

EDITORIAL
uninorte

EDICIÓN

64

Revista *de* **Derecho**

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE



Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 64, julio-diciembre de 2025
<https://dx.doi.org/10.14482/dere.64.547.519>
ISSN 2145-9355 (*on line*)

UNIVERSIDAD DEL NORTE

Adolfo Meisel Roca
RECTOR

Alberto Madero Rincón
DECANO DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y
RELACIONES INTERNACIONALES

Juan Pablo Isaza Gutiérrez
EDITOR

Laura Pérez Arteta
ASISTENTE EDITORIAL

Alejandro Díaz Granados
MONITOR DE LA REVISTA

COMITÉ EDITORIAL

Marcela Palacio Puerta,
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, COLOMBIA

Yira López Castro
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

Mario Alberto Cajas Sarria
UNIVERSIDAD ICESI, COLOMBIA

Juan Luis Goldenberg Serrano
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA, CHILE

Juan Pablo Sarmiento
UNIVERSIDAD DE LA SABANA, COLOMBIA

Fernando López Ramón
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, ESPAÑA

Maria Castilla Barea
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ, ESPAÑA

Andrés Botero Bernal
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER, COLOMBIA

COMITÉ CIENTÍFICO

Alberto Cerda Silva
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE

Carlos Pizarro
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, CHILE

Beatriz Londoño Toro
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

Andrea Macía Morillo
UNIVERSIDAD AUTONÓMA DE MADRID, ESPAÑA

Andrea Montenegro
UNIVERSIDAD EL BOSQUE, COLOMBIA

Luis Eslava
UNIVERSITY OF KENT, INGLATERRA

Hans Lindahl
TILBURG UNIVERSITY, PAISES BAJOS

José Luis Valdes
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, MÉXICO

La REVISTA DE DERECHO es una publicación semestral de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte.

Está incluida en:

- Index Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas de Colciencias –PUBLINDEX– **Categoría B** (<http://www.colciencias.gov.co/scienti/publindex/>).
- SciELO Citation Index - Thompson Reuters
- DOAJ - Directory of Open Access Journals
- Ulrich's Periodicals Directory
- SciELO: Scientific Electronic Library Online (www.scielo.org.co).
- REDALYC: Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (<http://redalyc.uaemex.mx/>).
- LATINDEX: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (www.latindex.unam.mx).
- Bases de datos LEXBASE, EBSCO y DIALNET.
- CLASE: Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (<http://clase.unam.mx/>)
- ERIH PLUS: European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences (ERIH PLUS). <https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/index>

Se autoriza la reproducción total o parcial de su contenido siempre y cuando se cite la fuente. Los conceptos expresados son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

EDITORIAL **uninorte**

Dirección postal
División de Derecho, Ciencia Política
y Relaciones Internacionales
Universidad del Norte
Apartado aéreo 1569
Barranquilla (Colombia)

Realización de
Editorial de la Universidad del Norte

Coordinación editorial
María Margarita Mendoza Medina
Mariela González Hawkins

Asistente Coordinación editorial
Fabian Buelvas Gonzalez

Arte y diseño
Joaquín Camargo Valle

Diagramación
Luz Miriam Giraldo Mejía

Corrección de textos
Henry Stein
Teresa Beltrán

Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 64, julio-diciembre de 2025
ISSN 2145-9355 (*on line*)

CONTENIDO/CONTENT

vii.....	Editorial Lenguaje claro: una condición estructural de justicia en el Estado Social de Derecho
----------	---

Academic Events in the Dissemination and Creation of legal Knowledge

Juan Pablo Isaza Gutiérrez
Universidad del Norte (Barranquilla)

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN RESEARCH ARTICLES

10.....	Impacto transformador de las Legaltech en el ámbito jurídico
---------	---

Transformative Impact of Legal Tech in the Legal Sphere

Fernando Ramos-Zaga
Universidad César Vallejo (Perú)

28.....	Producción científica sobre derechos bioculturales: mapeo y diagnóstico mediante métodos bibliométricos
---------	--

Scientific Output on Biocultural Rights: Mapping and Diagnosis Using Bibliometric Methods

Diego Alejandro López Cadavid
Tecnológico de Antioquia I.U. (Colombia)

44 **Control de compatibilidad y control de convencionalidad:
hacia una nueva forma del precedente y revisión judicial**

Compatibility Control and Conventionality Control: Towards a New Form of Precedent and Judicial Review

Johan Sebastián Lozano Parra
Universidad Libre, seccional Socorro (Colombia).

Sergio Andrés Caballero Palomino
Uniciencia, sede Bogotá (Colombia)

Sergio Luis Mondragón Duarte
Universidad del Valle (Colombia)

62 **Los derechos sociales como garantes de la igualdad en el republicanismo,
mediante las acciones afirmativas como mecanismos para la remoción de obstáculos**

*Social Rights as Guarantors of Equality in Republicanism, through Affirmative Action as a
Mechanism for Removing Obstacles*

Yamid Enrique Cotrina Gulfo
Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales (UDCA) (Colombia)

Mateo Obredor Jiménez
Universidad del Atlántico (Colombia)

79 **Renovación en los contratos estatales de arrendamiento
de local comercial**

Renewal of State Commercial Lease Agreements

Catalina Santamaría Rodríguez
Universidad de Medellín (Colombia)

99 **Reconocimiento y reparación integral de las víctimas LGBT
durante el conflicto armado**

Recognition and Comprehensive Reparation of LGBT Victims during the Armed Conflict

Iraida Inés Julio Acosta
Rama Judicial de Colombia

Yiseth Paola Ospino Julio
Universidad Libre, seccional Barranquilla (Colombia)

121 **Consideraciones éticas y jurídicas sobre riesgos de la divulgación
de datos personales en la contratación pública colombiana**

Ethical and Legal Considerations on Risks in the Disclosure of Personal Data in Colombian Public Procurement

Lizeth Paola Cortina Candanoza
Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia)

Carolina Montañez Uribe
Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia)

Diana Marcela Pedraza Díaz
Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia)

152.....**Same-sex Couples Fitting into the Heterosexual Norm:
How the Early Stages of Same-sex Union Regulations
Privileged Only “Heterosexual-like” Couples**

*Parejas del mismo sexo adaptándose a la norma heterosexual:
la manera como las primeras etapas de regulación de las uniones de
parejas del mismo sexo privilegiaron solo a las parejas heteronormadas*

Juan Camilo Arboleda Restrepo
Universidad Javeriana (Colombia).

182.....**Avances en la eutanasia para enfermedades crónicas por la vía
jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana**

*Advances in Euthanasia for Chronic Diseases through the Jurisprudence of
the Colombian Constitutional Court*

Corina Duque Ayala
Universidad Santo Tomás de Bogotá (Colombia)

Aura Catalina Martínez
Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá (Colombia)

203.....**Ley de Paz Total: análisis desde las tipologías de paz**

Total Peace Law: Analysis from the Typologies of Peace

Juan Pablo García Giraldo
UCEVA (Colombia)

Ana Sofía Cruz Quintero
UCEVA (Colombia)

Eyleen Jeritza Gutiérrez Noreña
UCEVA (Colombia)

Lenguaje claro: una condición estructural de justicia en el Estado Social de Derecho

*Academic Events in the Dissemination
and Creation of legal Knowledge*

JUAN PABLO ISAZA GUTIÉRREZ

Abogado de la Universidad del Norte. Doctor en Derecho de la Universidad Castilla-La Mancha. Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte. jisaza@uninorte.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-7904-3550>

El reconocimiento del lenguaje claro como un derecho fundamental en el ámbito judicial colombiano se encuentra profundamente articulado con el principio fundante del Estado Social de Derecho, consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política de 1991. Este modelo de organización estatal no solo establece un marco formal para la protección de los derechos fundamentales, sino que exige su garantía de manera real, efectiva y comprensible para todos los ciudadanos, sin distinción. En este contexto, el lenguaje claro en el derecho y en la administración de justicia se configura como una herramienta estructural que posibilita la participación ciudadana, el control democrático y la vigencia del principio de igualdad.

Históricamente, el lenguaje jurídico ha sido caracterizado por una sintaxis compleja, una terminología técnica rígida y una tendencia a la opacidad. Esta tradición, heredada de modelos jurídicos formales y excluyentes, ha generado una barrera significativa para el acceso al derecho, afectando de manera desproporcionada a quienes no cuentan con formación jurídica o están en condiciones de vulnerabilidad. La distancia entre la ciudadanía y el lenguaje institucional no solo impide comprender las normas y decisiones judiciales, sino que limita el ejercicio pleno de derechos fundamentales como la defensa, el debido proceso, la participación y la tutela judicial efectiva.

Frente a esta problemática, el movimiento por el lenguaje claro propone una transformación cultural y metodológica en la comunicación jurídica. Este enfoque promueve el uso de expresiones directas, coherentes y adaptadas al perfil del destinatario, sin sacrificar la precisión conceptual ni la seguridad jurídica. La claridad no se opone al rigor, sino que lo complementa desde una perspectiva democrática e incluyente. Así, el lenguaje claro se alinea con los estándares internacionales de derechos humanos que exigen condiciones materiales para el ejercicio de los derechos, especialmente en el ámbito judicial.

El principio de accesibilidad, en este sentido, no debe entenderse únicamente como una cuestión física o económica, sino también lingüística, cognitiva y simbólica. Esto es particularmente urgente cuando se trata de grupos históricamente marginados, como personas con discapacidad, adultos mayores, poblaciones rurales, comunidades étnicas y, por supuesto, niños, niñas y adolescentes. En el caso de estos últimos, la exigencia de un lenguaje adaptado cobra un carácter reforzado conforme al artículo 44 de la Constitución y a instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Según el Comité de los Derechos del Niño (2009), el derecho a ser escuchado implica necesariamente que los procedimientos sean comprensibles para el menor, considerando su etapa de desarrollo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha reafirmado esta obligación. En la Sentencia T-478 de 2015, el tribunal concluyó que el uso de un lenguaje accesible en decisiones

que afectan a niños, niñas y adolescentes no es una cortesía, sino una garantía sustancial del debido proceso, indispensable para el reconocimiento de su dignidad, autonomía progresiva y ciudadanía jurídica. Este estándar debe extenderse a todas las personas que enfrentan barreras estructurales en su interacción con el derecho.

Por tanto, el lenguaje claro no es una herramienta pedagógica secundaria ni una técnica retórica decorativa. Se trata de una exigencia constitucional, una manifestación del principio de publicidad, transparencia y rendición de cuentas, y una condición *sine qua non* para que la justicia sea realmente incluyente, participativa y transformadora. En sociedades marcadas por profundas desigualdades, democratizar el lenguaje jurídico es un paso imprescindible hacia la consolidación de una cultura legal más cercana, más justa y humana.

REFERENCIAS

- Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia T-478 de 2015*. <https://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=72089>Bogotá Jurídica+1Alcaldía de Bogotá+1
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Naciones Unidas. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>
- Comité de los Derechos del Niño. (2009). *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*. Naciones Unidas. <https://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html>
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. <https://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf>[derechoshumanos.net](https://www.derechoshumanos.net)+1scjn.gob.mx+1
- Unesco. (2016). *Guía político-pedagógica sobre la incorporación de la temática de libertad de expresión y de acceso a la información pública en la formación de operadores judiciales en América Latina*. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000243750>UNESCO



**Revista *de*
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.64.492.101>

Impacto transformador de las Legaltech en el ámbito jurídico

Transformative Impact of Legal Tech in the Legal Sphere

FERNANDO RAMOS - ZAGA

Doctorando en Gestión Pública y Gobernabilidad por la Universidad César Vallejo (Perú).

fernandozaga@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-6301-9460>

Resumen

El continuo desarrollo de la tecnología a través del uso de la inteligencia artificial y la digitalización en nuestra vida cotidiana y nuestras profesiones plantea una serie de oportunidades y desafíos en el ámbito jurídico. Este artículo pretende analizar las oportunidades y retos relacionados con las Legaltech y cómo los abogados pueden amoldarse y adquirir las competencias necesarias que les permitan adaptarse a una nueva realidad. Se llevó a cabo una revisión bibliográfica para examinar el impacto de las Legaltech y oportunidades de emprendimiento. Los resultados revelan que las Legaltech desempeñan un papel vital en la automatización de tareas repetitivas, la mejora de la eficiencia y la reducción de errores humanos en este campo. En conclusión, las Legaltech pretenden mejorar el trabajo de los abogados en lugar de sustituirlos por completo. Para superar los obstáculos, es necesario invertir en programas de formación adecuados y adoptar gradualmente nuevos comportamientos dentro del sector.

PALABRAS CLAVE

Legaltech, inteligencia artificial, automatización, emprendimiento, debida diligencia.

Abstract

The continuous development of technology through the use of artificial intelligence and digitalization in our daily lives and professions poses a series of opportunities and challenges in the legal field. This article aims to analyze the opportunities and challenges related to Legal Tech and how lawyers can adapt and acquire the necessary skills to navigate a new reality. A literature review was conducted to examine the impact of Legal Tech and entrepreneurship opportunities. The results reveal that Legal Tech plays a vital role in automating repetitive tasks, improving efficiency and reducing human errors in this field. In conclusion, Legal Tech aims to improve the work of lawyers rather than replace them completely. To overcome the obstacles, it is necessary to invest in appropriate training programs and gradually adopt new behaviors within the sector.

KEYWORDS

Legal Tech, artificial intelligence, automation, entrepreneurship, due diligence.

INTRODUCCIÓN

La automatización, la digitalización y la robótica son temas ampliamente debatidos en la era moderna, con importantes repercusiones tanto en nuestra vida personal como profesional (Ključnikov et al., 2023; Horoshko et al., 2021; Szabó-Szentgróti et al., 2021; Nayyar et al., 2020; Monteiro et al., 2021). Cuando surgen estos temas surgen diferentes perspectivas. Algunas personas expresan su preocupación por la pérdida de puestos de trabajo derivada de la automatización, mientras que otras ven en la inteligencia artificial una oportunidad para mejorar la calidad de vida y crear nuevas perspectivas de empleo. En consecuencia, el panorama laboral evoluciona continuamente. En lugar de centrarnos únicamente en los posibles aspectos negativos, es crucial considerar cómo los robots y la digitalización pueden revolucionar las prácticas empresariales. Además, debemos reconocer el valor de las capacidades humanas, como la inteligencia emocional y la adaptabilidad, junto con la automatización y la inteligencia artificial para las tareas rutinarias.

Se prevé que la inteligencia artificial genere más puestos de trabajo de los que desplazará (Wolla, 2020; Lombardo, 2021; Hess, 2019; Estebasari & Werna, 2022; Nielsen et al., 2023; Márquez, 2022; Olteanu et al., 2023; Wayne, 2019). La pandemia de Co-19 ha acelerado aún más el cambio mundial hacia la digitalización y ha puesto de relieve la importancia del avance tecnológico para la competitividad a largo plazo. El hecho de que las naciones desarrolladas lideren la digitalización mundial subraya la importancia de seguir el ritmo de los avances tecnológicos para mantener la posición de una nación dentro de la economía mundial.

La implantación de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico puede suponer un cambio revolucionario (Hasan, 2022). Al automatizar tareas repetitivas como la revisión y preparación de documentos, la la puede mejorar enormemente la precisión y la eficiencia. Aunque la ia no posea el mismo nivel de conocimientos jurídicos que los profesionales humanos, puede servir como una valiosa herramienta para los abogados, permitiéndoles dedicar su atención a asuntos más intrincados. La integración de las tecnologías jurídicas impulsa sin duda la productividad dentro de las profesiones tradicionales.

Este artículo analiza cómo el sector jurídico está utilizando la robótica, la inteligencia artificial y la automatización. Analiza las ventajas de estos avances tecnológicos, así como los problemas éticos o jurídicos que puedan surgir. En lugar de centrarse únicamente en el aspecto empresarial del ámbito jurídico, este artículo adopta un enfoque global. Comienza con una introducción que aporta contexto y presenta conceptos tecnológicos claves. A continuación, profundiza en una aplicación específica de Legaltech relacionada con la diligencia debida. El artículo también aborda los retos asociados a la preparación de los futuros abogados para estas tecnologías emergen-

tes. Por último, concluye con una discusión que resume los principales puntos presentados a lo largo del artículo.

METODOLOGÍA

En este exhaustivo estudio se examinó a fondo el impacto de la tecnología jurídica en las prácticas comerciales utilizando una sólida metodología de investigación. Con el fin de recopilar estudios relevantes sobre la incorporación y los efectos de la tecnología jurídica en la práctica jurídica empresarial, se llevó a cabo una revisión bibliográfica en bases de datos académicas de prestigio como PubMed, IEEE Xplore y Google Scholar. Para la búsqueda se utilizaron términos claves como “tecnología jurídica”, “inteligencia artificial en el derecho”, “automatización en la profesión jurídica” o “el impacto de la tecnología en la abogacía de los negocios”. Estos términos se seleccionaron cuidadosamente para abarcar diversos aspectos de la relación entre tecnología, derecho y sistemas jurídicos, garantizando al mismo tiempo una cobertura exhaustiva de la literatura científica. Se aplicaron criterios estrictos para seleccionar los artículos que abordaban directamente la aplicación y el impacto de la automatización y la inteligencia artificial en el contexto del derecho de los negocios. Además, se dio preferencia a los artículos que analizaban las ventajas y los retos de la tecnología jurídica desde un punto de vista ético y normativo, así como a los que presentaban estrategias para adaptar a los abogados y la formación jurídica a un panorama tecnológico en constante evolución. Se excluyeron los estudios que no examinaban específicamente la relación entre la tecnología jurídica y los servicios corporativos o que no cumplían los requisitos de pertinencia y enfoque. Con el fin de mantener los estándares de calidad durante la selección, tampoco se tuvieron en cuenta los artículos que carecían de apoyo empírico o que consistían únicamente en opiniones sin fundamento o debates generales sobre tecnología y derecho. En la evaluación de la calidad se tuvieron en cuenta factores como la metodología del estudio, la exactitud de los datos y la solidez de los argumentos. Para garantizar la fiabilidad, se dio prioridad a los artículos publicados en prestigiosas publicaciones revisadas por pares dentro de los campos de la tecnología jurídica y el derecho empresarial. Al adoptar este riguroso enfoque en la revisión de los resultados de las investigaciones existentes, este estudio ofrece valiosas perspectivas sobre el modo en que la tecnología jurídica influye en las prácticas comerciales.

RESULTADOS EMPÍRICOS

Automatización

Los conceptos de robótica, inteligencia artificial y *blockchain* han experimentado recientemente avances sustanciales. La automatización, que consiste en realizar tareas sin intervención

humana, se ha generalizado en varias industrias y bienes de consumo (Tyagi, 2021). Aunque los niveles de automatización pueden variar, es habitual que las operaciones necesiten más asistencia humana. La automatización abarca los procesos de robotización y digitalización.

En la década de 1990, la automatización se vinculaba principalmente a los procesos industriales. Sin embargo, la investigación y el desarrollo han ampliado este concepto para abarcar todos los aspectos de la vida cotidiana (Kliestik, 2023). Con la llegada de la digitalización y los ordenadores, la manipulación de datos en diversos campos se ha automatizado. El principal objetivo de la automatización es agilizar los procesos, garantizando una producción constante y de alta calidad, lo que en última instancia conduce a un aumento de la producción al tiempo que reduce las necesidades de mano de obra.

Es importante distinguir entre niveles altos y bajos de automatización. Los niveles bajos siguen requiriendo una intervención humana significativa, y algunas tareas son realizadas exclusivamente por humanos. Por otro lado, los niveles altos de automatización reducen la necesidad de intervención humana en el proceso, pero la supervisión y orientación humanas siguen siendo cruciales. Esta dinámica crea tensión entre la importancia de la participación humana y la eficiencia de los sistemas automatizados (Kokina y Blanchette, 2019).

El valor de la implicación humana y la automatización eficiente están en conflicto. Sin embargo, a medida que los sistemas automatizados avanzan, el papel de los humanos en su gestión y organización se hace aún más crucial (Anayat, 2023). Es esencial determinar el nivel adecuado de automatización en función de las necesidades específicas. Encontrar el equilibrio adecuado es más importante que limitarse a aspirar a altos niveles de automatización, lo que garantiza una productividad óptima sin dejar de reconocer la importancia de la supervisión y la experiencia humana.

Robótica

En el uso cotidiano, el término “robot” engloba una amplia gama de máquinas inteligentes, como los vehículos autoconducidos y las aspiradoras robóticas. Estos robots están diseñados para realizar tareas físicas y se presentan en diversas formas con diferentes funciones (García-Haro et al., 2020). Además, los robots también pueden referirse a programas informáticos o “bots”, que realizan operaciones mecánicas específicas utilizando herramientas como cámaras, láseres y sensores (Sayeed et al., 2022). La atención se centra en su eficiencia y eficacia más que en su parecido con los humanos. Sin embargo, a pesar de sus capacidades, los robots siguen teniendo dificultades para adaptarse a circunstancias cambiantes debido a limitaciones en la comprensión del entorno y la comunicación interpersonal. No obstante, la implementación de

la robotización ha demostrado su potencial para mejorar la eficiencia y minimizar los errores en diversas aplicaciones.

En los años 50 se desarrollaron los primeros robots industriales, como el Unimate de George Devol, que marcaron el inicio de la historia de los robots (Colombo et al., 2021). Estos robots se programaron y automatizaron para su uso en la industria del automóvil. Con el tiempo, surgió la robótica colaborativa de menor tamaño, conocida como cobots, para ayudar en tareas como la mensajería y la asistencia domiciliaria. Las Leyes de la Robótica de Asimov se crearon durante esta época para establecer directrices éticas para la interacción robot-humano. Estas leyes priorizan la defensa de la humanidad y la prevención de daños. En contra de la creencia popular, los robots son capaces de ofrecer soluciones sencillas y prácticas para las necesidades cotidianas. Por ejemplo, pueden automatizar tareas en residencias de ancianos o entornos industriales.

La automatización de procesos robóticos (RPA), también conocida como robótica de *software*, se refiere a la utilización de *software* automatizado para tareas repetitivas (Villar & Khan, 2021; Santos et al., 2019; Timbadia et al., 2020). Estos robots de *software* imitan el comportamiento humano interpretando la información que se muestra en las pantallas y siguiendo directrices predeterminadas. Sin embargo, es importante señalar que son incapaces de identificar errores sutiles o adaptarse a los cambios del sistema, a pesar de sus ventajas, como el funcionamiento 24/7 y una mayor eficiencia. Además de los RPA, los chatbots también han evolucionado con los años y ahora se emplean de forma generalizada. Estos programas pretenden simular una conversación humana, pero su clasificación varía en función de su complejidad y capacidad para comprender patrones de habla naturales.

Existen distintos tipos de chatbots con capacidades variables. Los chatbots básicos siguen diálogos y reglas preprogramados, mientras que los inteligentes pueden entender el contexto y entablar conversaciones informales (Huseynov, 2023; Liu et al., 2022). Los chatbots híbridos avanzados combinan rutas preprogramadas con interpretación de texto libre para mejorar su rendimiento. Los chatbots son beneficiosos para la eficiencia y la atención al cliente, pero tienen limitaciones. Carecen de las capacidades de pensamiento crítico, toma de decisiones y empatía necesarias para las interacciones de atención al cliente.

Inteligencia artificial

La inteligencia artificial (IA) es un conjunto de tecnologías que utilizan capacidades cognitivas programadas basadas en las matemáticas, la estadística y la programación para resolver problemas o tomar decisiones (Yatskiv et al., 2020). Sin embargo, es importante señalar que la IA no es más que un programa informático que funciona con reglas predefinidas y carece de conciencia

o pensamiento genuino. Aunque figuras como Elon Musk, Bill Gates y Stephen Hawking han llamado la atención sobre los peligros potenciales de la ia y su capacidad para sustituir el trabajo humano, es crucial considerar los riesgos reales asociados a ella. Estos riesgos incluyen la desigualdad y los daños medioambientales derivados de una regulación mundial inadecuada. La competencia entre países por aprovechar esta tecnología puede provocar tensiones, discriminación y manipulación si no se gestiona adecuadamente.

Aunque la ia se desarrolló inicialmente en la década de 1950, ha experimentado avances significativos en los últimos años, en gran parte debido a la mayor disponibilidad de memoria en los ordenadores y al crecimiento exponencial de los datos. Esta evolución puede clasificarse en tres olas tecnológicas distintas: implementaciones manuales, aprendizaje estadístico y la próxima ola de ia adaptativa. El entrenamiento estadístico mediante redes neuronales profundas y técnicas de aprendizaje automático ocupa actualmente un lugar central en la investigación sobre IA. El aprendizaje profundo es especialmente popular porque emula la estructura cerebral utilizando operaciones matemáticas.

En lo que respecta a la inteligencia artificial, suele haber dos clasificaciones: ia débil o estrecha e ia fuerte o general (Chung et al., 2022). La ia débil está diseñada para tareas específicas y las realiza con rapidez y precisión. Sin embargo, necesita tener la capacidad de comprender más allá de sus datos de entrenamiento y poseer voluntad independiente. Por otro lado, la combinación de varias ramas de la inteligencia artificial puede crear soluciones inteligentes como los chatbots que utilizan la robótica, el aprendizaje automático y el procesamiento del lenguaje natural. Nos encontramos con la ia en nuestra vida cotidiana a través de tecnologías de reconocimiento facial y de voz, así como de recomendaciones personalizadas en *streaming*. Aunque la ia general está avanzando a pasos agigantados para alcanzar capacidades de nivel humano, su éxito final aún está por determinar debido a la complejidad de emular el razonamiento consciente en las máquinas.

El aprendizaje automático es una rama de la inteligencia artificial que utiliza algoritmos para mejorar el rendimiento del *software* y aprender de la experiencia (Kuleto et al., 2021). Un algoritmo es un conjunto de instrucciones que describe cómo realizar una tarea o un proceso específico. El aprendizaje automático permite a las máquinas aprender sin programación explícita. Existen tres enfoques principales para el aprendizaje automático: supervisado, no supervisado y de refuerzo.

El aprendizaje supervisado consiste en entrenar una máquina proporcionándole numerosos pares de datos y sus correspondientes respuestas (van Engelen & Hoos, 2020). Un algoritmo analiza estos pares para establecer la conexión entre las características específicas de los datos y sus respectivos resultados. Con este modelo, la máquina puede predecir resultados para nuevos

datos sin resultados preexistentes aplicando reglas adquiridas previamente. Aunque este proceso requiere inicialmente un extenso etiquetado y clasificación manual de los datos, reduce la probabilidad de errores en los pasos posteriores.

El aprendizaje no supervisado se produce cuando a la máquina solo se le proporcionan datos, sin ninguna respuesta predeterminada. A continuación, el ordenador clasifica los datos en categorías basándose en patrones que identifica en las características (Alloghani et al., 2020). Este método es muy adaptable y permite modificaciones para centrarse en características específicas o excluir determinados tipos de información. Aunque la preparación de los datos requiere menos esfuerzo manual, el ajuste del algoritmo puede ser un proceso más largo.

En el campo del aprendizaje por refuerzo, las máquinas interactúan con su entorno, recopilan información y utilizan esos datos para tomar decisiones. El algoritmo se diseña específicamente para maximizar las ganancias y mejorar su ejecución basándose en la información recibida sobre su rendimiento en una tarea determinada. Aunque este método requiere menos información, aún debe mejorar en el mantenimiento de entornos de aprendizaje estables y coherentes.

Las cadenas de bloques, también conocidas como *blockchain*, son una tecnología innovadora que utiliza registros públicos distribuidos. Mediante el uso de criptografía avanzada, las cadenas de bloques almacenan y validan transacciones de forma segura y abierta (Josphineleela et al., 2023). Actuando como un libro de contabilidad digital, realizan un seguimiento eficaz del historial de transacciones a lo largo del tiempo. El término *blockchain*, que hace referencia al enlace criptográfico que conecta las transacciones, se ha convertido en el nombre más reconocido de esta tecnología.

La tecnología Blockchain tiene aplicaciones más allá del ámbito jurídico. Ofrece un método fiable y transparente para documentar y verificar contratos, transacciones comerciales, así como propiedad intelectual como marcas y patentes. Esta tecnología tiene el potencial de eliminar la participación de terceros o intermediarios en los procesos legales mediante la ejecución segura de registros y acciones legales.

Tecnología jurídica

La tecnología jurídica es un campo que examina cómo los cambios en la profesión jurídica repercuten en las descripciones de los puestos de trabajo. Implica adquirir conocimientos sobre sus aplicaciones y analizar el uso de ordenadores para tareas jurídicas, que se remonta a la década de 1960 con la introducción del procesamiento automático de datos (Dwivedi et al., 2023; Gimpel et al., 2021; Đurić et al., 2023). El lenguaje utilizado para describir la tecnología jurídica ha evolucionado con el tiempo, refiriéndose originalmente al *software* que ayudaba a los bu-

fetes de abogados con la facturación, los portales de clientes y la gestión de casos. En la actualidad, abarca diversas aplicaciones jurídicas que aprovechan las modernas tecnologías de la información y la comunicación. Estos programas pretenden agilizar la creación y prestación de servicios jurídicos al tiempo que mejoran la accesibilidad. La tecnología jurídica va más allá de los tribunales y los abogados; también incluye ámbitos en los que el derecho y la tecnología se entrecruzan, como la resolución de litigios en línea y la disponibilidad de materiales jurídicos de código abierto.

La tecnología legal se refiere al impacto del *software* y los programas en las operaciones de una empresa. Estas tecnologías pueden clasificarse en tecnologías de mantenimiento o tecnologías disruptivas (Fenwick et al., 2019). Las tecnologías de mantenimiento incluyen el *software* tradicional de gestión de documentos, el *software* de contabilidad y las herramientas de comunicación electrónica. Mejoran los procedimientos operativos existentes sin cambiar fundamentalmente la forma en que se realizan las tareas. Por otro lado, las tecnologías disruptivas son a menudo más eficientes que los humanos en términos de rendimiento. Sustituyen el trabajo de los profesionales del derecho y transforman el funcionamiento de empresas e industrias. Algunos ejemplos son las plataformas de aprendizaje electrónico, la revisión de documentos mediante inteligencia artificial y los servicios de resolución de conflictos en línea. La tendencia hacia la automatización es evidente en diversos ámbitos, como los chatbots de atención al cliente y la creación automatizada de documentos. Sin embargo, este cambio puede crear problemas de precios para los bufetes de abogados que dependen de modelos de facturación por horas.

El campo de la tecnología jurídica se centra principalmente en las tecnologías disruptivas, ya que estas provocan cambios significativos. Por otro lado, las tecnologías de mantenimiento ya son ampliamente utilizadas, y sus avances no conllevan modificaciones sustanciales (Ryan, 2021). Aunque la tecnología legal aún no ha sido ampliamente adoptada en el Perú, existe un creciente interés en esta área. Las *startups* y las instituciones académicas desempeñan un papel importante en el impulso de la innovación legal.

El mercado peruano, al ser relativamente pequeño, incentiva a los empresarios a dar prioridad a los mercados internacionales. Su tamaño permite identificar e interactuar más fácilmente con los actores claves. El estancamiento tecnológico de la industria legal podría atribuirse a la necesidad de una mayor comunicación entre los proveedores de soluciones y los profesionales del derecho. Normalmente, los proveedores de servicios jurídicos se concentran en atender a los abogados internos o a los bufetes de abogados.

Impacto de la tecnología jurídica en el sector legal

El sector jurídico sigue una trayectoria profesional tradicional que comienza con un puesto de abogado asistente y puede llevar a convertirse en socio. En las etapas iniciales, las personas sin título de abogado trabajan en funciones de apoyo a la empresa. Los abogados recién licenciados suelen encargarse de tareas rutinarias como la investigación, la redacción y la verificación de la información. Sin embargo, hay un cambio significativo en el horizonte, impulsado por la tecnología. La próxima Generación Z, que pronto dominará la mano de obra, prioriza la salud mental, el equilibrio entre la vida laboral y personal y el crecimiento profesional por encima de las largas horas de trabajo. Aprecian las tecnologías que agilizan los procesos y reducen el estrés (Rahman, 2023). Ser expertos en tecnología permite a la Generación Z adaptarse rápidamente a los cambios y ha dado lugar a nuevas trayectorias profesionales que incorporan tecnología punta. El personal de apoyo tiene ahora la oportunidad de realizar tareas de preparación y examen jurídico. Este cambio no solo afecta a la percepción de la abogacía en el lugar de trabajo, sino que también presenta perspectivas para que el personal de apoyo asuma funciones de abogado al tiempo que maximiza los costes y los beneficios de los bufetes.

La profesión jurídica está experimentando una transformación debido a los avances tecnológicos. Los bufetes que adoptan la tecnología y contratan a expertos con diversas competencias junto a los abogados tradicionales están sustituyendo a los bufetes más tradicionalistas. Es importante señalar que la tecnología no pretende sustituir a los abogados, sino mejorar su trabajo (Metzler et al., 2023). Por ejemplo, la programación de inteligencia artificial (IA) puede servir como extensión de los procesos de pensamiento humano. La interpretación y el juicio humanos siguen siendo cruciales en el ámbito jurídico, ya que rara vez hay respuestas definitivas o absolutas. Dada la complejidad de los casos y el impacto que tienen los individuos en los resultados, la ley sigue centrada en la participación humana. Los abogados desempeñan un papel fundamental en este contexto porque las máquinas no pueden improvisar ni responder creativamente a circunstancias inesperadas. Al delegar en las máquinas las tareas rutinarias y repetitivas, los profesionales del derecho pueden centrar sus esfuerzos en el trabajo estratégico e innovador.

La implantación de la tecnología jurídica conlleva una serie de retos, a pesar de las numerosas ventajas que ofrece. Uno de los principales obstáculos es la resistencia del sector jurídico a adoptar la transformación digital. El pensamiento tradicional y las creencias arraigadas a menudo frenan la adopción de nuevas tecnologías, especialmente entre aquellos que aún no tienen experiencia previa con ellas. Además, aunque las normativas existen para garantizar la seguridad jurídica, también pueden obstaculizar la innovación tecnológica. La integración de la tecnología también plantea problemas éticos. Surgen cuestiones sobre la equidad en el mercado laboral debido a la distribución desigual de los beneficios producidos por algoritmos y máquinas. La

inteligencia artificial también suscita debates sobre las tácticas de manipulación empleadas en los procesos de toma de decisiones, lo que plantea problemas éticos. Es importante señalar que los algoritmos y las vulnerabilidades desempeñan un papel en la ayuda a la toma de decisiones lógicas; sin embargo, esto plantea cuestiones críticas en relación con los principios morales que rigen los robots y la inteligencia artificial y la determinación de la responsabilidad de sus acciones ante la ley.

Encontrar oportunidades de negocio en el sector jurídico: una perspectiva estratégica

Una propuesta de plan de negocio incluye el desarrollo de una aplicación de ia dirigida específicamente al proceso de diligencia debida. Esta aplicación pretende garantizar inspecciones exhaustivas en diferentes contextos empresariales. Mediante la incorporación de tecnologías innovadoras como la inteligencia artificial y el aprendizaje automático, pretendemos abordar los retos existentes en torno a la velocidad, el coste y la precisión en los enfoques tradicionales de diligencia debida. El objetivo es revolucionar la forma en que las empresas y los profesionales evalúan posibles socios y transacciones.

Esta aplicación de ia ofrece una serie de ventajas para los procesos de diligencia debida. Aprovecha algoritmos avanzados de inteligencia artificial para analizar grandes cantidades de datos de forma más rápida y eficiente que los métodos manuales tradicionales. Además, la aplicación tiene acceso a diversas fuentes de datos, tanto públicas como privadas, lo que permite una evaluación exhaustiva de los atributos claves a la hora de evaluar a los socios potenciales. Este enfoque racionalizado de la recopilación de datos es inestimable para agilizar las decisiones empresariales y reducir el tiempo necesario para completar los procedimientos de diligencia debida.

