAIN PALERMO, P. *Delitos Económicos*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- RAMÍREZ BASTIDAS, Y. *El Delito Ecológico*, Segunda Edición, Ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D. C., 2007.
- REGÍS PRADO, L. “La cuestión de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en Derecho Brasileño”. En. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 6, 2000.
- SALAMAO SHECAIRA, S. “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Una Perspectiva del Derecho Brasileño”, en: Serrano-Piedecabras/ Demetrio Crespo (Dir.), *El Derecho Penal Económico y Empresarial ante los desafíos de la Sociedad Mundial del Riego*, Ed. Colex, Madrid, 2010.
- SCHUNEMANN, B. *Aspectos Puntuales de la Dogmática Jurídico-penal*, Grupo editorial Ibañez, Bogotá D. C., 2007.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría*, Tercera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C., 2007.
- TERRADILLOS BASOCO, J. *Derecho Penal de la Empresa*, Ed. Trotta S.A., Madrid, 1995.
- . *Estudios Sobre Derecho Penal de la Empresa*, Ed. Editores Puerto, Buenos Aires, 2009.

TIEDEMANN, K. *Poder Económico y Delito (Introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1985.

VELÁSQUEZ RESTREPO, C. *Orden Societario*, Ed. Señal Editorial, Medellín, 2004.

Cibergrafía

ABANTO VÁSQUEZ, M. *Responsabilidad Penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares*, sin paginar, en: Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, <http://www.ciidpe.com.ar/area1/RESPONSABILIDAD%20PENAL%20DE%20LOS%20ENTES%20COLECTIVOS.pdf> (consultado: 22 ene., 2012).

BUNSTER, A. Acerca de la Concepción Roxiniana de la Acción Jurídico Penal, *REJ –Revista de Estudios de la Justicia–* Nº 3 – Año 2003, p.p. 11-20, en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej3/archivos/ROXIN%20accion%20bunster_5_.pdf (consultado: 09 ago., 2011).

CESANO, J. y BALCARCE F., *Reflexiones Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la República Argentina*, ADPCP, VOL. LVI, 2003, pp. 386-387, en: http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/danielcesano.pdf (consultado: 25 feb., 2012).

DE LA CUESTA, J. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Español, en: *Revista electrónica de la AIDP* (ISSN: 1993-2995), 2011, <http://www.penal.org/IMG/JLDLCPjur%C3%ADidicasEspaña.pdf> (consultado: 2 dic., 2011).

PRADEL, J. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Francés: Algunas Cuestiones*, sin paginar, en: http://perso.unifr.ch/derechopeanal/assets/files/articulos/a_20080526_61.pdf, (consultado: 16 nov., 2011).

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ACTOS DE CORRUPCIÓN. En: asociación civil para la igualdad y la justicia: <http://acij.org.ar/sincorrupcion/files/2010/07/responsabilidad.pdf> (consultado: 08 feb., 2012).

ZUGALDÍA ESPINAR, J. *Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español*, sin paginar, en: Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espin.pdf> (consultado: 26 feb., 2012).

EL CONFLICTO DE INTERESES EN ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIALES*

*José Nicolás Mora Alvarado***

Sumario: INTRODUCCIÓN. I.- Conflicto de intereses en administradores sociales. II.- Deber de abstención de los administradores ante un conflicto de intereses. III.- Cuestión de la nulidad del acto celebrado bajo conflicto de intereses. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995¹ (entiéndase en adelante “la Ley 222”) es

* El presente artículo se estructura a partir de la monografía titulada “El conflicto de intereses en administradores de sociedades comerciales: descripción del conflicto de intereses y de la cuestión de nulidad del acto celebrado bajo el mismo en Colombia desde 1995 hasta 2010”; presentada para obtener el título de abogado en la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Dirigida por el profesor Diego Ricardo Galán Barrera y evaluada por los jurados Mateo Jaramillo y Adolfo Palma.

** Abogado de la Universidad Jorge Tadeo Lozano graduado en el año 2012. Miembro de la Lista de Secretarios de Tribunales de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En la actualidad se encuentra cursando la especialización de Derecho Comercial en la Universidad de los Andes. Ha sido auxiliar de la cátedra de obligaciones de la Universidad Jorge Tadeo Lozano con la magistrada Dora Consuelo Benítez Tobón. Se desempeña como abogado de resolución de conflictos y protección de inversiones en la firma de abogados Gómez-Pinzón Zuleta. Correo electrónico: nmora@gpzlegal.com

1 Artículo 23. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. (...) En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

(...)

7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. (...).

la disposición legal del ordenamiento jurídico colombiano que trata el tema de conflicto de intereses. Este artículo se refiere a los deberes de los administradores de las sociedades comerciales y deben ser cumplidos a cabalidad por los representantes legales que se traducen en tres exigencias: i) actuar de buena fe, ii) actuar con lealtad y iii) actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios.

De los tres deberes generales, se derivan siete deberes específicos que deben cumplir los administradores de las sociedades.² Dichos deberes están establecidos en los siete numerales del artículo 23 y el séptimo de ellos establece un deber de abstención para los administradores de participar directa o indirectamente en actos donde se encuentren enfrentados el interés personal y el interés de la sociedad. La inobservancia al deber de abstención se materializa con el acto celebrado por parte del administrador de un ente societario encontrándose en una situación bajo conflicto de intereses.

El presente artículo se concentra en la descripción del conflicto de intereses en Colombia desde la publicación de la Ley 222 de 1995 hasta la finalización de la primera década del milenio, exponiendo y comentando los diferentes pronunciamientos que se han hecho respecto del tema. A través de la exposición de los pronunciamientos se plantean diferentes temas relacionados con el conflicto de intereses como los elementos inmersos en la definición del conflicto de intereses al igual que las sugerencias que se le presentan al administrador social para que evite incurrir en este tipo de situaciones.

Se expone igualmente el significado del deber de abstención, el interés social y el deber de lealtad, aspectos relacionados con el conflicto de intereses y determinantes en el desarrollo de este artículo, para finalizar con la exhibición de distintas situaciones donde se presenta el conflicto de intereses y se observan simultáneamente pronunciamientos sobre la nulidad del acto celebrado bajo conflicto de intereses, que arrojan un resultado condicional donde se establece que dependiendo del caso concreto, se puede declarar nulo el acto celebrado por el administrador en contraposición con los intereses de la sociedad.

2 Los deberes generales y específicos en: Superintendencia de Sociedades – Circular Externa 100-006 del 25 de marzo de 2008.

En:<http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=41&id=28442&m=t-d&a=2008&d=depend> (consultado: 4 oct., 2011).

I. CONFLICTO DE INTERESES EN ADMINISTRADORES SOCIALES

Para iniciar el estudio del conflicto de intereses en administradores sociales, es menester empezar por los antecedentes que existen en Colombia desde mediados de la década del noventa sobre el tema.

A. Antecedentes de la definición de conflicto de intereses

El punto de partida de este artículo debe ser la exposición de motivos de la Ley 222 de 1995 donde la referencia a la facultad del juez para desconocer la personalidad jurídica de la sociedad y hacer responsables a los administradores, evidenció un acercamiento a un significado del conflicto de intereses en administradores.

1. El allanamiento de la personalidad jurídica

Mediante esta figura se da la posibilidad al juez de desconocer la personificación jurídica de la sociedad, haciendo responsables a los socios o administradores por las obligaciones sociales, cuando esta se haya utilizado como mecanismo para violar la ley, desconocer o defraudar los derechos de terceros y cuando se haya utilizado para obtener fines personales y no de carácter social como es lógico. (...).³

(Subrayado fuera del texto original).

Mirando cuidadosamente se puede observar que en la exposición de motivos se establece la posibilidad de que un administrador –haciendo uso de la personalidad jurídica de la sociedad que representa– busque obtener propósitos personales distintos de los objetivos que le fueron encargados por la sociedad.

De lo anterior también se entiende que el legislador se refiere a un fin u objetivo cuando indica *para obtener fines personales y no de carácter social*, como uno de los actos en que puede incurrir el administrador haciendo uso de la personalidad jurídica del ente societario. Sobre el particular se considera que independientemente de la diferencia entre la palabra “fin” y de la palabra “interés”, la intención fue mostrar que el fin social es el que debe buscar el administrador haciendo uso de las facultades que detenta.

En el mismo año de la expedición de la Ley 222, el Superintendente Delegado para Instituciones Financieras de la Superintendencia Bancaria –hoy en día

³ Exposición de motivos - Ley 222 de 1995. Gaceta del Congreso. Jueves 4 de noviembre de 1993. Págs. 45-48.

Superintendencia Financiera– estableció una definición de conflicto de interés cuando indicó:

*Se entiende por conflictos de interés, las situaciones de interferencia entre esferas de interés, en las cuales una persona podría aprovechar para sí o para un tercero las decisiones que él mismo tome frente a distintas alternativas de conducta en razón de la actividad misma que desarrolla y del especial conocimiento que tenga y cuya realización implicaría la omisión de sus obligaciones legales, contractuales o morales a las cuales se halla sujeto.*⁴ (Subrayado fuera del texto).