La aplicación sirve a dos públicos principales. En primer lugar, se dirige a empresas de diversos sectores que buscan asociaciones, expansión en el mercado o inversiones estratégicas. Estas empresas pueden utilizar la aplicación para evaluar clientes y socios potenciales de una manera más eficiente y precisa. Además, la aplicación está diseñada para tecnólogos jurídicos y abogados que participan en transacciones empresariales e inmobiliarias. Permite a estos expertos analizar documentos legales, contratos y otros datos relevantes con mayor eficiencia, reduciendo el riesgo de pasar por alto detalles importantes o riesgos legales asociados a las decisiones empresariales.

La propuesta hace hincapié en las cualidades distintivas que atraerán a los clientes a la aplicación. Utilizando algoritmos de aprendizaje automático, la aplicación es capaz de descubrir patrones sutiles que pueden pasar desapercibidos a los métodos convencionales. También identifica

tendencias y patrones en los datos, perfeccionando continuamente sus conocimientos y mejorando su capacidad para identificar posibles riesgos y oportunidades. Además, la aplicación cuenta con una interfaz de usuario intuitiva y funciones de colaboración que facilitan la comunicación eficaz y la toma de decisiones entre equipos multidisciplinares. Esta perfecta integración del trabajo en equipo garantiza la agilización del proceso de diligencia debida.

En resumen, la propuesta reconoce que la implantación de esta aplicación puede minimizar los errores humanos y simplificar el proceso de revisión manual. Al automatizar las tareas repetitivas y propensas a errores, los profesionales pueden dedicar su atención a aspectos más estratégicos y analíticos de la diligencia debida. Mediante la utilización de algoritmos de aprendizaje automático, la aplicación reduce significativamente las posibilidades de pasar por alto información esencial. La introducción de esta aplicación de ia supone una innovación significativa para la diligencia debida, ya que proporciona una herramienta sólida para facilitar la toma de decisiones empresariales informadas, mitigar los riesgos y mejorar la calidad de las transacciones comerciales.

Fomentar el futuro: formar a la próxima generación de abogados

Actualizar la formación jurídica para adaptarla a la evolución de la profesión es crucial. Para hacer frente a este reto, es esencial que la formación jurídica siga el ritmo de las tendencias cambiantes. Al integrar la tecnología en el plan de estudios, la formación jurídica puede adaptarse a las necesidades del mercado. Esta integración garantiza que los estudiantes adquieran una comprensión global tanto de los conceptos jurídicos tradicionales como de las complejidades del mundo digital. Por ejemplo, la incorporación de clases sobre ciberseguridad, privacidad e investigación electrónica dotará a los graduados de una sólida comprensión de los principios jurídicos convencionales, así como de la dinámica cambiante de la era digital.

Sin embargo, la formación jurídica no debe limitarse a la tecnología. Es igualmente importante que las facultades de Derecho den prioridad a las habilidades interpersonales. Estas habilidades, que incluyen la comunicación eficaz, el pensamiento crítico y la resolución de problemas, son esenciales para los abogados a la hora de navegar por las complejidades de un panorama tecnológico en constante evolución, al tiempo que mantienen relaciones significativas con clientes y colegas. Al incorporar las habilidades interpersonales en el plan de estudios junto con los cursos centrados en la tecnología, las facultades de Derecho pueden formar abogados que no solo sean técnicamente competentes, sino que también posean las habilidades interpersonales necesarias para ejercer con éxito la abogacía.

Para mantenerse al día en un panorama jurídico en constante cambio, es importante que la formación jurídica sea proactiva. Los abogados deben estar al día de los últimos avances en

tecnología jurídica. Para lograrlo, las facultades de Derecho deberían ofrecer programas de formación continua que abarquen diversos temas relevantes, como la ciberseguridad, la computación en la nube y la inteligencia artificial. Estos programas ofrecerían a los abogados en ejercicio la oportunidad de mantenerse informados y capacitados, mejorando, en última instancia, la calidad de los servicios jurídicos en nuestro mundo impulsado por la tecnología.

Para ofrecer una formación jurídica integral y orientada al futuro, es fundamental que el mundo académico colabore con el mundo empresarial. Las facultades de Derecho deben establecer colaboraciones con bufetes de abogados y empresas de tecnología jurídica para garantizar que sus planes de estudios sigan siendo pertinentes y estén actualizados. Estas colaboraciones permiten desarrollar planes de estudios que se ajusten a las exigencias de la profesión jurídica. Además, los estudiantes pueden recibir formación práctica en la utilización de tecnologías jurídicas y la aplicación de estrategias a través de estas asociaciones empresariales. Esto ayuda a salvar la distancia entre la teoría académica y la aplicación en el mundo real.

CONCLUSIONES

No es ningún secreto que muchas personas reconocen las ventajas de la tecnología jurídica, sobre todo en lo que respecta a las tareas repetitivas e insatisfactorias que pueden automatizarse fácilmente. Sin embargo, los cambios en el lugar de trabajo provocados por los avances tecnológicos y la adaptación individual se producen gradualmente. La integración de un nuevo *software* en los sistemas existentes requiere una preparación minuciosa, que implica el desglose de tareas para su automatización y la recopilación de información relevante para el aprendizaje automático. Incluso con soluciones de *software* más sencillas, la adopción puede verse obstaculizada por la escasa disponibilidad de tiempo y la resistencia al cambio.

La implantación de tecnologías jurídicas en el entorno actual supone un reto debido al escaso tiempo disponible para la formación y la correcta aplicación. Esta limitación de tiempo puede afectar a la forma en que se percibe y utiliza la tecnología. Para superar este obstáculo, es crucial dar prioridad a la formación y a la implantación gradual.

El verdadero valor de las nuevas tecnologías en el sector jurídico se pone de manifiesto cuando demuestran su eficacia en tareas rutinarias. Los comentarios internos de los usuarios que tienen experiencias positivas son vitales para dar forma a la percepción del valor y fomentar una rápida adopción. Compartir estas experiencias desempeña un papel importante en el fomento de un cambio cultural hacia la aceptación y la utilización eficaz de la tecnología jurídica en el lugar de trabajo, lo que, en última instancia, genera confianza en sus capacidades.

Muchos abogados expresan su preocupación por la seguridad laboral a medida que la tecnología sigue avanzando. Esto es especialmente cierto en el caso de quienes han recibido una formación tradicional y han perfeccionado sus habilidades en un entorno con escasa dependencia de los avances tecnológicos. La incertidumbre que rodea a estos cambios puede provocar resistencia a adoptar nuevas tecnologías y dudas sobre su fiabilidad y eficacia en el ámbito jurídico. La introducción de la tecnología puede hacer que los profesionales, que han invertido mucho tiempo y esfuerzo en aprender y dominar los métodos tradicionales, se sientan amenazados. Pueden temer que sus conocimientos y experiencia sean sustituidos por soluciones automatizadas.

Dada la naturaleza evolutiva de la profesión jurídica, es evidente que las facultades de Derecho deben adaptar sus planes de estudios para hacer frente a los retos de hoy y de mañana. Para preparar adecuadamente a los estudiantes de derecho, es necesario un enfoque flexible y global. La integración de la tecnología en el plan de estudios es un paso crucial para garantizar que los graduados posean una sólida comprensión tanto de los principios jurídicos tradicionales como de las complejidades de un panorama digital en constante cambio. Esta evolución en la enseñanza también puede dar prioridad a las habilidades interpersonales esenciales para una interacción eficaz en un mundo jurídico impulsado por la tecnología, fomentando relaciones duraderas con colegas y clientes.

La tecnología jurídica ofrece la posibilidad de mejorar la calidad del trabajo reduciendo el error humano, lo que supone una ventaja significativa. Sin embargo, la eficacia de las soluciones tecnológicas depende de su correcta implantación y funcionamiento. Los errores cometidos en las primeras fases pueden obstaculizar los beneficios de la tecnología. Es importante señalar que los conocimientos especializados y el juicio de los profesionales del derecho no pueden ser sustituidos por la tecnología. Por lo tanto, los seres humanos siguen teniendo la responsabilidad de garantizar la legalidad y la precisión en los asuntos jurídicos.

La integración de herramientas tecnológicas en el sector jurídico es un compromiso a largo plazo, ya que las ventajas no suelen hacerse patentes hasta pasados unos años. Estas herramientas también requieren un mantenimiento regular para garantizar su eficacia continuada. Descuidar el mantenimiento adecuado puede provocar la insatisfacción del usuario y socavar la utilidad percibida de las soluciones impulsadas por AI. Dada la complejidad inherente a los asuntos jurídicos, es crucial considerar cuidadosamente la complejidad del sistema a la hora de implantar soluciones, sobre todo en los casos que implican interpretación jurídica.

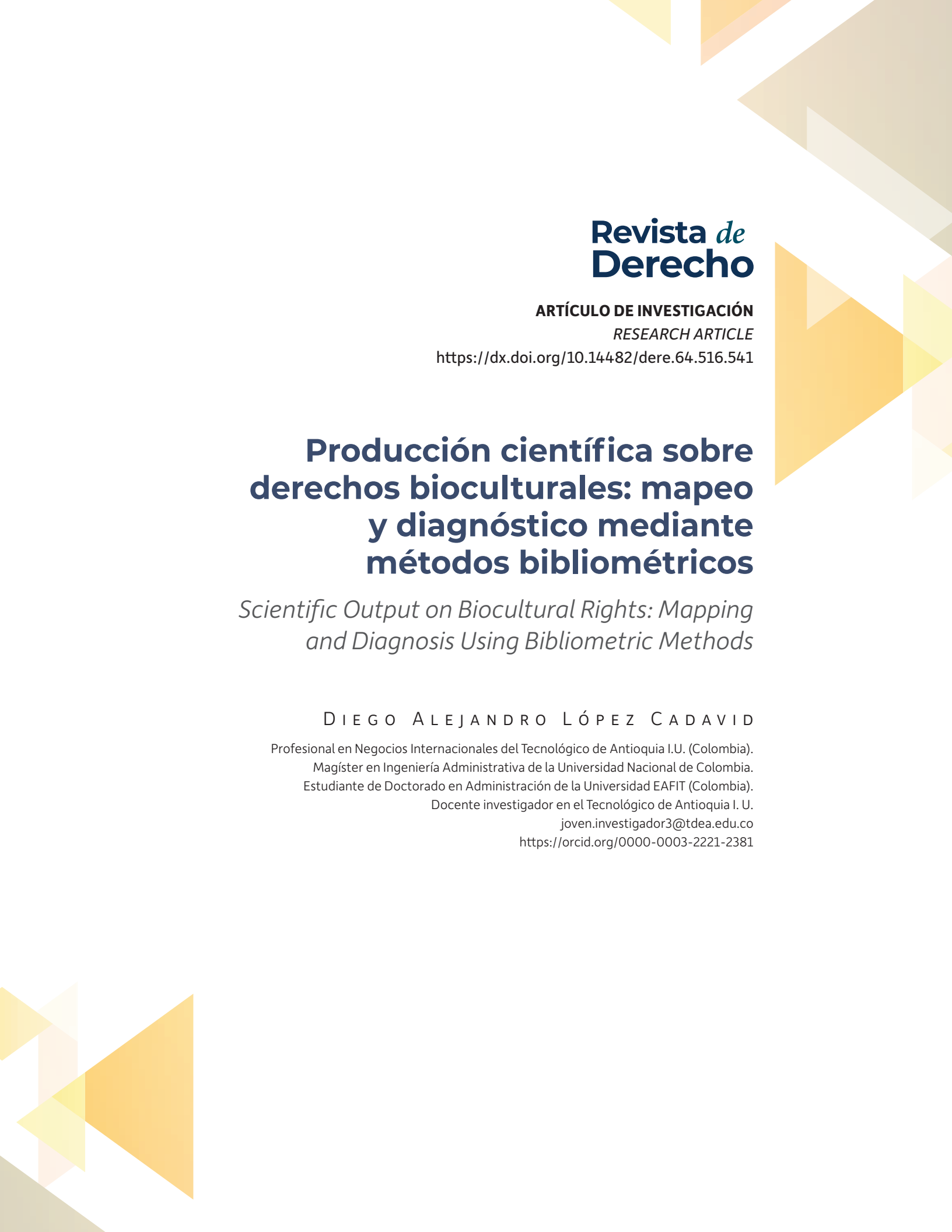
REFERENCIAS

- Alloghani, M., Al-Jumeily, D., Mustafina, J., Hussain, A., & Aljaaf, A. J. (2020). A systematic review on supervised and unsupervised machine learning algorithms for data science. En *Unsupervised and Semi-Supervised Learning* (pp. 3-21). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-030-22475-2_1
- Anayat, S. (2023). Human resources management after industry 4.0: Blending AI and HRM. En *Advances in Human Resources Management and Organizational Development* (pp. 97-115). IGI Global. <https://doi.org/10.4018/978-1-6684-7494-5.ch005>
- Colombo, A. W., Karnouskos, S., Yu, X., Kaynak, O., Luo, R. C., Shi, Y., Leitao, P., Ribeiro, L., & Haase, J. (2021). A 70-year industrial electronics society evolution through industrial revolutions: The rise and flourishing of information and communication technologies. *IEEE industrial electronics magazine*, 15(1), 115-126. <https://doi.org/10.1109/mie.2020.3028058>
- Đurić, M., Martinec, T., Porobija, M., & Štorga, M. (2023). Designing for legal practitioners: Lessons learned from legal tech development and implementation. *Proceedings of the Design Society*, 3, 1377-1386. <https://doi.org/10.1017/pds.2023.138>
- Dwivedi, Y. K., Kshetri, N., Hughes, L., Slade, E. L., Jeyaraj, A., Kar, A. K., Baabdullah, A. M., Koohang, A., Raghavan, V., Ahuja, M., Albanna, H., Albashrawi, M. A., Al-Busaidi, A. S., Balakrishnan, J., Barlette, Y., Basu, S., Bose, I., Brooks, L., Buhalis, D., ... Wright, R. (2023). Opinion Paper: “So what if ChatGPT wrote it?” Multidisciplinary perspectives on opportunities, challenges and implications of generative conversational AI for research, practice and policy. *International Journal of Information Management*, 71, 102642. <https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2023.102642>
- Estebarsari, A., & Werna, E. (2022). Smart cities, grids, homes and the workforce: Challenges and prospects. En *Current State of Art in Artificial Intelligence and Ubiquitous Cities* (pp. 17-39). Springer Nature Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-19-0737-1_2
- Fenwick, M., & Vermeulen, E. P. M. (2019). The lawyer of the future as “transaction engineer”: Digital technologies and the disruption of the legal profession. En *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain* (pp. 253-272). Springer Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-13-6086-2_10
- García-Haro, J. M., Oña, E. D., Hernández-Vicen, J., Martínez, S., & Balaguer, C. (2020). Service robots in catering applications: A review and future challenges. *Electronics*, 10(1), 47. <https://doi.org/10.3390/electronics10010047>
- Gimpel, H., Krämer, J., Neumann, D., Pfeiffer, J., Seifert, S., Teubner, T., Veit, D. J., & Weidlich, A. (Eds.). (2021). *Market engineering: Insights from two decades of research on markets and information*. Springer International Publishing. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-66661-3>
- Hasan, A. R. (2022). Artificial intelligence (AI) in accounting & Auditing: A literature review. *Open Journal of Business and Management*, 10(1), 440-465. <https://doi.org/10.4236/ojbm.2022.101026>

- Hess, E. D. (2019). Modernizing capitalism: Saving the American dream. *Graziadio Business Review*. <https://gbr.pepperdine.edu/2019/03/modernizing-capitalism-saving-the-american-dream/>
- Horoshko, O.-I., Horoshko, A., Bilyuga, S., & Horoshko, V. (2021). Theoretical and methodological bases of the study of the impact of digital economy on world policy in 21 century. *Technological Forecasting and Social Change*, 166, 120640. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2021.120640>
- Huseynov, F. (2023). Chatbots in digital marketing: Enhanced customer experience and reduced customer service costs. En *Advances in Marketing, Customer Relationship Management, and E-Services* (pp. 46-72). IGI Global. <https://doi.org/10.4018/978-1-6684-7735-9.ch003>
- Josphineleela, R., Gupta, R., Misra, N., Malik, M., Somasundaram, & Gangodkar, D. (2023). Blockchain based multi-layer security network authentication system for uncertain attack in the wireless communication system. *2023 3rd International Conference on Advance Computing and Innovative Technologies in Engineering (ICACITE)*, 877-881.
- Kliestik, T., Nagy, M., & Valaskova, K. (2023). Global value chains and Industry 4.0 in the context of lean workplaces for enhancing company performance and its comprehension via the digital readiness and expertise of workforce in the V4 nations. *Mathematics*, 11(3), 601. <https://doi.org/10.3390/math11030601>
- Ključnikov, A., Popkova, E. G., & Sergi, B. S. (2023). Global labour markets and workplaces in the age of intelligent machines. *Journal of Innovation & Knowledge*, 8(4), 100407. <https://doi.org/10.1016/j.jik.2023.100407>
- Kokina, J., & Blanchette, S. (2019). Early evidence of digital labor in accounting: Innovation with Robotic Process Automation. *International Journal of Accounting Information Systems*, 35, 100431. <https://doi.org/10.1016/j.accinf.2019.100431>
- Kuleto, V., Ilić, M., Dumangiu, M., Ranković, M., Martins, O. M. D., Păun, D., & Mihoreanu, L. (2021). Exploring opportunities and challenges of artificial intelligence and machine learning in higher education institutions. *Sustainability*, 13(18), 10424. <https://doi.org/10.3390/su131810424>
- Liu, C.-C., Liao, M.-G., Chang, C.-H., & Lin, H.-M. (2022). An analysis of children' interaction with an AI chatbot and its impact on their interest in reading. *Computers & Education*, 189, 104576. <https://doi.org/10.1016/j.compedu.2022.104576>
- Lombardo, S. (2021). The bad, the good, and the rebellious bots: World's first in artificial intelligence. En *Analyzing Future Applications of AI, Sensors, and Robotics in Society* (pp. 221-237). IGI Global. <https://doi.org/10.4018/978-1-7998-3499-1.ch013>
- Márquez, B. Y. (2022). Unemployment in the industry with the arrival of robotics in Mexico. En *Studies in Systems, Decision and Control* (pp. 145-162). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-031-00856-6_8

- Metzler, M., & Luminosu, C. T. (s. f.). *Challenges for the future of the legal profession in Romania*. Upt.ro. Recuperado el 11 de septiembre de 2023, de https://dspace.upt.ro/xmlui/bitstream/handle/123456789/5698/BUPT_ART_Metzler%20Mirabela_f.pdf?sequence=1
- Monteiro, A. C. B., França, R. P., Arthur, R., & iano, Y. (2021). A look at machine learning in the modern age of sustainable future secured smart cities. En *Data-Driven Mining, Learning and Analytics for Secured Smart Cities* (pp. 359-383). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-030-72139-8_17
- Nayyar, N., Ojcius, D. M., & Dugoni, A. A. (2020). The role of medicine and technology in shaping the future of oral health. *Journal of the California Dental Association*, 48(3), 127-130. <https://doi.org/10.1080/19424396.2020.12222558>
- Nielsen, A. F., Michelmann, J., Akac, A., Palts, K., Zilles, A., Anagnostopoulou, A., & Langeland, O. (2023). Using the future wheel methodology to assess the impact of open science in the transport sector. *Scientific Reports*, 13(1), 1-15. <https://doi.org/10.1038/s41598-023-33102-5>
- Olteanu, A.-L., Barbu, C. A., & Popa, A. (2023). *Catalyzing change: ESG integration in the global economy for a resilient and responsible future*. Univ-ovidius.ro. <https://stec.univ-ovidius.ro/html/anale/RO/2023-i1/Section%205/21.pdf>
- Ryan, F. (2021). Rage against the machine? Incorporating legal tech into legal education. *The Law Teacher*, 55(3), 392-404. <https://doi.org/10.1080/03069400.2020.1805927>
- Santos, F., Pereira, R., & Vasconcelos, J. B. (2019). Toward robotic process automation implementation: an end-to-end perspective. *Business Process Management Journal*, 26(2), 405-420. <https://doi.org/10.1108/bpmj-12-2018-0380>
- Sayeed, A., Verma, C., Kumar, N., Koul, N., & Illés, Z. (2022). Approaches and challenges in Internet of robotic things. *Future Internet*, 14(9), 265. <https://doi.org/10.3390/fi14090265>
- Szabó-Szentgróti, G., Végvári, B., & Varga, J. (2021). Impact of Industry 4.0 and digitization on labor market for 2030-verification of Keynes' prediction. *Sustainability*, 13(14), 7703. <https://doi.org/10.3390/su13147703>
- Timbadia, D. H., Jigishu Shah, P., Sudhanvan, S., & Agrawal, S. (2020). Robotic process automation through advance process analysis model. *2020 International Conference on Inventive Computation Technologies (ICICT)*, 953-959. doi: 10.1109/ICICT48043.2020.9112447
- Tyagi, A. K., Fernández, T. F., Mishra, S., & Kumari, S. (2021). Intelligent automation systems at the core of industry 4.0. En *Advances in Intelligent Systems and Computing* (pp. 1-18). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-030-71187-0_1
- van Engelen, J. E., & Hoos, H. H. (2020). A survey on semi-supervised learning. *Machine Learning*, 109(2), 373-440. <https://doi.org/10.1007/s10994-019-05855-6>

- Villar, A. S., & Khan, N. (2021). Robotic process automation in banking industry: a case study on Deutsche Bank. *Journal of Banking and Financial Technology*. <https://doi.org/10.1007/s42786-021-00030-9>
- Wayne, E. A. (2019). North America 2.0: A workforce development agenda. *Woodrow Wilson International Center for Scholars*. <http://files.eric.ed.gov/fulltext/ED611733.pdf>
- Wolla, S. (2020). The economics of artificial intelligence: A primer for social studies educators. *The Councilor: A National Journal of the Social Studies*, 81(2), 3. https://thekeep.eiu.edu/the_councilor/vol81/iss2/3/
- Yatskiv, N., Yatskiv, S., & Vasylyk, A. (2020). Method of robotic process automation in software testing using artificial intelligence. *2020 10th International Conference on Advanced Computer Information Technologies (ACIT)*, 501-504.



**Revista *de*
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.64.516.541>

Producción científica sobre derechos bioculturales: mapeo y diagnóstico mediante métodos bibliométricos

*Scientific Output on Biocultural Rights: Mapping
and Diagnosis Using Bibliometric Methods*

DIEGO ALEJANDRO LÓPEZ CADAVID

Profesional en Negocios Internacionales del Tecnológico de Antioquia I.U. (Colombia).

Magíster en Ingeniería Administrativa de la Universidad Nacional de Colombia.

Estudiante de Doctorado en Administración de la Universidad EAFIT (Colombia).

Docente investigador en el Tecnológico de Antioquia I. U.

joven.investigador3@tdea.edu.co

<https://orcid.org/0000-0003-2221-2381>

Resumen

Este artículo tuvo como objetivo analizar la producción científica sobre derechos bioculturales mediante un análisis bibliométrico de publicaciones en la base de datos Scopus. La metodología consistió en un rastreo sin restricción temporal de información y el uso de *software* especializado para examinar coocurrencia de términos, autores y países relacionados con el tema. Entre los principales resultados se encuentra un incremento exponencial de investigaciones desde 2004, predominio inicial de enfoques antropológicos y ambientales que han dado paso recientemente a perspectivas más jurídicas y políticas, así como concentración de la producción en países desarrollados *versus* una escasa investigación en América Latina. En conclusión, este estudio entrega un completo diagnóstico del estado de desarrollo de la investigación en derechos bioculturales, pero advierte brechas en la implementación real de estas normativas, especialmente en países megadiversos latinoamericanos.

PALABRAS CLAVE

Derechos bioculturales, conocimiento tradicional, medio ambiente.

Abstract

The objective of this article was to analyze the scientific production on biocultural rights through a bibliometric analysis of publications in the Scopus database. The methodology consisted of a search without temporal restriction of information and the use of specialized software to examine co-occurrence of terms, authors and countries related to the topic. The main results include an exponential increase in research since 2004, an initial predominance of anthropological and environmental approaches that have recently given way to more legal and political perspectives, as well as a concentration of production in developed countries versus little research in Latin America. In conclusion, the study provides a complete diagnosis of the state of development of research on biocultural rights but warns of gaps in the actual implementation of these regulations, especially in Latin American megadiverse countries.

KEYWORDS

Biocultural rights, traditional knowledge, environment.

INTRODUCCIÓN

Los derechos bioculturales representan un enfoque integrador que reconoce la interconexión inextricable entre la diversidad cultural y biológica. Este concepto surge de la observación de que la biodiversidad y la diversidad cultural a menudo coexisten y se refuerzan mutuamente, especialmente en territorios gestionados por pueblos indígenas y comunidades locales (Posey, 1999). Este enfoque se aleja de la noción occidental tradicional que ve la naturaleza y la cultura como dominios separados, proponiendo, en cambio, que la salud de los ecosistemas está profundamente entrelazada con las prácticas, conocimientos y cosmovisiones de las comunidades humanas que habitan y gestionan esos ecosistemas (Maffi, 2007).

Complementando lo anterior, la importancia de los derechos bioculturales radica en su potencial para proteger simultáneamente la biodiversidad y preservar el patrimonio cultural. Esto es vital en la lucha contra el cambio climático y la pérdida de biodiversidad, ya que se ha demostrado que las áreas protegidas y gestionadas por pueblos indígenas a menudo tienen mejores resultados en términos de conservación que las protegidas por métodos convencionales (Garnett et al., 2018). Además, estos derechos apoyan el principio de justicia ambiental, reconociendo y empoderando a las comunidades locales y pueblos indígenas como custodios y gestores claves de la biodiversidad (Sobrevila, 2008). En esta línea, Rodríguez y Cumbe (2022) han desarrollado una conceptualización más precisa de los derechos bioculturales como categoría jurídica que unifica las garantías constitucionales para los recursos naturales y la cultura desde una perspectiva integral. Así pues, esta definición reconoce la conexión indisoluble entre diversidad natural y cultural, resultando especialmente relevante ante conflictos ambientales que afectan a comunidades étnicas tanto física como socioculturalmente.

Entendiendo la importancia y el impacto de los derechos bioculturales, la investigación de este campo ha tenido un crecimiento importante en los últimos años, aunque sigue siendo un área emergente. En primer lugar, se podría destacar que el término “derechos bioculturales” comenzó a surgir en la década de 1990 entre académicos indígenas y ambientalistas. Para 2010, ya era un concepto establecido en los foros globales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Anker, 2021).

Otros referentes, como Bavikatte y Robinson (2015), afirman que el discurso de derechos bioculturales viene principalmente de comunidades locales e indígenas, como un marco legal para proteger sus modos de vida y entornos amenazados, por lo cual ha ganado influencia gracias al activismo internacional por los derechos indígenas. En este contexto, Dutfield (2014) ha contribuido significativamente al enfatizar la necesidad de conceptualizar adecuadamente las innovaciones bioculturales como combinaciones de conocimientos, recursos y prácticas de carácter

colectivo, diferenciándolas del concepto occidental de invención individual. Sumado a ello, según Shrumm y Jonas (2012), desde 2005 ha crecido el número de artículos, libros y declaraciones sobre derechos bioculturales, dando como ejemplo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco (2005).

Si bien los referentes expuestos hasta el momento permiten comprender el desarrollo y atención que han recibido los derechos bioculturales a nivel investigativo y aplicado, investigadores como Bavikatte (2014) sostienen que el marco conceptual de los derechos bioculturales aún está en desarrollo y que hace falta más investigación para esclarecer aspectos como sus fundamentos filosóficos, mecanismos de implementación, relación con otras áreas del derecho, etc.

En paralelo con lo expuesto hasta el momento, diferentes estudios han encontrado distintas desventajas o barreras para la protección de los derechos bioculturales. En este sentido, Anaya (2004) sostiene que existe una tensión entre los derechos colectivos sobre recursos naturales reconocidos a comunidades indígenas y el marco legal predominante basado en derechos individuales de propiedad privada. Esta tensión se amplifica, según Rimmer (2018), en negociaciones internacionales en las que países desarrollados defienden altos estándares de protección para tecnologías ambientales, mientras naciones en desarrollo y comunidades indígenas abogan por mayor acceso a conocimientos y recursos genéticos, complicando así la protección efectiva de los derechos bioculturales frente a sistemas de propiedad intelectual predominantemente occidentales (Rimmer, 2019).

Sumado a lo anterior, la falta de claridad sobre los titulares específicos de estos derechos y los mecanismos jurídicos para exigir su cumplimiento ante instancias legales o gubernamentales son otras barreras que persisten para la apropiación correcta de los derechos bioculturales (Koons, 2018).

Por otro lado, también es necesario reconocer que persisten brechas importantes en la implementación de derechos sobre distribución equitativa de beneficios ambientales y uso de recursos tradicionales hacia poblaciones originarias (Morgera, 2022). De este modo, se evidencia que los grupos indígenas enfrentan barreras políticas, económicas y socioculturales para el ejercicio efectivo de derechos reconocidos sobre sus territorios ancestrales (Krishna, 2021). Ello puede ser interpretado como que los avances formales logrados a nivel internacional no se han traducido en cambios profundos en las legislaciones nacionales ni en medidas concretas de protección de los sistemas de conocimiento y modos de vida tradicionales frente a amenazas (Wegowski, 2022).

Los argumentos de los diferentes referentes académicos expuestos hasta el momento permiten identificar la importancia que tienen los derechos bioculturales tanto para el medio ambiente como para las comunidades indígenas tradicionales, pero también indican que aún existen muchos problemas para su adecuada apropiación, protección y conocimiento a nivel global. Adicionalmente, al momento de explorar la literatura sobre el tema sobresale que, como ya lo indicaba previamente Bavikatte (2014), aún existen muchas perspectivas por estudiar desde el campo académico frente a los derechos bioculturales y se identifican pocos estudios que se han acercado al tema de los derechos bioculturales desde el desarrollo de revisiones sistemáticas de literatura, a excepción del desarrollado por Shrumm y Jonas (2012).

Considerando la importancia ya mencionada del tema y las brechas persistentes en la literatura científica al respecto, este estudio se plantea como objetivo analizar la producción académica publicada en revistas científicas de alto impacto sobre los derechos bioculturales. Para ello se desarrollará un análisis bibliométrico sobre las publicaciones científicas que permita identificar cómo ha sido el desarrollo de este campo de conocimiento y las tendencias asociadas a su investigación.

METODOLOGÍA

Se realizó un análisis bibliométrico de la literatura científica para examinar la evolución de la investigación alrededor de la temática de los derechos bioculturales. Este tipo de análisis resulta particularmente pertinente para identificar cómo se desarrolla una temática específica mediante la exploración de extensas recopilaciones de publicaciones (Fahimnia et al., 2015; Hou & Wang, 2021). Así pues, la metodología empleada en este estudio constó de dos fases. En la primera fase se tomaron en cuenta todos los parámetros esenciales para llevar a cabo la búsqueda especializada de información. Por otro lado, la segunda fase se dedicó a detallar los análisis realizados con base en la información obtenida.

Parámetros definidos para la búsqueda especializada de información

La etapa inicial del seguimiento de información involucró la definición de todos los componentes necesarios para la exploración de metadatos. De esta manera, se estableció “derechos bioculturales” como la palabra clave principal para rastrear la información en los motores de búsqueda. Posteriormente, se seleccionó la base de datos Scopus como la principal fuente para la extracción de metadatos debido a sus elevados estándares de calidad en la recopilación de documentos científicos. Se consideraron distintos tipos de documentos para el rastreo, tales como artículos de investigación (1), artículos de revisión (2), documentos de conferencias (3), capítulos de libros (4) y libros (5). Por último, cabe destacar que no se impuso ninguna restricción temporal

en la búsqueda de información con el fin de examinar la evolución en la producción sobre los derechos bioculturales. Los detalles de los parámetros y criterios de inclusión considerados para el rastreo bibliográfico se describen en la siguiente tabla.

La búsqueda se realizó sin restricción temporal inicial, abarcando desde el primer registro disponible en Scopus (1971) hasta la fecha de extracción de datos (diciembre 2023). Esta decisión metodológica permitió capturar la evolución completa del campo desde sus orígenes hasta la actualidad, identificando así patrones de desarrollo histórico y tendencias emergentes en la investigación sobre derechos bioculturales.

Tabla. Criterios de inclusión y de exclusión bibliográfica

Criterios	Inclusión	Exclusión
Calidad	Artículos de investigación, artículos de conferencias, artículos de revisión, capítulos de libro y libros	Notas editoriales, notas, cartas, encuestas, reportes de datos, revisiones de conferencia
Temporalidad	Sin restricción de temporalidad	Sin restricción de temporalidad
Medio de información	Literatura publicada en la base de datos Scopus	Literatura que no esté publicada en Scopus
Idioma	Documentos publicados en inglés	Documentos en otros idiomas

Fuente: elaboración propia.

Análisis bibliométrico aplicado

Como se indicó previamente, los análisis bibliométricos se distinguen por su capacidad para vincular, clasificar y simplificar extensos conjuntos de documentos, autores, palabras clave y países relacionados con una temática específica (Sharifi et al., 2021). Con base en esto, se utilizó el *software* VOSviewer como la herramienta principal para llevar a cabo el análisis bibliométrico propuesto. Esta herramienta ha sido ampliamente empleada en el ámbito del análisis de metadatos, minería de textos y cienciometría debido a su habilidad para generar análisis de co-ocurrencia entre términos, publicaciones o revistas, investigadores y sus redes colaborativas, países y relaciones de citación (Van Eck & Waltman, 2011).

También se utilizaron tesauros para uniformizar y fusionar términos con significados similares. En cuanto a su operación, los resultados obtenidos del *software* se representan mediante nodos y enlaces. En este sentido, el tamaño de los nodos variará según la cantidad de términos, citas o autores que engloben, mientras que los enlaces reflejarán las asociaciones entre dos términos,

autores o países, con su tamaño ajustándose a la fuerza de la asociación entre ellos (Sharifi et al., 2021). Para este estudio se realizaron específicamente dos análisis basados en los resultados obtenidos. El primero consistió en un análisis descriptivo de los resultados extraídos de la base de datos de Scopus, abordando la producción científica anual, la producción por autor y la producción por eje temático. Posteriormente, en la segunda parte, el análisis se centró en comparar la coocurrencia de términos, países y autores, con el objetivo de identificar aquellos con mayor relevancia en la temática y su influencia sobre los demás.

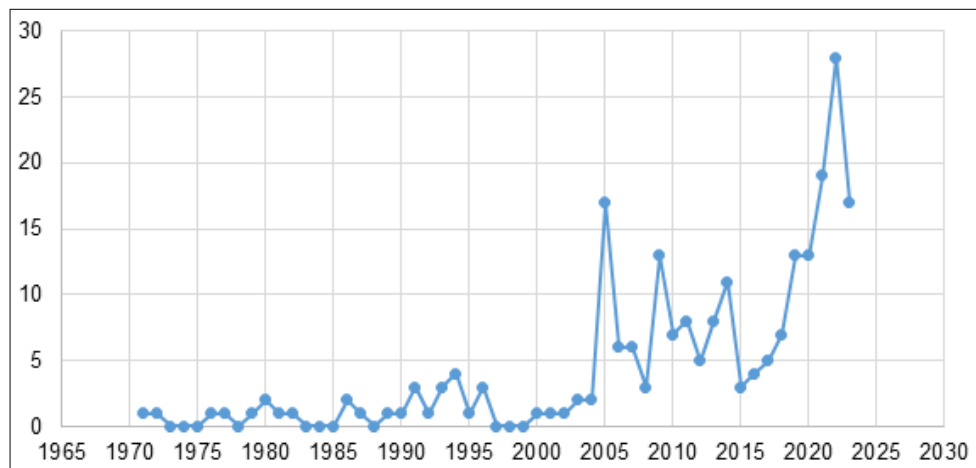
Añadiendo a lo anterior, es importante considerar que para el análisis de coocurrencia se configuraron los siguientes parámetros en VOSviewer: tipo de análisis ‘co-occurrence’, unidad de análisis ‘all keywords’, método de conteo ‘full counting’, umbral mínimo de 4 ocurrencias (para identificar los términos realmente sobresalientes). Se aplicó un tesauro personalizado para unificar términos similares (ej. ‘biocultural rights’ y ‘bio-cultural rights’). Los mapas de densidad utilizaron la configuración estándar de normalización ‘Association strength’ con valores de atracción 2 y repulsión 1. Para la visualización temporal se empleó la opción ‘overlay visualization’ basada en el año promedio de publicación.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Tras la aplicación del proceso metodológico planteado para el rastreo de información y el análisis bibliométrico, a continuación se describen los resultados obtenidos. En primer lugar, el rastreo de información bibliográfica de la base de datos Scopus identificó un total de 229 documentos, publicados entre 1971 y 2023, que abordan temáticas relacionadas con los derechos bioculturales. De manera específica, en la figura 1 se puede observar que la producción científica sobre el tema aumentó significativamente a partir de 2004, presentando los mayores picos en 2005 (con 17 publicaciones), 2021 (con 21) y 2022 (con 28).

Considerando los resultados obtenidos del análisis bibliométrico aplicado, se evidencia que, aunque se tienen registros de la producción científica sobre los derechos bioculturales desde 1971, la producción sobre este tópico ha crecido de manera significativa a partir de 2004. De acuerdo con la literatura, este comportamiento en la producción investigativa puede estar impulsado por el notable aumento de las luchas emblemáticas de grupos indígenas contra grandes proyectos extractivos que amenazan sus derechos territoriales (Bebbington & Bebbington, 2021). Igualmente, desde el contexto académico, ha aumentado la exploración de enfoques alternativos al desarrollo basados en proteger la vida en su diversidad biológica y cultural (Gudynas, 2011; Vidal, 2020).

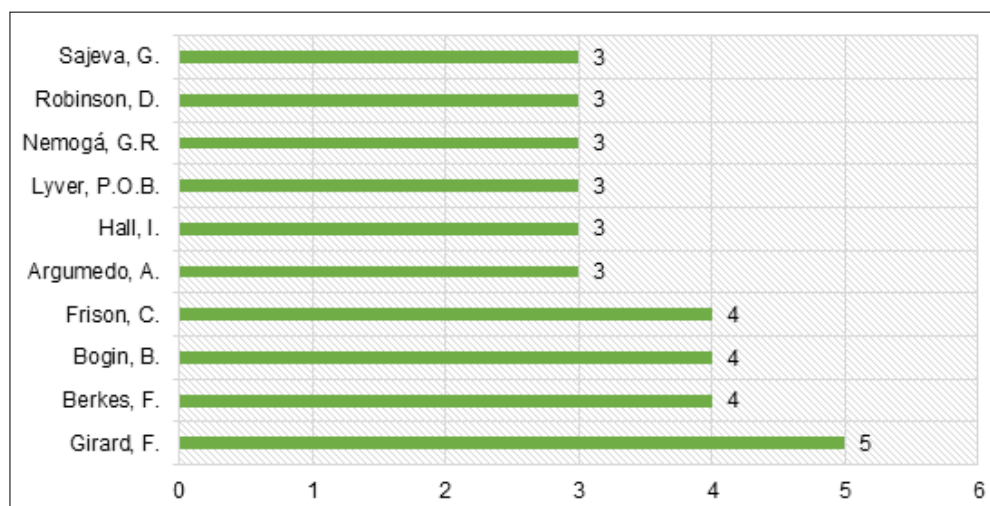
Figura 1. Producción científica durante el periodo 1971-2023



Fuente: elaboración propia basada en la base de datos Scopus (2022).

Siguiendo con la descripción de los resultados, al igual que la producción científica, los resultados del rastreo de información bibliográfica reflejan una clara evolución en los principales autores que publicaron sobre derechos bioculturales durante el periodo analizado, tal como lo indica la figura 2. Así pues, se observa que los expertos con más publicaciones fueron Girard F., Berkes F. y Bogin B. quienes, de acuerdo con sus perfiles académicos, se enfocaron principalmente a la investigación en los campos de la antropología, propiedad industrial, resiliencia socio-ecológica y conocimiento indígena (Gadgil et al., 2021; Girard et al., 2022).

Figura 2. Autores con mayor número de publicaciones



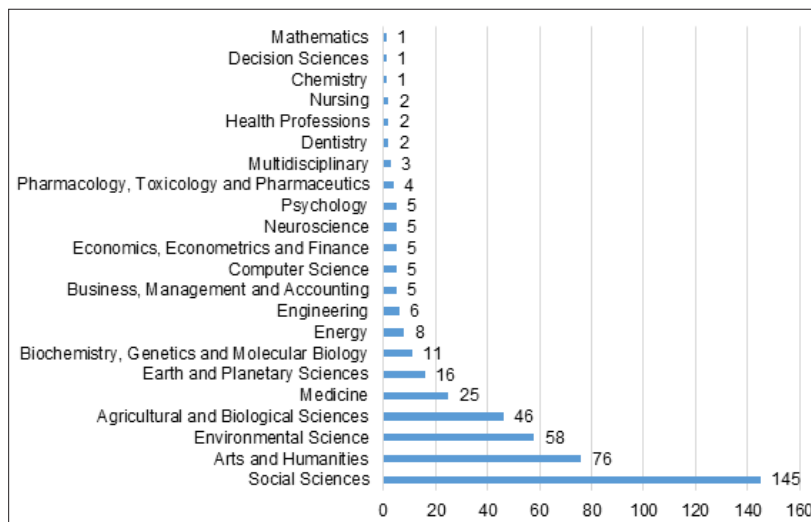
Fuente: elaboración propia basada en la base de datos Scopus (2022).

En cuanto a la producción científica por cada área del conocimiento, se identificó que, en general, las publicaciones sobre los derechos bioculturales provienen principalmente del área de las ciencias sociales (145 publicaciones), artes y humanidades (76), ciencias ambientales (58), ciencias biológicas y agrícolas (46) y medicina (25), como se indica en la figura 3. Allí es importante reconocer que la clasificación por áreas de conocimiento corresponde al esquema de categorización ASJC (All Science Journal Classification) empleado por Scopus, el cual agrupa las publicaciones en 27 áreas temáticas principales y 334 subcategorías específicas. Este sistema permite la asignación múltiple de documentos a diferentes áreas según su alcance interdisciplinario.

Este comportamiento es consecuente con los enfoques que más se relacionan con los derechos bioculturales. Por ejemplo, referentes como Kauffman y Martin (2017) sostienen que el campo de conocimiento del derecho constitucional y ambiental guarda una fuerte relación debido a la incorporación de derechos de la Naturaleza y de pueblos originarios en reformas y procesos constituyentes. En esta línea, los desarrollos jurisprudenciales recientes han sido especialmente significativos en América Latina, donde Rodríguez (2019) documenta cómo la Corte Constitucional colombiana ha reconocido la relación inescindible entre comunidades étnicas y sus territorios, desarrollando conceptos como la justicia ambiental y el principio de precaución cultural a partir de sentencias como la T-622 de 2016, elementos que abordan desafíos contemporáneos como la biopiratería y las tensiones entre conocimiento tradicional y sistemas de propiedad intelectual convencional. Asimismo, desde el campo de la sociología y antropología política, documentan las demandas y luchas de movimientos indígenas y campesinos por el reconocimiento de sus derechos bioculturales sobre tierras y territorios (Bebbington & Bebbington, 2021; Varese, 1996). Allí, también sobresale la rama de la economía ecológica y los estudios de desarrollo, estudiando modelos alternativos de Buen Vivir y protección de la diversidad biocultural (Gudynas, 2011). Por último, sobresale la rama de las relaciones internacionales y el derecho global, áreas encargadas de analizar la emergencia del discurso sobre derechos bioculturales en instrumentos y foros multilaterales (Morgera, 2017; Spoon, 2018).

La clasificación por áreas de conocimiento corresponde al esquema de categorización ASJC (All Science Journal Classification) empleado por Scopus, el cual agrupa las publicaciones en 27 áreas temáticas principales y 334 subcategorías específicas. Este sistema permite la asignación múltiple de documentos a diferentes áreas según su alcance interdisciplinario.

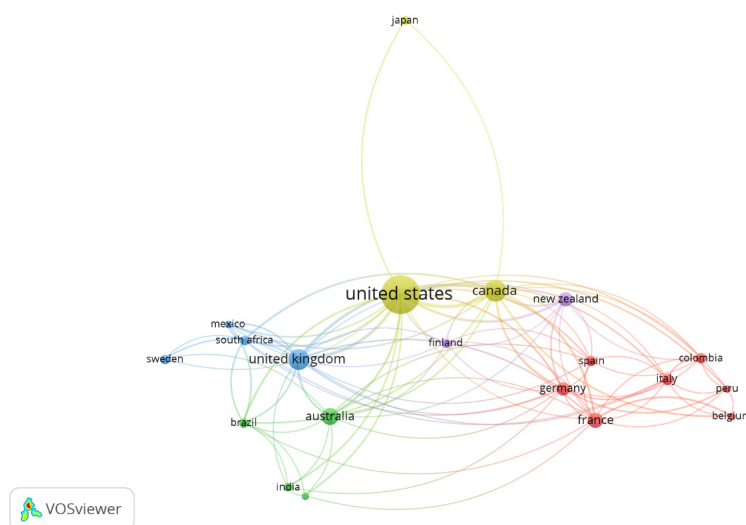
Figura 3. Producción científica por área de conocimiento



Fuente: elaboración propia basada en la base de datos Scopus (2022).

En cuanto a la descripción de los hallazgos del análisis bibliométrico realizado en VOSviewer, los resultados revelaron que, en términos de producción de estudios por países, 20 países contaron con al menos 4 publicaciones (umbral mínimo establecido) sobre los derechos bioculturales, siendo Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Francia y Alemania los principales referentes investigativos sobre el estudio de este campo, como se muestra en la figura 4. Igualmente, es destacable el hecho de que en este mapa bibliométrico solo estén 4 países latinoamericanos (Colombia, Perú, México y Brasil), lo cual demuestra la poca exploración que han tenido estas temáticas en la realidad de esta región.

Figura 4. Mapa bibliométrico de producción por países



Fuente: elaboración propia.

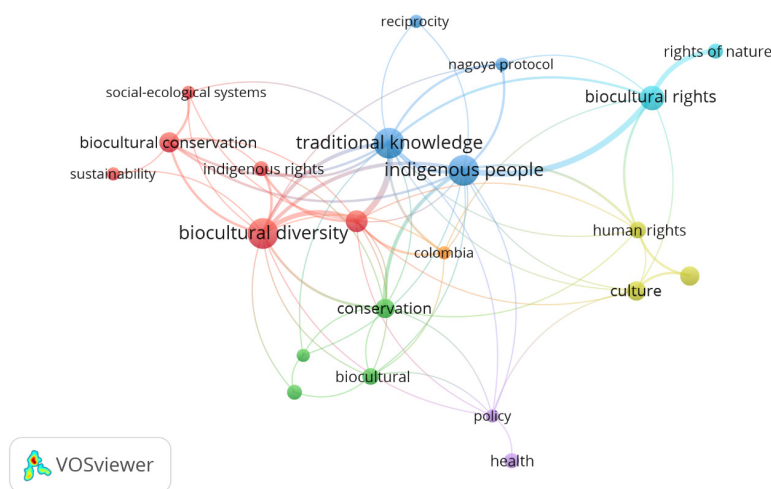
Por último, los resultados del *software* VOSviewer permitieron recrear el mapa de coocurrencia enfocado en graficar el comportamiento de la producción científica alrededor de las palabras clave que rodean el estudio de los derechos bioculturales. En primer lugar, los resultados hallaron 799 palabras claves de las cuales solo 22 sobrepasaron el umbral de mínimo 4 ocurrencias, como se muestra en la figura 5. Dicha estructura representó un total de 7 clústeres diferentes e indicó una fuerza de conexión total de 109. Entre las principales palabras clave identificadas se destacan *traditional knowledge*, *indigenous people*, *biocultural diversity*, *biocultural conservation* y *Nagoya Protocol*.

Al contrastar estas palabras clave con las tendencias investigativas y conceptos adyacentes a los derechos bioculturales, sobresalen múltiples estudios que asocian los derechos bioculturales y los sistemas de conocimiento indígena, para su preservación y equilibrio con el entorno, la política y el desarrollo (Anker, 2021; Lalander, 2016). Sumado a esto, se observa que se ha reflexionado sobre el rol fundamental de los saberes ancestrales de pueblos originarios en la conservación de la diversidad biológica, incentivando medidas para su revalorización y protección legal (Boven & Morohashi, 2002). Del mismo modo, se reconoce la vulnerabilidad del conocimiento tradicional ante procesos de despojo y biopiratería, advirtiendo que los derechos bioculturales surgen como un marco normativo para garantizar su control comunitario y decidir sobre el acceso a recursos genéticos de sus territorios (Robinson, 2010; Bavikatte, 2014).

Para complementar lo anterior, también se identifican varios estudios que sostienen que el Protocolo de Nagoya (2010) representa un hito al integrar la protección del conocimiento tradicional dentro de un instrumento internacional vinculante sobre biodiversidad (Morgera, 2017; Oberthür & Rabitz, 2014). Sin embargo, otros estudios analizan dificultades en la implementación nacional del Protocolo, las cuales obstaculizan el respeto por cosmovisiones y sistemas consuetudinarios de gobernanza territorial indígena (Caxaj Alarcón, 2021; Tsioumani, 2020).

Estos hallazgos bibliométricos revelan la necesidad de abordar desafíos más específicos que han emergido en años recientes. Como muestra de ello, Dutfield (2014, 2015) identifica problemáticas concretas como la apropiación de conocimientos tradicionales, la biopiratería mediante patentes y regímenes de propiedad intelectual que privilegian semillas certificadas sobre sistemas tradicionales de agricultura. Esta situación resulta particularmente preocupante en el contexto latinoamericano, en el que la escasa producción científica identificada en este estudio contrasta notablemente con la inmensa riqueza biocultural de la región. Como respuesta a estos desafíos, iniciativas como el sistema *Biocultural Heritage Indication*, propuesto por Swiderska et al. (2016), emergen como alternativas que buscan combinar protección legal con beneficios económicos para comunidades locales.

Figura 5. Mapa de coocurrencia de palabras clave



Fuente: elaboración propia.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Este estudio se planteó como objetivo analizar la producción académica publicada en revistas científicas de alto impacto sobre los derechos bioculturales, aplicando un análisis bibliométrico sobre la literatura científica publicada en la base de datos Scopus. A partir de los resultados obtenidos del análisis, se puede concluir que la producción científica sobre derechos bioculturales ha tenido un crecimiento exponencial desde 2004, con picos particulares en 2005, 2021 y 2022. Este comportamiento refleja un mayor interés académico y una mayor relevancia del tema, probablemente influenciados por el aumento de las luchas indígenas contra proyectos extractivos que amenazan sus territorios ancestrales. Como muestra de ello, también se identificó el creciente interés de este tipo de temáticas desde campos disciplinarios como las ciencias políticas, el derecho constitucional y ambiental, la sociología política y las relaciones internacionales.

Esta evolución refleja también la emergencia de desafíos complejos identificados por referentes como Rimmer (2018), relacionados con la biopiratería, certificación de semillas y obtenciones vegetales que amenazan la soberanía de pueblos indígenas sobre sus recursos genéticos. Adicionalmente, el aumento de litigios internacionales que involucran tecnologías limpias y conocimientos tradicionales evidencia que, pese al reconocimiento formal de estos derechos, persisten barreras significativas para su implementación efectiva, especialmente cuando los intereses comerciales colisionan con prácticas tradicionales (Rimmer, 2021).

Añadiendo a lo anterior, entre los principales temas asociados al estudio de los derechos bioculturales se encuentran la protección de los sistemas de conocimiento tradicional, los derechos de los pueblos indígenas, la conservación de la diversidad biocultural y la implementación del Protocolo de Nagoya sobre acceso a recursos genéticos. Si bien en años recientes se han logrado avances en el reconocimiento formal de los derechos bioculturales a nivel global, persisten brechas importantes para su efectiva implementación dentro de legislaciones y políticas nacionales, especialmente en países en vías de desarrollo.

Adicionalmente, estos hallazgos bibliométricos deben interpretarse considerando que las tensiones identificadas por Rimmer (2021) entre países desarrollados que promueven transferencias tecnológicas voluntarias y naciones en desarrollo que solicitan flexibilidades en regímenes de propiedad intelectual para acceder a conocimientos relacionados con adaptación climática, reflejan la necesidad urgente de enfoques más equitativos. De este modo, estos enfoques deben reconocer tanto los derechos de pueblos indígenas sobre sus saberes ancestrales como su importancia fundamental para abordar desafíos ambientales globales. Así, la concentración de investigación en países desarrollados identificada en este estudio contrasta problemáticamente con esta realidad, sugiriendo la necesidad de fortalecer la producción científica en regiones megadiversas.

Considerando los hallazgos obtenidos del desarrollo de este estudio, se recomienda que futuros trabajos incluyan otras fuentes de información más allá de literatura científica formal, abarcando documentos de política pública, trabajos de organizaciones indígenas e informes internacionales. Igualmente, nuevos estudios podrían realizar análisis bibliométricos usando diversas bases de datos (Web of Science, JSTOR, etc.) para limitar posibles sesgos por cobertura de las bases de datos. También, se recomienda que las investigaciones venideras se complementen con revisiones sistemáticas de literatura que incorporen evaluación de calidad metodológica y extracción cuantitativa de resultados de estudios empíricos. Como última recomendación, se espera que a partir de este trabajo se puedan desarrollar comparaciones diacrónicas para examinar cómo han evolucionado históricamente los marcos teóricos y normativos relativos a la conceptualización e implementación de los derechos bioculturales.

LIMITACIONES

En cuanto a las limitantes identificadas para el desarrollo de esta investigación, al centrarse solo en el análisis de publicaciones en revistas científicas indexadas en Scopus, se excluye literatura gris de relevancia sobre derechos bioculturales proveniente de informes de ONG, comunidades indígenas, centros de investigación locales y publicaciones en otros idiomas. Adicionalmente, el estudio bibliométrico aplicado se limita a examinar frecuencias de publicación, citación y coocu-

rrencia de palabras clave, sin profundizar en los contenidos, ideas fuerza y debates actuales dentro de esta producción académica. Otra limitante que vale la pena mencionar es no se explicitan las posibles limitaciones metodológicas ni sesiones realizadas para control, posibles sesgos en la selección y análisis de los estudios incluidos. Por último, no se incorpora una dimensión temporal para comparar evolución histórica de enfoques teóricos y prácticos en torno a los derechos bioculturales.

REFERENCIAS

- Anaya, S. J. (2004). International human rights and indigenous peoples: The move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 21(1), 13-61.
- Anker, K. (2021). *Regenerative constitutionalism and the politics of biodiversity*. Routledge.
- Bavikatte, K. S., Robinson, D., & Oliva, M. J. (2015). Biocultural community protocols: dialogues on the space within. *IK: Other Ways of Knowing*, 1-31.
- Bebbington, D. H., & Bebbington, A. J. (2021). *Political ecologies of extractivism: Agendas for change*. Routledge.
- Boven, K., & Morohashi, J. (Eds.). (2002). *Best practices using indigenous knowledge*. Nuffic United Nations University.
- Dutfield, G. (2014). *Towards a definition of biocultural heritage innovations in light of the mainstream innovation literature*. University of Leeds.
- Dutfield, G., Argumedo, A., & Swiderska, K. (2015). *Designing an effective biocultural heritage indication labelling system*. Consultation document. IIED, London.
- Gadgil, M., Berkes, F., & Folke, C. (2021). Indigenous knowledge: From local to global: This article belongs to Ambio's 50th Anniversary Collection. Theme: Biodiversity Conservation. *Ambio*, 50(5), 967-969.
- Garnett, S. T. et al. (2018). A spatial overview of the global importance of Indigenous lands for conservation. *Nature Sustainability*, 1(7), 369-374.
- Girard, F., Frison, C., & Hall, I. (2022). Concluding Thoughts: Biocultural Jurisprudence in Hindsight: Lessons for the Way Forward. In *Biocultural Rights, Indigenous Peoples and Local Communities* (pp. 314-334). Routledge.
- Gudynas, E. (2011). Buen Vivir: Germinando alternativas al desarrollo. *América Latina en movimiento*, 462, 1-20.
- Hou, Y., & Wang, Q. (2021). A bibliometric study about energy, environment, and climate change. *Environmental Science and Pollution Research*, 28(26), 34187-34199. <https://doi.org/10.1007/s11356-021-13531-3>

- Jonas, H., Bavikatte, K., & Shrumm, H. (2010). Community protocols and access and benefit sharing. *Asian Biotechnology and Development Review*, 12(3), 49-76.
- Kauffman, C. M., & Martin, P. L. (2017). Can rights of nature make development more sustainable? Why some Ecuadorian lawsuits succeed and others fail? *World Development*, 92, 130-142.
- Koons, J. E. (2018). What are biocultural rights? Implications for international law. In I. Feichtner, M. Krajewski & R. Wittmann (Eds.), *Human Rights in the Extractive Industries* (pp. 343-362). Springer.
- Krishna, S. (2021). The status of indigenous women's rights in India. En T. Fenrich et al. (Eds.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford University Press.
- Lalander, R. (2016). Rights of nature and the indigenous peoples in Bolivia and Ecuador: a Straitjacket for progressive development politics? *Iberoamerican Journal of Development Studies*, 5(2), 148-172.
- Maffi, L. (2007). Biocultural diversity and sustainability. En J. Pretty, A. Ball, T. Benton, J. Guivant, D. R. Lee, D. Orr, M. Pfeffer & H. Ward (Eds.), *The SAGE Handbook of Environment and Society* (pp. 267-277). SAGE Publications.
- Morgera, E. (2017). The past, present and future developments and trends of benefit sharing in genetic resources governance. *Anthropos: Časopis Za Interdisciplinarna Istraživanja*, 113(1), 201-216.
- Morgera, E. (2022). Under the radar: Fair and equitable benefit-sharing and the human rights of indigenous peoples and local communities related to natural resources. *Leiden Journal of International Law*, 35(2), 191-222.
- Posey, D. A. (1999). Cultural and spiritual values of biodiversity. United Nations Environment Programme.
- Rimmer, M. (2019). Beyond the Paris Agreement: Intellectual property, innovation policy, and climate justice. *Laws*, 8(1), 7. <https://doi.org/10.3390/laws8010007>
- Rimmer, M. (2021). Article 10 of the Paris Agreement - Technology development and transfer. In L.S. Reins & G. Van Calster (Eds.), *The Paris Agreement on climate change: A commentary* (pp. 237-259). Edward Elgar Publishing.
- Rimmer, M. (Ed.) (2018). *Intellectual property and clean energy: The Paris Agreement and climate justice*. Springer.
- Robinson, D. (2010). *Confronting biopiracy: challenges, cases and international debates*. Routledge.
- Rodríguez, G. A. (2019). Avances del derecho constitucional ambiental colombiano: una mirada desde la interpretación jurisprudencial. En M. Peña Chacón (Ed.), *Derecho ambiental en el siglo XXI* (pp. 213-244). Solma.
- Rodríguez, G. A. y Cumbe Figueroa, A. (2022). El enfoque étnico y ambiental de la Constitución Política de 1991: encuentros y retos. En *Constitución de 1991, 30 años: el legado de una carta para un país en construcción* (pp. 10-24). Universidad del Rosario.

- Rudas, G. (2013). Dilemmas of the green development model: Mining in Colombia. En H. Haarstad (Ed.), *New Political Spaces in Latin American Natural Resource Governance* (pp. 147-164). Palgrave Macmillan.
- Shrumm, H., & Jonas, H. (2012). Biocultural community protocols and conservation pluralism. En P. Sillitoe (Ed.), *Indigenous Studies and Engaged Anthropology* (pp. 202-228). Routledge.
- Sobrevila, C. (2008). *The role of indigenous peoples in biodiversity conservation*. The World Bank.
- Spoon, J. (2018). Biocultural rights: A new paradigm for protecting natural and cultural resources of indigenous communities. *New York University Law Review*, 294-357.
- Swiderska, K., Mead, A., Dutfield, G., & Argumedo, A. (2016). Designing a labelling system for biocultural heritage-based products. *Policy Matters*, 21, 140-148.
- Varese, S. (1996). The new environmentalist movement of Latin American indigenous people. In E. Genov (Ed.), *Environmentalism in Central and Southeastern Europe* (pp. 122-134). The Pannonia Press.
- Vidal, S. M. (2020). Traditional peoples' lands, Amazon and Buen Vivir: Concepts and contexts. *Land Use Policy*, 99.
- Wegorowski, P. (2022). Recognizing biocultural rights in India: Too radical or not enough? *Human Rights Review*, 23(3), 513-534.

Control de compatibilidad y control de convencionalidad: hacia una nueva forma del precedente y revisión judicial

*Compatibility Control and Conventionality Control:
Towards a New Form of Precedent and Judicial Review*

J O H A N S E B A S T I Á N L O Z A N O P A R R A

Abogado de la Universidad Libre, seccional Socorro (Colombia). Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, seccional Socorro (Colombia). Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, seccional Socorro (Colombia). Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, seccional Socorro (Colombia). Investigador Júnior de Minciencias. johans.lozanop@unilibre.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-3414-9984>

S E R G I O A N D R É S C A B A L L E R O P A L O M I N O

Abogado de la Universidad Libre, seccional Socorro (Colombia). Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, seccional Barranquilla (Colombia). Magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Doctorando en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo (Uniciencia), sede Bogotá (Colombia). Investigador Júnior de Minciencias. sergioa.caballerop@uniciencia.edu.co
<https://orcid.org/0000-0003-4715-8537>

S E R G I O L U I S M O N D R A G Ó N D U A R T E

Abogado. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional. Especialista en Contratación Estatal. Especialista en Derecho Disciplinario. Magíster en Derecho Público. Magíster en Educación Digital, E Learning y Redes Sociales. Doctor en Seguridad Humana y Derecho Global de la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Profesor investigador de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad del Valle (Colombia). Investigador Asociado de Minciencias. sergio.mondragon@correounivalle.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-5189-6770>

Resumen

Este artículo se esquematiza como resultado de investigación del proyecto titulado “Control de compatibilidad y control de convencionalidad: hacia una nueva forma de precedente y revisión judicial”. Por tal razón, la finalidad del mismo es, *a priori*, realizar un análisis a la figura del control de compatibilidad y cómo esta, a pesar de ser aparentemente nueva, tiene bases en el *common law*. Para ello se empleó un método hermenéutico, basado en la interpretación sistemática y en el precedente jurisprudencial, el cual permitió obtener como resultado que el reconocimiento de la figura de la compatibilidad normativa respecto del precedente pareciera tener sus bases en la convencionalidad misma del derecho, pero la sucesión del estudio doctrinal lleva a decantar que, en efecto, esta es una forma de revisión judicial que parte de aspectos tan clásicos del derecho como la sentencia de Marbury vs. Madison. Lo anterior lleva a concluir que el existe un debate en la aplicación del control judicial, el cual requiere un análisis más profundo y comparativo de sus elementos respecto del control de convencionalidad.

PALABRAS CLAVE

Control de convencionalidad, control de compatibilidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia interamericana, precedente judicial.

Abstract

This article was carried out as a research result of the project entitled “compatibility control and conventionality control: towards a new form of precedent and judicial review.” For this reason, its purpose is to realize an a priori analysis of the figure of compatibility control and how this, despite being apparently new, has bases in common law. For this purpose, a hermeneutical method was used, based on systematic interpretation and jurisprudential precedent, which resulted in the recognition of the figure of normative compatibility concerning the precedent appearing to have its bases in the conventionality of the law itself, but the doctrinal study succession leads to the conclusion that in effect this is a form of judicial review that is based on such classic aspects of law as the ruling of Marbury Vs Madison. The above leads to the conclusion that there is a debate about the application of judicial control, which requires a more in-depth and comparative analysis of its elements concerning conventionality control.

KEY WORDS

Control of conventionality, control of compatibility, Inter-American Court of Human Rights, inter-American jurisprudence, judicial precedent.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad jurídica occidental se ha tornado un fenómeno de alto impacto el constante progreso en las tendencias acerca del modelo de Estado, pasando del *Estado de derecho al Estado constitucional de derecho*, y hoy, en muchos países, el *Estado social, constitucional y democrático de derecho*. Esto no significa que la figura de Estado y derecho enunciadas teóricamente por Hans Kelsen (1934) cambien o muten, sino, por el contrario, es la evolución y creación de instituciones que definen en mayor medida los elementos que permiten lograr la efectiva definición de un orden garantista de la constitución.

Es sobre esto último que es procedente abordar instituciones propias del derecho occidental como lo es el denominado *Control de Constitucionalidad*, el cual no nació de manera espontánea, sino que es el producto del surgimiento de la revisión judicial *judicial review* y del precedente judicial *Judicial precedent*. Cuya primera aparición es en la famosa sentencia norteamericana de 1803 *Marbury vs. Madison*, la cual cimienta las bases para la creación de los modelos contemporáneos de los tribunales constitucionales a lo largo del mundo occidental, cuya decantación se da bajo el principio de supremacía constitucional (Clinton, 1989).

Ferrer MacGregor (2008), al tenor del anterior enunciado, expresa que con el pasar del tiempo la justicia constitucional —como es llamada en Europa— o el derecho procesal constitucional —como es llamado de manera equivalente en Latinoamérica— se ha ido sofisticando en lo que a operatividad se refiere; esto, por las problemáticas a la que los jueces se enfrentan por aquello de los efectos de las sentencias constitucionales, al ser aditivas, interpretativas y sustractivas.

Es así como a partir de esto nacen otros medios de control como forma de fortalecer el desarrollo jurisdiccional de la justicia constitucional, floreciendo en lugares donde el desarrollo jurídico lo ha requerido, como Europa y Latinoamérica. Se decantó por la consolidación del concepto de *Control de Convencionalidad* a partir de la filtración conceptual que este ha tenido en la incidencia de las diversas decisiones dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Corte IDH—, y de allí pasó a las diversas Cortes de la región americana. Paralelamente, en Europa nace el *Control de Comunitariedad*, el cual no es más que la forma emparentada de denominar así a aplicación de la convención de derechos humanos en dicho lugar, el cual surge, según Sagues (2009), a partir del caso *Simmenthal*.

Surge, entonces, un intermedio conceptual entre ambos controles, tanto el de Constitucionalidad como el de Convencionalidad, denominado Control de Compatibilidad, el cual pasa a solucionar las disyuntivas jurídicas de aquellos países donde, además de existir cortes constitucionales y aplicar la Convención Americana de Derechos humanos, también está llamada a coincidir

con las decisiones de la Corte IDH, las cuales pueden o no coincidir con el precedente judicial interno de un país.

Por lo tanto, este escrito tiene como objetivo primordial establecer el concepto de control de compatibilidad poniéndolo en paralelo respecto del control de convencionalidad dado por la Corte IDH, en aras de consolidar la doctrina en materia de esta nueva forma de hacer revisión judicial y de determinar un precedente interno acorde con el mandato nacional e internacional. Para ello, el texto formal se divide en tres grandes momentos, los cuales, a su vez, son los títulos que esquematizan este escrito. El primero i) desarrolla la noción de control de convencionalidad creado a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* y cómo esta se expresa desde dos formas de actuación jurídica, el control concentrado y el control difuso; el segundo ii) esquematiza la definición de control de compatibilidad desde los aspectos casuísticos de la Corte IDH, enfren-tándolo este a la noción de control de convencionalidad; finalmente, en un tercer momento iii) se pone a debate ambas formas de control y se concretan respecto del escenario de la revisión y precedente judicial.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CONCENTRADO Y DIFUSO

El control de convencionalidad decanta su origen en el famoso caso de *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, donde se aborda de manera amplia y ambigua dicha noción (Dulitzky, 2015), aunque si bien otros autores, como Nash (2013), establecen como punto de partida de la convencionalidad el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, al indicar que en el salvamento de voto del juez García Ramírez se habló de Responsabilidad del Estado por la inaplicabilidad de los mandatos internacionales cuando un juez interno actúa fuera del control de convencionalidad que trae consigo la propia Corte IDH.

Aspecto que si bien expresa groso modo la definición de control de convencionalidad, no le da el suficiente realce a esta al encontrarse en un salvamento de voto, cuestión por la cual la mayoría de doctrina toma como punto de partida la sentencia de *Almonacid Arellano*. Este punto de partida le ha permitido a la Corte IDH perfeccionar la concepción de control de convencionalidad, pasando de ser una mera forma de realizar una revisión del precedente en materia internacional a una obligación estatal en la que todas las autoridades y órganos de orden jurisdiccional que sean miembros parte de la Convención Americana de Derechos Humanos ejerzan, a solicitud de partes o *ex officio*, el denominado control de convencionalidad (Gutiérrez Ramírez, 2016).

En palabras de Cubides Cárdenas (2015), el control de convencionalidad revela una confrontación jurídica que hacen los operadores entre la norma convencional y la norma interna, de manera que el resultado del análisis de compatibilidad o incompatibilidad realizado entre la

segunda con relación a la primera es lo que consolida el producto de una nueva decisión sustentada en parámetros convencionales que conllevará la inaplicación total o parcial de normas internas frente a normas externas, enmarcadas principalmente en la Convención Americana de Derechos Humanos y las sentencias que de su interpretación profiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre lo anterior, la doctrina propia de la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado y diferenciado dos grandes niveles de operatividad del control. El primero, denominado “control difuso”, es el aplicado en el ámbito interno, como bien señaló la Convención de Viena, por todos los órganos de orden jurisdiccional y entidades pertenecientes al Estado que realicen funciones de protección sobre la convención americana de derechos humanos. Aguilar (2013) ha definido este concepto como: “(...) el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional” (p. 721). Y es a partir de esta noción que se pueden esgrimir una serie de elementos propios de esta figura jurídica para concretar determinar entonces que existe un control de revisión judicial, en este caso, el autor en comento establece los siguientes:

- Un verbo o acción determinada, entiéndase esto como control o controlar;
- un sujeto o entidad, véase el órgano jurisdiccional controlador, el cual, a manera de ejemplo, en Colombia pueden ser los altos tribunales u organismos pertenecientes a la rama judicial;
- la existencia de un parámetro, ya sea este el de constitucionalidad, convencionalidad, comunitariedad o, como se verá, el de compatibilidad;
- un objeto;
- y una norma jurídica que permita la habilitación del control

Si bien estos elementos, dependiendo las legislaciones de cada país, pueden estar en su totalidad o no, por regla general son estos que por vía de jurisprudencia internacional se han definido. Así las cosas, el caso *Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala* de 2012 y la Opinión Consultiva OC-21/14 de 2014 han aseverado los postulados acerca de estos elementos, extendiendo en materia de parámetros de convencionalidad todo lo concerniente a las interpretaciones de la Corte, a otros tratados internacionales ratificados por los Estados parte y a las opiniones consultivas, en concordancia con el artículo 64 de la Convención.

Esbozando los otros elementos, en aras de poder definir más adelante el control de compatibilidad, es procedente señalar que esto se debe a la evolución jurisprudencial que ha tenido la

Corte IDH; en el caso *Almonacid Arellanos vs. Chile* (2006), este control era únicamente atribuible al poder judicial, es decir, a los jueces, magistrados y demás miembros de tal rama. Años después, esta fue atribuida a las autoridades judiciales en el caso *Cabrera García y Montiel vs. México* (2010) como forma de conglomerar todas las representaciones en como son llamados los funcionarios. El famoso caso uruguayo *Gelman vs. Uruguay* (2013) pasó a darles esta potestad, a su vez, a autoridades de orden estatal, dejando de lado el factor de la rama judicial. En 2014, siguiendo esta línea de interpretación, en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam* se extendió como concepto a todos los jueces y demás órganos que se encuentren vinculados a la administración de justicia, permitiéndoles a los fiscales y procuradores formar parte de este medio de control. Finalmente, el caso *Roch Hernández vs. Salvador* (2014) cerró el debate y pasó a indicar que el control de convencionalidad en su nivel difuso está en cabeza de todos los poderes y órganos del Estado en su conjunto, llevando esto al nivel legislativo, que eventualmente, por cuestiones de bloque de constitucionalidad, al expedir leyes deben cumplir, a su vez, con la compatibilidad de las mismas con la Convención.