Dicha definición hace referencia –a diferencia de la exposición de motivos– al concepto “interés” en vez de la expresión “fin”; no obstante, no cualifica el sujeto que puede estar inmerso en esta situación sino lo deja en términos generales. Lo cual, para pertinencia de este escrito, no sería una definición que enmarque el conflicto de intereses en administradores sociales.

i. Definición de conflicto de intereses

Después de dos años de no tenerse una definición, la Superintendencia de Sociedades en 1997 expresó con claridad lo que significaba el conflicto de intereses:

*Existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero.*⁵

Esta definición de la Superintendencia de Sociedades es compartida por el reconocido autor Lisandro Peña Nossa⁶ y es el marco central de este escrito y la vía para el desarrollo de los elementos de la definición:

4 Concepto N° 95017190-0 del 15 de mayo de 1995. Superintendente Delegado para Instituciones Financieras. En: Superintendencia Financiera de Colombia – Concepto 2007059749-001 del 28 de diciembre de 2007. <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2007/2007059749.pdf> (consultado: 5 oct., 2011).

5 Superintendencia de Sociedades – Circular Externa N° 20 del 4 de noviembre de 1997. En: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=41&id=546> (consultado: 4 oct., 2011).

6 *Pueden presentarse conflictos de interés cuando “no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero”.* Si se presenta este tipo de conflicto, es necesaria la intervención de la junta de socios y de la asamblea general, como de la Superintendencia de Sociedades y la presencia del administrador de la sociedad. (Subrayado fuera de texto). Peña Nossa, Lisandro. *De las sociedades comerciales*. 6 ed. Bogotá: Temis–Universidad Santo Tomás., 2011, p. 399.

ii. Elementos del conflicto de interés

Son cinco los elementos que se desarrollarán en este punto: en primer lugar, la existencia de dos intereses, distintos uno del otro. Seguidamente está el elemento de la imposibilidad de satisfacer ambos intereses simultáneamente por la incompatibilidad que hay entre ellos.

En tercer lugar, es un elemento de la definición que *el interés particular sea ejercido de manera directa o indirecta* pues permite ver de qué manera se puede ejercer dicho interés y un cuarto elemento será el de saber a quién pertenece el interés particular, por lo cual se denomina que *el interés particular sea propio o ajeno*. Finalmente, el elemento sobre la indiferencia en la intención del administrador de afectar a la sociedad con su actuación, es un elemento que se considera pertinente desarrollar en el capítulo referido a la nulidad del acto celebrado bajo conflicto de intereses.

La siguiente clasificación se desarrolla bajo la influencia del tratadista Néstor Humberto Martínez, quien hábilmente enunció unos criterios en su obra *Derecho Contractual Societario*⁷ citando doctrina argentina al respecto, la cual se reconoce en el presente escrito que fue de gran utilidad. Se procede entonces a desarrollar los elementos del conflicto de intereses:

a. La existencia de dos intereses

En este primer elemento, se considera que el tema es claro pues la misma definición de la Superintendencia de Sociedades indica que son dos los elementos que existen y se necesitan para que haya conflicto de intereses. Donde –como se ha indicado– uno de estos es el de la sociedad y el otro es del administrador que representa dicha sociedad o de otro sujeto que actúa a través del administrador, como se observará más adelante en el numeral 3.4., respectivamente.

7 Martínez Neira, Néstor Humberto. *Cátedra de Derecho Contractual Societario: Regulación Comercial y bursátil de los actos y contratos societarios*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 201., quien siguiendo de cerca la obra de Carmen Alborch Bataller expresó:

Para Carmen Alborch los presupuestos constitutivos del conflicto de interés son los siguientes:

i) Existencia de una situación contrapuesta o antagónica; ii) Existencia de un nexo causal entre el interés extrasocial o particular del socio y el perjuicio del interés social; iii) El interés extrasocial o particular del socio puede ser propio o ajeno; iv) El interés del socio en conflicto debe ser de carácter patrimonial; y v) La irrelevancia de la intencionalidad del socio de causar perjuicio a la sociedad. (Subrayado fuera de texto original).

b. La imposibilidad de satisfacer ambos intereses

El elemento esencial de la definición que da la Superintendencia radica en la imposibilidad de satisfacer ambos intereses. Tratadistas de gran influencia como el italiano Massimo Bianca lo han definido como una “hipótesis de contraste” que viene a expresar lo mismo que estableció la Superintendencia:

*El conflicto de intereses es una hipótesis de contraste entre el interés del representante y el interés del representado. (...) Ahora bien, en la hipótesis de conflicto de intereses el representante se encuentra en una posición que no puede salvaguardar sin sacrificar el interés del representado.*⁸

Siendo esto así, debe presumirse que la definición de conflicto de intereses tiene un segundo elemento que es la contraposición de intereses, donde el interés social y el particular no pueden subsistir en la celebración de un mismo acto, pues ambos no pueden ser satisfechos de manera simultánea. Tanto es la contraposición de intereses en estos casos que la doctrina francesa se indica que el administrador *per se* está inmerso todo el tiempo en la posibilidad de que exista conflicto de intereses:

*La gestión de la sociedad es igualmente una ocasión de conflicto de intereses. El dirigente social estará tentado de abusar de su posición con el fin de satisfacer sus intereses personales en detrimento del interés social, así, el administrador se encuentra en posible conflicto de intereses.*⁹ (Subrayado fuera de texto).

Es de resaltar que la definición establecida en 1997 por la Superintendencia todavía presenta una gran utilidad para dicha corporación cuando responde consultas a la comunidad en temas relacionados con conflicto de intereses.¹⁰ También hay que agregar que el Consejo de Estado se ha referido a la contraposición de intereses en sentencia de febrero de 1995, apreciación compartida por la misma corporación en sentencia de enero 29 de 2009 al señalar:

8 Bianca, C. Massimo. *El contrato*. Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 115-116.

9 Cuif, Pierre-François. “El conflicto de intereses. Ensayo sobre la determinación de un principio jurídico en derecho privado”. Traducción: Cely, Adriana María. En: *Revista de Derecho Privado*. Nº 12-13, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 67.

10 En efecto, pueden consultarse los oficios 220-35295 de mayo 28 de 2003, 220-059047 del 26 de octubre de 2006, 220-149553 del 8 de diciembre de 2010 que se ciñen a la definición establecida en la Circular Externa 20 de 1997 en la página de la Superintendencia de Sociedades: www.supersociedades.gov.co

Observa la Sala, en primer lugar, que las normas imponen a sus destinatarios el deber de abstenerse de realizar operaciones que puedan dar lugar a conflictos de interés, y en el segundo, que la abstención no está referida a operación específica, sino a cualquiera que pueda generar conflicto de interés.

“...

“A juicio de la Sala, el conflicto de interés se presenta cuando hay disparidad en los motivos que persiguen quienes intervienen en una relación jurídica, de ahí, que el estatuto financiero imponga un deber de abstención, y cuando éste se incumple, el organismo de control califica el conflicto, surge, pues, de actuaciones individuales, sometidas al escrutinio de quien tiene competencia para su calificación.”¹¹ (Subrayado fuera de texto).

Se puede observar que una contraposición de intereses, lleva a la imposibilidad de que los mismos puedan satisfacerse simultáneamente. Dicha imposibilidad – reitero- es elemento esencial para la figura del conflicto de intereses en administradores.

c. El interés particular puede ejercerse de manera directa o indirecta

Tal y como se manifestó anteriormente, la definición suministrada por la Superintendencia de Sociedades ha sido y es de gran relevancia cuando se trata el tema del conflicto de intereses. Tanto así que la circular externa 100-006 de 25 de marzo de 2008 (entiéndase en adelante “la circular de 2008” o “la circular externa de 2008”), se ciñe a tal definición, corroborando después de 11 años la doctrina de su propia corporación.

Sin embargo, no debe ignorarse que la circular de 2008 agrega novedosamente otro aspecto importante que se refiere a la forma como un administrador puede estar participando en un conflicto de intereses, así:

3.9.1 Incursión en conflicto de interés y competencia por interpuesta persona.

La participación en actos de competencia o de conflicto de intereses por parte de los administradores puede ser directa, cuando el administrador personalmente realiza los actos de competencia; o, indirecta, cuando

¹¹ Sentencia del 6 de febrero de 1995, exp. núm. 5277, actor, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Consejero Ponente, Dr. Delio Gómez Leyva. citada en: CE 3, 29 Ene. 2009. r11001-03-24-000-2004-00365-01., M. Sanz Tobón.

*el administrador a través de un tercero desarrolla la actividad de competencia, sin que sea evidente o notoria su presencia.*¹²

Teniendo en cuenta este aporte, se evidencia que el administrador no siempre debe ser la persona que participe directamente en el acto sino que puede hacerlo a través de otro. No obstante, debe resaltarse que según lo indica la circular, el tercero celebra el acto pero el interés sigue siendo del administrador, solo que lo ejerce de manera indirecta por medio de otro sujeto.

No tendría relevancia que el interés sea del tercero que actúa en nombre del administrador pues la situación de conflicto tendría el mismo reproche sin importar que quien participe en el acto sea alguien distinto al administrador. Lo que importa es que el interés del administrador sea distinto al de la sociedad.

d. El interés particular puede ser propio o ajeno al administrador

Situación distinta sería si el administrador participa en el acto velando por el interés de un tercero. Sobre esto ha manifestado el tratadista Reyes Villamizar refiriéndose al artículo 23 de la Ley 222 de 1995:

*En uno u otro caso, la ley es explícita en señalar que no se requiere que el interés beneficiado con la actividad sea directamente el del administrador, sino que se abarcan también aquellos actos realizados en interés de terceros.*¹³ (Subrayado fuera de texto).