Ahora bien, abordando la temática de la norma habilitadora, se encuentra como principal problemática la inexistencia de tal precepto normativo - procesal que permita el correcto ejercicio y operatividad del control difuso en un ordenamiento jurídico, toda vez que a nivel Latinoamericano no existe una sola norma, ley o sentencia que obligue o habilite de manera taxativa el ejercicio del control difuso. Es por ello que la posición de la Corte en este sentido es sabia, al indicar que, si bien como jurisdicción supranacional no pueden desconocer los sistemas jurídicos de cada país y obligarlos a establecer normas internas, los Estados parte sí se encuentran sometidos y obligados a cumplir lo previsto por la Convención (Velandia, 2015). En este entendido, la Corte IDH señala que está en cabeza de todos los funcionarios del Estado aplicar *ex officio* la Convención, aplicando esto siempre desde las respectivas competencias internas de cada país. Aspecto contradictorio y debilitante del control, puesto que países como Colombia en reiteradas decisiones declaró la subsidiaridad que existe de tomar como obligatoria las decisiones y normas de orden convencional, cerrando de manera jurídica el debate acerca de la posibilidad por hacer obligatoria este control por vía de oficio. Aspecto negativo de un Estado como el colombiano, puesto que, en lugar de haber declarado esta subsidiaridad o no haber regulado de forma adecuada el control difuso —aunque esto se diera por vía de jurisprudencia—, se evitaría la responsabilidad internacional del Estado por la violación previamente establecida en la Convención Americana (Grossi, 2015). En este sentido pareciese que la única jurisdicción consiente de esto es el Consejo de Estado, puesto que mantiene a nivel contencioso un alto nivel de aplicación convencional en materia de Responsabilidad del Estado (Santofimio Gamboa, 2015), aplicando de manera pertinente lo establecido en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2013), en el marco de la Convención, los tratados y el precedente internacional al juzgamiento de casos particulares y en su extremo concretos.

Surge entonces una postura contradictoria a este control de convencionalidad por el autor Castilla Juárez (2014), quien yuxtapone toda forma de control de convencionalidad difuso a una mera aplicación del derecho internacional mal interpretado. Esta postura señala que el tal control de convencionalidad difuso no existe o en su caso no debiese ser llamado así en sentido de elevar a carácter de control la obligación que tienen los Estados de aplicar las disposiciones convencionales que fueron firmadas y ratificados. Esto se lleva de la mano con la aseveración que esta postura toma, al indicar que la inexistencia de una norma que rijan tal control o establezca unas pautas que permitan ser de guía para la Corte IDH al momento de analizar un caso en concreto da como resultado la violación de la Convención Americana; esto, debido a que un control defectuoso o una mala interpretación, tanto de los tratados internacionales como de la jurisprudencia internacional por vía de un juez u otras ramas del poder público, dan como resultado una posible responsabilidad del Estado por violación a la Convención.

Por lo anterior, entonces, suena paradigmático respecto de la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH por tener una postura garantista respecto de los sujetos - controladores y las normas habilitantes, devolviéndose nuevamente a sus posturas iniciales, en las que el control de convencionalidad difuso tiene como objeto de estudio analizar las normas internas respecto de las normas externas como forma de controlar los conflictos jurídicos, en aras de salvaguardar las normas internacionales y aplicar las leyes que estén en concordancia con la convención, con sus disposiciones, objetivos y finalidades. Entonces, si este es el control de convencionalidad, surgen interrogantes: ¿de qué se encarga el control de compatibilidad, si un juez interno analiza la compatibilidad entre normas internas y externas?

La segunda, llamada “control concentrado”, el cual únicamente aplica la Corte IDH como el órgano controlador de las decisiones emanadas de la Convención Americana, así como el competente para conocer de todo lo relativo a las disposiciones hermenéuticas e interpretativas que devienen de las sentencias. Dicho control tiene por objeto la acción o la omisión de un Estado parte de la Comisión y que, a su vez, hubiese reconocido la jurisdicción de lo contencioso americano en su artículo 62.3 –norma que habilita este medio de revisión y control jurídico–. A su vez, sirve como forma de salvaguardar los principios internacionales *Bona fides* y *pacta sunt servanda*, ubicados en el artículo 26, respectivamente, de la Convención en comento, y de la Convención de Viena, que señala que:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (Art. 27)

Es justamente sobre este aspecto que surge el control de compatibilidad que se analizará en el siguiente capítulo. Puesto que el control concentrado que realiza la Corte IDH no se plantea

como una forma de resolver los conflictos normativos que pudiese existir entre el marco jurídico nacional vs. el marco jurídico internacional. Es por ello que la norma jurídica nacional, sin importar cuál sea su nivel, bien sea constitucional, legislativo, reglamentario o de simple acto, debe ser analizada por la Corte, puesto que el alto tribunal no es la encargada de declarar la legalidad o convencionalidad de una norma sino acerca de la compatibilidad e incompatibilidad. Es por ello que el control de convencionalidad lo que busca es un análisis constante de un incumplimiento convencional, mas no de un incumplimiento de índole legal, de aquí que sea procedente lo dicho por Gutiérrez Ramírez (2016) al indicar que es esta la razón por la cual entre las facultades que adquiere la Corte por vía de la Convención no se encuentra la de declarar, invalidar, anular, o expulsar del orden jurídico nacional una norma por análisis de inconventionalidad.

CONTROL DE COMPATIBILIDAD ¿UN TERCER CONTROL JUDICIAL?

Para continuar el orden establecido, se observó que desde un punto de vista interno hablar de compatibilidad normativa suena irrisorio, y en el marco del derecho, ilógico, pues en un sentido contrario, realizar la tarea de estudiar e interpretar aspectos internacionales sobre normas nacionales puede, a su vez, permitir la violación tanto de unas como de otras, y desde el punto de vista concentrado, este aspecto sí puede analizarse y ser tratado como control propio de una revisión judicial.

El principio de prevalencia del orden jurídico establecido por la Convención de Viena, ya sea que este hable sobre derechos humanos –caso Latinoamérica– o derecho comunitario –Europa– es, en sentido amplio, una forma de proteger el derecho interno que una Corte supranacional declare aspectos de mera legalidad mediante sentencias que contengan una parte resolutive “inconventional”, pero dejando las bases para que de manera conceptual y textual se permita declarar la incompatibilidad entre normas externas y normas internas.

Para ejemplificar esto es procedente analizar nuevamente los hechos que originaron la famosa sentencia de *Almonacid Arellanos vs. Chile*. En este caso, Arellanos era un miembro del movimiento comunista en la época del régimen dictatorial - militar, que fue perseguido por las políticas que en su momento el Estado chileno había adoptado. El 11 de septiembre de 1973, el régimen emite el derecho 2191, el cual amnistiaba a los militares por los sucesos que ocurriesen con posterioridad a ese día. En la fecha del 16 de septiembre de 1973 fallece el señor Arellanos a causa de un tiro dado por los carabineros, quienes ejecutaron esto frente a su familia y en la puerta de su casa. La esposa y familia del señor Arellanos inicia acción penal contra el Estado y los responsables del asesinato de su esposo, los cuales justificaban su actuar bajo un tal decreto.

Es así como la Corte IDH, al fallar a favor de la familia, indica que todo juez nacional debe aplicar la Convención, los tratados, y no solo limitarse a esto, sino a las interpretaciones que la Corte ha realizado. Esto, debido a que la Corte con anterioridad había establecido que los Estados parte de la Convención no podían instituir normas o cuerpos normativos que permitiesen cometer delitos de lesa humanidad o que fuesen contrarios a todo el contenido inderogable del derecho internacional. González Morales (2009) complementa lo anterior al indicar que no pueden ser amnistiados los crímenes que tengan una magnitud tal que viole la dignidad humana, como lo fue el Decreto 2191, que permitió, a manera analógica, para los militares, tener una época *the purge*¹.

En tal contexto, Nogueira Alcalá (2007) considera que el sistema interamericano de derechos humanos es un sistema subsidiario, al que se acude cuando ya las normas nacionales o el sistema judicial interno se agotase o fuese ineficiente para resolver un caso que busca amparar los derechos de una persona, por lo que el control interno de convencionalidad hace de partes, en el sentido de que son estos quienes buscan que se les ampare la convención y demás derechos impuestos por vía de tratados. McGregor (2010) indicó al respecto que en tal sentido nacía una naturaleza concentrada y una difusa.

Siguiendo este orden, surge otro caso con posterioridad, el llamado *Boyce vs Barbados*, del 20 de noviembre de 2007; en este caso, el artículo 2 de la ley de delitos contra las personas de Barbados fijaba la pena capital para todas las personas que supuestamente hubiesen cometido un homicidio, la cual de manera textual indicaban que este supuesto se encontraba enmarcado bajo la Convención Americana, argumentando que no prohíbe o taja de manera directa o indirecta la existencia de la pena capital. Contrario a eso, indicaba que en los países que no se encontrara abolida la pena de muerte, esta podrá ser destinada únicamente para los delitos que fuesen considerados los más graves.

En el artículo 1 de manera garantista reconocía el derecho a la vida de toda persona, dándole el grado de protección desde la concepción; así mismo, partiendo del supuesto que nadie podrá ser privado de la vida de forma arbitraria –aspecto paradigmático si partimos qué el artículo siguiente establece la regla que permite privar a una persona de dicho derecho por medio de la pena capital–. Es entonces que el litigio internacional del caso se centró en si la legislación interna del país respecto de la pena capital violaba aspectos determinantes de la Convención Americana.

1 Famosa franquicia de películas emitidas desde 2013 hasta la fecha, donde ponen a los Estados Unidos en un escenario distópico, en el cual se permite la generación de todo acto punible por una noche. En esta, toda actuación contraria a la ley es amnistiable.

El Estado de Barbados, entonces, argumentó en su defensa que la pena capital encontraba soporte en lo dicho y permitido por la Convención Americana de Derechos Humanos; así mismo, indicó en su documento de defensa que la Constitución actual del país en su artículo 26 exponía que las leyes pre- constitucionales —es decir, las que salían con anterioridad a la actual Constitución— no podían ser declaradas inconstitucionales. En este tenor surgió una regla constitucional que no le permitió a la Corte IDH realizar un análisis convencional acerca de la norma interna al encontrar una clausula análoga de la Constitución. En este momento entonces cabe preguntarse: ¿convencionalidad o compatibilidad? ¿Compatibilidad o constitucionalidad?

Para darle respuesta al anterior interrogante cabe acudir a un tercer caso, cuya sentencia es del 24 de noviembre de 2010, titulado *Gómez Lund y otros vs. Brasil*; en este, la Corte IDH consolidó el carácter del control de convencionalidad al considerar tres aspectos: i) la Corte está llamada a establecer la compatibilidad de la Convención respecto de las decisiones internas de un Estado; ii) la Corte no está llamada a analizar una ley respecto de la Constitución, por cuestiones del mismo control de constitucionalidad interno de un Estado; iii) la Corte debe realizar el control de convencionalidad invocando incompatibilidad entre las leyes y las obligaciones que el Estado —en este caso Brasil— había adquirido frente a la Convención Americana. Es por ello que en la misma decisión la Corte enmarcó que cuando un Estado forma parte de la Convención está obligado a que sus leyes no estén contrarias a las decisiones y convenios internacionales, en aras de evitar una responsabilidad por una equivocada interpretación o aplicación de la norma internacional (Lozano y Chacón, 2020).

Es decir, en este entendido, ¿qué control realiza la Corte? Pareciera claro el indicar que hace un control de convencionalidad concentrado y difuso, pero esta misma hace mención a la compatibilidad que debe existir entre normas internas y externas, haciendo alusión a esto como un control ligado a la convencionalidad. Pareciera entonces que existe una confusión conceptual dentro del mismo tribunal internacional.

CONTROL DE COMPATIBILIDAD VS. CONVENCIONALIDAD: CARACTERÍSTICA INDEPENDIENTE O INTEGRAL

El control de compatibilidad, a diferencia de lo que podría pensarse acerca de su origen, este resulta más antiguo que el mismo concepto de control de convencionalidad. Nace entonces a partir de la Ley de Derechos Humanos británica de 1998 y su evolución permite llegar a la conclusión de debate acerca de ¿qué es el control de compatibilidad? ¿Forma parte de la convencionalidad o es un control independiente?

Se parte del precepto de que Gran Bretaña rechaza de manera tajante la existencia de una constitución escritural en 1688 y en 1885 elevó a principio la soberanía parlamentaria como modelo propio de esa región respecto del derecho constitucional. A esto, Dicey (1996) señaló que solo el Parlamento tiene el derecho de hacer y deshacer las leyes que quieran, ningún cuerpo colegiado, jurisdiccional, constitucional, o reconocido por el derecho inglés puede anular, inhibir o declarar la invalidez o los efectos de una norma o marco legislativo parlamentario.

Tiempo después nace la llamada Ley de Derechos Humanos Británica, cuya promulgación dio inicio a una serie de posturas dogmáticas y doctrinarias acerca de los preceptos parlamentarios. Cartona (2011) analiza este aspecto conforme a las corrientes del Nuevo Laborismo, el cual hizo que, protegiendo el principio de soberanía parlamentaria y el naciente Estado de derecho, debiese realizarse un control jurisdiccional a los actos judiciales –aspecto novedoso para el derecho inglés en dicho momento–. Bogdanor (2009) analiza el caso en los siguientes términos:

- o Si el juez invadiera la esfera legislativa, que en muchos casos es política, resaltando los matices propios de los subrogados de la justicia, habría gran resentimiento respecto del trabajo del cuerpo legislativo.

Es decir, el principio de supremacía parlamentaria pasaría a ser parte de un control judicial y, por lo tanto, de una supremacía de la rama judicial. Caso contrario sería:

- o El Parlamento bajo su principio ignora el control que realizan los jueces y no hacen la declaratoria de incompatibilidad entre la norma y el mandato constitucional, negándose a declarar nulidad, derogación o alguna otra clase de reformas a la ley de análisis, daría como resultado una violación sistémica a la reciente Ley de Derechos Humanos británica.

Pasa entonces a debatirse el papel de la Unión Europea y el denominado sistema de derecho comunitario –que, como se señaló anteriormente, constituye el equivalente al sistema interamericano de derechos humanos–. En este contexto, la tradición británica, que se había caracterizado por resistirse a los controles de compatibilidad judicial, se vio obligada a ceder en aras de participar en la Unión Europea, sacrificando la supremacía parlamentaria para dar paso a una arquitectura europea de carácter semi-constitucional (Elliott, 2004).

Este nuevo cambio al sistema británico, le permitió a la Ley de Derechos Humanos tener un aumento en su primacía (Tushnet, 2008), obligando a que los jueces, al momento de realizar ejercicios de interpretación normativa, esta debía hacerse conforme a los derechos humanos, dándole la competencia para declarar la incompatibilidad entre normas cuando este ejercicio no fuese factible de armonizar.

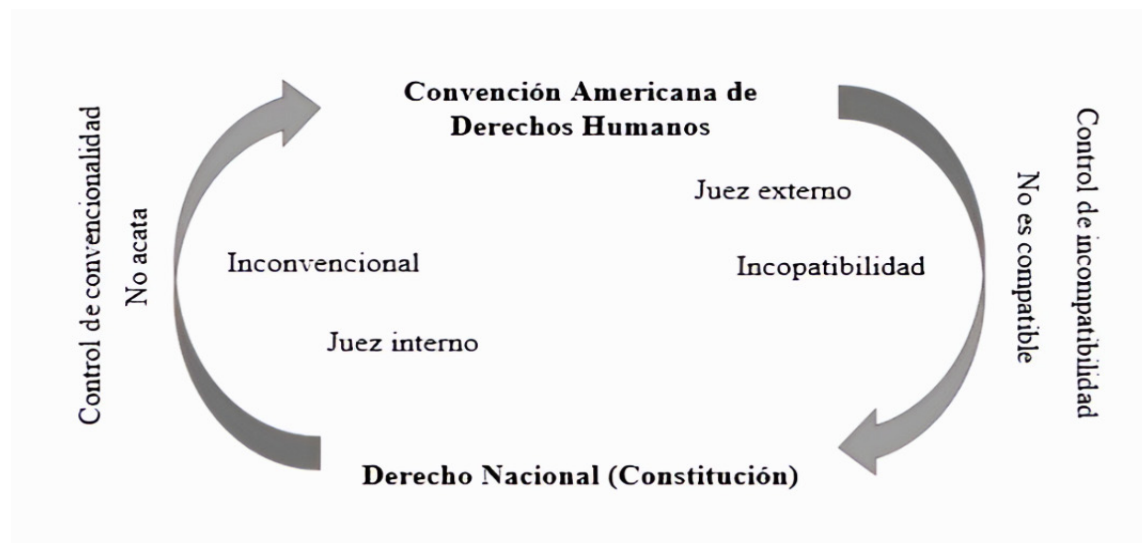
Ahora bien, llevando esto al campo latinoamericano y poniendo el caso anterior de paralelo, se puede entender que el control de compatibilidad como concepto es la acción que poseen los jueces de declarar incongruencias acerca de la normatividad interna frente a la externa en materia de derechos humanos. No obstante, esto, la compatibilidad solo existe y puede aplicarse cuando la Convención o el derecho comunitario se hacen presentes es, decir, formas parte del control de convencionalidad concentrado o difuso de un sistema normativo.

En el caso colombiano, este debate se encuentra resuelto al implementar en su marco constitucional la figura del *bloque de constitucionalidad*, la cual evita la declaratoria de incompatibilidad por parte de un juez interno, pero sí permite la declaratoria de inconvencionalidad por inaplicación de la norma internacional.

CONCLUSIONES

A manera de colofón y dando respuesta a los interrogantes expuestos a lo largo de este escrito, es procedente afirmar que el control de compatibilidad, si bien obra como figura jurídica más antigua al control de convencionalidad para hacer efectivo el *judicial review* y el *Judicial precedent*, no forma parte de la dogmática jurídica sino hasta la entrada en vigencia de los sistemas de Derechos Humanos, ya sea este el europeo o el latinoamericano. Es decir, el control de compatibilidad hace parte del control de convencionalidad de manera íntegra, no como un elemento o una característica, sino como una forma de materializar la revisión judicial.

Figura. Esquema de interpretación del control de compatibilidad respecto de la convención



Fuente: elaboración propia.

Es claro que se este control es un verdadero control, toda vez que posee los elementos que lo permiten diferenciar del control de convencionalidad, sin que esto represente independencia uno de otro. Posee una acción determinada, así como un sujeto o entidad que le permitan efectuar dicha acción, existe el parámetro de actuación que es la compatibilidad o incompatibilidad de una norma nacional respecto de otra internacional, el objeto, que es el anteriormente señalado, y una norma habilitante, la cual dependiendo del sistema jurídico del Estado es aplicable.

Respecto del último elemento y del sujeto que realiza tal acción, como se vio en el segundo título con base en los casos, es dable señalar que, si bien todos aplican en su extremo el control de convencionalidad, también hacen un análisis de compatibilidad e incompatibilidad, lo cual permite concluir que el sujeto o entidad encargada de declarar esto en los sistemas latinoamericanos es la Corte IDH, puesto que bajo los principios de la Convención de Viena, el análisis que resultare haciendo dicho tribunal supranacional podría llegar a ser incluso inconvencional –lo cual taja sobre la legalidad o validez de una norma–; y en ultimas, da claridad sobre cómo el control difuso de un Estado no le da la competencia o la validez para declarar incompatible una norma respecto de otra, pero sí para declarar la inconvencionalidad de esta, estando únicamente legitimado para decidir sobre su convencionalidad o inconvencionalidad normativa.

REFERENCIAS

- Acosta Alvarado, P. A. (2015). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Universidad Externado de Colombia.
- Acosta Alvarado, P. A. (2016). Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 15-60.
- Ángel, J. y Lascarro, C. (2014). *Derecho, Estado y Sociedad*. Universidad Libre de Colombia.
- Aular de Durán, J. (2013). Aproximación teórica al estudio de los derechos humanos fundamentales. *Advocatus*, 20, 141-156. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/view/3524>
- Benavides Casals, M. R., (2017) *Control de compatibilidad y el control de convencionalidad*. Universidad Finis Terrae.
- Bernal, C. (2006.). *El neoconstitucionalismo a debate*. Universidad Externado de Colombia.
- Bogdanor, V. (2009) *El nuevo Derecho Británico*. Hart.
- Botero Gómez, S. (2021) Neoliberalismo, globalización y empresas transnacionales: una revisión de sus implicaciones en materia de derechos humanos. *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, 2 (2), 32 - 60.
- Brewer-Carías, A. R. y Santofimio Gamboa, J. O. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia.

- Burbano Padilla, K. M. (2017). Mecanismos jurídicos que garantizan el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Colombia. *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales latinoamericanas*, 7 (16), 43 - 74.
- Caballero Palomino, S. A., Cruz Cadena, K. Y. y Torres Bayona, D. F. (2020). Convencionalidad de las garantías judiciales y protección judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia. *Advocatus*, 35, 157-177. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6903>
- Caballero Palomino, S. A., Cruz Cadena, K. Y. y Torres Bayona, D. F. (2020). Convencionalidad de las garantías judiciales y protección judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia. *Advocatus*, 35, 167-195.
- Caballero Palomino, S. A., Cruz Cadena, K. Y. y Vásquez Gualdrón, L. (enero - junio 2020). Alcance del control difuso de convencionalidad en las providencias judiciales en Colombia. *Advocatus*, 34, 43-58.
- Caballero Palomino, S. L. y Lascarro Castellar, D. (2019). Emancipación, hegemonía y autonomía relativa del derecho. *Revista Legem* 5 (1):1-22. <https://doi.org/10.15648/legem.1.2019.2330>.
- Caballero Palomino, S. A., Cruz Cadena, K. Y., & Torres Bayona, D. F. (2018). Derechos humanos emergentes: ¿nuevos derechos? *Advocatus*, 15(30), 125-131. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.30.5050>.
- Caballero Palomino, S. A., Cruz Cadena, K. Y., & Torres Bayona, D. F. (2020). Convencionalidad de las garantías judiciales y protección judicial en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos sobre Colombia. *Advocatus*, 35, 157-177. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6903>
- Caballero, S., Cruz, K., Vásquez, L. y Moreno, M. (2020). Alcance del Control Difuso de Convencionalidad en las Providencias Judiciales en Colombia. *Advocatus*, 34, 43-58.
- Cabrera-Suárez, L. A. (2014). El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en Colombia. *DIXI*, 16(19). <https://doi.org/10.16925/di.v16i19.732>
- Calderón Ortega, M. A. y Agudelo Ibáñez, S. J. (2016). Control de convencionalidad concentrado sobre actos de la asamblea constituyente en Colombia. *Advocatus*, 14(27), 83-104. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.27.926>
- Cantor, R. (2008). Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos. Editorial Porrúa.
- Carnota, W. F. (2016) La diferencia entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad. *Anurio Iberoamericano de Justicia Constitucional* (pp. 51 - 66).
- Castilla Juárez, Karlos A. (2013). ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 13, (pp. 51-97).
- Castilla Juárez, K. (2014) ¿Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional?, *Revista Derecho del Estado* n.º 33, (pp. 149-172).
- Ciudad Pérez, J. P. (2020) Seguridad y neoliberalismo ¿Cómo se construyen las sociedades de control? *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, 1 (1), 372-396.

- Clinton, R. (1989). *Precedent as Mythology: The Case of Marbury v. Madison*. Washington, D.C.: Yearbook of the Supreme Court Historical Society.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (14 de octubre de 2014). *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de marzo de 2013). *Caso Gelman vs. Uruguay*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de noviembre de 2012). *Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de octubre de 2007). *Boyce vs. Barbados*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2010). *Gómez Lund y otros vs. Brasil*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de noviembre de 2010). *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de septiembre de 2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de enero de 2014). *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de agosto de 2014). Opinión consultiva 21/14. *Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el Contexto de la Migración y/o Necesidad de Protección Internacional*. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de febrero de 2016). Opinión consultiva 21/6. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos*. San José, Costa Rica.
- Cruz Cadena, K. Y., Caballero Palomino, S. A., Vásquez Gualdron, L., Moreno Ortiz, M. (2020). Alcance del Control difuso de convencionalidad en las providencias judiciales en Colombia. *Advocatus*, 34, 37-46.
- Cubides, J., Chacón, T., & Martínez Lazcano, A. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Academia & Derecho*, 6 (11), 53-94
- Carrasco-Soulé, H., Castro-Buitrago, C. E., Chacón-Triana, N. M., Martínez-Lazcano, A. J., Pinilla-Malagón, J. E., Reyes-García, D. I., Sánchez-Baquero, M. N. y Sierra-Zamora, P. A. (2016). *El control de convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Universidad Católica de Colombia. <http://hdl.handle.net/10983/14400>
- Dicey, A. V. (1996). *Introducción al estudio del Derecho Constitucional*. Macmillan.
- Eljach Pacheco, J. G. (2016). Decisiones políticas y la eficacia de los derechos fundamentales en Colombia. *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 7 (14), 57-78.
- Elliot, M. (2004). La soberanía parlamentaria bajo presión. *Diario Internacional de Derecho Constitucional*, 2, 3.

- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Ferrer, M. (2008). *Derecho Procesal Constitucional*. Marcial Pons.
- Galán Galindo, A. R. (2016). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia la moral y el derecho. *Novum Jus*, 10(2), 103-118. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.6>
- Galán Galindo, A. R. (2016). Los derechos humanos fundamentados mediante la legitimación y la moral jurídica. *Novum Jus*, 10(1), 31-48. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.2>
- González Morales, F. (2009). *La confrontación de violaciones graves a los derechos humanos en el sistema interamericano*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gutiérrez Ramírez, L. M. (2016). Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa. *Revista IIDH*, vol. 64 ISSN 1015-5074, 239-264.
- Kelsen, H. (1934). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
- Kelsen, H. (2008). ¿Qué es la Justicia? Editorial del Derecho.
- Lascarro Castellar, C., Lascarro Castellar, D. y Caballero Palomino, S. (2019). *Emancipación, hegemonía y autonomía relativa del Derecho*. Legem.
- Llano Franco, J. V. (2016). Pluralismo jurídico, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo: perspectiva desde la ciencia jurídica. *Novum Jus*, 10(1), 49-92. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.3>
- López Medina, D. E. (2013). *El Derecho de los jueces*. Legis.
- Lozano Parra, J.S. y Chacón Campo, D. S. (2020). Operatividad del Control de convencionalidad por vía de excepción: medio de garantía en los procesos judiciales en el Estado colombiano. *Revista Cadena de Cerebros*, 5 (1), 51-60.
- Moncayo Samudio, C. A. (2019) Derechos humanos: ¿De la universalidad a la particularidad? *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 10 (19), 23-38.
- Mora Méndez, J. A. (2018). *Teoría General del Control de Convencionalidad*. En Observatorio de Paz, *Discusiones sobre la Implementación del Acuerdo Final de Paz entre el Estado colombiano y las FARC-EP: Una mirada en perspectiva desde la academia* (pp. 134-178). Universidad Libre.
- Nash Rojas, C. (2013) Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (pp. 489-509).
- Nogueira, H. (2015). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacional, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. *Revista de Derecho Político*, 93, 321-381.

- Nogueira Alcalá, Humberto. (2006). Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano. *Ius et Praxis*, 12(2), 363-384. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200013>
- Olano García, H. A. (2016). *Teoría del Control de Convencionalidad* (pp. 61-94). Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
- Ortiz Riaño, J. A. y Díaz Rodríguez, R. (2017). *El control de convencionalidad en Colombia: una perspectiva jurídica a partir del análisis de fallos proferidos por la Corte Constitucional durante el periodo comprendido entre el año 2013 y el 2016*. Universidad Libre seccional Socorro.
- Pastor Ridruejo, J. A. y Acosta Alvarado, P. A. (2014). *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia.
- Pinho De Oliveira, M. (2021). Breve análisis sobre la tutela de los derechos humanos en el orden constitucional venezolano. *Novum Jus*, 15(2), 153-176. <https://doi.org/10.14718/10.14718/Novum-Jus.2021.15.2.6>
- Pinzón López, H. H. (2017). Reforma constitucional: ¿Límites derivados del control de convencionalidad? *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 6 (15), 155 - 174.
- Quinche Ramírez, M. F. (2008). *Derecho Constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Ibáñez.
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 12, 163-190.
- Rey Cantor, E. (2007). *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal.
- Rey Cantor, E. (2009). Jurisdicción Constitucional y Control de Convencionalidad de las Leyes. Lima. *Memorias del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*.
- Rincón Plazas, E. R. (2013). ¿Cómo Funciona el Control de Convencionalidad?: Definición, Clasificación, Perspectiva y Alcances. *Iter Ad Veritatem*, 11, 197-214.
- Robayo Galvis, W. (2016). *La protección de los derechos laborales y de seguridad social en el sistema interamericano de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia.
- Robayo Galvis, W. (2018). El principio de seguridad jurídica como mecanismo de control de ingreso de las obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico colombiano. En M. Correa, F. Padrón y M. Correa (Eds.), *¿El Estado Constitucional en jaque?* Tomo II: El Estado. Universidad Externado de Colombia.
- Sagues, N. P. (2009). *El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales*. La Ley.

- Santofimio Gamboa, J. O. (2015). *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia.
- Serrano, Y. y Ocando Serrano, H. (2013). El sistema interamericano y los derechos humanos: Elementos para su análisis y comprensión. *Advocatus*, 20, 179-210. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/view/3527>
- Torres, D. (2015). *El Control Difuso de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia a partir de la Sentencia C-600 de 1988 y sus Posteriores Entendimientos*. Trabajo Final de Maestría [sin publicar]. Universidad Externado de Colombia.
- Vela Orbegozo, B., Álvarez, T., Eric. y Labartino, M. (2014). *Lecciones de Derecho Internacional*. Tomo II. Universidad Externado de Colombia.
- Velasco Cano, N. y Llano, J. V. (2016). Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica el garantismo y el comunitarismo. *Novum Jus*, 10(2), 35-55. <https://doi.org/10.14718/Novum-Jus.2016.10.2.2>
- Vesga Niño, S. (2019). *El Neoconstitucionalismo. Influencia en la construcción del Estado Social de Derecho*. Leyer.
- Vila Viña, D. (2020). La formación de un sujeto adecuado para el derecho recuerdo a la obra de Manuel Calvo García. *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, 2(3), 123-145.

Los derechos sociales como garantes de la igualdad en el republicanismo, mediante las acciones afirmativas como mecanismos para la remoción de obstáculos*

*Social Rights as Guarantors of Equality in
Republicanism, through Affirmative Action
as a Mechanism for Removing Obstacles*

YAMID ENRIQUE COTRINA GULFO

Docente de la Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales (UDCA) (Colombia).
cotrinagulfoyamid@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-6197-3103>

MATEO OBREDOR JIMÉNEZ

Egresado del Programa de Derecho de la Universidad del Atlántico (Colombia).
maoobredor@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-3816-7167>

* Artículo de investigación científica presentado como resultado parcial del proyecto “Vivienda de Interés Social Rural en Colombia y Reparación a las Víctimas del conflicto: Seguimiento a los indicadores para superar el Estado de Cosas Inconstitucional de la Sentencia T-025 de 2004”, desde el eje temático “Elementos jurídicos para la justiciabilidad de los derechos sociales”. Del Grupo de Investigación Derecho, Justicia y Ambiente (GIDEJAM), de la Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales (UDCA).

Resumen

En este artículo se analiza la teoría política republicana los derechos sociales, como herramientas para generar condiciones de igualdad material en comunidades que presentan obstáculos al ejercer un goce efectivo de sus derechos. Mediante el análisis enfocado en cómo el republicanismo desarrolla conceptos como la igualdad y los derechos sociales, para así determinar una relación entre ambos, la cual tiene una influencia en la intervención del Estado para la generación de una igualdad real y efectiva. Los derechos sociales son instrumentos que, desde la visión republicana, pueden entenderse como principios generadores de igualdad material, y la intervención del Estado puede ser asumida como garante para el goce efectivo de ciertas comunidades históricamente marginadas y discriminadas.

PALABRAS CLAVE

Derechos sociales y económicos, igualdad de oportunidades, inclusión social, liberalismo, teoría política.

Abstract

This article analyzes, from the republican political theory, the social rights as tools to generate conditions of material equality in communities that present obstacles to the effective enjoyment of their rights. Through the analysis focused on how republicanism understands concepts such as equality and social rights to determine the relationship between them, which has an influence on the State intervention concerning real and effective equality. Social rights are instruments that, from the republican vision, can be understood as principles that generate material equality, and the State intervention can be assumed as a guarantor of the effective enjoyment of certain historically marginalized and discriminated communities.

KEYWORDS

Social and economic rights, equal opportunities, social inclusion, liberalism, political theory.

INTRODUCCIÓN

Los derechos sociales, como criterio generador de igualdad, cuentan con el reto que implica su justiciabilidad propia de la dimensión objetiva de los derechos; en la que el Estado, mediante su intervención, remueve obstáculos para el goce efectivo de estas pretensiones morales jurídicadas. Desde la visión positivista de los derechos subjetivos se encuentran argumentos que atacan la concepción de justiciables de los derechos sociales, entre ellos: la erogación presupuestaria, la naturaleza programática e, incluso, la atribución del desarrollo de estos a la libertad de configuración legislativa. Desde una perspectiva esencialista, entre los valores metajurídicos sobre los que tiene fundamento el actual Estado de derecho se destacan la libertad y la igualdad. La libertad se expresa principalmente en la garantía de los derechos civiles y políticos, mientras que la igualdad se materializa en la protección y desarrollo de los derechos sociales.

La libertad republicana, en este caso, parte de la facultad intervencionista del Estado de “remover los obstáculos” que impiden el goce efectivo de los derechos sociales, los cuales requieren de una fuerte destinación de recursos e iniciativas por parte de los gobiernos. Esta dimensión objetiva, propia de la libertad positiva, se considera como el fundamento iusfilosófico de las medidas de igualación positiva del Estado frente a poblaciones expuestas a condiciones de vulnerabilidad que la igualdad formal no es capaz por sí misma de corregir.

Las dinámicas sociales pueden influir en la imposición de sesgos ante el goce efectivo de los derechos de las personas, bien sea por factores inherentes, identitarios o adquiridos. En este punto, es el derecho mediante los mecanismos de intervención contenidos en las acciones afirmativas, remueve esos obstáculos en el camino a la igualdad material de ciertas personas que por circunstancias diversas han sido sujetos de opresión por discriminación.

Los derechos sociales serán entonces entendidos como derechos exigibles y justiciables en su goce efectivo mediante acciones del Estado, con el fin de garantizar la igualdad material de grupos poblacionales específicos. Lo anterior, además de ser un rasgo del republicanismo en el actual modelo de Estado, es producto de la intervención propia de la libertad positiva, relacionada con la dimensión objetiva de los derechos.

METODOLOGÍA

Esta investigación de tipo descriptiva analiza el concepto de igualdad, en paralelo al de libertad positiva, rasgo de la teoría política republicana en el Estado de derecho como actual paradigma político. Lo anterior se sustenta en la prevalencia del interés general, la intervención mediante acciones afirmativas en procura del goce efectivo de los derechos constitucionales de las

poblaciones históricamente marginadas y discriminadas. Teniendo en cuenta la igualdad material, como medida de corrección de las circunstancias de marginación generadas por la igualdad formal, ante la falta de medidas de carácter intervencionista hacia poblaciones expuestas a condiciones de vulnerabilidad. Es por ello que se analizan los ajustes razonables, acciones afirmativas y discriminación positiva, bajo la lógica de la remoción de obstáculos, como fundamento iusfilosófico de la igualdad material.

LA IGUALDAD: UN OBJETIVO REPUBLICANO

Uno de los rasgos más importantes del pensamiento republicano es la prevalencia del interés general (Kant, 2012), apoyándose en la voluntad mayoritaria. Por otro lado, el liberalismo no admite dicha concepción por razones de una amenaza llamada “la tiranía de la mayoría” (Gargarella, 1999). Este concepto viene de tiempo atrás, debido a la formación de grupos numerosos en los congresos, donde muy probablemente estos atentarían contra la defensa de los derechos individuales de los ciudadanos, imponiendo sus intereses.

Hamilton et al. (2001) argumentan que “Si una mayoría se une por obra de un interés común, los derechos de la minoría estarán en peligro” (p. 203). Con ello ponen de relieve la amenaza que pueden representar las facciones mayoritarias, en tanto que tienen la capacidad de imponer sus intereses sobre las minorías, sin que exista un contrapeso efectivo que las limite. Es por esa razón que se objeta una posición más apegada a los Gobiernos representativos, donde pocos sean los que ostenten el poder y que representen a las personas en cada Parlamento. El liberalismo promueve, entonces, que los ciudadanos se alejen de la esfera pública para liberar de presiones e influencias a los que gobiernan.

En contraste con lo anterior, el republicanismo se opone a estos postulados liberales argumentando como “males” causados por dichas políticas: el Estado alienado de las personas, consecuencia del aislamiento de los ciudadanos para que tuvieran poca influencia sobre la vida política y económica. El republicanismo reprocha esta actitud del liberalismo por hacer a un lado características de las personas que, a fin de cuentas, pueden resultar útiles para una vida pública más eficiente (Gargarella, 2005). A lo que este se inclina es por la construcción de una sociedad hecha por la misma voluntad de la gente o, en simples palabras: un autogobierno.

Gargarella (2005) explica un rasgo importante de las dos teorías anteriormente mencionadas: “el republicanismo objeta al contenido insuficientemente igualitario del liberalismo” (p. 180). Dando a entender que tanto el liberalismo como el republicanismo tienen un concepto de igualdad diferente el uno del otro; el primero parte del supuesto de que todas las personas nacen libres

e iguales; mientras que el republicanismo tiene en cuenta que esta consigna de igualdad formal es insuficiente para los verdaderos retos que representan las desigualdades en la ciudadanía.

Este concepto de igualdad en el republicanismo puede ser comprendido, a su vez, con el de libertad positiva de Berlin (2005), el cual establece un ámbito de intervencionismo en la vida de las personas para un pleno desarrollo de su propia personalidad sin intervenciones externas, con excepción de aquellas que tengan fundamento en el interés general, contempladas como límites del derecho. Sin embargo, ¿qué metas se pueden trazar si las prestaciones para la materialización de estos anhelos no son garantizadas? En este momento, el Estado dejaría la actitud de no intervención en la vida de los ciudadanos –perteneciente a la visión liberal– para suplir dichas necesidades.

En ese orden de ideas, de acuerdo con Maslow (1943), pueden ser entendidas como “necesidades de mantenimiento”. Aquellas que, si bien no son igual de vitales como las “radicales”, las cuales tienen un carácter más individual, constituyen una necesidad que ya no dependería del individuo, sino, como menciona Cotrina (2020): “Maslow definía estas necesidades también como aquellas de afiliación y afecto, en la que el individuo expresa su necesidad de relacionarse con los otros y ser parte de una comunidad” (p. 90). De acuerdo con lo anterior, podría decirse también que son necesidades que tienen un factor determinante: el entorno social del individuo.

En ese sentido, las anteriores necesidades postuladas por Maslow son el fundamento de los derechos sociales, las cuales recobran la importancia de la visión republicana en un Estado democrático por la igualdad como valor metajurídico. Los derechos sociales tienen como objetivo la vida digna de las personas y garantizar el pleno ejercicio de las libertades (Mateos, 2010). Las desigualdades sociales son un obstáculo que imposibilita a los ciudadanos el alcance de su libertad positiva, por lo que los derechos sociales para el Estado republicano toman un rol importante para que pueda generar una igualdad real y efectiva.

Debido a la importancia que suponen estos derechos para el Estado republicano, debe tener una especial relevancia, como lo menciona Añón (2002): “Los derechos sociales son especialmente sensibles a las necesidades humanas, y como garantía de igualdad proporcionan razones para justificar una atención diferenciada en aquellos supuestos en que las desigualdades derivan de situaciones sobre las que las personas no tienen control” (p. 6). Los derechos sociales se tornarían en mecanismos que el Estado, desde la teoría política republicana, puede emplear para garantizar la igualdad material, con el objetivo de generar el goce efectivo de los derechos y las libertades de los ciudadanos.

La importancia de los derechos sociales puede ser entendida con la siguiente cita de Aristóteles (2014): “Y es bien raro pensar en una persona feliz como una persona solitaria, pues el ser humano es una criatura social y está naturalmente dispuesto a vivir junto a otros” (p. 277). Es decir, las personas no pueden siempre encargarse de sus necesidades por sí mismas, sino que la ayuda de su entorno es clave para su realización.

Por otro lado, se puede hablar de los derechos sociales como derechos prestacionales, es decir: “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares” (Alexy, 1993, p. 482). La cita explicaría, entonces, que estos derechos son una garantía que los ciudadanos tienen para la realización de necesidades frente al Estado desde la perspectiva de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

El rasgo de los derechos prestacionales, de constituirse como garantía para la resolución de desigualdades sociales, es lo que hace que la justiciabilidad de los derechos sociales sea equiparable con la búsqueda de la igualdad material (Sanchís, 1995). Aunado a lo anterior, la materialización de la igualdad, la cual representa un objetivo que la sociedad republicana quiere alcanzar, el Estado debe poner en marcha mecanismos que sean conducentes para garantizar que estos derechos sociales sean implementados y puestos al alcance de los ciudadanos.

Llegado este punto, se puede notar que hay una estrecha relación entre la libertad positiva y los derechos sociales, en cuanto que estos derechos solo pueden ser satisfechos a través de la garantía de la libertad positiva de los ciudadanos, y para garantizar dicha libertad, el Estado debe abandonar su posición de neutralidad para intervenir en la vida de los ciudadanos, y así, poder efectuar la satisfacción de estas necesidades de mantenimiento de las personas.

En comparación con el liberalismo, que parte de una igualdad formal, el republicanismo entiende que este plano no es suficiente, al involucrarse con los conceptos de igualdad material y formal. El republicanismo comprende que el reconocimiento de una igualdad formal –igualdad ante la ley– puede resultar insuficiente si la igualdad material –igualdad en la ley– no está garantizada.

En definitiva, el republicanismo, como teoría política, sostiene que uno de sus objetivos, la igualdad, no se puede alcanzar únicamente garantizando las libertades de cada uno de los ciudadanos, sino que es necesario el accionar del Estado para las condiciones de igualdad, que se generan mediante la remoción de obstáculos para que ciertas comunidades que, por motivos de discriminación directa o indirecta, representen impedimentos para el goce efectivo a estas pretensiones morales juridificadas.

LA IGUALDAD COMO GARANTE DE LA LIBERTAD EN EL REPUBLICANISMO

La igualdad, como una de las finalidades principales del republicanismo, no implica que este sea un objetivo cerrado y sin trascendencia en el contexto de la política social de un Estado. La libertad también es un rasgo presente en esta teoría política y que garantiza la igualdad por medio de las herramientas ya planteadas: el goce de las libertades se haría más efectivo para muchos más titulares.

La Libertad republicana como la no dominación

Como se pudo evidenciar anteriormente, el republicanismo emplea un desarrollo de los conceptos diferentes a los del liberalismo, y la libertad no es la excepción. Mientras que los liberales manejan un concepto de no intervención del Estado –también puede clasificarse como una libertad negativa–, Pettit (1999) hace una crítica a la concepción ‘berliniana’, alegando que estas dos libertades pueden parecer parcialmente reduccionista, pues excluyen la introducción de otro tipo de libertad: la no dominación.

Pettit entiende la libertad negativa como la de ausencia de intervención, y la libertad positiva como la de autodominio, sin embargo, hace la aclaración de que ambas no son equivalentes (De Robles, 2010). Por tanto, plantea el tercer concepto de libertad como una ausencia, pero de dominación, y no específicamente de intervención (Pettit, 1999); concepto heredado de los republicanos clásicos, que definían la libertad como ausencia de esclavitud.

Pettit, al definir la libertad como ausencia de dominio, pretende que esta libertad sea respetada y garantizada a través de todos los mecanismos que disponga el Estado y no se acepte una intervención arbitraria en la vida de los ciudadanos que provenga de sus instituciones (Martins, 2002), sino que siempre atienda a un concepto de bienestar general.

El autor hace la interpretación, entendiendo que puede haber intervención sin dominación y, al contrario de esto, intervención que se hace con un fin legítimo para los ciudadanos. En definitiva, el concepto de libertad de Pettit expresa una libertad en la que la interferencia –claramente no arbitraria– no deslegitima la libertad de los individuos, sino que, por el contrario, la garantiza y la materializa para el ejercicio efectivo de la libertad de cada persona.

Se puede formular entonces la siguiente pregunta: ¿el intervencionismo hace parte entonces de la libertad de las personas? En efecto, la intervención en la vida de las personas es en principio, la evidencia de que dicho Estado aspira a que sus ciudadanos sean libres y puedan ejercer un goce efectivo de las libertades.

La igualdad y la libertad en el republicanismo

A través del intervencionismo estatal, el cual pone en función mecanismos para promover la igualdad material, este objetivo republicano también ejercería una función como garante de las libertades de los individuos, ya que dicha intervención se efectúa a través de la implementación de los derechos sociales en la vida de los ciudadanos. Si bien el republicanismo reprocha muchas ideas liberales, es importante mencionar el liberalismo igualitario, expuesto por Rawls (1999), quien explica que los derechos sociales promueven que la libertad sea ejercida por todas las personas. En ese sentido, la igualdad también actúa como garante de la libertad de los ciudadanos.

Esta rama de la teoría política liberal, debido a las ideas que postulan el liberalismo igualitario, puede resultar muy provechosa para la construcción de una sociedad republicana. Es necesario dar solución a las problemáticas que encuentra el republicanismo con el liberalismo igualitario, para que en el aprovechamiento de esta teoría política se haga también uso de las ideas rawlsianas en aras de un republicanismo liberal. Una de las objeciones que hace el republicanismo al liberalismo igualitario es que este es indiferente a las condiciones para alcanzar la justicia social y defender los derechos. No obstante, Hernández (2005) menciona que “Rawls argumenta que una condición de posibilidad de una sociedad justa es que los ciudadanos posean un sentido efectivo de la justicia y, en particular, un deseo de orden superior para vivir de acuerdo con los principios de justicia” (p. 217). Es decir, Rawls reconocía que para construir una sociedad justa es necesario tener condiciones para la creación de la misma.

Otra de las objeciones que le hace el republicanismo al liberalismo igualitario es su supuesto desinterés en la importancia de los deberes de la ciudadanía. Ante esto, Hernández (2005) también argumenta que:

Kymlicka sostiene que el liberalismo igualitario considera que el mejor modo de alcanzar los derechos y la justicia social, o quizás el único, es el desarrollo de sociedades que posean algunos tipos de identidades comunales, virtudes cívicas y un umbral aceptable de ciudadanía activa. (p. 218)

Menciona que Rawls, en consonancia con las ideas de Kymlicka, veía como un factor importante la orientación de los ciudadanos por el deber cívico, para que su actuar se dé en los límites que la constitución del Estado propone.

Como se puede observar, varias objeciones republicanas al liberalismo igualitario pueden ser resueltas si se hace un análisis concreto de lo que esta teoría política propone; ambas, al fin y al cabo, pretenden más participación ciudadana, con el fin de que puedan *tomar las riendas* del futuro de su propia comunidad, o también como se dijo anteriormente: un autogobierno.

Siguiendo con el desarrollo de lo expuesto anteriormente, la garantía de la libertad a través de la igualdad material puede contemplarse desde el goce efectivo de los derechos fundamentales. Si no se generan condiciones de igualdad que satisfagan las necesidades de la población, las libertades pasarían a entenderse como un privilegio; al no existir garantías para el ejercicio de las libertades, estas mismas pasarían a depender de la capacidad de cada individuo, por lo que la materialización de dichas libertades se limitaría solo a un reducido grupo de personas en la sociedad.

Tal y como se mencionó anteriormente, hay que resaltar que los derechos sociales también harían parte del proceso de la garantía de las libertades de los individuos; los derechos sociales pueden equipararse entonces con la materialización de la igualdad y, a su vez, con la de las libertades, que harían parte de los derechos civiles y políticos o derechos liberales (Cabrera y Chacón, 2020, p. 119).

Cinco argumentos que representan obstáculos en la justiciabilidad de los derechos sociales

La justiciabilidad de los derechos sociales ha sido un reto para alcanzar su goce efectivo; Espino (2017) presenta cinco de argumentos clásicos que se posicionan en contra de su justiciabilidad por diferentes razones.

Uno de los argumentos que se presentan en contra de los derechos sociales es la imposibilidad de un carácter subjetivo de los mismos. Ahora, partiendo de la concepción kelseniana de los derechos, estos tienen un carácter subjetivo, lo que significa que pertenecen a un sujeto, característica que se encuentra en los derechos civiles y políticos. Sin embargo, en los derechos sociales, la subjetividad de estos cambia, debido a que no pertenecen a un solo sujeto, dada su naturaleza colectiva, y en principio, tal subjetividad comenzaría a desvanecerse, en el sentido de que su exigibilidad se perdería (Atria, 2014).

Ante este argumento hay que poner de manifiesto una contradicción inicial a esta y es que los derechos sociales sí tienen un carácter subjetivo, si se parte de la perspectiva neoconstitucional, la cual propone un concepto sobre el derecho subjetivo que se podría llamar ‘actualizado’. Arango (2012) afirma que los derechos sociales deben ser entendidos como relaciones normativas, para las cuales existe una justificación de su existencia y que el no reconocimiento y defensa de los mismos surten efectos negativos sobre los titulares. Es decir que, si bien los derechos sociales no se ajustan al concepto clásico positivista de los derechos, la evolución en esta materia inserta los derechos sociales en un marco mucho más conveniente, con un carácter más vinculante, en relación con la exigibilidad de estos frente al Estado.

El siguiente argumento está estrechamente ligado al anterior, se centra en que los derechos sociales no son derechos positivos. El paradigma positivista menciona que las normas de derechos pertenecientes a un individuo o a un grupo de estos pueden ser reducidas a una simple relación de deberes entre uno o más sujetos. Aguiló (2007) afirma, entonces, que “derechos y deberes son, pues, correlativos” (p. 670). Es decir, que sin un deber predeterminado el derecho no existe. Por lo tanto, los derechos sociales, al no poseer un sujeto determinado, el iuspositivismo los declararía como normas indeterminadas y, por consiguiente, su categorización como derechos positivos sería inválida.

Al observar este dilema bajo un paradigma neoconstitucional, el análisis da un resultado contrario. Si bien se establece una correlación entre derecho y deber, Aguiló (2007) también afirma que esta solo encaja dentro de un marco regulatorio, pues al pasar dicha relación a términos justificativos, esa vinculación se pierde. Es así como establece que: “El «reconocimiento» de derechos justifica la «imposición» de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos” (p. 671). Es así como se puede contradecir el argumento inicial y postular que los derechos sociales sí son derechos positivos independientemente de si el Estado ha creado los mecanismos necesarios para el ejercicio de estos (Espino, 2017).

El siguiente argumento por tratar es la fuerte erogación presupuestaria que requieren los derechos sociales para su garantía. Bustos (2012) menciona que la dependencia de los derechos sociales a una erogación presupuestaria debilita su eficacia jurídica y se condiciona a la situación económica de cada Estado. Es decir, si el presupuesto destinado para suplir la necesidad de un derecho es insuficiente en relación con las personas destinadas, el efecto jurídico esperado se verá disminuido.

Pisarello (2007) también establece que: “Los derechos sociales, en cambio, serían ante todo derechos positivos, costosos, y condicionados en su realización a la ineluctable reserva de lo económicamente posible o razonable” (p. 59). Es decir, la eficacia esperada de los derechos sociales estará estrechamente vinculada al presupuesto que se destine para la satisfacción de los mismos.

No obstante, Holmes y Sustain (2000) determinaron que todos los derechos fundamentales también requieren de un presupuesto destinado a su satisfacción; es decir, que no solo los derechos sociales requieren de un accionar en materia económica por parte del Estado, sino que todas las pretensiones morales juridificadas también la requieren para que sean ejecutadas. Es por ello que, si bien la concreción de los derechos sociales necesita un grado más alto de presupuesto, al fin y al cabo, los derechos fundamentales necesitan de una asignación destinada para su garantía.

El cuarto argumento por tratar es la libertad que posee el legislador en materia de derechos sociales. Según el pensamiento de Hayek (2006), al determinar los derechos sociales como aspiraciones de un Estado, estos, al ser catalogados como programáticos, recaerían en la voluntad del legislador. Böckenförde (1993) afirma que: “si se encomendara al juez la aplicación inmediata de derechos fundamentales sociales mediante la concesión de pretensiones jurídicas concretas y reclamables, debería desempeñar al mismo tiempo el papel del legislador y del administrador” (p. 78). Partiendo de la visión positivista, los derechos sociales al representar una indeterminación de sujetos, la plena ejecución recae sobre el legislador, por lo que el desarrollo de políticas públicas y demás fines estarían a su libre discrecionalidad.

Analizando la problemática desde una visión neoconstitucional, se afirma que es necesario el aporte del poder legislativo, pues Pisarello (2007) explica que los derechos sociales, al ser derechos de configuración legal, su eficacia recae sobre la intervención legislativa. Sin embargo, Bastida (2006) afirma que el mismo legislador está limitado por la Constitución, la cual preserva los derechos fundamentales de cualquier actuar que signifique una vulneración proveniente ya sea de normas infraconstitucionales o del actuar del legislador.

El quinto y último argumento trata sobre la falta de garantías jurisdiccionales para la justiciabilidad de estos derechos. Esta falta de garantías es consecuencia del desarrollo impulsado por el primer constitucionalismo, en el que la perspectiva de estos derechos sociales era de carácter programático, como se mencionó anteriormente. Esta influencia de pensamiento positivo-liberal también se evidencia, como destaca Espino (2017), en la declaración de los tratados internacionales, en los que surgen los derechos sociales. Abramovich y Courtis (2002) mencionan que muchas de las acciones jurídicas eran para la exclusiva promoción de los derechos civiles y políticos.

Este argumento se puede definir como una consecuencia de las apreciaciones que el positivismo jurídico había tenido sobre los derechos sociales para defender su “no justiciabilidad” este cae por sí mismo. Sin embargo, Pisarello (2007) afirma que la consagración de los derechos sociales como fundamentales obliga a que se creen mecanismos para su protección. La ausencia de garantías para la concreción de los derechos sociales, Ferrajoli (2016) la califica como “(...) una laguna estructural, esto es, como un vicio generado por una violación por omisión que el ordenamiento debe corregir y la ciencia jurídica denunciar” (p. 61). Es decir, que la falta de garantías jurisdiccionales para los derechos sociales debe ser solucionada de inmediato y concretar los mecanismos que se llevarán a cabo para su materialización.

Por último, estos cinco argumentos presentados dan a entender el fuerte pasado positivista al que los derechos sociales han estado ligados por mucho tiempo; es por ello que el republicanismo

no puede asumir esta visión de derechos de “imposible garantía”, pues la materialización de la igualdad, como valor metajurídico que se le atribuye, está estrechamente ligado a la garantía de estos derechos. Teniendo en cuenta su vinculación con el alcance de la libertad positiva para los ciudadanos.

REMOCIÓN DE OBSTÁCULOS FRENTE A LA IGUALDAD MATERIAL COMO PUNTO DE LLEGADA

El republicanismo, al comprender que la igualdad real no se puede alcanzar garantizando únicamente la igualdad formal, reconoce una serie de obstáculos que ponen en riesgo el goce efectivo de las libertades y los derechos de las personas; por lo tanto, el Estado, al intervenir de manera positiva, busca la remoción de dichos impedimentos. Barranco (2001) afirma que “cuando el Estado actúa para salvaguardar los derechos, resulta fácil justificar que se trate de hacer efectivo el derecho fundamental con independencia de que estén en juego posiciones subjetivas” (p. 211). Dando a entender que, al intervenir en la ciudadanía, se busca blindar de actuaciones directas o indirectas que impidan el goce efectivo de los derechos.

Según teóricos del republicanismo, el interés general en los Estados de derecho puede ser evidenciado a través de las políticas enfocadas hacia el beneficio de los ciudadanos (Christodoulidis, 2001). Esta finalidad también debe tener en cuenta a aquellas poblaciones que presentan obstáculos (ya sea por factores inherentes, identitarios y/o adquiridos) al ejercer un goce efectivo de sus derechos. Por lo tanto, el trato para este conjunto de personas debe ser diferente al del resto que no presenta las mismas limitaciones.

La finalidad de remover obstáculos tiene concordancia con una de las líneas evolutivas de los derechos: el proceso de especificación, propuesto por Bobbio (1987), quien se refería a este como “el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos” (p. 109). Afirmando entonces que, a través de este proceso, se busca recalcar no solo la generalización de los titulares de derecho, sino también que dichos titulares puedan gozar de sus derechos sin tener obstáculos que los limiten.

El proceso de especificación asume un rol importante en la garantía de los derechos. A través de este se puede obtener una visión mucho más pertinente sobre las condiciones en las que una persona o población se encuentra (De Asís, 2006). Se puede hablar de este proceso como un mecanismo para la generación de igualdad en sentido material, en el que “el Derecho sólo va a ser necesario para intervenir en aquellos casos en los que los bienes no son satisfechos, bien por la actuación de terceros bien por cualquier otro motivo” (p. 40). Es decir, que la actuación del Estado deberá ir enfocada a prevenir impedimentos en el disfrute de los derechos.

La necesidad de hacer una discriminación positiva surge como complemento de la anterior concepción positivista de igualdad formal, en la que se recalca la imposibilidad del derecho para hacer una discriminación, debido a su indeterminación. Esta concepción positivista produce dificultades para colectivos que presentan limitaciones, al no tener políticas que tengan como objetivo que estos alcancen el goce efectivo de sus derechos. Kennedy (2006) postulaba que:

Los derechos se definían usualmente en términos de igualdad, pero igualdad en un sentido especial. No involucraban una demanda por la igualdad en la distribución de los recursos o la riqueza entre las clases sociales, las regiones o comunidades, sino más bien una “igual protección” para los miembros individuales de grupos sociales previamente subordinados. (p. 51)

En resumen, la igualdad formal resulta ser insuficiente ante problemáticas más profundas en las que la indeterminación de la norma no toma en cuenta las condiciones materiales en las que un sujeto o colectivo se encuentra.

Respecto de estos impedimentos, Heller (1985) se refiere a ellos como la consecuencia de la igualdad formal aplicada en situaciones de desigualdad, generando un “derecho material desigual” (p. 322). Exponiendo así que la mera aplicación de la igualdad formal resulta prejuiciosa en contextos de comunidades excluidas. Es necesario entonces que se haga una interpretación del principio de igualdad desde una visión material para que suponga “(...) La exigencia de que sea el Estado el encargado de hacer realidad este principio” (Cuenca, 1994, p. 270). No solo haciendo referencia a que el Estado no dicte normas que promuevan la discriminación, sino que también tome las medidas necesarias para que no se siga cometiendo.

Además de la imposibilidad de discriminar sujetos en la igualdad formal, en su paso al goce efectivo de los derechos, se presentan en el plano material tres sesgos que imposibilitan su realización, que exponen a las personas a una condición de vulnerabilidad, que puede ser incluso múltiple cuando concurren varios criterios en el caso de la interseccionalidad: factores inherentes, factores identitarios y factores adquiridos. El primero hace distinción de los rasgos que pertenecen a las personas (como la etnia, la nacionalidad y discapacidades congénitas); el segundo explica sobre las expresiones e identidades de género, y el tercero a características que por circunstancias sobrevenidas que adquirieron discapacidades o incluso personas que cayeron en la pobreza.

Los sesgos se relacionan de manera estrecha con las cinco caras de la opresión establecidas por Young (2000): explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia. Este trabajo se vincula con la interseccionalidad, de la que habla Crenshaw et al. (2013), la cual hace la representación de un análisis de las diferentes formas de vulneración de los derechos de las personas; en la que los factores anteriormente mencionados coexisten entre sí al momento

de ser sujetos de opresión, dando paso a una especie de *capas de vulnerabilidad* de determinados colectivos.

Se relaciona con la postulación de los anteriores sesgos cuando una persona que posee al menos los tres factores (por ejemplo, una persona afrodescendiente, transexual y con discapacidad motora) pasa a ser sujeto altamente vulnerable de opresión.

Por medio de las acciones afirmativas se busca la transformación de la realidad social en la que el derecho se encuentra, intentando adoptar la estructura social para que las normas se desarrollen de forma óptima (García, 1999); el Estado de derecho adoptaría tres de estas medidas: las medidas de igualación, discriminación positiva y ajustes razonables. Las medidas de igualación están orientadas a la reducción de las desigualdades presentes en la realidad de la vida de los individuos, con el objetivo de mejorar las condiciones que un colectivo o sujeto presente (García, 1999). La discriminación positiva estaría enfocada en el contenido insuficiente que representa la igualdad formal, implementando medidas *aparentemente desigualitarias* para apoyar a ciertas poblaciones en condiciones de vulnerabilidad (De Vega, 1988). Por último, los ajustes razonables están enfocados a las poblaciones en condiciones de discapacidad, adoptando medidas necesarias para que sus impedimentos físicos no signifiquen un obstáculo a la hora de ejercer sus derechos más básicos o, incluso, derechos sociales ((Perez Bueno, 2012)).

Teniendo en cuenta la temporalidad de las acciones afirmativas de medidas de igualación y discriminación positiva, lo más conveniente es que ambas desaparezcan con el tiempo para que, al alcanzar la igualdad material, no supongan una ventaja ante las demás personas que no las poseen. Sin embargo, es necesario que se mantenga en el tiempo la implementación de los ajustes razonables, dado el colectivo al que se encuentran destinados, tal es el caso de las personas en condición de discapacidad, y su criterio objetivo de exclusión obedece al factor funcional, en el que se deben adoptar las medidas para garantizar su accesibilidad.

CONCLUSIONES

Este trabajo aporta una perspectiva teórica-jurídica: vincular el republicanismo con mecanismos concretos de igualdad material, como las acciones afirmativas y los ajustes razonables, demostrando cómo estos instrumentos jurídicos operan como herramientas de remoción de obstáculos estructurales, más allá de la mera teorización filosófica. Los derechos sociales, para su justiciabilidad, necesitan de la implementación de medidas por parte del Estado, como garante de la igualdad material. Estos pueden ser considerados como un elemento del republicanismo en el actual Estado de derecho por los siguientes elementos:

- o La garantía del interés general, así como la intervención del Estado en acciones afirmativas para la garantía del goce efectivo de derechos a poblaciones históricamente marginadas y discriminadas por opresión. Teniendo en cuenta las múltiples formas en las que pueden ser vulnerables, según la cara de la opresión en la que se encuentren (Young, 2000), o en el caso de los criterios por los cuales la persona es objeto de condición de vulnerabilidad de manera singular o múltiple, bajo el criterio de exclusión que motiva tal opresión (Crenshaw et al., 2013).
- o La dimensión objetiva de los derechos puede vincularse al rol intervencionista del Estado, en cuanto a la garantía del goce efectivo de derechos, de manera concreta, refiriéndose a los derechos sociales. Toda vez que el valor metajurídico que los fundamenta es la igualdad, es entonces una intervención para la garantía de la igualdad material para aquellas personas que son sujetos de opresión, ven limitado el goce efectivo de sus derechos. Por tanto, el proceso de especificación, como línea de evolución histórica de los derechos, tiene por objeto profundizar en su goce efectivo hacia aquellas poblaciones que por sesgos impuestos por factores de opresión de carácter inherente, identitario o adquirido puedan truncar el ejercicio de una ciudadanía plena, entendida como meta principal del republicanismo como teoría política.
- o La libertad republicana, como aquella que brinda el Estado mediante la remoción de obstáculos en el camino hacia la igualdad material, contempla acciones afirmativas, entre ellas, las medidas de igualación, discriminación positiva y ajustes razonables. Las cuales se caracterizan por su esperado uso temporal hasta subsanar el plano de desigualdad que se pretende erradicar en el plano material. Es por ello por lo que la perpetuación de estas medidas puede considerarse el inicio de una desigualdad arbitraria, bajo circunstancias objetivas. No obstante, la única excepción que se encuentra justificable mantener en el tiempo es el caso de los ajustes razonables en atención a la población en condición de discapacidad, la cual es objeto de estas acciones afirmativas.

REFERENCIAS

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 0(30), 665-675.
- Alexy, R. y Valdés, E. G. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. E. Garzón-Valdés). Centro de Estudios Constitucionales. (Obra original publicada en 1985).
- Añón, M. J. (2002) Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 6, 1-15.

- Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Legis.
- Aristóteles. (2014). *Ética nicomáquea. Ética eudemia*. Gredos.
- Atria, F. (2014). ¿Existen derechos sociales? *Estudios Nueva Economía*, 3(1), 15-43.
- Barranco, M. (2001). El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 18, 205-226.
- Bastida, J. (2006). ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. En R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación* (pp. 103-150).
- Berlin, I. y Rivero, Á. (2005). *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Alianza Editorial.
- Bobbio, N. (1987). *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema.
- Böckenförde, E. W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos.
- Bustos, F. (2012). Derechos sociales: desmontando prejuicios. En A. Figueroa, *Los derechos humanos en los umbrales del siglo XXI: una visión interdisciplinar* (pp. 135-159).
- Cabrera Vélez, J. P., Chacón Abarca, M. C. y Yáñez Olalla, T. E. (2020). Los derechos humanos de primera y segunda generación y su realización por parte de los estados. *Magazine de las Ciencias: Revista de Investigación e Innovación*, 5(7), 116-124.
- Crenshaw, K. W., Carbadó, D. W., Mays, V. M., & Tomlinson, B. (2013). INTERSECTIONALITY: Mapping the Movements of a Theory1. *Du Bois Review: Social Science Research on Race*, 10(2), 303-312.
- Christodoulidis, E. A. (2001). *Law and Reflexive Politics*. Springer Publishing.
- Cotrina Gulfo, Y. (2020). Necesidades como criterio fundamentador de los derechos humanos. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 0(33), 85-100.
- Cuenca, E. C. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, 84, 265-286.
- De Asís Roig, R. (2006). Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos En I. Campoy Cervera (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración* (pp. 35-57). Dykinson.
- De Robles Rojo, L. (2010). La concepción republicana de la libertad en Pettit. Un recorrido histórico por Hobbes y Locke. *Ingenium: Revista Electrónica de Pensamiento Moderno y Metodología en historia de las Ideas*, 3, 119-138.
- De Vega, P. (1988) La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social. En J. Corcuera Atienza Y M. A. García Herrera: *Derecho y economía en el Estado social*. Tecnos.
- Espino Tapia, D. (2017). Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(36).
- Ferrajoli, L. (2016). *Los derechos y sus garantías: Conversación con Mauro Barberis*. Trotta.

- García Añón, J. (1999). El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2.
- Gargarella, R. (2005). El carácter igualitario del republicanismo. *Isegoría*, 33, 175-189.
- Hamilton, A., Madison, J., Jay, J. y Velasco, G. R. (2001). *El federalista*. Fondo de Cultura Económica.
- Hayek, F. A. (2006). *Derecho, legislación y libertad*. Unión Editorial.
- Heller, H. (1985). *Escritos políticos*. Alianza Editorial.
- Hernández, A. (2005). *El desafío republicano al liberalismo igualitario de Rawls y los debates sobre libertad, ciudadanía y democracia. Con Rawls y contra Rawls. Una aproximación a la filosofía política contemporánea*. Universidad Nacional de Colombia.
- Holmes, S., & Sunstein, C. R. (2000). *The Cost of Rights*. W.W. Norton.
- Kant, I. (2012). *Sobre la paz perpetua*. Ediciones Akal.
- Kennedy, D. (2006). La crítica de los derechos en los critical legal studies. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 7(1), 47-90.
- Martins, A. M. (2002). Republicanismo y libertad. *Res publica* 9, 189-204.
- Maslow, A. H. (1943). *A theory of human motivation*. Psychological Review.
- Mateos Martínez, J. (2010). Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento. *Criterio Jurídico*, 10(2).
- Pérez Bueno, L. C. (2012). La configuración jurídica de los ajustes razonables. En L. C. Pérez Bueno (Ed.), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* (pp. 157-181). Editorial Cinca.
- Pettit, P. (1999). *Republicanism: Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós Ibérica Ediciones.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*. Trotta.
- Rawls, J. (1999). *Teoría de la justicia* (2ª ed.). Belknap Press.
- Sanchís, L. P. (1995). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del centro de estudios constitucionales*, 22, 9-57.
- Young, I. M. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Universitat de València.

Renovación en los contratos estatales de arrendamiento de local comercial

Renewal of State Commercial Lease Agreements

CATALINA SANTAMARÍA RODRÍGUEZ

Abogada de la Universidad Libre (Colombia). Especialista en Avalúos de la Universidad Distrital (Colombia). Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín (Colombia).

Candidata a Magíster en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín.

catalinasantamaria.v@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0007-3479-9737>

Resumen

Se ha debatido la posibilidad de aplicar el derecho de renovación en el contrato estatal de arrendamiento de local comercial, en virtud de la integración normativa prevista en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, donde se garantice a la parte arrendataria la continuidad del uso y el goce sobre el local comercial arrendado, siempre y cuando se cumplan los presupuestos establecidos en la normatividad vigente. El Consejo de Estado ha sostenido dos tesis disyuntivas: de una parte, la posibilidad de aplicar el derecho de renovación previsto en el Código de Comercio colombiano y, por la otra, excluir dicha aplicación por oponerse al principio de planeación. Con el propósito de dar claridad frente a la aplicación del derecho de renovación en los términos anteriormente expuestos, mediante este artículo se identifican algunas disposiciones normativas, parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado y doctrina reciente que versan sobre el derecho de renovación en el contrato de arrendamiento de local comercial, para analizar la viabilidad jurídica de aplicarlo y sus efectos, y proponer una serie de criterios que permitan definir si es aplicable o no la renovación cuando la parte arrendataria sea una entidad estatal sometida al Estatuto.

PALABRAS CLAVE

Contrato estatal, arrendamiento de local comercial, derecho de renovación, principio de planeación, empresario.

Abstract

The possibility of applying the right of renewal in the state lease contract for commercial premises has been debated, by the regulatory integration provided for in the General Contracting Statute of the Public Administration, where the tenant is guaranteed with continuity of use and enjoyment of the leased commercial premises, as long as the requirements established in current regulations are met. The Council of State has maintained two theses that are disjunctive; on the one hand, the possibility of applying the renewal right provided for in the Colombian Commercial Code. On the other hand, excluding said application is due to opposing the planning principle. To provide clarity regarding the application of the right of renewal in the terms previously stated, this article identifies some normative provisions, part of the jurisprudence of the Council of State and recent doctrine that deal with the right of renewal in the commercial premises lease contract, analyze the legal feasibility of applying it and its effects and, propose a series of criteria that allow defining whether renewal is applicable or not when the lessee party is a state entity subject to the General Statute of Public Administration Contracting.

KEYWORDS

State contract, commercial property lease, right of renewal, planning principle, businessman.

INTRODUCCIÓN

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no regula de forma expresa el contrato estatal de arrendamiento, sin embargo, en su artículo 13 establece que las materias no reguladas en esta ley se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes (Ley 80, 1993).

En este estadio, en cuanto al derecho de renovación y al régimen jurídico aplicable al contrato de arrendamiento de locales comerciales celebrados por entidades estatales, se tiene como planteamiento del problema que el Código de Comercio en el artículo 518 contempla el derecho de renovación del contrato de arrendamiento a favor del empresario que haya ocupado por dos años el local arrendado con el mismo establecimiento de comercio. No obstante, frente a la aplicación de este derecho en el contrato estatal de arrendamiento, el Consejo de Estado sostiene dos posturas: la primera de ellas sugiere la aplicación del Código de Comercio cuando una de las partes desarrolla actos mercantiles, mientras la segunda entiende que dicha normatividad no es aplicable a los contratos estatales por cuanto no constituyen actos de comercio (Arrubla, 2012).