El conflicto de intereses sigue existiendo porque hay un acto en contraposición con el interés social. Por lo cual se permite concluir que ambas situaciones se enmarcan dentro de la figura del conflicto de intereses en administradores sociales y por ende, son reprochables.

iii. Situaciones de las cuales el administrador puede predicar el conflicto de intereses

En esta parte se observará el desarrollo en Colombia en cuanto a las situaciones en las que puede presentarse un conflicto de intereses –sean situaciones

12 Superintendencia de Sociedades – Circular Externa 100-006 de 25 de marzo de 2008. En: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=41&id=28442&m=t-d&a=2008&d=depend> (consultado: 4 oct., 2011).

13 Reyes Villamizar, Francisco. *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. Bogotá: Departamento de Publicaciones – Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, p. 214.

concretas o genéricas– buscando que el administrador las identifique y pueda abstenerse de incurrir en la práctica de aquellas.

La intención que se busca con la creación de una ruta para el administrador, es mitigar el vacío legal que existe en este tema. Vacío que ha sido reseñado por el Consejo de Estado en sentencias de 1995 y 2009. En esta última, fue presentada una demanda de nulidad contra una decisión de la Superintendencia de Sociedades donde se otorgaban facultades de contratación al liquidador de sociedades pero dentro de dichas facultades apareció en la escena el tema del conflicto de intereses:

(...) no se trata, a juicio de la Sala, de una interpretación extensiva del sentido y propósito de las precitadas normas, porque no están referidas a instrucciones respecto a la manera como deben ser cumplidas las disposiciones legales que imponen el deber de abstención, pues ya no será el destinatario quien califica los intereses o compromisos que afectan la imparcialidad en la operación a realizar, sino que de antemano está calificada como parcial, por la prevalencia que el interés particular impone a determinadas operaciones, conductas que, ciertamente, ha debido en atención a tal prevalencia prever el legislador, lo cual parece, dada su naturaleza, corresponder a un vacío legal que, desde luego, no puede de manos de una interpretación extensiva ser subsanado por el Superintendente Bancario.¹⁴

En tal virtud, la idea en este punto es mostrarle al administrador, que cuenta con herramientas de carácter informativo a las que puede acudir para no incurrir en un conflicto de intereses. Él tendrá unos pasos a seguir y entre ellos, unos deberes que debe tener en cuenta cuando esté frente a la posibilidad de que haya conflicto de intereses o no en el acto que va a celebrar. De esa forma, podrá abstenerse o informar a la asamblea o junta de socios al respecto:

a. Deber de análisis por parte del administrador

El primer paso a seguir, se encuentra en el raciocinio que pueda hacer el administrador cuando se encuentre ante la duda de estar inmerso en un conflicto de intereses. Previo a celebra el acto o no, debe aquel mirar todos y cada uno de los detalles que presentan en la situación en concreto.

¹⁴ Sentencia del 6 de febrero de 1995, exp. núm. 5277, actor, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Consejero Ponente, Dr. Delio Gómez Leyva. Citado en: CE 3, 29 Ene. 2009. r11001-03-24-000-2004-00365-01., M. Sanz Tobón.

El tratadista Lisandro Peña, al compartir la definición de conflicto de intereses de la Circular Externa N° 20 de 4 de noviembre de 1997 (entiéndase “la circular de 1997” o “la circular externa de 1997”), hace también un comentario importante en cuanto a las situaciones inmersas en conflicto de intereses:

Pueden presentarse conflictos de interés cuando “no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero”. Si se presenta este tipo de conflicto, es necesaria la intervención de la junta de socios y de la asamblea general, como de la Superintendencia de Sociedades (...) Debido a estas situaciones, el administrador deberá evaluar la situación en concreto por medio de un método racional, con el fin de determinar si incurriría en actos de competencia o de conflicto de intereses y ante los cuales debe abstenerse de actuar.¹⁵ (Subrayado fuera de texto).

El tratadista lo que hace en este caso es recordarle al administrador que debe tener una diligencia superior a la del buen hombre de negocios¹⁶ y que sea él quien decida –según la situación en la que se encuentre– si debe abstenerse o no de realizar el acto o informar a la asamblea o junta de socios.

b. Deber de revisión de la ley

El administrador, previo análisis de la situación *in concreto* puede recurrir también a la ley para aclarar la duda frente a las circunstancias que tiene de presente, comparando si la situación en la que se encuentra, se enmarca o no en una disposición legal.

No se puede perder de vista el imperio de la ley, ya que el Código de Comercio contiene artículos sobre la responsabilidad de los administradores donde se pueden encontrar situaciones inmersas en conflicto de intereses. Por ejemplo, el reconocido autor Néstor H. Martínez ha indicado:

En casos concretos, no obstante, el legislador se ha anticipado al conflicto de intereses, inhibiendo el voto del asociado, (...). Otro tanto ocurre frente al administrador que pretende negociar acciones de la propia sociedad, en cuyo caso le está vedado participar en las decisiones del órgano

15 Peña Nossa, Lisandro. *De las sociedades comerciales*. 6ª Ed., Bogotá, Editorial Temis – Universidad Santo Tomás., 2011, p. 399.

16 Frente a la carga de diligencia me referiré en el punto N° 1 del capítulo segundo del artículo.

competente orientadas a aprobar o improbar su participación (art. 404, ibidem).

Tal como lo evidencia el artículo 404 del Código de Comercio, se puede observar que por mandato legal, el administrador debe abstenerse de negociar con acciones de la sociedad que representa. Es por esto que –teniendo en cuenta lo dicho anteriormente–, el administrador no solo debe analizar cada situación sino que debe someterse al imperio de la ley para saber si debe abstenerse de realizar un acto o no.

c. Deber de revisar otros pronunciamientos

El administrador diligente, además de analizar cada caso y revisar la ley, debe observar los pronunciamientos especializados en el tema de la Superintendencia de Sociedades y otros afines que puedan manifestarse sobre temas específicos como es el caso del conflicto de intereses en administradores de sociedades. Verbigracia se puede evidenciar en el numeral 3.8.1. de la circular de 2008 de la Superintendencia de Sociedades donde se indica:

3.8.1 Algunos eventos de conflicto de intereses

Quando el administrador demanda a la sociedad, así dicha demanda sea atendida por el representante legal suplente. (...) [Luego agrega la circular] Considera este Despacho que los administradores incurrir en competencia o conflicto de interés por interpuesta persona cuando además de los requisitos expuestos previamente, la compañía celebra operaciones con alguna de las siguientes personas:

a) El cónyuge o compañero permanente del administrador, o las personas con análoga relación de afectividad. b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del mismo. c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador o del cónyuge del mismo. d) Los socios del administrador, en compañías que no tengan la calidad de emisores de valores, o en aquellas sociedades en las cuales dada su dimensión, el administrador conozca la identidad de sus consocios.¹⁷ (Destaco).

17 Superintendencia de Sociedades – Circular Externa 100-006 del 25 de marzo de 2008. En: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=41&id=28442&m=t-d&a=2008&d=depend> (consultado: 4 oct., 2011).

En la circular externa de 2008, la Superintendencia no solo determina situaciones específicas donde está presente el conflicto de intereses, sino que también enuncia de manera general las situaciones en las que puede existir el conflicto en razón de la persona con quien se celebra el acto, otorgando herramientas al administrador social, para analizar la situación en concreto y abstenerse de participar en ella, si es el caso. En la doctrina francesa, por ejemplo, se enuncian dos situaciones genéricas que implican conflicto de intereses:

*Aquel que se encuentra en una situación de conflicto de intereses celebra un convenio o ejerce su derecho de voto en interés personal. Un solo principio debe ser aplicado en esa circunstancia y debe conducir a la anulación del acto.*¹⁸ (Subrayado fuera de texto).

En Colombia el tema es más amplio que lo expuesto en el autor francés, es por eso que se hace necesario establecer una ruta para que el administrador no participe en actos que impliquen conflicto de intereses, tal y como se ha hecho en este punto del escrito.

II. DEBER DE ABSTENCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES ANTE UN CONFLICTO DE INTERESES

Al final del primer capítulo se hizo referencia a las situaciones de las cuales se puede predicar un conflicto de intereses, trazando una ruta de diligencia compuesta por ciertos deberes que el administrador debe tener en cuenta. Este segundo capítulo se debe iniciar planteando la siguiente pregunta: ¿Por qué el administrador debe ser diligente a tal magnitud para que efectivamente se abstenga de celebrar actos donde está inmerso el conflicto de intereses? A través del desarrollo del deber de abstención es donde se buscará mostrar todo lo que el administrador desconocería por participar en actos que impliquen el conflicto.