Con fundamento en lo anterior, surge un objetivo general interesante en materia de investigación jurídica, consistente en analizar la renovación en los contratos estatales de arrendamiento de local comercial en Colombia para fortalecer la planeación y protección de las referidas entidades, así como hacer un uso adecuado y eficiente de los recursos públicos, por lo que se planteó la siguiente pregunta: ¿Cómo se aplica la renovación en los contratos estatales de arrendamiento de local comercial en Colombia?

De esta manera, este artículo pretende desarrollar los objetivos específicos propuestos en el proyecto de investigación, referentes a: inicialmente identificar las disposiciones normativas, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina que abordan la renovación en el contrato estatal de arrendamiento de local comercial; posteriormente, analizar la posibilidad y los efectos de aplicar la renovación en los contratos de arrendamiento de local comercial cuando la parte arrendataria es una entidad estatal sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y finalmente, proponer un instrumento con los criterios para la aplicación de la renovación de los contratos de arrendamiento de local comercial cuando la parte arrendataria es una entidad estatal.

Para la consecución de estos fines, se emplea una metodología dogmática - jurídica y documental, con un enfoque cualitativo basado en un proceso inductivo, al identificar las disposiciones normativas, parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, artículos científicos recientes ubicados en revistas de bases indexadas, trabajos de grado de repositorios universitarios y

determinada doctrina sobre la renovación para analizar y formular la posibilidad y los efectos de aplicarla en los contratos de arrendamiento de local comercial cuando la parte arrendataria es una entidad estatal sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, como lo mencionan Hernández Sampieri et al. (2014), este artículo contiene un alcance exploratorio-descriptivo-comprensivo, por cuanto indaga la posibilidad de aplicar la renovación en contratos de arrendamiento en los que la entidad pública es arrendataria, a partir de la identificación y sistematización normativa, jurisprudencial y doctrinal que prevé las características, alcances y efectos de esta figura, para posteriormente comprender la relación existente entre su aplicación y el contrato de arrendamiento estatal a la luz del principio de planeación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Como consecuencia de lo descrito, se reflexiona el desarrollo de los siguientes temas: (i) Naturaleza jurídica de la renovación en el contrato estatal de arrendamiento de locales comerciales en Colombia, (ii) Posibilidad y efectos de aplicar la renovación, cuando una entidad estatal sometida al Estatuto es arrendataria, y (iii) Instrumento que abarca los criterios para contribuir al reconocimiento de la aplicación de la renovación.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RENOVACIÓN EN EL CONTRATO ESTATAL DE ARRENDAMIENTO DE LOCALES COMERCIALES EN COLOMBIA

En concordancia con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante reconocido con la sigla EGCAP), la normatividad aplicable a los contratos estatales, es decir, aquellos celebrados por entidades públicas, respecto a las materias no reguladas de forma expresa en él, son las disposiciones comerciales y civiles a que haya lugar (Ley 80, 1993, art. 13).

De dicho precepto se detalla que los contratos celebrados por entidades estatales se rigen por el Código Civil y de Comercio, a excepción de los principios y las reglas que como lineamientos rectores de la gestión contractual orientan su planeación, ejecución y liquidación. Desde esta perspectiva, Forero Hernández (2021) resalta que:

La contratación estatal... es un derecho mixto, porque se aplican con mayor rigor normas del derecho privado (principalmente normas de derecho comercial y civil) tales como la teoría del acto jurídico, de la autonomía de la voluntad de las partes, la buena fe contractual, etc., así como normas de derecho público como los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, señalados en su orden en los artículos 209 y 267 constitucionales. (p.58)

En tal sentido, a partir de los criterios que determinan la aplicación del derecho comercial en nuestro país, es conveniente determinar cuándo se aplican las disposiciones comerciales en los contratos estatales.

Por una parte, el criterio subjetivo considera que el derecho comercial es aplicable a los comerciantes, entendidos como aquellos que llevan a cabo actos de comercio de manera profesional; por otra parte, el criterio objetivo, a diferencia del subjetivo, no tiene en consideración la calidad de las partes intervinientes sino la realización o no de un acto de comercio¹, como es el arrendamiento de locales comerciales, de acuerdo al numeral 4 del artículo 20 del Código de Comercio (Castro de Cifuentes, 2016). Finalmente, el criterio mixto, según lo planteado por Jiménez Valderrama (2016), si para una de las partes el acto se instituye como mercantil, aunque para la otra pueda ser de índole civil, se regirá en cualquier caso por las normas comerciales.

En este escenario, el artículo 20 del Código de Comercio realiza una relación sobre algunos actos de comercio para establecer la naturaleza mercantil de un negocio, y en consecuencia, la aplicación de esta normativa, señalando las actividades empresariales, relacionadas en los numerales 10 al 18, como actos mercantiles, los cuales coinciden con la definición de empresa establecida en el artículo 25, toda vez que, como apunta Castro de Cifuentes (2016), se llevan a cabo dentro de una estructura económica, cuyo titular es el empresario.

Por ende, resulta claro que el derecho comercial es aplicable a los comerciantes o empresarios, a los actos de comercio y, particularmente, a los contratos estatales, cuando se materializa uno de los criterios anteriormente descritos, siempre y cuando no transgreda el ordenamiento jurídico, especialmente el EGCAP, por lo que cada caso será objeto de análisis para definir su aplicación.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que el contrato de arrendamiento de local comercial no se encuentra regulado de forma expresa en el EGCAP, es menester remitirse a las disposiciones legales, especialmente a las civiles, que definen el contrato de arrendamiento, y a las comerciales, que regulan el arrendamiento de inmuebles destinados a establecimientos de comercio.

En consonancia con lo escrito previamente, es preciso señalar que el Código Civil define en el artículo 1973 el contrato de arrendamiento como aquel en que una parte se obliga a dar el goce de un inmueble, mientras la otra se compromete a pagar por dicho goce (Jaramillo Castañeda, 2017). En tanto, el Código de Comercio, tal como destaca Escobar Vélez (2015), a pesar de no referirse expresamente al contrato de arrendamiento de local comercial, en el artículo 518

1 El Código de Comercio no lo define, sin embargo, realiza una relación legal de los mismos en los artículos 20 a 24.

reconoce al empresario que en calidad de arrendatario ha ocupado por dos años continuos un inmueble con el mismo establecimiento de comercio, el derecho de renovación de este contrato una vez termine, con fundamento en la presunción legal consagrada en el artículo 516 de este Código, según la cual, el contrato de arrendamiento destinado a local comercial donde funciona el establecimiento de comercio hace parte integral del mismo. Aspecto central en el desarrollo de este artículo científico.

Así, es viable establecer que en dicho contrato, el derecho de renovación puede llegar a existir siempre y cuando cumpla las exigencias antes citadas, con el objeto de proteger el establecimiento de comercio, definido como el conjunto de bienes materiales e inmateriales enunciados en el artículo 516 del referido Código, a menos que se prescriba lo contrario, en la medida que es empleado por el empresario como instrumento para el desarrollo de su empresa. De modo que por medio de la renovación se otorga al empresario el derecho para continuar con la ocupación del local donde funciona su establecimiento de comercio y desarrolla su actividad empresarial.

Frente a la renovación, como menciona Leal et al. (2020), corresponde aclarar que atañe a un nuevo contrato, basado en una relación jurídica previa que conserva sus elementos esenciales, pero conlleva unos cambios parciales como son el plazo y el precio. A diferencia de la prórroga, que hace referencia a la prolongación temporal del contrato de arrendamiento que se está ejecutando. Dicho de otra forma, la renovación permite al arrendatario [entidad estatal para nuestro caso] la continuación del uso y el goce del local comercial arrendado por un plazo y/o un precio igual o diferente al pactado inicialmente, mientras que la prórroga implica que continúe con el contrato de arrendamiento bajo las condiciones previamente acordadas.

En este punto es preciso anotar que de acuerdo con el análisis dinámico propuesto por López Medina (2006), se identificó y analizó la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado relacionada entre sí en materia del contrato estatal de arrendamiento en el marco de la Ley 80 de 1993.

De un lado, el tribunal sostiene que el contrato de arrendamiento de local comercial celebrado por una entidad estatal se rige por el Código de Comercio, cuando una de las partes desarrolla actos mercantiles. Como se evidencia en la sentencia del 30 de noviembre de 2006, en la cual la Sección Tercera analizó un contrato de arrendamiento suscrito entre una entidad pública, en calidad de arrendadora, y una persona natural, cuyo objeto era la venta de comida rápida y frutas congeladas. En dicha providencia, la corporación concluyó que el contrato se regía por el Código de Comercio, en la medida que una de las partes [el arrendatario] ejercía actos mercantiles, concretamente, la enajenación de bienes, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del mencionado código (Consejo de Estado, radicado 25096, 2006). Esta postura reconoce la aplicabilidad del Código de Comercio a los contratos estatales de arrendamiento y, en consecuencia, la procedencia del derecho de renovación, cuando al menos una de las partes ejecuta actos de comercio.

Del mismo modo, en la decisión del 4 de diciembre de 2006 se reconoce la aplicación del derecho de renovación en el contrato estatal de arrendamiento; en esta providencia, la Sección Tercera decidió el recurso de apelación interpuesto por una sociedad comercial, en calidad de arrendadora, contra una empresa industrial y comercial del Estado que actuaba como arrendataria del inmueble. El recurso fue presentado tras la negativa de primera instancia a ordenar la restitución del bien, bajo el argumento del incumplimiento en el pago de cánones de arrendamiento tras la renovación automática del contrato. En esta sentencia, la corporación analizó la existencia del contrato y su terminación, y concluyó que este finalizó al agotarse el término de su duración. Si bien reconoció la posibilidad de aplicar las disposiciones comerciales que regulan el derecho de renovación del contrato, conforme a lo pactado entre las partes, indicó que en el caso concreto no se materializó dicha renovación, dado que no se celebró un nuevo contrato (Consejo de Estado, radicado 24994, 2006).

Por otro lado, el mismo órgano establece que dentro del marco de la contratación estatal no se permite la incorporación del artículo 518 del Código de Comercio, razón por la cual no es procedente el derecho a renovar el contrato de arrendamiento destinado a un local comercial, ya que esta doctrina entra en conflicto con el principio de planeación. Esta postura fue desarrollada en la sentencia del 29 de octubre de 2014, en la cual la Sección Tercera resolvió los recursos de apelación relacionados con la controversia sobre la prórroga o renovación de contratos de arrendamiento de locales comerciales ubicados en un aeropuerto, celebrados por una entidad pública, en calidad de arrendadora, y diversos arrendatarios. En esta providencia se analizó la integración normativa del artículo 518 del Código de Comercio al régimen de contratación estatal, concluyendo que dicha norma no resulta aplicable a los contratos celebrados bajo la Ley 80 de 1993, especialmente a los contratos de arrendamiento de locales comerciales de propiedad del Estado, por cuanto “se opone a los principios de planeación de la Hacienda Pública, de la gestión de los bienes y recursos del Estado y en su caso, a los principios propios del servicio público que se presta con determinados bienes” (Consejo de Estado, radicado 29851, 2014). En consecuencia, la corporación concluyó, para ese caso, que los contratos objeto de litigio no podían considerarse prorrogados ni renovados.

De igual forma, la Sección Tercera del Consejo, en sentencia del 30 de mayo de 2019, decidió un recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia que negó la indemnización de perjuicios presuntamente ocasionados por la no renovación la condena de pago por perjuicios ocasionados, producto de la no renovación del mismo. En la citada providencia se reafirmó la improcedencia del derecho de renovación en los contratos de arrendamiento regidos por la Ley 80 de 1993, al considerar que tal figura resulta incompatible con “las reglas de la contratación estatal y los principios de igual de acceso y principio de planeación” (Consejo de Estado, radicado 55086, 2019), razón por la cual determinó que no era procedente acoger el dictamen que estimaba la existencia de un perjuicio soportado en el derecho de renovación del contrato de arrendamiento.

Producto de la identificación y el análisis, se procede a ilustrar los pronunciamientos que muestran el desarrollo temporal y estructural acerca del patrón fáctico de arrendamiento de bienes de propiedad del Estado y de particulares, en los cuales interviene una entidad estatal como parte arrendadora y arrendataria, respectivamente, que dan cuenta de las posturas opuestas de la corporación frente a la aplicación del derecho comercial al contrato en estudio, y, en consecuencia, al derecho de renovación, así:

Tabla 1. Posturas del Consejo de Estado

Posturas del Consejo de Estado frente a la aplicación del derecho comercial, especialmente del derecho de renovación al contrato estatal de arrendamiento de local comercial					
Es aplicable por integración normativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del EGCAP		•			No es aplicable, constituye una excepción a la integración normativa, en el artículo 13 del EGCAP
		Exp. 25096 [30-11-2006]			
	■				
	Exp. 24994 [4-12-2006]				
			■		
			Exp. 27875 [29-05-2013]		
				•	
				Exp. 29851 [29-10-2014]	
		•			
		Exp. 41220 [16-05-2016]			
				•	
				Exp. 55086 [30-05-2019]	
				•	
				Exp. 49483 [21-05-2021]	
				•	
				Exp. 38756 [01-06-2022]	

- La Entidad es arrendadora de bienes del Estado.
- La Entidad es arrendataria de bien particular.

Nota. En las representaciones polares, se detallan las decisiones jurisprudenciales en relación con el derecho de renovación. Por otro lado, en los espacios intermedios, se presentan gráficamente las resoluciones que abordan la aplicación del derecho comercial en el contrato estatal de arrendamiento.

Fuente: adaptado de Santamaría, *El derecho de los jueces* (2023, p. 142).

De lo anterior se infiere, como expone Pimiento (2019), que la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha diferenciado entre las diversas posiciones que puede asumir una entidad estatal, como parte arrendadora o arrendataria, por lo que resulta relevante analizar la situación fáctica que se presenta cuando la entidad estatal es arrendataria de un bien particular, donde no serían aplicables los argumentos expuestos por esta corporación para restringir la renovación de los contratos de arrendamiento celebrados por entidades estatales sobre bienes de propiedad del Estado, los cuales se basan, como asegura Esteban Jaramillo (2020), en que dicha figura implica una tenencia indefinida del bien público a favor del arrendatario, contrariando las normas y principios que regulan la contratación estatal.

POSIBILIDAD Y EFECTOS DE APLICAR LA RENOVACIÓN, CUANDO UNA ENTIDAD ESTATAL SOMETIDA AL ESTATUTO ES ARRENDATARIA

Teniendo en cuenta que el Código de Comercio colombiano establece como titular del derecho de renovación al comerciante o empresario mercantil, es necesario determinar si las entidades estatales ostentan la calidad de empresario, para analizar la posibilidad y los efectos de aplicar este derecho cuando la parte arrendataria es una entidad sometida al EGCAP.

Al respecto, Caballero Sierra (1972) expresa que las entidades estatales dedicadas a actividades comerciales o industriales son comerciantes públicos, sujetos tanto al derecho privado como público, razón por la cual no les son aplicables todas las normas mercantiles exigibles a los comerciantes privados, como ocurre con el registro y la publicidad para informar a terceros, dado que estas empresas son creadas mediante normas legales de público conocimiento.

Ahora bien, Narváez García (1976) expresa que el criterio moderno ha sustituido la referencia de comerciante por empresario mercantil, entendido este último como el titular de una empresa. Cabe señalar que el empresario puede ser privado o público, clasificando dentro de esta última categoría a las entidades descentralizadas del Estado, definidas estas en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 así: establecimientos públicos [art. 70], empresas industriales y comerciales del Estado [art. 85], sociedades públicas [art. 94], sociedades de economía mixta [art. 97], empresas sociales del Estado [art. 83] y empresas oficiales de servicios públicos [art. 84].

Además de las entidades descentralizadas indirectas relacionadas en el parágrafo del artículo 49 de esta ley, entre ellas, las filiales de las sociedades de economía mixta y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado [art. 94, núm. 1] (Narváez García, 2002, pp. 57 - 68).

Dentro de esta órbita, considerando que el objeto de estudio de este artículo son las entidades sometidas al EGCAP, es imprescindible aclarar cuáles de estas empresas públicas se rigen por este estatuto.

En torno a este asunto, Colombia Compra Eficiente [CCE] (2022) sostiene que las empresas sociales del Estado, según lo dispuesto en el artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993, al igual que las empresas de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, así como las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y sociedades de economía mixta con mayor capital público, que compiten en el ámbito nacional o internacional, o que operan en mercados regulados, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, no están sometidas al referido estatuto, puesto que poseen un régimen especial.

Conforme con lo anterior, se aclara que las empresas públicas sometidas al EGCAP son los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y las sociedades públicas que teniendo una participación por parte del Estado mayor al 50 %, no realizan actividades comerciales en competencia con el sector público y/o privado, internacional o nacional o en mercados sujetos a regulación.

De esta manera, es posible concluir que existen entidades estatales reguladas por el EGCAP que destinan recursos humanos, técnicos, administrativos, jurídicos y presupuestales para desarrollar actividades económicas organizadas, encaminadas a la prestación de servicios o a la transformación o producción de bienes dirigidos a la comunidad, y en efecto, son titulares del derecho de renovación.

Una vez superada la viabilidad jurídica antes expuesta, resulta pertinente analizar la aplicación del derecho de renovación en el contrato estatal de arrendamiento, desde la perspectiva de las estipulaciones o cláusulas contractuales de la esencia o de la naturaleza del contrato estatal de arrendamiento de local comercial, con base en el artículo 40 del EGCAP, que establece como estipulaciones contractuales las que corresponden a su esencia o naturaleza, de conformidad con las normas civiles y comerciales.

En este sentido, Dávila Vinueza (2016) define los elementos esenciales como aquellos sin los cuales el contrato se convertiría en otro, a saber: pierde su esencia o significado, a diferencia de los elementos de la naturaleza, que no requieren pacto expreso, pues se entienden pertenecerle por sus características intrínsecas.

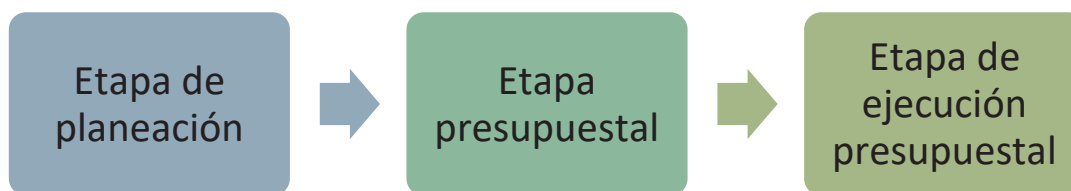
Bajo este escenario, se extrae que en el contrato estatal de arrendamiento de local comercial son elementos esenciales el objeto y el precio, por lo que el derecho de renovación se configura como elemento de la naturaleza, pues, aunque las partes no lo estipulen de forma expresa, tal derecho pertenece a las empresas públicas arrendatarias de un local comercial que cumplen con los presupuestos señalados en el artículo 518 del Código de Comercio, en virtud del carácter

imperativo conferido por el artículo 524 del mismo código, según el cual, las disposiciones acordadas por las partes con respecto al derecho de renovación no producen efectos, por lo que las estipulaciones contrarias a este derecho se tendrán por no escritas en el contrato.

Con lo expuesto y en atención al criterio sostenido por el Consejo de Estado, según el cual el derecho de renovación no es aplicable al contrato estatal, argumentando que se contrapone al principio de planeación, el cual implica el análisis sobre el alcance y la duración del contrato desde la etapa precontractual (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 55086, 2019), corresponde examinar si la aplicación de este derecho en el contrato estatal de arrendamiento se opone a ese principio, entendiendo que su desconocimiento, según expone Duque Botero (2021), puede conllevar a la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil, al contrariar las normas imperativas según las cuales, los contratos deben estar debidamente planeados para la consecución del objeto contractual y la satisfacción del interés público.

En este sentido, resulta pertinente advertir que la planeación, como explica Barreto Moreno et al. (2023), corresponde a la necesidad de realizar estudios y análisis previos rigurosos y completos para la ejecución óptima del contrato, cuya falta implica la responsabilidad de los servidores públicos que podría generar investigaciones disciplinarias, fiscales [ante un posible detrimento patrimonial] y penales [cuando se incurra en una conducta que se adecúe como delito]. Así mismo, afirman que la planeación implica un proceso compuesto por varias etapas, como se detalla en la figura 1.

Figura 1. Proceso de planeación de la administración pública



Fuente: elaboración propia, 2023.

Así, el referido proceso inicia con la etapa de planeación, la cual comprende la elaboración de los estudios y análisis previos que requiere la futura contratación, cuya transgresión conlleva la nulidad absoluta del contrato por objeto, ilícito como lo menciona Sánchez Luque (2021); continúa posteriormente con la etapa presupuestal, que abarca la determinación de los recursos necesarios para satisfacer las necesidades identificadas por la entidad, de acuerdo con lo expresado por Younes Moreno (2020), y concluye con la etapa de ejecución presupuestal a través de la compra pública.

De esta forma, la planeación es transversal a todas las actuaciones administrativas, particularmente a los contratos estatales, en la medida que comprende la identificación de la necesidad, la forma en que se va a satisfacer, la delimitación de los recursos requeridos durante la respectiva vigencia fiscal y la formulación del proceso contractual.

De lo anterior se desprende que en cumplimiento de este principio, la aplicación y el ejercicio del derecho de renovación por parte de la entidad estatal arrendataria sometida al EGCAP exige a su titular realizar el análisis y estudio de las condiciones técnicas, del sector y de los costos necesarios para determinar el alcance, el plazo y el presupuesto del nuevo contrato de arrendamiento, de manera que sea posible colegir que la celebración del nuevo contrato con base en el derecho de renovación corresponde a la selección objetiva de la oferta más favorable para satisfacer las necesidades planteadas por la entidad.

En este contexto, es importante resaltar que el derecho de renovación permite a la entidad estatal arrendataria del local comercial sometida al EGCAP tener seguridad jurídica respecto a la conservación del uso y goce sobre el inmueble arrendado, considerando que su permanencia en el mismo ya no dependerá de la voluntad del propietario, que puede ser arbitraria o dominante, sino de la configuración de alguna de las causales taxativas de terminación del contrato de arrendamiento, definidas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 518 Código de Comercio, que hacen referencia a:

- Incumplimiento del contrato por parte del arrendatario,
- uso por el propietario del inmueble arrendado,
- reconstrucción o reparación del inmueble cuando la realización de las obras necesarias requiera la entrega o desocupación, y
- demolición por encontrarse en estado de ruina o a la construcción de una obra nueva.

Con lo antepuesto se comprende que el derecho de renovación promueve el desarrollo de una adecuada planeación que, como se señaló preliminarmente, implica la elaboración del estudio previo que soportará el nuevo proceso de contratación y la obtención de la disponibilidad presupuestal para mantener el uso y goce del local arrendado en desarrollo de su actividad, en consonancia con la realidad del sector.

Desde esta perspectiva, se infiere que la aplicación del derecho de renovación al contrato estatal de arrendamiento de local comercial, en el marco del principio de planeación, asegura a la entidad arrendataria la continuidad en el inmueble, a partir de la evaluación objetiva de las

condiciones del nuevo contrato para materializar los fines esenciales del Estado con criterios de continuidad y calidad.

Por consiguiente, es claro que la aplicación y ejercicio de este derecho por parte de la entidad estatal arrendataria sometida al EGCAP no se opone al principio de planeación, y en consecuencia, su inclusión no genera la nulidad del contrato por objeto ilícito, considerando que su ejercicio involucra el análisis previo con el lleno de requisitos establecidos legalmente, conllevando el cumplimiento efectivo del principio de economía previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, como afirma Cepeda López (2022), pues el conocimiento del sector por parte de la entidad beneficiaria del derecho facilita el uso eficiente de los recursos al no incurrir en sobrecostos operativos y administrativos de reubicación y traslado, al igual que evita una pérdida de reconocimiento al cambiar su ubicación, con lo cual asegura la prestación del servicio en atención al interés general, por medio de la permanencia y continuidad de su establecimiento en el lugar habitual donde desarrolla su actividad comercial.

INSTRUMENTO QUE ABARCA LOS CRITERIOS PARA CONTRIBUIR AL RECONOCIMIENTO DE LA APLICACIÓN DE LA RENOVACIÓN

De acuerdo con lo explicado, y tomando en consideración lo afirmado por Rico Puerta (2019), quien sostiene que de las disposiciones contenidas en los artículos 518 a 520 del Código de Comercio se infiere que el derecho de renovación es aplicable en el contrato estatal de arrendamiento, resulta imprescindible definir los criterios para evaluar cuándo es aplicable la renovación en la tipología contractual objeto de estudio.

En este orden, es importante reconocer el significado de “criterio”, definido por la Real Academia Española como juicio o discernimiento, ya que es precisamente el juzgar la aplicabilidad del derecho de renovación la labor que el operador público deberá ejercer en el desarrollo de la actividad contractual dentro de su entidad estatal, como mejor práctica que evite nulidades y logre obtener los resultados planeados.

En consonancia con el marco normativo, jurisprudencial, doctrinal e investigativo expuesto, es dable concluir que el derecho de renovación es aplicable cuando:

- La entidad estatal ostenta la calidad de empresario, de acuerdo con el artículo 518 del Código de Comercio, como señala Bonivento Fernández (s.f.).
- El local comercial sobre el cual se desea ejercer el derecho de renovación no es un bien de propiedad del Estado, pues como expone Pimiento Echeverri (2019), si bien en el sistema jurídico colombiano no existe una regulación clara de estos bienes, el 14 de agosto de 2018, la

Sala Plena del Consejo de Estado unificó su postura respecto a la improcedencia del contrato de arrendamiento para la explotación de bienes públicos, restringiendo, de esta manera, como expresa Esteban Jaramillo (2020), la renovación de los contratos de arrendamiento celebrados por entidades estatales, al implicar la tenencia indefinida de estos bienes a favor del arrendatario, contrariando las normas y principios que regulan la contratación estatal. Tesis confirmada por Lucas Ortégón (2021), al asegurar que cuando se trata de inmuebles pertenecientes al Estado, la entidad arrendadora no puede acordar ni verse obligada a aceptar una renovación indefinida a favor del arrendatario.

- El contrato de arrendamiento celebrado sobre el inmueble en el que ha instalado su establecimiento es un elemento integral del mismo, de conformidad con el artículo 516 del Código de Comercio, pues de lo contrario se genera la inaplicación del derecho de renovación, como menciona Solórzano Arámbula y González Aviléz (2019).
- La ocupación a título de arrendamiento sobre el inmueble objeto de renovación es igual o superior a 2 años consecutivos con el mismo establecimiento (Código de Comercio, 1971, art. 518).
- El inmueble objeto de renovación constituye la oferta más favorable, puesto que cumple con las condiciones técnicas y el precio del canon de arrendamiento se encuentra dentro del mercado, según los estudios previos y de sector adelantados por la entidad.

Con fundamento en lo expuesto, a continuación, se propone una lista de chequeo [ver tabla 2] con cada uno de los criterios que deben ser cumplidos por la entidad estatal arrendataria sometida al EGCAP, para reconocer la aplicación de la renovación en el respectivo contrato, conforme con la normativa vigente en Colombia:

Tabla 2. Lista de chequeo para reconocer la renovación en el contrato estatal de arrendamiento cuando una entidad está sometida al EGCAP

Criterios	Sí	No
¿La entidad estatal arrendataria ostenta la calidad de empresario? Nota: son empresarios los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales o sociedades públicas cuya participación estatal es mayor al 50 % y su actividad comercial no se realiza en competencia con el sector público y/o privado, internacional o nacional o en mercados sujetos a regulación.		
¿El inmueble que se pretende arrendar es de propiedad de un particular?		
¿El contrato de arrendamiento de local comercial es elemento integral del establecimiento de comercio?		
Terminado el contrato de arrendamiento sobre el inmueble objeto de renovación, ¿su ocupación fue igual o superior a 2 años consecutivos con el mismo establecimiento?		
¿El inmueble objeto de renovación constituye la oferta más favorable, es decir, cumple con las condiciones técnicas requeridas por la entidad y el precio se encuentra dentro de los valores de mercado?		
Resultado de los criterios evaluados:	Es aplicable	No es aplicable

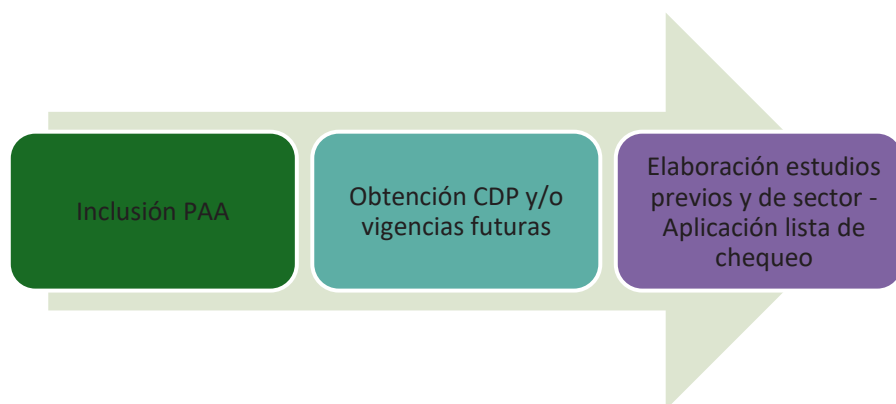
Fuente: elaboración propia, 2023.

En este punto es preciso anotar que la anterior lista de chequeo debe ser aplicada por la dependencia solicitante encargada de gestionar la necesidad para asegurar el uso y goce del inmueble donde funciona el establecimiento de la entidad, y posteriormente verificada por los demás intervinientes del proceso contractual, de conformidad con el manual de contratación y de funciones.

También es oportuno aclarar que su aplicación debe realizarse dentro de un procedimiento de evaluación de criterios, con el fin de garantizar el cumplimiento del principio de planeación. En este sentido, el procedimiento de evaluación de criterios para reconocer la renovación en el contrato estatal de arrendamiento cuando una entidad está sometida al EGCAP debe comprender: (i) la inclusión del contrato que se pretende celebrar en el Plan Anual de Adquisiciones [PAA], con el fin de divulgar a los participantes del sistema de compra pública los bienes que la entidad tiene la intención de obtener, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015; (ii) la gestión de aspectos presupuestales como el Certificado de Disponibilidad Presupuestal [CDP], el cual soporta el nuevo contrato de arrendamiento que se pretende celebrar, en aras de garantizar la disponibilidad de recursos para realizar el pago de los

cánones de arrendamiento al futuro arrendador, empleando las asignaciones del año fiscal en curso, en atención al principio de anualidad presupuestal establecido en el artículo 14 del Decreto 111 de 1996. Así como la determinación si la ejecución del nuevo contrato de arrendamiento se prolongará por más de una vigencia fiscal, evento en el cual debe realizarse la solicitud y trámite de vigencias futuras, y (iii) la elaboración del estudio previo, definido por Duque Botero et al. (2019) como el documento que precede el proceso contractual, en el cual la entidad analiza la necesidad, define el objeto para establecer el alcance de las prestaciones y el propósito del proceso contractual, la modalidad de selección y su justificación, el plazo de ejecución, el valor y forma de pago, los criterios de selección de la oferta más favorable, el análisis de riesgos que puedan afectar la ejecución del contrato y la forma de reducirlos, las garantías requeridas para la ejecución del contrato, y demás aspectos que considere oportunos y pertinentes para satisfacer su necesidad (p. 456). Además de la realización de los estudios de sector para conocer la oferta y la demanda en materia de arrendamiento de locales comerciales, incluyendo las características técnicas que requiere la entidad para la satisfacción de la necesidad, como se observa en la figura 2.

Figura 2. Aspectos fundamentales procedimiento de evaluación de criterios



Fuente: elaboración propia, 2023.

Como consecuencia de lo anterior, las entidades arrendatarias sometidas al EGCAP tendrán un insumo valioso para incluir dentro de su sistema de gestión de calidad un procedimiento de evaluación de criterios que permita reconocer la renovación en el contrato estatal de arrendamiento, de acuerdo con su manual de contratación y de funciones, a fin de proporcionar los elementos de juicio necesarios para determinar si celebrar un nuevo contrato de arrendamiento con base en el derecho de renovación es la mejor forma de satisfacer la necesidad identificada, con sujeción al principio de planeación estatal.

CONCLUSIONES

De acuerdo con los objetivos específicos, se concluye respecto de la renovación en el contrato estatal de arrendamiento de locales comerciales en la normatividad colombiana que:

- o El régimen normativo aplicable al contrato estatal de arrendamiento de local comercial es el derecho comercial, entendiendo el arrendamiento como un acto de comercio, en virtud de la remisión normativa contenida en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y de conformidad con el numeral 4 del artículo 20 del Código de Comercio.
- o La renovación del contrato de arrendamiento sobre local comercial está tipificada en la ley colombiana como un derecho del arrendatario, que le brinda seguridad jurídica, sobre la conservación de la tenencia del inmueble arrendado, frente a las actuaciones particulares o arbitrarias del propietario o arrendador.
- o El Consejo de Estado ha sostenido posturas opuestas en cuanto a la aplicación del derecho de renovación en el contrato estatal de arrendamiento consagrado en el artículo 518 del Código de Comercio, entre ellas: 1) la posibilidad de aplicarlo sin atentar contra el orden normativo y 2) la inaplicabilidad por afectarse negativamente el principio de planeación, sin embargo, no existe actualmente una línea jurisprudencial que se constituya como precedente judicial de obligatorio cumplimiento que impida la aplicación del derecho a la renovación.

En lo referente a la posibilidad y efectos de aplicar la renovación, cuando una entidad estatal sometida al Estatuto es arrendataria, se colige que:

- o Considerando que se debe ostentar la calidad de empresario público para el ejercicio del derecho de renovación, el análisis sobre la posibilidad de aplicar el derecho de renovación en el contrato estatal de arrendamiento de local comercial debe partir de la titularidad de este derecho por parte de la entidad estatal arrendataria sometida al EGCAP.
- o Es posible aplicar el derecho de renovación en el contrato estatal de arrendamiento de bien inmueble comercial, siempre y cuando se cumpla con el principio de planeación y los presupuestos del Código de Comercio, de lo contrario se puede generar la nulidad del contrato por objeto ilícito. Además, su debida aplicación hace factible el cumplimiento del principio de economía y asegura la prestación del servicio en atención al interés general, por medio de la permanencia y continuidad del establecimiento de la entidad estatal arrendataria en el mismo local comercial.

En consideración a los criterios que contribuyen al reconocimiento de la aplicación de la renovación se deduce que:

- o Dentro del contrato de arrendamiento deben reconocerse los siguientes criterios: i) que ver-se sobre la renta de un bien inmueble comercial; ii) que la parte arrendataria sea una entidad estatal; y iii) que esta ostente la calidad de empresario.
- o El ejercicio del derecho de renovación exige el análisis y estudio de las condiciones legales, técnicas, de sector y de costos necesarios para determinar el alcance, el plazo y el presupuesto del nuevo contrato de arrendamiento, de manera que la celebración del nuevo contrato corresponda al resultado del ejercicio de planeación desarrollado por la entidad. La decisión de ejercer el derecho de renovación por parte de la entidad estatal arrendataria y, en consecuencia, la celebración del nuevo contrato de arrendamiento que permita satisfacer la necesidad de asegurar el uso y goce del bien inmueble en el cual funciona su establecimiento, debe obedecer a la selección objetiva de la oferta más favorable, como resultado del ejercicio de planeación.

REFERENCIAS

- Arrubla Paucar, J. (2015). *Contratos mercantiles* (14ª ed.). Legis.
- Barreto Moreno et al. (2023). *Planeación en la compra pública: una visión holística de un principio en constante construcción*. Universidad de La Sabana.
- Bonivento Fernández, J.A. (s.f.). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales* (16ª ed.). Librería Ediciones del Profesional.
- Caballero Sierra, G. (1972). *Las entidades descentralizadas en el derecho administrativo: un análisis jurídico de carácter general*. Temis.
- Castro de Cifuentes, M. (2016). *Derecho comercial actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios* (2ª ed.). Temis.
- Cepeda López, S.P. (2022). La importancia de la planeación en la contratación estatal. En M. T. Palacio Jaramillo (Coord.), *Contratos estatales* (t. 1, pp. 337-354). Grupo Editorial Ibáñez.
- Colombia Compra Eficiente. (7 de marzo de 2022). Concepto C - 049 de 2022 -Radicado RS20220307002453.
- Congreso de Colombia. (1993). Ley 80, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Congreso de Colombia. (1873). Ley 84, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 30 de noviembre de 2006, M.P: A. Hernández. Expediente 25096.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 4 de diciembre de 2006, M.P: M. Fajardo. Expediente 24994.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de mayo de 2013, M.P: M. Fajardo. Radicado 27875.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección a. 29 de octubre de 2014, M.P: H. Andrade. Expediente 29851.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 16 de mayo de 2016, M.P: J. Santofimio. Radicado 41220.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección a. 30 de mayo de 2019, M.P: M. Velásquez. Expediente 55086.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección a. 21 de mayo de 2021, M.P: J. SÁCHICA. Expediente 49483.
- Duque Botero, J.D. (2021). Responsabilidad e impactos a las partes por la comisión de errores en la etapa precontractual. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 27, 135-156. doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.05>.
- Botero, J. D. D., & Vidal, L. F. V. (2019). *GPS Contratación Pública. Guía profesional 2da Edición*. Tirant.com. Retrieved September 9, 2025, from <https://editorial.tirant.com/co/ebook/gps-contratacion-publica-guia-profesional-2-edicion-juan-david-duque-botero-9788411698092>
- Dávila Vinuesa, L.G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal* (3ª ed.). Legis.
- Escobar Vélez, E.G. (2015). Arrendamiento de locales comerciales: aspectos sustantivos y procesales actualizado con la Ley 820 de 2003 y la Ley 1564 de 2012 (5ª ed.). Librería Jurídica Sánchez.
- Forero Hernández, C.F. (2021). El régimen jurídico de las empresas industriales y/o comerciales del Estado, ¿derecho administrativo o derecho económico? *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, 51 (134), 52-82. doi: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v51n134.a03>
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, M.P. (2014). *Metodología de la investigación* (6ª ed.). McGraw-Hill.
- Jaramillo Castañeda, A. (2017). *Arrendamiento y restitución* (3ª ed.). Ediciones Doctrina y Ley.
- Jaramillo Giraldo, E. (2020). Los contratos de arrendamiento celebrados por el particular concesionario y su renovación automática: el caso de OPAÍN en el Aeropuerto El Dorado [Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana]. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/52877>
- Jiménez Valderrama, F. (2016). *Introducción al derecho comercial*. Legis.
- Leal, H., Cabrera, M. y Sáenz, Luz. (2020). *El contrato de arrendamiento y el proceso de restitución del inmueble* (21ª ed.). Leyer.
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2ª ed.). Legis.

- Lucas Ortegón, C.A. (2021). *La prohibición de prórroga automática o renovación tácita en el contrato de arrendamiento estatal*. Repositorio Institucional UPTC. <https://repositorio.uptc.edu.co/handle/001/4803>
- Narváez García, J. I. (1976). *Introducción al derecho mercantil*. Ediciones Bonnet & CIA.
- Narváez García, J. I. (2002). *Derecho mercantil colombiano volumen II la empresa y el establecimiento de comercio*. Legis.
- Pimiento Echeverri, J. (2019). El aprovechamiento económico de los bienes de uso público. Reflexiones con ocasión de la reciente unificación sobre la improcedencia del contrato de arrendamiento. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 22, 35-59. doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.03>
- Presidencia de la República. (1971). Decreto 410, Código de Comercio.
- Rico Puerta, L. (2019). *Teoría general y práctica de la contratación estatal* (11ª ed.). Leyer.
- Sánchez Luque, G. (2021). Contratos de la administración pública. En L. Rodríguez R. (Dir.), *El régimen de los contratos públicos* (pp. 75-140). Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).
- Solórzano Arámbula, J.C. y González Aviléz, D. (2019). La naturaleza y limitaciones del establecimiento de comercio en Colombia: la normatividad de carácter imperativo y su necesidad de adaptación a las necesidades mercantiles [Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana].
- Younes Moreno, D. (2020). *Curso de derecho administrativo* (11ª ed.). Temis.

Reconocimiento y reparación integral de las víctimas LGBT durante el conflicto armado

*Recognition and Comprehensive Reparation
of LGBT Victims during the Armed Conflict*

I R A I D A I N É S J U L I O A C O S T A

Abogada de la Universidad de Medellín (Colombia) y especialista en Derecho Administrativo de la Institución Universitaria Americana (Colombia). Funcionaria en la Rama Judicial de Colombia. i_rayda@hotmail.com
<https://orcid.org/0009-0004-1312-1618>

Y I S E T H P A O L A O S P I N O J U L I O

Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre, seccional Barranquilla (Colombia). Adscrita al Semillero de Investigación Género, Violencia y Sociedad. yisethp-ospinoj@unilibre.edu.co
<https://orcid.org/0009-0009-3582-9082>

Resumen

Este artículo de investigación aborda el efecto angustioso que el conflicto armado ha tenido en la sociedad colombiana, especialmente en las poblaciones minoritarias y desfavorecidas. De igual manera, se tiene en cuenta que, debido a su identidad de género y orientación sexual, las personas LGBT experimentan elevados niveles de violencia. Es por ello que el objetivo principal consiste en analizar los factores que inciden en el reconocimiento y la reparación integral de las víctimas LGBT en el contexto del conflicto armado, mediante una metodología enfocada en el paradigma socio-jurídico, con enfoque cualitativo y una revisión documental. Finalmente, las conclusiones destacan que reconocer y visibilizar estas experiencias resulta esencial para romper el patrón de impunidad y avanzar hacia una sociedad inclusiva. Lo anterior teniendo en cuenta que la reparación se ve influida por factores históricos, socioculturales y normativos, lo cual requiere la aplicación de intervenciones que tengan en cuenta las dimensiones de género y la prevención de la revictimización.

PALABRAS CLAVE

Comunidad LGBT, conflicto armado, violencia de género, víctimas y reparación integral.

Abstract

This article demonstrates that the armed conflict has had a distressing effect on Colombian society, especially on disadvantaged populations. Likewise, it takes into account that, due to their gender identity and sexual orientation, LGBT people experience high levels of violence. Therefore, the main objective is to analyze the factors that affect the recognition and comprehensive reparation of LGBT victims in the context of the armed conflict, through a methodology focused on the socio-legal paradigm, with a qualitative approach and a documentary review. Finally, the conclusions highlight that recognizing and making these experiences visible is essential to break the pattern of impunity and move towards an inclusive society. This, taking into account that reparation is influenced by historical, sociocultural, and normative factors, requires the application of interventions that take into account the gender dimensions and the prevention of revictimization.

KEYWORDS

LGBT community, armed conflict, gender violence, victims and comprehensive reparation.

INTRODUCCIÓN

El conflicto armado en Colombia ha sido una confrontación compleja y de amplio alcance que se ha extendido de manera progresiva por todo el país durante décadas, dejando huellas muy claras en las víctimas, cuya adecuada compensación es fundamental para promover la paz y la justicia en Colombia.

Entre estos grupos afectados, la comunidad LGBT se ha enfrentado a una serie de barreras personales, así como a una doble victimización, que la ha obligado a verse inmersas en un entorno de discriminación sistemática, violencia homofóbica y transfóbica, así como violencia sexual. Atendiendo a lo anterior, resulta importante analizar el pleno reconocimiento y reparación integral de las víctimas LGBT en el contexto del conflicto armado.

Aunque en los últimos años se han generado notorios avances en el ámbito de los derechos LGBT en Colombia, incluida la integración de estos derechos en el acuerdo de paz de 2016, ha habido una considerable falta de atención y seguimiento de las experiencias y necesidades únicas de esta comunidad. Es decir, la mezcla de marginación y oscuridad histórica, junto con una comprensión limitada de cómo la orientación sexual y la identidad de género se conectan con el conflicto armado, ha dado lugar a una injusticia continua y a la negación de los derechos humanos básicos para numerosas víctimas LGBT.

Ahora bien, tal marginalización ha permitido equívocamente que dichas vivencias violentas y persecuciones particulares que experimentaron durante el conflicto se pasen por alto y no se tomen medidas a tiempo que reparen a la víctima no solo a nivel económico sino emocionalmente. Lo anterior, teniendo en cuenta que se trata de una minoría y que, además, debe aplicarse un enfoque de género efectivo desde la reparación integral. Con respecto a lo anterior, se debe tener en cuenta:

(i) orientar la atención a víctimas de la violencia por su orientación sexual y/o identidad de género, ya sea real o percibida; (ii) identificar los casos de violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH a causa de la orientación sexual o la identidad de género de la víctima; y (iii) promover el acceso y la participación a las víctimas LGBTI en el proceso judicial propio a la ley de Justicia y Paz. (Sentencia Arnubio Triana Mahecha y otros, 2015)

Esta decisión judicial marca un momento histórico al ser la primera en reconocer delitos perpetrados por grupos paramilitares contra personas pertenecientes a la comunidad LGBT y establecer dinámicas de reparación integral hacia ellas. En este orden de ideas, el magistrado ponente Eduardo Catellanos, a partir de su veredicto en la Sala de Justicia y Paz, especifica las

consideraciones que se deben tener en cuenta y llevarse a cabo cuando de reparación a víctimas LGBT se trata.

Así mismo, menciona el enfoque de género que se debe promover en cada caso en específico, junto con la identificación de aspectos motivacionales que se presentan de victimario hacia víctima. Ahora bien, los enfoques mencionados en dicha sentencia van internamente relacionados con los fundamentos que son objeto de materialización a la hora de proporcionar y garantizar a la víctima una reparación integral y libre de obstáculos. En este sentido, se considera que:

Siendo imperativa la reparación integral a las víctimas es menester entender el daño y su tipología, concretamente el padecido por la población obligada a desplazarse y/o abandonar sus bienes; advirtiéndose de tal estudio que no es solamente patrimonial, sino que trasciende a la esfera inmaterial o extrapatrimonial, como de manera unánime es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. (López, 2019, p. 17)

Estas dimensiones facilitan el restablecimiento de daños, tanto físicos como intangibles, de una manera respetuosa, que satisfaga las necesidades de las víctimas, como pilar de un esfuerzo más amplio para reconstruir la estructura social en Colombia.

A partir de lo anterior, esta investigación pretende analizar los factores que inciden en el reconocimiento y la reparación integral de las víctimas LGBT en el contexto del conflicto. De la problemática identificada surge la siguiente pregunta: *¿Qué factores inciden en el reconocimiento y la reparación integral de las víctimas LGBT en el contexto del conflicto armado colombiano?*

A partir de ello, esta investigación estudia todo aquel panorama que afrontan las víctimas LGBT, a través de un enfoque socio-jurídico, y así mismo, utilizando un paradigma cualitativo que corresponde a la agrupación y caracterización bibliográfica que se obtuvo a través de artículos que permitieran orientar el desarrollo de la temática inicialmente propuesta.

METODOLOGÍA

En primer lugar, este estudio se enmarca en el paradigma socio-jurídico, el cual “se encarga del estudio de la funcionalidad del derecho objetivo en la realidad social” (Tantaleán, 2016, p. 10). Es decir, reconoce la interacción dinámica entre los aspectos sociales y jurídicos en la comprensión de fenómenos legales y su impacto en la sociedad. Esta perspectiva permitió una aproximación integral a la investigación, considerando no solo las normativas y legislaciones pertinentes, sino también los contextos sociales, culturales y económicos que influyen en la aplicación y efectividad del reconocimiento jurídico de las víctimas.

Por otra parte, para alcanzar los objetivos de este estudio, se adoptó un enfoque cualitativo, lo cual permitió abordar en profundidad las experiencias, percepciones y significados de los actores involucrados en el fenómeno objeto de estudio. Además, el enfoque cualitativo facilitó la comprensión de la complejidad inherente a las interacciones sociales y jurídicas, así como la identificación de patrones y relaciones emergentes. De esta manera, Nizama y Nizama (2020) indican que “según las referencias bibliográficas, el enfoque cualitativo es un abordaje interno, subjetivo e interpretativo que permite hacer cuestionamientos sobre la realidad jurídico social” (p. 88).

Por último, esta investigación se basó principalmente en una revisión documental, llevando a cabo una búsqueda selectiva de fuentes primarias y secundarias relevantes, incluyendo legislación, jurisprudencia, informes de organismos gubernamentales e internacionales, estudios académicos y documentos institucionales. Todo lo anterior teniendo en cuenta que “la revisión bibliográfica debe tener en cuenta todo el conocimiento científico sobre el tema de interés que se va a trabajar para poder plantear unos objetivos de la investigación en el proyecto de investigación” (Reyes y Carmona, 2020, p. 1). Esta revisión documental se realizó utilizando bases de datos especializadas, bibliotecas virtuales y recursos en línea, garantizando la inclusión de una amplia gama de perspectivas y opiniones.

RESULTADOS Y DISCUSIONES

Contexto histórico relacionado con la violencia de género hacia las víctimas LGBT en el conflicto armado

En primer lugar, es indispensable aclarar qué se entiende por violencia o discriminación de género como fenómeno que abarca cada entorno y cada contexto de la vida cotidiana de manera multifacética. En este orden de ideas, algunos autores han afirmado que “según el criterio ideológico, una violencia está basada en el género si está dirigida contra una mujer como tal, por el hecho de serlo” (Poggi, 2019, p. 19). De esta manera, en la actualidad se suele tener el pensamiento erróneo de que la violencia de género solo afecta en sí misma a la mujer (entendiendo a la mujer como un individuo femenino, tanto física como intelectualmente de manera biológica, es decir, desde el momento en que nace).

Sin embargo, las motivaciones de la violencia de género pueden remontarse a la identidad de género, así como a la orientación sexual de la víctima, por lo que también puede dirigirse hacia la comunidad LGBT. Atendiendo al razonamiento anterior, “se tiene que la violencia de género puede tener como víctima al hombre, a la mujer, y a cualquier persona con identidad de género diversa a las tradicionales” (Rincón, 2017, p. 23). Entendiendo que la violencia de género recae en distintos actores precisamente por cómo se identifican, por lo que son y por sus preferencias,

resulta crucial aplicar un enfoque diferencial basado en género teniendo en cuenta las necesidades de cada uno.

La violencia de género resulta un elemento clave al momento de estudiar el conflicto armado y sus dinámicas representativas. Así entonces, el conflicto armado en Colombia comienza a posicionarse históricamente desde el siglo XIX, sin embargo, su desarrollo se intensificó exponencialmente en la segunda mitad del siglo XX, apareciendo nuevos grupos guerrilleros y autodefensas paramilitares.

A partir de ello, Colombia ha experimentado muchas confrontaciones violentas entre dichos grupos, las Fuerzas Armadas y otras organizaciones ilegales. Así mismo, el conflicto ha estado estrechamente vinculado con el incremento y el auge de la violencia y los prejuicios basados en género; es decir, desde que inició el conflicto armado, tanto las mujeres colombianas como muchos integrantes de la comunidad LGBT han sido foco principal de la violencia y la discriminación que esta conlleva. De esta manera, dichos sujetos han tenido que vivenciar diversas formas de representación de la misma violencia, como secuestros, violación y abuso sexual, desplazamientos forzados, ataques físicos, torturas, amenazas y asesinatos motivados por el odio. En este sentido, en cifras se obtuvo que:

De los 9.165.126 de víctimas del conflicto armado en Colombia de acuerdo con el Registro Único de Víctimas (RUV), 4.190 son personas LGBT. Sin embargo, aún existe un alto subregistro de esas cifras, debido a que muchas víctimas no han denunciado por el miedo a vivir de nuevo estas violencias y a los prejuicios que se encuentran en materia de acceso a la justicia. (Corporación Caribe Afirmativo, 2021)

En razón de ello, las víctimas LGBT han tenido que vivir una doble victimización originada por prejuicios injustificados sobre sus formas de identificarse, que si bien es un grupo que ha adquirido reconocimiento de derechos por su propia lucha, anteriormente no tenían ningún tipo de garantía que les reconociera una efectiva tutela de sus bienes jurídicos desde un enfoque diferencial basado en género.

Siguiendo este panorama, una de las características más impactantes del conflicto armado fue el desplazamiento forzado, de tal manera que muchas víctimas de la comunidad LGBT tuvieron que enfrentar la pérdida de sus hogares y sus familias, debido a lo cual quedaban en mayor riesgo de vivir violencia y explotación sexual.

En otro escenario, muchos integrantes de esta comunidad tuvieron que crear, a manera de defensa, alguna estrategia que les permitiera “sobrevivir” en el entorno beligerante, y de esa manera poder protegerse a sí mismos y a sus familias de los ataques propiciados por parte de los

grupos armados. En consecuencia, un número significativo de personas tuvo que ocultar su identidad de género y sus preferencias de orientación sexual. Con respecto a lo último, se aclara que:

Así las cosas, la comunidad LGTB como colectivo se vio afectado al no poder visibilizarse al interior de sus comunidades y familias sin temor a las retaliaciones de los actores armados, impactando directamente a los sujetos de manera individual al limitar su comportamiento y actitudes a las condiciones del contexto, obligándolos a estar “dentro del clóset”, inhibiendo el libre desarrollo de la personalidad, actividad laboral y locomoción. (Muñoz, 2020, p.11)

Es decir, por temor a ser objetivo militar y colocar en riesgo la vida de sus familias, esta comunidad tuvo que ser víctima de violencia de género sin necesidad de recibir una sola agresión física, pues el solo hecho de no permitirles ser, de tener que permanecer en silencio sin expresarse libremente y ocultar su verdadera esencia para poder sobrevivir, los hace víctimas directas del sistema discriminante que aborda cada espacio del territorio colombiano.

Todas estas particularidades han estado sujetas a las estigmatizaciones y el silencio que la comunidad LGBT ha tenido que soportar para no ser objeto de marginalización y de exclusión por parte de la sociedad en la que se desenvuelve. En este orden de ideas, esta y otras experiencias más, han sido relevantes al momento de estudiar los componentes que han determinado la discriminación de las personas LGBT en razón de su identidad y sus gustos, tanto así, que muchos autores se han encargado de recolectar estas vivencias para así crear una memoria histórica que haga parte de la reparación a estas víctimas. En concordancia con ello, una autora relata como ejemplo la siguiente experiencia:

La víctima es un hombre “gay” de 50 años, profesional y apasionado por la danza popular. Autorreconoció su orientación sexual diversa a la edad de 15 años, sin embargo, siempre ha tenido una expresión de género diversa. Aproximadamente dos años después, en 1997, fue violado por hombres armados con camuflado provenientes del Magdalena Medio. Por el contexto se infiere que fueron personas pertenecientes a las FARC-EP. Los perpetradores eligieron a la víctima por su expresión de género diversa, pues en el transcurso del hecho victimizante recibió comentarios cargados de prejuicios, entre los cuales le decían que él merecía eso “por marica”. (Cuello et al., 2020, p. 32)

Esta es una de las tantas narraciones que hoy en día (gracias al interés de investigar estos crímenes de guerra basados en género) el pueblo colombiano tiene la oportunidad de conocer, y de esa misma forma, comprender cuál es la verdad detrás de todas las voces LGBT que fueron silenciadas durante años. Reconociendo así que generalmente “las víctimas no logran la reparación frente a la violencia sexual, el conocer la verdad sería un mecanismo para su sanación” (Uribe, 2023, p. 39). Todo esto teniendo en cuenta que las experiencias que hoy en día se conocen verdaderamente no son ni la mitad de las que realmente sucedieron, pues hasta el día de hoy

aún existen víctimas que no han sido capaces de revelar su verdad y denunciar los maltratos que recibieron sin justificación alguna por parte de los grupos armados.

Del mismo modo, estas numerosas víctimas fueron incapaces de comprender ¿por qué?, ¿por qué a ellos?, ¿por qué deben sentirse aprensivos a la hora de abrazar sus identidades deseadas?, ¿qué justifica el acto de quitarle la vida a alguien por expresar su identidad deseada?, ¿por qué otros tienen el privilegio de vivir su vida de forma convencional cuando ellos se ven obligados a ocultar su existencia? Estas cuestiones, entre otras, forman parte de la conciencia individual y colectiva de cada una de estas víctimas.

Ahora bien, el volumen *Mi cuerpo es la verdad*, parte del Informe Final de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, constituye una referencia muy importante en la memoria histórica del conflicto armado colombiano, siendo una pieza central en la comprensión de cómo la guerra impactó de forma diferenciada, estructural y sistemática a mujeres y personas LGBTIQ+.

Este informe visibiliza los cuerpos principalmente como territorios de disputa, señalando que “el control se ejerció de muchas formas, por ejemplo, usando el cuerpo de las mujeres como lugar de conflicto, botín de guerra, fuente de placer, entretenimiento o compensación; como fuerza de trabajo, como espacio para dejar mensajes” (Comisión de la Verdad, 2022, p. 19).

Las violencias sexuales, reproductivas y simbólicas no fueron hechos aislados ni espontáneos, sino parte de una estrategia consciente de guerra; tratándose así de un patriarcado armado, en el que el uso de la violencia sexual funcionó como forma de dominación territorial y moral. En este sentido, “Estos actos violentos, lejos de ser eventos fortuitos, constituyen una estrategia calculada utilizada por grupos armados para sembrar el terror, ejercer control y debilitar la resistencia comunitaria” (García et al., 2024, p. 136).

Uno de los aportes fundamentales del informe es que reconoce que el conflicto no solo produjo muertos, desplazamientos y pérdidas materiales, sino que marcó sustancialmente las subjetividades, la identidad, la vida íntima y el tejido social. Así mismo, a través de la narrativa, muchas víctimas transformaron sus experiencias en acciones colectivas, convirtiéndose en sujetas políticas que reclaman verdad, justicia y no repetición.

En concordancia con lo anterior, se intensifican las perspectivas de género que se deben tener en cuenta al momento de tratar este tipo de casos, pues es más que evidente que los crímenes cometidos tuvieron una motivación de diversidad de género, aunque hoy en día sea objeto de debate por razones ideológicas, e incluso religiosas. De esta manera, se ha afirmado que:

La perspectiva de género, en específico, de diversidad sexual en el marco del proceso transicional, se ha convertido en una agenda central para la opinión pública en Colombia. Por ello, sin importar los designios de los gobiernos de turno, seguirá siendo un tema destacado en las discusiones políticas y académicas en los próximos años. (Giraldo, 2018, p. 34)

Y es que, aunque el país haya obtenido ciertos avances en materia de inclusión y diversidad, aún se encuentran falencias tanto a nivel social como a nivel jurídico que deben ser erradicadas. No obstante, deben ser erradicadas desde la conciencia y la participación ciudadana, desde el deber ser como persona, al incluir las diversidades que se han visto segregadas durante décadas; es decir, no dejar toda la tarea en manos de la Administración pública, pues si bien tiene la obligación de garantizar los principios del “Estado Social de Derecho” que es Colombia, también es importante analizar de qué manera se puede aportar desde la cultura colectivista.

Es por ello que, a pesar de todas estas experiencias multifacéticas y fuertes, se han creado organizaciones y se han involucrado activistas que permitan la visibilización y aproximación de la violencia basada en género que notablemente ha impactado a dicha comunidad. Sin embargo, muchos grupos armados han perpetuado este tipo de violencia como una estrategia detonante de control social y colectivo, por lo cual se han generado ataques y amenazas contra ciertos líderes y activistas LGBT que han abogado por todos los derechos concernientes a esta comunidad. Así mismo, hoy en día muchas de estas víctimas aún llevan consigo el temor al rechazo social y a la discriminación agregada por razón de lo que son.

Desafíos asociados al reconocimiento y la reparación integral de las víctimas LGBT

La tarea de reconocer, y posteriormente ofrecer una reparación útil e integral a las víctimas LGBT por los impactos que sufrieron durante el conflicto armado, se encuentra ligada a una serie de desafíos (en su mayoría socioculturales), que resultan alarmantes e inquietantes al momento de tratarlos.

De este modo, uno de los obstáculos más notorios es la repetida y persistente estigmatización que recae sobre la diversidad en Colombia. Esto se da generalmente porque muchas de las víctimas sienten temor a ser juzgadas al hablar sobre sus identidades y sobre sus experiencias violentas, debido al mismo estigma arraigado en la sociedad. Es decir, todo ese temor a la discriminación progresiva y la marginalización puede contribuir negativamente a la invisibilidad de dichas víctimas en sus procesos de reparación. De esta manera, los estigmas sociales van creando barreras que generan incertidumbres en las víctimas LGBT. En concordancia con ello, se afirma que:

Hasta que no exista un cambio en las estructuras culturales de la sociedad, no existe posibilidad de que las mujeres trans (y en general la población LGTB) víctima de desplazamiento forzado y otras violencias tengan opciones reales de contar con un tejido social que las acoja y que les provea reconocimiento y lazos de solidaridad. (Olarte, 2020, p. 25)

Es decir, para que la reparación de las víctimas se genere de manera completa, deben existir lazos fraternos y empáticos en la sociedad receptora, lo que conlleva a un desafío que debe trabajarse.

Por otra parte, históricamente los procesos de reparación y no repetición puede que no especifiquen y aborden de manera adecuada las necesidades particulares de las víctimas LGBT; es por ello que la falta de reconocimiento específico de sus vivencias puede resultar en que dichas víctimas no reciban la atención adecuada, que no se realice en el contexto y con el enfoque necesario o que definitivamente sean insuficiente o vagamente atendidas por parte de las instituciones nacionales pertinentes, incluyendo las ambigüedades y lagunas que pueden manifestarse al momento de regularlo jurídicamente. Con respecto a lo anterior, se subraya que:

El abismo existente entre las disposiciones jurídicas y las realidades políticas excluyentes se evidencia también con la población LGBTI en Colombia, víctima de los avatares del conflicto armado y objeto de las políticas con enfoque diferencial. (Olivar, 2020, p.15)

A partir de lo anterior, se manifiesta claramente la brecha que existe entre lo que dice la norma y lo que ocurre materialmente; es decir, en la norma se estipulan ciertas condiciones y ciertos elementos que deben tenerse en cuenta para poder llevar a cabo una reparación digna y justa para la víctima LGBT, sin embargo, a la sociedad colombiana (incluyendo a funcionarios públicos) todavía le cuesta aceptar que la comunidad LGBT tiene los mismos derechos y las mismas garantías judiciales que tiene cualquier otra persona que habite dentro del territorio nacional, y qué más allá de garantizarle un derecho, se le debe garantizar dentro del marco de la perspectiva de género que este requiera, y de esta forma, se armonice la dinámica coyuntural a la que se enfrentan. Así mismo, se interpreta que:

Dentro de la reparación integral que el Estado plantea y la legislación que se expidió para establecer las medidas a las que tienen derecho las víctimas, se puede evidenciar que se queda solo en el papel, puesto que, a la hora de llevarlo a la práctica, la misma es insuficiente en sus términos, eficacia y en el trato que se le da a cada caso. (Piranquive, 2022, p. 3)

En consecuencia, se genera una desconfianza desde la víctima, que puede llegar a entorpecer su voluntad para enfrentar dicha realidad y contarla, de manera que se les imponga sanciones a los actores armados.

Así pues, la documentación de todos estos casos puede ser un poco compleja, debido al temor de vivir una revictimización, ser objeto de discriminación y estar expuesto mediáticamente a nivel nacional, de tal manera que la obtención de pruebas necesarias para acceder a una reparación integral efectiva pueda verse obstaculizada. Tomando en consideración lo anterior, se pueden desglosar más desafíos multifacéticos que debe afrontar la víctima al momento de reclamar una reparación, es decir:

A partir de este hecho se han desencadenado más situaciones conflictivas, las cuales las víctimas deben de asumir y sobrellevar para continuar con sus proyectos de vida, además se reconoce que vivir este tipo de experiencias trae consigo impactos en la parte individual, familiar y colectiva de cada víctima; ya que se han generado cambios importantes en el ámbito social, cultural, psicológico, político y económico. (Doncel et al., 2021, p.114)

Ahora bien, al momento en que la víctima quiere reorganizar su vida, tendrá que encontrarse con diversas dificultades en cada dimensión de la vida cotidiana, es decir, a nivel familiar, personal, educativo, laboral y, sobre todo, a nivel social. De esta manera, es indispensable reconocer que la víctima al momento de encontrarse en un proceso de reparación integral debe también adentrarse en el mercado laboral, lo cual hoy en día realmente aún sigue sesgado por la discriminación hacia la comunidad LGBT. Con respecto a los obstáculos laborales que pueden presentarse, se aclara que:

La falta de inclusión laboral y las limitantes para el crecimiento en el ámbito laboral de la comunidad LGBT+ es un tema que no debe ser postergado. Es necesario aprender y promover las buenas prácticas de empresas que sí están logrando ser más incluyentes en este tema, elevando el nivel de compromiso, más allá de las normatividades o requerimientos legales de no discriminación. (Arredondo y Vázquez, 2021, p.7)

De tal manera que la reparación socioeconómica que requiera la víctima tendrá que someterse inesperadamente a muchos factores que le permita su realización plena; sin embargo, se espera que las empresas adquieran un índice de empatía, tolerancia y profesionalismo, que les permita reconocer las ventajas que se encuentran inmersas dentro de la inclusión laboral.

Por otro lado, se debe hablar de la variación y del dinamismo de necesidades específicas que comprende cada sector y cada población de la comunidad colombiana; por esto, es indispensable comprender que “para lograr una paz de manera concreta, se debe lograr necesariamente la satisfacción de los derechos de todos los grupos poblacionales, que, de acuerdo a sus características, se encuentran clasificados dentro del enfoque diferencial” (Padilla y Villadiego, 2021, p.18). En este sentido, al hablar de un grupo minoritario y al que se le debe respetar su enfoque de género, se hace indispensable que las autoridades y el personal de las instituciones encargadas

de ofrecer una reparación integral se capaciten para atender las necesidades particulares que demanda esta parte de la población, y en esta medida, no se dejen pasar por alto requerimientos fundamentales para la reorganización de su vida, y así mismo, se tenga en cuenta la opinión de dichas víctimas en cuestión de su autonomía y garantía de derechos.

En esta misma línea, se realizó una encuesta a ciertos funcionarios públicos de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, con el objetivo de determinar el nivel de conocimiento que tenían estos funcionarios acerca la guía que se estableció en dicha entidad para orientar los casos del conflicto armado y sus víctimas desde un enfoque de género que reconozca la diversidad. Así mismo, en dicha encuesta se encontró que “manifestaron no conocer esta guía, evidenciando así, una falta de socialización y capacitación en temas sensibles y de compromisos frente a la ley en algunas entidades territoriales” (Buitrago y Rave, 2017, p.16).

Tal como lo menciona el autor, se manifiesta una falta de compromiso, empatía y tolerancia por parte de las entidades del Estado y de este mismo, que incluso se encuentra en la obligación de ofrecer formación y capacitación a sus funcionarios públicos para lograr una plena concientización acerca el enfoque de género, dejando atrás la idea de que solo debe implementarse hacia la mujer biológica, sino también a las personas que se identifican de manera diversa. De esta manera, y de la mano con otras alternativas, se podrá garantizar que las víctimas LGBT sean tratadas con dignidad, con tolerancia y respeto en cada fase del proceso de reparación integral.

Por otro lado, si bien la reparación integral no solo conlleva una reparación material, patrimonial o económica, sino que también conlleva una reparación personal, emocional e inmaterial; desde las políticas y las estrategias que pueda adoptar el Estado colombiano, se debe garantizar un acceso a la salud mental para la recuperación y bienestar individual a corto, mediano y largo plazo. Conforme a ello, en cuestión de acceso a la salud no es un secreto que la comunidad LGBT suele presentar muchos obstáculos para acceder a ella; toda vez que muchas veces suelen ser víctimas de violencia médica fundamentada en su identidad de género u orientación sexual; tanto así que en múltiples ocasiones se les suele negar ciertos tratamientos, medicinas y procedimientos básicos que se requieren para llevar una vida, por lo menos, medianamente digna. Teniendo en cuenta el sector salud, se reconoce que:

En algunos casos, los profesionales del servicio de medicina general no reconocen la posibilidad de otra orientación sexual y esto lleva a negar o a invisibilizar determinadas identidades, prácticas y elecciones sexuales de quienes consultan al no tener en cuenta los derechos de las personas con orientaciones e identidades sexuales diversas. (Arenas, 2018, p. 9)

Es decir, la problemática que se genera a partir de la no capacitación de los funcionarios públicos también llega a extenderse a distintos sectores que ofrecen servicios básicos como lo es el derecho a la salud, el cual se encuentra actualmente entorpecido por la falta de la misma capacitación que no se le está brindando a los profesionales de la salud.

De este modo, se da por hecho que cada médico, enfermero o profesional de otro campo de la medicina tendrá a su disposición toda la comprensión, empatía, respeto y tolerancia hacia su paciente por la sencilla razón de ser humano, sin embargo, se deja a un lado aquellas poblaciones minoritarias que están siendo víctimas del propio sistema estatal y que, por lo tanto, en el sector salud no han podido gozar de medidas básicas que permitan el desarrollo pleno de su derecho fundamental constitucional a la salud.

Sino que, por el contrario, las víctimas LGBT al momento de entrar en su proceso de reparación integral mediante el acceso a la salud, ya sea física o mental, se encuentran expuestas a cualquier manifestación de discriminación o violencia por parte de este sector.

Por otra parte, una dificultad muy notoria es la falta de precisión en cuestión de datos acerca la violencia dirigida hacia la comunidad LGBT en el conflicto armado, lo cual puede obstaculizar la atención correcta de las víctimas, ya que no permite el reconocimiento y la caracterización de la intensidad del problema y, además, puede provocar que muchas de estas víctimas no denuncien sus casos y no hablen sobre ellos por sentir temor y vergüenza al reportar sus experiencias durante el conflicto.

Este temor está también arraigado a la desconfianza que les pueden generar las instituciones nacionales y sus procesos de reparación; de tal manera que se inhiben de buscar el apoyo que requieren para adquirir su reconocimiento como víctimas y reclamar la reparación que les corresponde. Atendiendo a lo anterior, dicha desconfianza gubernamental se encuentra subordinada a la falta de legislación, estadísticas y reconocimiento legal específico que aborde la violencia y agresión basada en el género hacia la comunidad LGBT durante el conflicto armado, lo cual puede crear impedimentos legales. En consideración a lo descrito anteriormente, se afirma que:

El Estado no lleva estadísticas oficiales o centralizadas sobre la prevalencia de estos delitos. Del mismo modo, el compromiso institucional para prevenir, atender, procesar y reparar a los sobrevivientes de violencia sexual relacionada con el conflicto, es escaso y revela la falta de voluntad política del Estado colombiano para defender los derechos de las personas LGBT, particularmente las mujeres LBT. (Asociación Ilga Mundo y Colombia Diversa, 2022, p. 5)

En este orden de ideas, se puede establecer una interseccionalidad conceptual y multidimensional de las causas que emergen en las dificultades de las que depende el reconocimiento y la

reparación integral de dichas víctimas. De igual manera, se puede evidenciar las correlaciones existentes en cada obstáculo involucrado y de qué manera se incorporan en diversos aspectos de la vida cotidiana, implicando así no solo al Estado sino también a las empresas del sector privado y a la sociedad que debe acoger a las víctimas.

Protección jurídica de las víctimas LGBT durante el posconflicto

En concordancia con los elementos anteriormente descritos, se manifiesta el menester de estudiar las nociones legales y jurídicas que ha adoptado el Estado colombiano para otorgarles la protección necesaria a las víctimas LGBT.