A. El deber de diligencia mayor

El administrador es un profesional cualificado, pues es un sujeto al que se le exige una mayor carga de gestiones –que se podrá evidenciar en el transcurso

18 Cuif, Pierre-François. “El conflicto de intereses. Ensayo sobre la determinación de un principio jurídico en derecho privado”. Traducción: Cely, Adriana María. En: *Revista de Derecho Privado*. Nº 12-13, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 90.

del capítulo— cuando está desempeñando su labor. Sobre esto se ha indicado:

*El profesional debe ejecutar el contrato al pie de la letra. El administrador debe además ser fiel al interés social, y nunca privilegiar su interés personal sobre el de la sociedad. En este sentido, el administrador, como todo mandatario, debe respetar los intereses de su mandante y poner en obra todos los medios necesarios para alcanzar ese objetivo.*¹⁹ (Subrayado fuera de texto).

Quiere decir que el administrador tiene a cargo los intereses de la sociedad que representa, los cuales no solo debe cuidar y priorizar sino que siempre debe buscar el mayor beneficio posible en orden a satisfacerlos.

Ahora bien, otra razón por la cual se considera que el administrador es un profesional cualificado ha sido expuesta en Francia, donde se ha sostenido que la única forma de fundamentar la confianza en el mercado es exigiendo una lealtad a los administradores sociales. Adriana Cely ha expuesto:

Es leal quien es sincero y honesto en el cumplimiento de su deber. Si bien este concepto es de contenido variable, no es raro admitir que en la actualidad el funcionamiento de la economía exige lealtad de los operadores económicos para fundamentar la confianza en el mercado. El administrador societario es deudor de un deber de lealtad ante la sociedad y los socios, y esa conducta se le exige dentro de un marco de moralización de la vida de los negocios. (...) ²⁰ (Subrayado fuera de texto).

B. El deber de diligencia en Colombia

En Colombia, la Ley 222 de 1995 en su artículo 23 estableció los deberes de los administradores. Estos deberes deben ser cumplidos a cabalidad y se circunscriben en tres exigencias: i) actuar de buena fe, ii) actuar con lealtad y iii) actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Santos Ballesteros comenta sobre dichos deberes:

Por lo demás, en el caso de los administradores, es evidente que contraen obligaciones de diligencia en el cumplimiento de sus funciones, consistentes en poner lo mejor de sí para desempeñar fielmente su encargo, para obrar adecuadamente en el contenido de sus funciones, criterio que avala la

¹⁹ Cely, Adriana María. “La responsabilidad civil de los administradores de sociedades. Notas sobre el derecho francés”. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 15, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 177.

²⁰ *Ibidem*, p. 173.

propia legislación al decir el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 que los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad “y con la diligencia de un buen hombre de negocios”.²¹

Por su parte, Lisandro Peña Nossa ha manifestado la intención del legislador ante la importancia que tiene la figura del administrador.²² No obstante, fue en la circular externa de 2008 donde la Superintendencia de Sociedades se esforzó en mostrar razones por las cuales la Ley 222 de 1995 le impuso a los administradores una diligencia de tal magnitud:

El artículo 23 de la ley 222 de 1995, hace imperativo para los administradores obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. (...) La Ley 222, adicionalmente impone a los administradores el deber de observar una diligencia superior a la que hasta ahora se les exigía, en razón a que su gestión se desarrolla como gestores de negocios ajenos dentro del tráfico mercantil, con las responsabilidades y consecuencias que de estos aspectos se derivan.²³ (Subrayado fuera de texto).

Se evidencia entonces que la diligencia del administrador está circunscrita a todos los deberes que se derivan del artículo 23 de la Ley 222. El numeral 7 de dicho artículo no se escapa a la carga de diligencia como *deber de abstención* que a continuación se desarrollará.

C. Deber de abstención por parte de los administradores

Dicho numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 es el que establece un deber de abstención para los administradores de participar directa o indirectamente en actos

21 Santos Ballesteros, Jorge., “Diversas manifestaciones de responsabilidad civil extracontractual por actos dañosos de un ente societario”. En: Congreso *internacional, la despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 161.

22 “Los deberes de los administradores estarán estipulados en los estatutos de cada sociedad. No obstante, se señala como deber primordial de los administradores el de actuar en interés de la sociedad, pues ellos desempeñan una importante labor debido a los poderes que hoy en día poseen. El legislador consideró necesario someterlos a un estricto código de conducta, para lo cual se precisó el marco general de sus actividades, sus funciones y responsabilidad, estableciendo además normas que agilizan y facilitan las consecuentes acciones para el establecimiento de dicha responsabilidad.” Peña Nossa, Lisandro. *De las sociedades comerciales*. 6ª Ed., Bogotá, Editorial Temis – Universidad Santo Tomás., 2011, págs. 394395.

23 Superintendencia de Sociedades – Circular Externa 100-006 del 25 de marzo de 2008. En: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mival=sec&dir=41&id=28442&m=t-d&a=2008&d=depend> (consultado: 4 oct., 2011).

donde se encuentren enfrentados el interés personal y el interés de la sociedad. Sobre el particular se pueden observar ciertos aspectos del deber de abstención:

Fernando Hinestrosa muestra en su *Tratado de las obligaciones* que el deber de abstención se adecúa más al concepto de obligación. Por ejemplo cuando define el concepto de obligación de no hacer:

*Prestación negativa, deber de abstención: aquí el interés del acreedor consiste en que una determinada situación permanezca inalterada, y en que el deudor está obligado a no ejecutar durante el tiempo señalado y en un determinado territorio o en forma geográficamente absoluta una actividad propia, de suyo lícita y para el libre, de cuyo ejercicio prescinde o ha de prescindir en esos términos en obsequio del acreedor.*²⁴ (Subrayado fuera de texto).

Se puede reiterar que el deber de abstención de los administradores ante un conflicto de intereses es una obligación de no hacer porque al administrador por mandato legal se le exige privarse de celebrar actos que, en otro contexto serían perfectamente ejecutables, si el sujeto no tuviera dicha calidad. Por otro lado, el tratadista Francisco Reyes Villamizar ha indicado lo siguiente:

*Como complemento necesario del deber de cuidado, la normativa colombiana preceptúa también el denominado deber de lealtad. Este se refleja en una serie de obligaciones específicas de acción u omisión, que se orientan a proteger secretos de la sociedad, la abstención de actuaciones que resulten conflictivas con las de la compañía, el respeto por las oportunidades de negocios en cabeza de la sociedad, etc.*²⁵ (Subrayado fuera de texto).

En este punto se pueden hacer dos apreciaciones muy relevantes. En primer lugar, el tratadista se refiere a *obligaciones específicas de acción y omisión* y da como ejemplo de estas *la abstención de actuaciones que resulten conflictivas con las de la compañía*, entre otras. Por lo cual se confirma que el deber de abstención es una obligación de no hacer.

En segundo lugar, se refiere al deber de lealtad del artículo 23 de la Ley 222, pero indica que dicho deber de lealtad se refleja en las obligaciones de acción u omisión que responden a ciertos numerales del artículo 23. Entre esos responde el numeral 7 ya referido al deber de abstención. Lo que nos permite iniciar la descripción del alcance del deber de abstención.

²⁴ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Págs. 228-229.

²⁵ Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario*. 2 ed. T. I., Bogotá: Temis S. A., 2009. Págs. 590-591.

D. Alcance del deber de abstención en Colombia

En un primer momento de este capítulo se buscaba demostrar los motivos por los cuales se considera que el administrador es profesional cualificado y la carga de diligencia que el ordenamiento jurídico colombiano le exige. Surtido lo anterior, se busca responder el alcance del deber de abstención.

i. El interés social como base del deber de abstención

El interés social es el común denominador de los intereses de los socios. Sobre el particular, el tratadista argentino Cabanellas de las Cuevas, en opinión que comparto, indicó:

(...). La organización societaria tiene como uno de sus elementos centrales el que sus distintos órganos actúen de modo tal de promover los intereses comunes de los socios dentro de la sociedad, englobados bajo la figura del interés social. Ello implicaría, a su vez tender a proteger el patrimonio de la sociedad, sea porque el interés social consista –como lo hará en la mayoría de los casos– en la obtención de beneficios, sea porque las restantes metas que persiga la sociedad y que hagan a su interés social requieran preservar su patrimonio.²⁶ (Subrayado fuera de texto).

Bien señala el tratadista al indicar que dicho interés social casi siempre se traduce en beneficios patrimoniales, pues se considera el objetivo general o común denominador de una sociedad comercial como lo es el crecimiento constante en términos económicos.

El interés social también funciona como una forma de controlar las actuaciones de todos los que integran la sociedad, entre ellos los administradores:

“El interés de la sociedad es la brújula orientadora a la conducta que se debe seguir al interior de la sociedad. Guía tanto de la conducta de la asamblea de accionistas –órgano de dirección–, como de la conducta de sus administradores, –órgano de administración–. Este concepto permite detectar las distintas desviaciones que se puedan presentar en la gestión de los administradores, al igual que los posibles conflictos de interés o actos de competencia desleal que llegaren a presentarse; (...).”²⁷ (Subrayado fuera de texto).

26 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho Societario. Parte General. La personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Heliasta, 1994, págs. 344-345.

27 Numa Marín, Manzur Michel. “Interés común de los asociados, interés de la sociedad e interés de la empresa. Reflexiones en torno a la toma de decisiones en las sociedades anónimas”. En:

Se evidencia también que el interés social permite identificar el conflicto de intereses a partir de la conducta que celebre el administrador y si esta conducta es fiel al interés social. En tanto, es dable afirmar que el interés social es el fundamento principal para que el administrador se abstenga de celebrar actos que impliquen conflicto de intereses.

ii. Origen y desarrollo del deber de lealtad como base del deber de abstención

Para hacer una breve descripción es necesario recordar que el deber de lealtad tiene sus orígenes en el derecho anglosajón (como se observará en apreciación posterior) en cuyo desarrollo de la relación fiduciaria o de confianza entre el administrador y la sociedad, se le permitió dar cabida al deber mencionado. El autor Luis F. Sabogal define dicha relación y la lleva al campo del derecho de sociedades de la siguiente manera:

Por todo lo anterior, esa relación fiduciaria (de “confianza”) que se entabla cuando una persona se encuentra bajo el deber de actuar en beneficio de otra a efectos de desarrollar una(s) determinada(s) gestión(es), en el campo del derecho de sociedades estadounidense adquiere una especial cualificación, para significar que: es la relación que surge entre el administrador y la sociedad, en donde, el primero se compromete a actuar con el más alto grado de buena fe frente al segundo, en aras de alcanzar los objetivos sociales. [Enfatiza el autor enseguida el deber de lealtad que buscamos describir]. En correspondencia con esa particularidad, se le atribuye al administrador un régimen de responsabilidad más intenso que los establecidos en las relaciones contractuales, lo que le significa el incumplimiento, a partir del genérico deber de fidelidad (fiduciary duty), de unas reglas más estrictas de transparencia informativa, un mayor deber de diligencia, y un deber de lealtad con un amplio régimen en materia de conflictos de intereses.²⁸ (Subrayado fuera de texto).

El tema de la relación fiduciaria o de confianza no es ajeno a la jurisprudencia colombiana, pues en sentencia de 1996 de la Corte Constitucional trató el tema cuando se refería a la improcedencia de la acción de reintegro consagrada en la Ley 222 de 1995, así:

AA. VV. *La empresa en el siglo XXI*. 1ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 365.

28 Sabogal Bernal, Luis Fernando. *La relación administrador-sociedad*. En: *Revista de Derecho Privado No. 18*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010, p. 136.

No es necesario recalcar la especial relación de confianza que surge entre el ente asociativo y tales funcionarios, por lo cual no es extraño que la ley haya resuelto dar a su nexa jurídica con la sociedad un trato diferente del que la liga con el resto de sus trabajadores.²⁹ (Subrayado fuera de texto).

Si bien, no se adentraron en el estudio de la relación fiduciaria, sí dejaron de presente la especial relación entre el administrador y la sociedad. Más adelante en 2008, la misma Corte se refirió en otra sentencia al tema recordando lo mencionado en sentencia anterior:

[Refiriéndose a los deberes del artículo 23 de la Ley 222 de 1995]. *Del anterior catálogo de facultades y deberes, se infiere que la naturaleza de la vinculación jurídica que se establece entre la sociedad y sus administradores, comporta un amplio poder de disposición y manejo sobre los bienes e intereses de la sociedad, que genera a su vez una especial relación de confianza que ha sido destacada por la jurisprudencia de esta Corporación.* [Concluye mencionando el deber de lealtad]. *En conclusión: (...) (ii) a falta de estipulación contractual el legislador previó la existencia de un amplio margen de maniobra para los administradores que tiene como marco el objeto social de la compañía y los asuntos relacionados con su existencia y funcionamiento; (iii) en este evento, la vinculación jurídica que se establece entre el administrador y la sociedad está basada en una especial relación de confianza que genera consecuencias jurídicas.*³⁰ (Destaco).

Sobre el particular, la jurisprudencia colombiana insiste en que a falta de estipulación contractual por autonomía privada, debe tenerse en cuenta la especial relación que existe entre el administrador y la sociedad. Así también lo sostiene el autor Luis F. Sabogal:

*Así pues, entienden que en Colombia también los administradores se encuentran vinculados con la sociedad a partir de una “relación fiduciaria” –o al menos este es un esquema que tiene un alto valor en interpretación jurisprudencial de la conducta de los administradores–, lo cual se explica sobre los siguientes argumentos: i) también los administradores en Colombia, por cuanto manejar intereses ajenos, están vinculados con la sociedad que administran a partir de una “estrecha relación de confianza”, y esa es una situación que la ley debe salvaguardar de forma prioritaria; ii) **el detalle de los deberes de los administradores,***

29 C. Const. C-434/96, J. Hernández.

30 C. Const. C-384/08, J. Córdoba Triviño.

con el esquema “diligencia-lealtad” inspirado en un genérico deber de buena fe que se consagró en Colombia a partir de la Ley 222/95 (art. 23), constituyó un imitación de los denominados “deberes fiduciarios de los administradores”, propios del derecho societario norteamericano, los cuales surgen a partir de la allí ampliamente conocida “relación fiduciaria”.³¹ (Destaco).

A pesar de la relación de confianza descrita en la jurisprudencia colombiana, existe una situación en la que el administrador puede apartarse de los deberes asumidos en razón de su cargo.

iii. Excepción a la obediencia del deber de abstención por parte del administrador

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una mención expresa, precisa y clara a diferencia los oficios de la Superintendencia de Sociedades en cuanto hace a la causal que exime al administrador de seguir el deber de lealtad ante un conflicto de intereses.

En efecto, se constituye en un deber, reflejar que sí se ha confirmado tal causal eximente de responsabilidad de los administradores y está expresada en conceptos de la Superintendencia de Sociedades que se remontan desde el año 2007 hasta abril de 2011.³² Veamos:

*“De igual manera, no puede perderse de vista que, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, las actuaciones de los administradores deben cumplirse en interés de la sociedad, por lo cual, los socios gestores, en su calidad de administradores, siempre deben tender a conseguir las mejores condiciones dentro de un negocio en el cual su administrada sea parte, resultando imposible que se satisfagan simultáneamente los intereses de dos sociedades contratantes cuando el administrador de una de estas tiene un interés común en ambas. La única circunstancia eximente de tal conflicto lo es la autorización impartida previamente al administrador por parte del máximo órgano social de la compañía”.*³³ (Subrayado fuera de texto).

31 Sabogal Bernal, *op. cit.*, págs. 145-146.

32 “Al respecto se pueden consultar los oficios 220-0010095 del 26 de febrero de 2007, Oficio 220-23988 de marzo 4 de 2008 y Oficio 220-051422 Del 20 de abril de 2011 donde la Superintendencia se pronunció literalmente sobre la causal eximente señalada.

33 Primer pronunciamiento al respecto en: Superintendencia de Sociedades – Concepto 220-0010095 del 26 de febrero de 2007. En: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?>

El momento donde el administrador consulta a la junta de socios o asamblea general sobre el conflicto de intereses que se está presentando es relevante tenerlo en cuenta en este escrito debido a los pronunciamientos que la Superintendencia de Sociedades ha venido expresando. Se describe hasta este punto del escrito, la gravedad de incumplir el deber de abstención ante un conflicto de intereses. Por consiguiente, se procede en el tercer capítulo a observar hasta qué punto todo lo expuesto influye en la nulidad del acto celebrado bajo conflicto de intereses.

III. CUESTIÓN DE LA NULIDAD DEL ACTO CELEBRADO BAJO CONFLICTO DE INTERESES

Se inicia el presente y último capítulo describiendo si la sanción del acto celebrado bajo conflicto de intereses por parte del administrador debe ser la nulidad del mismo. Para ello, se procede a hacer una descripción de varias situaciones en las que puede haber nulidad del acto o no:

A. El acto de autorización del órgano social es nulo, no el acto que celebra el administrador

Es importante traer a colación el final del segundo capítulo, donde se puntualizaba sobre el momento donde el administrador consulta a la junta de socios o asamblea general acerca del conflicto de intereses que se está presentando para recibir del órgano social la autorización o la prohibición de celebrarlo. Debe distinguirse dicho momento enunciado en el capítulo anterior de otro que se describe a lo largo del presente escrito de la siguiente manera:

Existen dos momentos para el administrador donde se encuentra ante la decisión de celebrar el acto inmerso en conflicto de intereses. El primero, cuando el administrador decide él mismo (sin consejo de nadie) celebrar o no el acto que se le presenta. El segundo, cuando el administrador acude a la junta de socios para la autorización de celebrar o no el susodicho acto y efectivamente lo autorizan para celebrarlo.

Mlval=sec&dir=45&id=26221 (consultado: 04 oct., 2011).

Es de observar el segundo momento mencionado, donde la nulidad se predica del acto que imparte el órgano social autorizando al administrador para que celebre el acto que el representante ha puesto de presente, aunque, en todo caso, el celebrado por el administrador no estaría viciado de nulidad. El tratadista Reyes Villamizar se refiere al segundo momento mencionado e indica sobre la nulidad del acto lo siguiente:

*Con el propósito de evitar que la autorización del máximo órgano social se convierta en un mecanismo para dar apariencia de normalidad a operaciones contrarias a los intereses de la sociedad, la ley establece, en forma precisa, que la autorización solo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad. (...) Aunque la norma no define qué sanción se produciría si la decisión se adoptara contraviniendo a dicha previsión, debe considerarse que podría existir nulidad derivada del quebrantamiento de una norma imperativa. No obstante, esta sanción podría pregonarse tan solo de la decisión adoptada por el máximo órgano social, pero no del respectivo contrato indebidamente autorizado. Este último sería válido en absoluto, siempre que sobre él concurrieran las condiciones de existencia y validez exigidas para la eficacia de los actos jurídicos.*³⁴ (Subrayado fuera de texto).

Se inicia por señalar que el autor sí reconoce que hay nulidad por violación del numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio, pues el acto del órgano social contraría una norma imperativa. No obstante, el tema no es tan sencillo ya que es enfático el tratadista al señalar que la nulidad se predica de la decisión de la asamblea o junta de socios materializada en un acta que permite al administrador celebrar el acto inmerso en conflicto de intereses, más no del acto celebrado como tal.

En este orden de ideas, el acto celebrado bajo conflicto de intereses –se indica– no está viciado de nulidad pues cumpliría con los elementos de existencia (p. ej. el acto tiene determinado un objeto y un precio o los elementos que sean dependiendo de la naturaleza jurídica del acto) mientras que el escrito donde consta la autorización de la asamblea o la junta para que el administrador celebre el acto es el que estaría viciado de nulidad.

³⁴ Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario*. 2 ed. T. I., Bogotá: Temis S. A., 2009, págs. 599-600.

B. Tampoco el acto del administrador se castiga con la nulidad, sino a lo sumo con responsabilidad e indemnización de perjuicios, con fundamento en las normas del derecho mercantil

En 2006, un tribunal de arbitramento resolvió una controversia cuyos temas incluían el conflicto de intereses en administradores sociales. Frente a la petición de la demanda en cuanto que se declarara la nulidad del acto del administrador, los árbitros –juristas de gran prestigio a nivel nacional– expresaron sobre el particular lo siguiente:

Más si estando vigentes los deberes del administrador este los infringe, lo que exactamente se sigue es la aplicación de los preceptos que establecen su responsabilidad, responsabilidad que, por su parte, lleva aparejada la condigna indemnización de perjuicios. En el supuesto al que se alude en el párrafo que antecede, en cambio, la que se hace obrar es la regla que consagra la nulidad absoluta por desconocimiento de norma imperativa, es decir, el citado artículo 899-1.

Como se aprecia, se trata de dos direcciones de las prescripciones legales completamente diferentes, que, en razón de ello, en ningún momento llegan a cruzarse o a influirse recíprocamente, pues los supuestos de hecho de los que parten son también distintos. De ahí que el tribunal tenga como equivocada por completo la premisa en que la parte demandante apoya esta pretensión, pues cuando afirma que “... el incumplimiento de los deberes de los administradores constituye por sí mismo, un acto ilícito generador de responsabilidad civil y, cuando quiera que con ese incumplimiento se afecten los elementos esenciales del acto jurídico, habrá también de invalidarse el contrato por cuanto el mismo se encuentra inmerso en una causal de nulidad por violación de norma de orden público”, confunde los supuestos de hecho de las normas, al pretender adscribirles a las que instituyen la responsabilidad del administrador los efectos jurídicos previstos para la que erige la causal de nulidad por vulneración de norma de carácter imperativo. Sin que, además, explique cómo se produciría esa transmutación.³⁵ (Subrayado y negrillas fuera de texto).

35 Laudo Arbitral de noviembre 29 de 2006, Jaime de la Cruz Pérez y otros contra Héctor Villa Osorio y otros. Árbitros: Ernesto Rengifo García, Presidente—Héctor Marín Naranjo— César Hoyos Salazar.

En pocas palabras, el tribunal afirma que el incumplimiento de los deberes del administrador implica la responsabilidad del administrador e indemnización de perjuicios de los afectados. En ningún contexto cabría la posibilidad de considerar que se está violando un precepto legal que –para el caso– sería el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, ya que eso implicaría la aplicación del artículo 899 del Código de Comercio respecto a la nulidad del acto por desconocer una norma imperativa.

C. La conducta del administrador y las circunstancias específicas del caso, le permiten al juez determinar la nulidad del acto

Es el juez, en el caso concreto, quien puede determinar partiendo de las circunstancias específicas del mismo y de la valoración que de las pruebas haga, si el acto inmerso en conflicto de intereses se celebró con una intención desleal por parte del administrador. En un Tribunal de Arbitramento de 2011 se manifestó lo siguiente:

Como se sabe que el ordenamiento jurídico reprocha no es el conflicto de intereses como tal, sino el actuar desleal de quien se ve inmiscuido en esta clase de relaciones yuxtapuestas, puesto que en algunas circunstancias es imposible evitarlo.

Es decir que el conflicto de intereses es en esencia una “quaestio facti” que corresponde al juez en cada caso deducir de las circunstancias de hecho que enmarcan el análisis del caso concreto.³⁶ (Destaco).

Se puede apreciar que ante el conflicto de intereses lo que importa es que el juez encuentre pruebas que le permitan determinar el actuar desleal del administrador y –con especial atención sobre las circunstancias específicas del caso que se está presentando– determinar qué sanción merece el acto celebrado.

Por otro lado, en cuanto a los parámetros jurídicos que permitirían establecer cuándo una conducta es “*leal*” o legítima, o por el contrario “*desleal*” o ilegítima, estableció el mismo Tribunal que, tal y como acontece con la verificación de la validez de cualquier disposición de intereses particulares, el actuar de los

36 Laudo Arbitral de diciembre 15 de 2011, Fabio Arístides Ruiz García, Alirio Hernán Ruiz García y otros contra Ricardo Cortés Martínez, Antonio Cortés Lozano y otros. Árbitros: Luis Hernando Parra Nieto, Presidente—Ernesto Rengifo García— Camilo Calderón Rivera.

administradores será legítimo en tanto no contravenga el orden público ni las buenas costumbres, esto es, en cuanto constituya un legítimo ejercicio de la autonomía privada o negocial. Sostuvo el Tribunal:

(...) *frente al tema de las autorizaciones especiales que otorga la asamblea de accionistas o la junta de socios, para que los administradores puedan realizar operaciones que en principio le estarían vedadas por implicar algún conflicto de interés (art.23.7 de la Ley 222). **Es evidente para el Tribunal que en estos casos, la autonomía privada marca la línea divisoria entre lo debido o lo indebido, lo justo o lo injusto, lo objetivo y lo amañado tratándose de conflicto de intereses, siempre y cuando dicho poder de autodeterminación no trasgreda los límites del orden público y las buenas costumbres.***³⁷ (Destaco).

D. Es indiferente si el administrador conoce, ignora o no pudo prever que el acto estaba inmerso en conflicto de intereses

Cuando el administrador ha seguido una ruta de diligencia para ver si el acto implica o no un conflicto de intereses, estamos ante tres situaciones distintas: (i) A simple vista el acto que va a celebrar está inmerso en dicha situación y a pesar de saberlo, el administrador decide celebrar el acto reprochable. (ii) El administrador fue diligente y no pudo prever el conflicto o, (iii) ignoró la posibilidad que existiera uno como tal y ejecutó el acto.

La atención se debe centrar en observar las consecuencias del acto celebrado en el sentido que debemos responder la siguiente pregunta: **¿importa que el acto celebrado bajo conflicto de intereses sea favorable o desfavorable a la sociedad para efectos de declararlo nulo?** Para responder a tal pregunta, cabe hacer referencia al quinto elemento sobre la definición de conflicto de intereses, planteado por la doctrinante Carmen Alborch, a saber: la irrelevancia en la intención del administrador de afectar a la sociedad con su actuación.³⁸

Es este uno de los elementos para la existencia del conflicto de intereses e igualmente tiene la función de aclarar dos aspectos: (i) Es indiferente si el administrador quiere realizar un acto que perjudique a la sociedad y, (ii) no importa que el acto afecte a la sociedad o no ante un conflicto de intereses. La

37 Laudo Arbitral de diciembre 15 de 2011, Fabio Arístides Ruiz García, Alirio Hernán Ruiz García y otros contra Ricardo Cortés Martínez, Antonio Cortés Lozano y otros. Árbitros: Luis Hernando Parra Nieto, Presidente—Ernesto Rengifo García— Camilo Calderón Rivera.

38 Véase, *supra*, p. 12, nota de pie Nº 7.

razón de que sea irrelevante lo anteriormente indicado radica en que la simple contraposición del interés social con el interés particular del administrador genera el conflicto de intereses y la declaración de nulidad del acto. Sobre la afirmación anterior:

*El conflicto de intereses es una hipótesis de contraste entre el interés del representante y el interés del representado. Lo que es relevante no es, pues, que el acto sea desventajoso para el representado, sino que el representante sea portador de intereses incompatibles con los del representado. (...) Ahora bien, en la hipótesis de conflicto de intereses el representante se encuentra en una posición que no puede salvaguardar sin sacrificar el interés del representado. **El contrato así celebrado es anulable incluso sin una prueba específica del daño que el representado ha sufrido concretamente.**³⁹ (Destaco).*

Se aprecia cómo el autor italiano señala que el acto debe ser declarado nulo sin necesidad de que la sociedad afectada pruebe el daño que le causó el administrador celebrando el acto. En otras palabras, no hay carga de la prueba como condición para la declaración de nulidad del acto. Por ejemplo, en Colombia, el maestro Hinestrosa indica al respecto:

*El conflicto de intereses, quede ello en claro, no presenta una ausencia o una deficiencia de legitimación, sino un vicio de ella; **de ahí la anulación del contrato, sin que para ella, repítese, haya de resultar demostrado un perjuicio del dominus; es suficiente la ocurrencia del solo abuso.**⁴⁰ (Destaco).*

Al expresar que *es suficiente con la ocurrencia del solo abuso* confirma el autor que, ante un conflicto de intereses entre administrador y sociedad, solo basta el elemento esencial de dicha figura jurídica que es la contraposición de intereses y la celebración del acto con dicha contraposición para que aquel sea reprochable y quepa una acción de nulidad. De hecho, la doctrina francesa opina de la misma manera al momento de celebrar el acto:

Pero existe una incertidumbre en cuanto a la validez de los actos que han sido celebrados por el profesional. (...) una parte de la doctrina estima que la nulidad se debe reservar únicamente a las profesiones “orgánicas” que tengan finalidad altruista, como la del notario, revisor fiscal o dirigente social. (...) En efecto, las profesiones “orgánicas” tienen la particularidad de que quienes las practican “celebran actos jurídicos que traspasan sus propios intereses”. Esta es la razón

39 Bianca, C. Massimo, *El contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 116.

40 Hinestrosa, Fernando. *La Representación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 325.

por la cual la inobservancia de las normas de ejercicio de la profesión influye en la validez de los actos celebrados.⁴¹ (Destaco).

Expuesto lo anterior se resalta efusivamente que así el administrador sepa, ignore o no haya podido prever que con el acto que celebraba estaba inmerso en una situación de conflicto de intereses, dicho acto puede ser declarado nulo en cualquiera de las tres situaciones.

La nulidad del acto celebrado por un administrador bajo conflicto de intereses es una realidad en Colombia. Así se expresa en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 (entiéndase en adelante “el Decreto 1925”):

Artículo 5°. El proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995; sin perjuicio de otros mecanismos de solución de conflictos establecidos en los estatutos. Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, (...).⁴² (Destaco).

E. El artículo 838 del Código de Comercio y la nulidad del acto celebrado bajo conflicto de intereses

Es relevante resaltar en este punto que el administrador social es un representante legal, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, y que la sociedad es su representada. Partiendo de lo anterior, se puede observar, en primer lugar, que el recientemente fallecido tratadista Fernando Hinestrosa manifestó:

La gestión adelantada en conflicto de intereses significa una falta al deber de lealtad que pesa sobre el agente; esa la razón de ser del juicio de reproche y del surgimiento de las prerrogativas a favor del dominus: la pretensión de nulidad del contrato y la resarcitoria contra el procurador, (...). La protección del interesado frente al contrato celebrado por el representante en conflicto de intereses está

41 Cuif, Pierre-François. “El conflicto de intereses. Ensayo sobre la determinación de un principio jurídico en derecho privado”. Traducción: Cely, Adriana María. En: *Revista de Derecho Privado*. Nº 12-13, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 83.

42 Decreto 1925 de 2009. “por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo a conflicto de interés y competencia con la sociedad por parte de los administradores de la sociedad.” En: <http://www.mij.gov.co/normas/2009/d19252009.htm> (consultado: 5 feb., 2012)

consagrada en el art. 838 C. Co., en términos de la “rescisión” (rectius: nulidad relativa o anulación), (...).⁴³ (Destaco).

Se puede observar en el primer párrafo que el autor manifiesta que la falta al deber de lealtad por parte del agente o gestor (administrador en este caso) genera unas prerrogativas a favor del *dominus* o representado (sociedad) para declarar nulo el contrato (el acto celebrado) y también, una acción de responsabilidad contra el procurador (el administrador). Hecha la aclaración pertinente, es importante resaltar dos aspectos:

i) El profesor Hinestrosa, a diferencia de Reyes Villamizar, sí considera que de la celebración del acto bajo conflicto de intereses nacen dos prerrogativas para la sociedad, sin ser ellas excluyentes entre sí. Una es declarar nulo el acto y la otra es tomar medidas para responsabilizar al administrador, exigiéndole indemnización de perjuicios.

ii) La rescisión se refiere a nulidad relativa en Código Civil o anulabilidad en el Código de Comercio y no a nulidad absoluta. No obstante, se considera relevante traer a colación lo expuesto pues se expone el conflicto de intereses visto desde la representación y tratado en el Código de Comercio.

F. Solo una cláusula del negocio celebrado bajo conflicto de intereses afecta el interés social

En este caso se observa el conflicto de intereses desde la nulidad parcial. Se considera pertinente entrar en la hipótesis en que el administrador celebra un acto con un tercero estando aquel inmerso en un conflicto de intereses. Pero del acto que celebran ellos –que normalmente será un contrato– solo una de las cláusulas relaciona el interés social de aquella sociedad de la cual su administrador es una de las partes contratantes. Sobre la nulidad parcial, el tratadista Fernando Alarcón ha manifestado:

La nulidad parcial persigue la preservación del negocio jurídico toda vez que ella pregona que se afecta de invalidez solamente aquella parte del negocio que está viciada, mientras que la restante resulta válida, si aparece que las partes lo hubieran celebrado sin la parte nula.

En consecuencia, para que proceda la nulidad parcial es indispensable que concurren como circunstancias la nulidad de una parte de un negocio

⁴³ Hinestrosa, Fernando. *La Representación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, págs. 311-312.

jurídico, que el negocio pueda subsistir sin la parte nula y que haya querer expreso, ficto o hipotético de las partes en el sentido de que aún sin la parte nula habrían celebrado el negocio.

*De estas circunstancias conviene destacar la última, esto es, aquella que hace referencia al querer de las partes de celebrar el negocio aún sin la parte nula. Y es que esta circunstancia debe concurrir porque, por regla general, la nulidad golpea todo el contrato y por eso, si una parte del negocio es nula, es lógico solicitar el querer negocial de las partes para perseverar en él sin la parte nula.*⁴⁴ (Destaco).

Planteada la hipótesis y observando el elemento del querer negocial enunciado por el tratadista, cabe preguntarnos: **¿por qué la sociedad afectada va a querer celebrar un acto en el que el administrador priorizó su interés personal sobre el interés de dicha sociedad?** Pueden presentarse dos situaciones: (i) el acto que se pretende salvar es favorable para la sociedad o, (ii) el acto es desfavorable para el ente societario.

En ambas situaciones donde *la sociedad debe mirar si el acto le favorece o no* debemos recordar, en primer lugar, que así el acto celebrado haya sido favorable o no para el interés social, hubo una falta al deber de lealtad donde primó el interés de un sujeto sobre el interés de toda la sociedad. Donde la sola contraposición de dichos intereses acarrea la nulidad del acto o por lo menos parte de este. No obstante se puede observar, qué pasaría si la favorabilidad o no del acto entra a ser un factor determinante: Hinestrosa plantea la situación anteriormente expuesta e indica:

*Hay que tener en cuenta que el conflicto de intereses puede circunscribirse a una cláusula o estipulación; de esa manera la nulidad podría ser apenas parcial, en el solo supuesto de que la cláusula no sea esencial, o más ampliamente, como corresponde a la índole del problema en cuestión, a discreción de la víctima, que es la única legitimada para impugnar el contrato, en el evento de contrariedad de la autorización o mal uso de ella.*⁴⁵ (Subrayado fuera de texto).

Entonces la sociedad, en caso que no le favorezca el acto que pretende salvarse y como víctima de lo sucedido entre el administrador y un tercero, es quien impugnará el acto y se dispondrá a mostrarle al juez que no está de acuerdo

44 Alarcón Rojas, Fernando. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, págs. 255-256.

45 Hinestrosa, Fernando. *La Representación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 312.

con lo celebrado por su administrador, ya fuera que el acto se celebrara a sus espaldas o siendo que el administrador omitió realizar la solicitud al órgano social o bien, bajo una autorización dada en virtud del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 donde el administrador haya celebrado algo distinto a lo autorizado.

Ahora bien, si el acto que pretende salvarse es favorable para la sociedad, el juez –según el caso– entrará a analizar si el acto en su totalidad debe ser declarado nulo o si debe perdurar la parte del contrato con el cual la sociedad y el tercero estén de acuerdo de su subsistencia. Será esta una tarea clave para el juez junto al análisis de la común intención de las partes, tal y como bien lo indica la tratadista Marín Padilla:

*El acto o negocio jurídico residual ha de tener entidad propia y ha de ser susceptible de una existencia autónoma, al tener todos los elementos necesarios, lo cual debería apreciar el juez objetivamente. Después el considerará si el acto o negocio jurídico residual es compatible o no con los intereses que las partes se propusieron conseguir con el acto o negocio jurídico originario; si responde a su propósito negocial concreto y satisface el fin práctico perseguido por ellos: (...).*⁴⁶ (Subrayado fuera de texto).

Cabe resaltar que en el acto celebrado lo que se vio afectado fue el elemento volitivo, ya que la sociedad celebró a través del administrador algo que no quería celebrar. El juez debe tener muy en cuenta la inconsistencia generada desde el momento de la celebración para determinar si el negocio debe subsistir o no.

Ahora bien, la voluntad de las partes prima ante la decisión en esta circunstancia si no se ven afectados los derechos de los terceros con la subsistencia del acto. No obstante, en posición personal de quien escribe, es de considerar tal aspecto como irrelevante y declarar el acto nulo con la sola contraposición de los intereses y la falta al deber de lealtad por la omisión del deber de abstención que ostenta el administrador social.

G. La situación del tercero que celebró el acto con el administrador

Descritas las situaciones en las que puede sancionarse o no la nulidad el acto celebrado bajo conflicto de intereses, cabe mencionar en último momento los derechos del tercero.

⁴⁶ Marín Padilla, María Luisa. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos útile per inutile non vitiatur*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 115.

El Decreto 1925 de 2009 se refiere a los derechos que posee el tercero que celebró el acto con el administrador. Indica el decreto que, haciendo la restitución de las cosas a su estado anterior, al tercero se le puede reintegrar todo lo que haya invertido en el acto declarado nulo. Actualmente, se observa también que en la doctrina colombiana ya se ha tenido en cuenta el decreto de 2009. Por ejemplo Reyes Villamizar expresa:

El reciente Decreto 1925 de 2009 reglamenta en detalle la aplicación del mencionado numeral 7° del artículo 23 de la Ley 22 de 1995. En particular, este decreto reglamentario define los procedimientos y sanciones aplicables a los accionistas y administradores que infrinjan el referido precepto. En su artículo 5° señala (...) Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio.⁴⁷ (Destaco).

El autor a manera informativa, transcribe lo dispuesto en el decreto. No obstante, comenta que el decreto define *las sanciones aplicables*. Entre ellas, se encuentra la nulidad del acto. En cuanto a los derechos del tercero, puede ser este uno de los pocos pronunciamientos respecto a dicho tema por parte de Reyes al igual que el de Hinestrosa, quien comentó:

*La gestión adelantada en conflicto de intereses significa una falta al deber de lealtad que pesa sobre el agente; esa la razón de ser del juicio de reproche y del surgimiento de las prerrogativas a favor del dominus: la pretensión de nulidad del contrato y la resarcitoria contra el procurador, en todo caso, a instancia de la víctima, que bien puede renunciar a la pretensión o simplemente manifestar su conformidad con la actuación del representante, y **contra el tercero, en el supuesto de que hubiera obrado a sabiendas del conflicto.**⁴⁸ (Destaco).*

Se puede resaltar que Hinestrosa sentencia al tercero en caso de que conociera del conflicto de intereses. En dicha hipótesis, el tercero no recibiría nada y el acto sería declarado nulo. En Italia se ha establecido:

Al disciplinar el conflicto de intereses entre representante y representado, el

47 Reyes Villamizar, Francisco. *SAS La Sociedad por acciones simplificada*. 2ª Ed., Legis. 2010. p. 140.

48 Hinestrosa, *op. cit.* p. 311.

*ordenamiento se preocupa de tutelar al tercero, **si bien exclusivamente dentro de los límites hasta donde su confianza haya sido no culposa.** (...) En efecto, es necesaria la valoración del comportamiento del tercero. Este puede ser: o una colusión abierta con el representante o un conocimiento del conflicto o bien, en fin, una falta de conducta al ignorar un conflicto de intereses pese a ser reconocible con diligencia ordinaria.⁴⁹ (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

La doctrina italiana reconoce que debe analizarse la conducta del tercero en aras a desenmarañar si hubo un conocimiento previo a la celebración del acto con el administrador o si el tercero ignoró el conflicto a pesar de ser tan obvio que iba a celebrarlo con el administrador y que tenía que ver con la sociedad. Se evidencia entonces que al tercero deben reconocérsele unos derechos a excepción de las circunstancias previamente expuestas.

Finalmente, me permito manifestar que en la realidad colombiana, una sociedad entraría a mirar si el acto celebrado por el administrador –a pesar de no seguir el interés social sino el interés personal– puede ser favorable o no para ella, con el fin de decidir si impugna o no el acto para que sea declarado nulo total o parcialmente. No obstante, es de la posición de quien escribe, que el juez debe considerar tal aspecto como irrelevante y declarar el acto nulo con la sola contraposición de los intereses que acarrea una falta al deber de lealtad por parte del administrador social.

CONCLUSIONES

Los elementos del conflicto de intereses comprenden: i) la existencia de dos intereses, uno en cabeza del administrador y otro en cabeza de la sociedad para que se configure el conflicto, ii) la imposibilidad de satisfacer de manera simultánea los intereses en conflicto, iii) la participación del administrador en una situación inmersa en conflicto de intereses directamente o a través de otra persona, iv) el interés particular en contraposición con el interés social puede ser del administrador o de un tercero y, v) la irrelevancia en la intención del administrador de afectar a la sociedad con su actuación.

Para evitar un conflicto de intereses en el negocio a celebrar, el administrador debe, (i) analizar la situación en concreto, (ii) consultar la ley y, (iii) consultar

⁴⁹ AA. VV. *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*. Traducción: Fernando Hinestrosa. t. I, Vol. 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992. p. 726.

pronunciamientos especializados en el tema como los de la Superintendencia de Sociedades.

El deber de abstención de los administradores ante un conflicto de intereses es una obligación de no hacer porque al administrador por mandato legal se le exige privarse de celebrar actos que, en otro contexto serían perfectamente ejecutables, si el sujeto no tuviera dicha calidad.

El interés social es el común denominador de los intereses de los socios y el deber de lealtad es la primacía que tiene el interés social sobre el interés particular y debe estar en la mente del administrador social cada vez que actúe en desarrollo de sus funciones.

La simple contraposición del interés social con el interés particular del administrador genera el conflicto de intereses y la declaración de nulidad del acto.

Es indiferente para la declaratoria de nulidad del acto celebrado bajo conflicto de intereses la intención del administrador de perjudicar a la sociedad o su omisión al igual que es indiferente si el acto celebrado afecta a la sociedad o no.

Si el conflicto de intereses se predica solo de una parte del negocio declarada nula, el juez deberá analizar el querer negocial de las partes.

Al tercero que celebró el acto inmerso en conflicto de intereses con el administrador, puede reconocérsele una restitución de lo invertido siempre que se demuestre que su actuación fue de buena fe.

Finalmente, es menester manifestar que el presente artículo arroja un resultado condicional, donde se establece que dependiendo del caso concreto, se puede declarar nulo el acto celebrado por el administrador en contraposición con los intereses de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*. Traducción: Fernando Hinestrosa. t. I, Vol. 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.

ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

BIANCA, C. MASSIMO. *El contrato*. Bogotá: Edit. Universidad Externado de Colombia, 2007.

- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO. *Derecho Societario. Parte General. La personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Heliasta, 1994.
- CELY, ADRIANA MARÍA. “La responsabilidad civil de los administradores de sociedades. Notas sobre el derecho francés”. En: *Revista de Derecho Privado*. Nº 15, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- . “El conflicto de intereses. Ensayo sobre la determinación de un principio jurídico en derecho privado”. Traducción: Cely, Adriana María. En: *Revista de Derecho Privado*. Nº 12-13, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- GARRIGUES, JOAQUÍN. *Curso de Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa, S. A.
- HINESTROSA, FERNANDO. *La Representación.*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- . *Tratado de las Obligaciones*. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MARÍN PADILLA, MARÍA LUISA. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos utile per inutile non vitiatur*. Barcelona: Bosch, 1990.
- MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO. *Cátedra de Derecho Contractual Societario: Regulación Comercial y bursátil de los actos y contratos societarios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.
- NUMA MARÍN, MANZUR MICHEL. “Interés común de los asociados, interés de la sociedad e interés de la empresa. Reflexiones en torno a la toma de decisiones en las sociedades anónimas”. En: AA. VV. *La empresa en el siglo XXI*. 1ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- PEÑA NOSSA, LISANDRO. *De las sociedades comerciales*. 6 ed. Bogotá: Temis–Universidad Santo Tomás, 2011.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Derecho Societario*. 2 ed. T. I., Bogotá: Temis S. A., 2009.
- . *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. Bogotá: Departamento de publicaciones – Cámara de Comercio de Bogotá, 1996.
- . *SAS La Sociedad por acciones simplificada*. 2ª Ed., Legis. 2010.
- RICHARD, EFRAÍN HUGO y MUIÑO, ORLANDO MANUEL. *Derecho Societario. Sociedades comerciales, civil y cooperativa*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

SABOGAL BERNAL, LUIS FERNANDO. “La relación administrador-sociedad”. En: *Revista de Derecho Privado* N° 18, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010.

SANTOS BALLESTEROS, JORGE. “Diversas manifestaciones de responsabilidad civil extracontractual por actos dañosos de un ente societario”. En: *Congreso internacional, la despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA INSTITUCIONES FINANCIERAS. Concepto N° 95017190-0 del 15 de mayo de 1995. En: Superintendencia Financiera de Colombia – Concepto 2007059749-001 del 28 de diciembre de 2007. (Consultado: 5 oct., 2011). <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2007/2007059749.pdf>

Superintendencia de Sociedades – Circular Externa N° 20 del 4 de noviembre de 1997. En: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=41&id=546> (consultado: 4 oct., 2011).

Superintendencia de Sociedades – Concepto 220-0010095 del 26 de febrero de 2007. En: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=26221> (consultado: 4 oct., 2011).