De este modo, la primera ley fundamental para abordar este tema es la Ley 1448 del 2011; aunque dicha ley no hace alusión específicamente a la comunidad LGBT, menciona el principio de igualdad que debe ser tenido en cuenta al momento de implementarse con cualquier víctima del enfrentamiento armado y, además, menciona el enfoque diferencial que le corresponde. De igual manera, se menciona que:

El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, *género*, *orientación sexual* y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque. (Ley 1448 del 2011, p. 4)

A partir de estos principios se forjan las bases necesarias en el ordenamiento jurídico colombiano para comprender qué aportes se deben realizar y qué se debe eliminar, para así integrar de manera colectiva el reconocimiento y la tutela de derechos de los afectados LGBT, así como también garantizar un trámite de reparación digna y sostenible que permita el acceso a asesorías legales, apoyo en salud, atención psicosocial, etc.

Teniendo en cuenta lo anterior, y según lo propuesto por la Ley 1448 de 2011, se articula el enfoque diferencial, el reconocimiento y las políticas públicas como marcos teóricos fundamentales para pensar la justicia social desde una perspectiva sensible a la diversidad, la desigualdad estructural y la exclusión histórica; donde, lejos de tratar a los sujetos como entidades abstractas, estas aproximaciones permiten entender que las experiencias de violencia, opresión o marginalización son vividas de forma diferente según el género, la raza, la clase, la orientación sexual o la identidad étnica.

Partiendo de esta base, se hace necesario profundizar en diversas teorías del reconocimiento que han sido formuladas para comprender cómo la identidad y la dignidad de los sujetos se construyen y se vulneran en contextos marcados por la exclusión y la violencia.

Taylor (1994) plantea en su teoría del reconocimiento que el ser humano tiene una necesidad ontológica de ser reconocido por los otros. Este reconocimiento no es solo simbólico, sino constitutivo de la identidad. Negar dicho reconocimiento (mediante la invisibilización, la estigmatización o el desprecio) equivale a producir daño moral. En ese sentido, las políticas del reconocimiento no son una cuestión “identitaria” superficial, sino una dimensión fundamental de la justicia.

Honneth (1996) profundiza esta idea desde una perspectiva de lucha social, en la que los sujetos reclaman reconocimiento no solo por lo que son, sino como parte de una batalla por su dignidad y autonomía. Honneth distingue tres esferas del reconocimiento: el amor (en las relaciones personales), el derecho (como reconocimiento de la persona jurídica) y la solidaridad (como valoración social de las contribuciones individuales). Cuando uno o más de estos niveles se niegan, se genera una forma específica de sufrimiento social.

Por su parte, Butler (2004) aporta una visión crítica del reconocimiento centrada en el cuerpo y la performatividad de las identidades. Para Butler, no todos los cuerpos son reconocidos como “vivibles” o “lloables” dentro de los marcos normativos dominantes. En este contexto, la violencia estructural actúa excluyendo ciertos cuerpos de los esquemas de valor y legitimidad. Desde ahí, las políticas del reconocimiento también deben implicar una revisión de las normas que determinan qué vidas cuentan como tales.

Young (1990) introduce una lectura estructural de la opresión que complementa el enfoque diferencial, sosteniendo que la justicia no se alcanza solo con la redistribución económica, sino también con la eliminación de las relaciones de dominación y la afirmación de las diferencias. Young identifica cinco formas de opresión: explotación, marginación, impotencia, imperialismo cultural y violencia. Estas categorías permiten analizar cómo grupos sociales enteros son sistemáticamente subordinados en función de su posición dentro de estructuras sociales desiguales.

Por último, Brown (1995) advierte sobre los peligros de las políticas del reconocimiento cuando son absorbidas por lógicas neoliberales o cuando reducen la política a gestos simbólicos sin transformar las condiciones estructurales. Para Brown, el desafío es que el reconocimiento no se vuelva una forma de gubernamentalidad que encasille a los sujetos en identidades fijas y administre su diferencia sin cuestionar el poder.

Ahora bien, a nivel judicial se tiene que la Justicia Especial para la Paz (creada en 2016) da apertura a investigaciones que acojan a todas las víctimas LGBT, recalando que “su labor, como garante de la administración de justicia en los casos del postconflicto, debe generar cambios significativos” (Martín, 2020. p. 18). Es decir, a pesar de que esta entidad no está obligada a lo

imposible (toda vez que esta problemática trasciende la esfera jurídica y legal, integrando así factores culturales y sociales), se espera que tome medidas verdaderamente efectivas y notables, que permitan la reivindicación de derechos que fueron lesionados.

Por otra parte, el Decreto 762 de 2018 incluye varios ítems relevantes relacionados con la protección a víctimas LGBT en el conflicto armado; entre esos ítems está el siguiente:

Realizar ajustes institucionales para la implementación del enfoque OS/IG en el reconocimiento y atención a víctimas de los sectores sociales LGBTI en el marco de la política pública de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas, la implementación de la Justicia. (p. 6)

De igual forma, este decreto dicta ciertas conformidades que se relacionan directamente con todo lo que se ha abordado en este artículo. Así mismo, en él se realiza cierto reconocimiento de enfoque diferencial de género en las actuaciones que se realizan en contra de los LGBT en tiempos de guerra interna, reconociendo así, que existe una motivación discriminatoria más allá de lo tangible y perceptible a los sentidos.

Ahora bien, si se revisa el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente el Código Penal, se encuentra que no existe un tipo penal que aborde en su totalidad y de manera profunda las sanciones que se deben tener en cuenta cuando una víctima del conflicto armado haya sido perjudicada por razón de su género; lo cual implica consecuencias muy graves.

En primer lugar, el hecho de no tipificarlo textualmente perpetúa la impunidad y se produce una percepción de vulnerabilidad constante en las víctimas; es decir, la falta de una reacción penal efectiva eleva un mensaje de indiferencia por parte del Estado, lo cual aumenta la suspicacia hacía las instituciones, y así mismo, dificulta el acceso a la justicia.

Además, la falta de una legislación penal pertinente conlleva un impacto negativo en los intentos de prevenir y apartar futuras vulneraciones. De este modo, sin una seguridad evidente de que este tipo de delitos serán investigados y sancionados penalmente, se genera un ambiente susceptible para que este tipo de violencia se siga desarrollando de manera prolongada y continua. Esto asimila la perdurabilidad de la discriminación y la marginalización, dificultando la construcción de una sociedad inclusiva y respetuosa de los derechos humanos. En concordancia con ello, se manifiesta que:

En el ámbito penal estas violencias se han invisibilizado, el derecho penal no las ha nombrado, no se investigan los elementos de contexto, ni el móvil con el cual han obrado paramilitares, guerrilleros y fuerza pública, lo que repercute en la reconstrucción de la memoria histórica como garantía de no repetición. (Martínez et al., 2021, p. 21)

Para subsanar la ausencia de supervisión legal, es imperativo respaldar la aplicación de legislación y políticas que penalicen de manera efectiva y precisa las transgresiones de los DD.HH. contra la población LGBT en el marco de los conflictos armados. Estas normas e interpretaciones deben abarcar las diversas manifestaciones de violencia experimentadas por estas víctimas y garantizar la aprehensión y sanción adecuada de los perpetradores.

Además, es indispensable mejorar los recursos utilizados para la investigación y persecución de los delitos cometidos contra personas que se identifican como LGBT, lo cual implica educar y concienciar a las fuerzas del orden sobre los delitos específicos que sufren estas personas, abogar por su participación en los procedimientos judiciales y garantizar su seguridad durante todo el proceso.

De igual manera, se destaca que la ausencia de este tipo de legislación en Colombia no implica la ausencia de normas internacionales que salvaguarden sus derechos, pues Colombia ha participado activamente en numerosos tratados y convenciones internacionales que reconocen la igualdad y la no discriminación como principios fundamentales. Sin embargo, es imperativo que estos compromisos sean pronta y completamente incorporados a las leyes nacionales, demostrando así la dedicación legítima del Estado garante.

Por otra parte, muy a pesar de las sentencias que ha emitido la Corte Constitucional reconociendo los derechos que legítima y humanamente le corresponde a la comunidad LGBT, a nivel de políticas públicas no se presentan avances capaces de abordar las problemáticas que se desarrollan alrededor de la aceptación y la inclusión social de los grupos vulnerables y diversos. De tal manera que los grupos minoritarios carecen de una protección real que acoja sus necesidades. Con relación a lo anterior, se describe que:

Si bien el Estado, vía judicial, ha reconocido a la población LGBTI, el Estado no ha adoptado medidas adecuadas y efectivas que contribuyan a la protección de las personas que se encuentran en mayor nivel de vulnerabilidad, continuando la carencia de medidas de política pública orientadas a la protección y garantía de protección de los derechos de personas con orientación sexual e identidad de género diversas. (Casas y Méndez, 2018, p. 16)

De esta manera, Colombia se encuentra en un punto de insuficiencia en cuestión del tema estudiado, pues no ha ofrecido fiabilidad alguna en las víctimas LGBT que las incentive a denunciar y reclamar los derechos que les corresponde, pues, a pesar de que el Estado ha brindado reconocimiento legal a la comunidad LGBTI a través del sistema judicial, es evidente que el Gobierno no ha tomado medidas concretas o efectivas para salvaguardar a los más vulnerables dentro de esta comunidad.

Así mismo, faltan normas gubernamentales específicas destinadas a proteger y garantizar los derechos de las personas con distintas identidades de género. Por lo tanto, es crucial aplicar medidas adecuadas que protejan los derechos y el bienestar de todas las personas, auténticamente de su orientación sexual o identidad de género, con el fin de fomentar una igualdad auténtica e inherente en toda la sociedad.

CONCLUSIÓN

En definitiva, se ha determinado que la guerra armada ha dejado un desproporcionado impacto de angustia y desamparo en la sociedad colombiana, particularmente en las comunidades marginadas. En consecuencia, las personas que se identifican como LGBT, al ser parte de un grupo minoritario, han visto incrementados los niveles de violencia como consecuencia de su identidad de género y orientación sexual.

De igual forma, a lo largo de varias décadas han sido objeto de discriminación, obligados a abandonar sus hogares, sometidos a violencia sexual, persecución, asesinatos y otros tipos de violencia perpetrados por actores armados. Por lo tanto, resulta de especial trascendencia reconocer y llamar la atención sobre los actos de violencia que han sufrido las víctimas LGBT, pues a lo largo de la historia han sido marginadas y excluidas de los esfuerzos por ofrecer reparaciones basadas en la justicia social.

Atendiendo a lo anterior, el reconocimiento que se les debe brindar implica la validación de sus testimonios y narrativas, de tal manera que se les pueda otorgar un estatus de víctimas legítimas, y caracterizar así la violencia específica que han sufrido debido a la forma en la que se identifican.

Desde una perspectiva jurídica transformadora, se hace necesario avanzar hacia un marco normativo que reconozca expresamente a mujeres y personas LGBTIQ+ como sujetos de especial protección constitucional, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en múltiples sentencias. No basta con su inclusión genérica dentro del universo de víctimas, debe consolidarse un estatus jurídico específico que no solo reconozca la violencia que han sufrido, sino que caracterice dicha violencia como estructural, sistemática e interseccional, tal como lo proponen Iris Marion Young en su crítica a la justicia distributiva (1990) y Axel Honneth en su teoría del reconocimiento (1996).

Esto implicaría, por ejemplo, crear rutas de atención diferenciadas, garantizar medidas de reparación simbólica y colectiva con enfoque de género y diversidad sexual, y asegurar participación efectiva en la construcción de la memoria y en los procesos de justicia transicional. Es decir, no

se trata de extender categorías existentes, sino de reconstruir el derecho desde los márgenes, reconociendo los cuerpos y experiencias que históricamente han sido excluidos de la categoría misma de víctima legítima.

Por otra parte, se establece que los factores asociados al reconocimiento y reparación de dichas víctimas se encuentran categorizados principalmente en factores históricos, factores socioculturales y factores normativos, lo cual supone la necesidad de efectuar la aproximación a medidas de reparación efectivas y adecuadas que incluyan las consecuencias corporales, emocionales y materiales de la violencia sufrida.

De este modo, tales medidas deben estar orientadas de manera inclusiva y sensible al género, identificando y reconociendo los requerimientos particulares de las personas LGBT y evitando la revictimización. Muchas de estas medidas reparativas deben incluir compensaciones de rehabilitación psicosocial, monetarias, acceso efectivo a la salud, reivindicación de tierras y garantías de no repetición.

Además de esto, es muy importante que dichas políticas encaminadas al reconocimiento y reparación se implementen de forma uniforme y colectiva entre la sociedad civil, las organizaciones LGBT y el Estado colombiano, garantizando así que se desarrollen mecanismos de participación que realmente acojan a las víctimas y sus organizaciones en los procesos de estructuración, implementación y veeduría de las estrategias reparativas, ya sean colectivas o individuales. En concordancia con ello, se deben fortalecer las capacitaciones y formación adecuada de las entidades encargadas de los procesos reparativos, para así garantizar una atención acorde e inclusiva a la diversidad de las víctimas LGBT.

Finalmente, es esencial reconocer y compensar adecuadamente a las víctimas, teniendo en cuenta sus dimensiones de género, para establecer una sociedad justa, inclusiva y respetuosa. Para ello es necesario abordar y superar los obstáculos institucionales y culturales que han perpetuado la discriminación y la violencia contra las personas LGBT. De igual manera, es crucial resaltar que la erradicación de los casos de violencia anteriores puede promover la transformación de la sociedad y sentar las bases para una tranquilidad duradera en Colombia.

REFERENCIAS

- Arenas, S. (2018). *Experiencias de atención en salud de personas LGBT y significados del personal de salud que les atiende*. Repositorio Universidad del Bosque. <https://hdl.handle.net/20.500.12495/1967>
- Arredondo, F. y Vázquez, J. (2021). La inclusión laboral. Un compromiso pendiente hacia la comunidad LGBT+. *Revista Universitaria del Caribe*, 26(01), 53-61. <https://doi.org/10.5377/ruc.v26i01.11878>

- Asociación ILGA Mundo & Colombia Diversa. (2022). *Reporte para el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/sexualorientation/cfi-report-ga77/ngos/2022-11-10/Colombia-Diversa.pdf>
- Brown, W. (1995). *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*. Princeton University Press.
- Butler, J. (2004). *Vida precaria: El poder del duelo y la violencia*. Paidós.
- Butler, J. (1990). *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. Routledge.
- Buitrago, E. y Rave, J. (2017). *La aplicación del enfoque diferencial de género y diversidad sexual en la Política Pública de Víctimas*. Repositorio Universidad Católica de Pereira. <http://hdl.handle.net/10785/4573>
- Casas, Z. y Méndez, N. (2018). Derechos de la población LGBTI en Colombia Protección en la Jurisprudencia Constitucional. *Desbordes*, 9(2), 77-94. <https://doi.org/10.22490/25394150.3229>
- Comisión de la Verdad. (2022). Informe Final *Mi cuerpo es la verdad*. EXPERIENCIAS DE MUJERES Y PERSONAS LGBTIQ+ EN EL CONFLICTO ARMADO. <https://www.comisiondelaverdad.co/sites/default/files/descargables/2022-07/Informe%20final%20Mi%20Cuerpo%20Es%20La%20Verdad%20mujeres%20LGTBIQ.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1448 de 2011. “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. 10 de junio de 2011. D.O. N°. 48096.
- Corporación Caribe Afirmativo. (2020). *Acceso a la justicia de personas LGBT víctimas de violencia por prejuicio en Colombia*. <https://caribeafirmativo.lgbt/wp-content/uploads/2020/02/Violencias-hacia-las-personas-LGBTI-en-Colombia.pdf>
- Cuello, V. et al. (2020). *Resistimos callando, re-existimos gritando. Memorias y experiencias de sujetos colectivos LGBT en el marco del conflicto armado en Colombia*. Editorial Caribe Informativo. https://caribeafirmativo.lgbt/wp-content/uploads/2021/02/Resistimos-callando-re-existimos-gritando-version-digital_compressed.pdf
- Doncel, J. et al. (2021). *Es un acto revolucionario poder contar su historia. Afectaciones psicosociales de la población con orientación sexual e identidad de género diversa como víctima del conflicto armado en los municipios de Cartago, Toro y Zarzal*. Repositorio Universidad del Valle. <https://bibliotecadigital.univalle.edu.co/entities/publication/104971fb-7a41-4c44-afe0-a54099a22245>
- Fraser, N. y Honneth, A. (2003). *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Verso.
- García, Y. et al. (2025). Agresiones sexuales en mujeres víctimas del conflicto armado en la zona de los Montes de María - Colombia. *Revista de Ciencias Sociales*, 31(1), 133-145. <https://doi.org/10.31876/rccs.v31i1.43494>

- Giraldo, S. (2018). Diversidad sexual y de género en el marco del conflicto armado en Colombia. Algunas reflexiones para su estudio. *Eleuthera*, 19, 115-133. <https://doi.org/10.17151/eleu.2018.19.7>
- Granados Rosero, O. (2023). *El Impacto del conflicto armado en los Derechos Sexuales de la Comunidad LGTBQ+: análisis de casos*. Universidad Cooperativa de Colombia, sede, Cali. <https://hdl.handle.net/20.500.12494/51597>
- Honneth, A. (1996). *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts* (J. Anderson, Trad.). Polity Press.
- López, M. (2019). El derecho a la reparación integral a las víctimas en el proceso de restitución de tierras en el marco de la justicia transicional en Colombia. *Justicia*, 24(36), 102-122. <https://doi.org/10.17081/just.24.36.3525>
- Martín, A. (2020). Desafíos de la JEP en el derecho de reparación y justicia de las víctimas LGBTI. *Temas Socio-Jurídicos*, 39(78), 11-31. <https://doi.org/10.29375/01208578.3751>
- Ministerio del Interior de Colombia. Decreto 762 de 2018. “Por el cual se adiciona un capítulo al Título 4 a la Parte 4, del Libro 2, del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Interior, para adoptar la Política Pública para la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de las personas que hacen parte de los sectores sociales LGBTI y de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas”. 7 de mayo de 2018. D.O. 50.586.
- Muñoz, S. (2020). Víctimas y homosexualidad: ¿y sus derechos? *Retos y Perspectivas Sociales*, 1(1), 12-22. <https://revistasitfip.comunisoft.com/index.php/rpse/article/download/14/29>
- Nizama, M. y Nizama, L. (2020). El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis. *Vox Juris*, 38 (2), 69-90. <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2020.v38n2.05>
- Olarte, A. (2020). *Cátedra Unesco Derechos Humanos y Violencia: Gobierno y gobernanza: Reflexiones para la construcción de políticas públicas desde abajo en torno al desplazamiento forzado en Colombia*. Universidad de Externado de Colombia.
- Olivar, R. (2020). Políticas públicas y enfoques diferenciales: aproximaciones desde la interculturalidad y la democracia radical. *Iztapalapa: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 41(88), 139-162. <https://doi.org/10.28928/ri/882020/aot1/olivarrojas>
- Padilla, J. y Villadiego, D. (2021). *Enfoque Diferencial como Principio de las normas que protegen a la comunidad LGTBQ+*. Repositorio Universidad de Córdoba. <https://repositorio.unicordoba.edu.co/handle/ucordoba/4795>
- Piranquive, L. (2022). *Responsabilidad del estado por las actuaciones frente a las víctimas de delitos contra la integridad sexual en el marco del conflicto armado*. Repositorio Universidad Libre. <https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/23995/Responsabilidad%20estado.pdf?sequence=2>

- Poggi, F. (2019). Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42, 285-307. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.12>
- Reyes, L. y Carmona, F. (2020). *La investigación documental para la comprensión ontológica del objeto de estudio*. Universidad Simón Bolívar. <https://hdl.handle.net/20.500.12442/6630>
- Rincón, D. (2017). Violencia de género contra la población lgbti en el contexto del conflicto armado colombiano. Insuficiencias regulativas del ámbito de protección jurídico-penal. *Revista Criterios*, 10(1), 163-190. <https://doi.org/10.21500/20115733.3081>
- Taylor, C. (1994). *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition* (A. Gutmann, Ed.). Princeton University Press.
- Tantaleán, R. (2016). Tipología de las Investigaciones Jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 13(43), 1-37. <https://derechoycambiosocial.org/index.php/revista/article/view/2093>
- Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal de Justicia y Paz. (2015). *Arnubio Triana Mahecha y otros*. Radicado 45547. M.P: Gustavo Enrique Malo Fernández.
- Young, I. M. (1990). *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press.

Consideraciones éticas y jurídicas sobre riesgos de la divulgación de datos personales en la contratación pública colombiana

*Ethical and Legal Considerations on
Risks in the Disclosure of Personal Data
in Colombian Public Procurement*

L I Z E T H P A O L A C O R T I N A C A N D A N O Z A

Abogada. Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas. Magíster en Derecho Público. Docente-investigadora de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia).

Lizeth.cortina@upb.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-5491-2799>

C A R O L I N A M O N T A Ñ E Z U R I B E

Abogada. Especialista en Derecho Penal y en Derecho Constitucional. Magíster en Derecho. Docente-investigadora de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia).

carolina.montanez@upb.edu.co

<https://orcid.org/0009-0005-7221-888X>

D I A N A M A R C E L A P E D R A Z A D Í A Z

Licenciada. Magíster en Semiótica. Doctoranda en Historia y Estudios Humanísticos de la Universidad Pablo de Olavide (España). Docente-investigadora de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia).

diana.pedraza@upb.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-6910-7568>

Resumen

La Ley 80 de 1993 regula la actividad contractual pública en Colombia, estableciendo principios como la transparencia, que obliga a divulgar toda información de procesos contractuales. Sin embargo, plataformas como SECOP II exponen datos que pueden afectar los derechos individuales de contratistas y oferentes. Esto requiere un análisis ético y legal para mitigar riesgos mientras se cumple la ley. Por tanto, este artículo propone criterios ético-jurídicos para la divulgación y protección de datos personales en la actividad contractual del Estado sin perjudicar la cultura de la transparencia. Desde un enfoque cualitativo de estudio de caso con diseño documental se evidenció la necesidad de adoptar valores y principios éticos y jurídicos en la contratación pública desde el nivel de riesgo, clasificado en niveles del 1 al 5, siendo el nivel 1 datos públicos y el nivel 5 datos críticos no regulados. La adopción principios y valores es crucial para mitigar los riesgos identificados y garantizar la transparencia sin comprometer los derechos.

PALABRAS CLAVE

Contratación estatal, transparencia, protección de datos, valores éticos, valores jurídicos.

Abstract

Law 80 of 1993 regulates public contractual activity in Colombia, establishing principles such as transparency, which mandates the disclosure of all information related to contractual processes. However, platforms like SECOP II expose data that can affect the individual rights of contractors and bidders. This necessitates an ethical and legal analysis to mitigate risks while complying with the law. Therefore, this article proposes ethical-legal criteria for the disclosure and protection of open and personal data in the State's contractual activity without undermining the culture of transparency. Using a qualitative case study approach with a documentary design, the need to adopt ethical and legal values and principles in public contracting was evidenced based on risk levels classified from 1 to 5, with level 1 being public data and level 5 being unregulated critical data. The adoption of these principles and values is crucial to mitigate identified risks and ensure transparency without compromising rights.

KEYWORDS

State contracting, transparency, data protection, ethical values, legal values.

INTRODUCCIÓN

Este estudio responde a los principios rectores de la Administración pública dictados en Colombia. Al respecto, se parte de las responsabilidades establecidas en la Ley 1581 de 2012 por el Estado colombiano para quienes se involucran con el tratamiento del dato de los ciudadanos. Esto incluye las orientaciones concretas para los distintos actores involucrados en el tratamiento de datos. Además, clarifica las obligaciones que deben cumplirse en su totalidad para mitigar riesgos en todo el ciclo del dato. Sin embargo, el manejo de datos en el contexto de la contratación estatal no solo requiere cumplir con las regulaciones para el ciclo de procesamiento de la información, sino también operar dentro del marco de la ley de transparencia y acceso a la información pública.

En este sentido, los responsables y encargados de los datos en el contexto de las contrataciones estatales deben cumplir con el principio de máxima publicidad, lo que implica la divulgación de toda la información en su poder. Sin embargo, esto puede conllevar a la afectación, en ciertos casos, del derecho a la protección de datos personales, incluyendo la intimidad, dignidad y reputación de los servidores públicos y contratistas. Con el ánimo de salvaguardar la protección de los derechos fundamentales de los titulares de datos de cara al interés público, para el caso que nos ocupa, el de máxima publicidad, se hace necesario tener presente que el principio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa, empleada para evitar o controlar que se restrinjan derechos fundamentales (Cuello y Sardoth, 2018, p.7). La Corte Constitucional indicó que en este principio se concreta una ponderación entre los bienes o principios en conflicto, teniendo en cuenta su peso abstracto, la intensidad de afectación y los efectos de tal relación (Sentencia C-022/2020).

Teniendo así que este principio permite sopesar la colisión que se presenta en estos casos, resulta necesario asegurar que la publicidad de la información no exceda lo estrictamente mandado por la ley, evitando una posible vulneración de los derechos del titular. En ese sentido, en el ejercicio de las funciones, las entidades divulgan indiscriminadamente datos de categoría semi-privada, privada e, incluso, sensible a través de plataformas de contratación pública, lo que es una riesgosa realidad para Colombia.

Dada la necesidad de dar respuesta a la tensión que se presenta frente al cómo proteger los datos abiertos y personales durante la actividad de divulgación contractual del Estado colombiano sin menoscabar la cultura de la transparencia, en este artículo se proponen unos criterios éticos y jurídicos para la divulgación y protección de datos abiertos y personales en el ejercicio de la actividad contractual del Estado colombiano. Mismos que se espera sean orientadores para generar acciones concretas por parte de las entidades y encargados del dato.

Para el desarrollo de esta investigación resultó indispensable pensar lo teórico en dos vías: por un lado, los referentes éticos alrededor del tratamiento de datos en el marco de una ética que debe actuar en mundo digitalizado y, por otro, los lineamientos legales que a nivel nacional e internacional pueden guiar el proceso. Por ello, desde una investigación ético jurídico de enfoque cualitativo, alcance propositivo y diseño documental se guió el proceso investigativo desde la identificación de documentos teóricos y jurídicos cuyo eje central fuesen las categorías ética, ética digital, ética del dato, tratamiento de dato, contratación estatal en Colombia y riesgos en el ciclo del dato.

Paso seguido, se procedió a realizar el análisis de la publicación de información digital durante la actividad contractual estatal del Estado en la plataforma SECOP II desde las categorías anteriores y a la luz de la ley de protección de datos personales y el acceso a la información pública en una cultura de la transparencia. Con los resultados de estas dos fases de estudio documental fue posible establecer unos niveles de riesgos a los que en la actualidad se expone a los contratistas en el país y proyectar unas orientaciones ético-jurídicas que pueden ayudar a construir iniciativas concretas que permitan disminuir el riesgo.

Con esta propuesta y publicación se busca fomentar las buenas prácticas en la divulgación de datos personales y datos abiertos, superando la disyuntiva planteada en esta aproximación inicial. Además, se pretende fortalecer la cultura de transparencia en el ámbito de la contratación pública dentro de las entidades gubernamentales, lo que tendrá un impacto en la sociedad y en el logro de objetivos a nivel nacional, departamental y municipal, sin perjudicar a los actores involucrados en el ciclo del dato.

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS DE COMPRAS PÚBLICAS Y SU IMPACTO EN LA ÉTICA DEL DATO

La transparencia es un principio rector del Estado colombiano. De acuerdo con este, “toda la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal” (art. 3 numeral 8 Ley 1437/2011 de 18 de enero). En virtud de esta disposición del país, las autoridades públicas deben aplicar este principio desde una noción de Estado abierto, que permite una interacción más cercana con la ciudadana y un rol más activo por parte de estas. En añadidura, la Constitución Política de Colombia de 1991 estableció el derecho de acceso a la información pública y la forma en que este derecho se desarrolla a partir de los datos abiertos, los cuales “son información pública dispuesta en formatos que permiten su uso y reutilización bajo licencia abierta y sin restricciones legales

para su aprovechamiento” (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [Mintic], 2019, p.5).

La implementación del principio de transparencia en plataformas como el SECOP II ha resultado complejo, ya que evitar riesgos relacionados con la protección de datos personales no ha sido una tarea fácil. Una de las principales problemáticas es la divulgación indiscriminada de información categorizada como datos sensibles, semiprivados y privados. Por lo que en este estudio se logró encontrar en la plataforma SECOP II información relacionada con registros fotográficos, huellas dactilares, datos bancarios, hojas de vida con información completa de residencia y domicilio, teléfonos de contacto, historias clínicas, entre otros.

Esta situación se presenta porque las instituciones del estado han priorizado el principio de publicidad máxima, sin aplicar límites frente a la clasificación y anonimización de los datos, generando así riesgos para el titular de la información como la falsificación personal, suplantación personal, hurto, fraude, afectación a la intimidad, discriminación, entre otros.

Hoy, la noción de Estado abierto se establece en el CONPES 4070/2021, documento que fija los lineamientos de la política pública para la implementación de un modelo de Estado abierto. Según este informe, en Colombia se han establecido estructuras institucionales para abordar desafíos fundamentales relacionados con el acceso a la información pública, la integridad en el servicio público, la lucha contra la corrupción, la participación ciudadana en la toma de decisiones y la inflexibilidad en las políticas públicas. De ahí que una de las principales problemáticas que busca solucionar la política pública en mención se encuentra relacionada con la ausencia de garantías en el acceso a la información pública, la necesaria consolidación de una cultura de integridad y la falta de capacidad institucional para luchar contra la corrupción, entre otras (p. 3).

A su vez, señala que la cultura y aprovechamiento de datos es considerada como una de las principales barreras con que se encuentran las entidades de cara a la innovación (p. 66). En consecuencia, existe una gran preocupación por desarrollar las iniciativas de innovación alrededor del acceso, la construcción y la utilización de la información suministrada por distintas fuentes, a fin de crear mejores respuestas a los problemas públicos (Rugel y García, 2020, p. 26).

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (CCE) en 2023 elaboró y publicó la guía para la contratación de prestación de servicios, en la que se establecen lineamientos claros frente a la anticorrupción y la promoción del principio de transparencia en procesos contractuales. En su acápite de publicidad en la contratación pública se señalan las obligaciones que establece la Ley 1712 de 2014, de cara al principio de máxima publicidad en la ejecución de los procesos de contratación que se adelanten (art. 9 literal e, reglamentado en el

Decreto único reglamentario 1081 de 2015, artículo 2.1.1.2.1.7). También se indicó que, conforme a la circular externa de CCE, todas las entidades del país, sin importar su régimen jurídico, tienen la obligación de publicar la información en SECOP I, siendo desde 2022 obligatorio también en SECOP II (p.16). No obstante, en dicha guía no se abordan los riesgos asociados a la protección de los datos personales de servidores públicos y contratistas.

Medallo Ruiz (2017) señala que:

El propio derecho subjetivo de acceso a los archivos y registros administrativos se ha venido re-conduciendo hacia un derecho más genérico de acceso a la información pública, como derecho a saber, y no solo como solicitud rogada de acceso a la información documental en manos de sujetos públicos. (p. 177)

Es decir, lo que antes era considerada una solicitud específica para acceder a documentos en manos de entidades públicas, hoy se está transformando en un derecho más amplio y general de acceso a la información pública, que a su vez implica un derecho fundamental a estar informado, y no solo una solicitud específica. Es de aclarar que el derecho de acceso a la información pública en Colombia se encuentra contenido en el artículo 20 constitucional cuando se señala que “se garantiza a toda persona la libertad (...) de recibir información veraz e imparcial (...)”.

En este contexto de transparencia y divulgación, se destaca la importancia de la protección constitucional y legal de los datos personales en Colombia. Según el artículo 3 de la Ley 1581/2012 de 18 de octubre, “cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables” es considerado un dato personal. A la par, en el artículo 15 de la Constitución se consagra el derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, que tienen todas las personas, con el Estado como encargado de protegerlos y respetarlos.

A nivel internacional, estos derechos están respaldados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 1999, la Resolución 45/95 del 14 de diciembre de 1990 de Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos. Herrero (2023) señala que los países de América Latina están emulando fielmente al marco normativo europeo. Los países más democráticos sancionan leyes con un nivel de protección de datos mayor (p. 48).

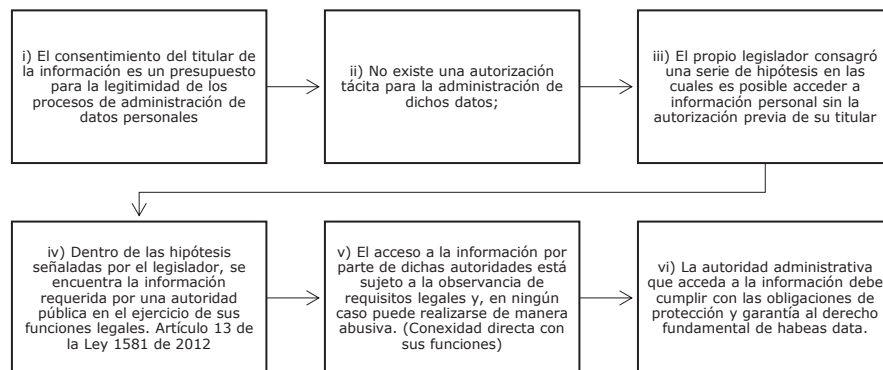
Un hito regulatorio en Colombia ocurrió en 2008 con la Ley 1266 de 2008, que desarrolló el derecho constitucional al *habeas data*, regulando la gestión de información en bases de datos personales, particularmente la que tiene que ver con información financiera, crediticia y comercial. Posteriormente, se promulgó la Ley 1581 de 2012, la cual amplió el derecho que tienen las personas a conocer, actualizar y rectificar la información recopilada sobre ellos en las bases de datos, derechos consagrados en los artículos 15 y 20 previamente mencionados.

Esta disposición de 2012 define el tratamiento de los datos, el cual supone: “cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, el almacenamiento, el uso, la circulación o supresión” (art. 3 Ley 1581/2012 de 18 de octubre). Un año después, en 2013, el Decreto 1377 reglamentó parcialmente la Ley 1581 de 2012, abordando aspectos como la autorización del titular, las políticas de tratamiento de los responsables y encargados, junto a la rendición de cuentas frente al tratamiento de datos personales. Por otra parte, el Decreto 886 de 2014 reglamentó el artículo 25 de la Ley 1581 de 2012, relacionada con la información mínima para el Registro Nacional de Bases de Datos.

Frente a la normatividad sobre los datos abiertos en Colombia, la Ley 1712 de 2014 se erige como guía fundamental. Esta regula el principio de transparencia, el derecho de acceso a la información pública y define las obligaciones de las entidades públicas frente al tema.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el deber de las entidades públicas de compartir información no implica que se permita el acceso a las bases de datos de manera ilimitada, toda vez que no puede vulnerarse el derecho fundamental de *habeas data* (p. 8). Según el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 y la Sentencia C-748 de 2011, al momento de publicar información bajo el principio de transparencia por parte de entidades públicas se deben tener en cuenta los aspectos que se incluyen en la figura 1:

Figura 1. Derecho fundamental de *habeas data*



Fuente: elaboración propia.

Por otra parte, el derecho a la intimidad o *privacy*, según Carrillo (2003), está intrínsecamente vinculado con conceptos como dignidad humana, honorabilidad, autodeterminación informativa o libre desarrollo de la personalidad (Bautista Avellaneda, 2015, p. 16). En ese sentido, no se comprende que la ciudadanía tenga acceso a información contenida en base de datos abierta sin haber pasado por un análisis de su utilización y finalidad. Al no efectuar este análisis riguroso,

pueden verse afectados los titulares en sus datos sensibles o privados, lo cual vulnera su dignidad humana, honorabilidad, buen nombre, entre otros derechos constitucionalmente protegidos.

En ese sentido, la ética emerge como un componente fundamental en la esfera pública administrativa y en el ámbito legal, actuando como elemento central capaz de orientar el proceder de los sujetos involucrados en estas nuevas dinámicas de lo digital. Como señala Adela Cortina (2013), es una “obligación ahorrar sufrimiento y gasto haciendo bien lo que sí está en nuestras manos” (p. 21). Eso es lograr que los actores involucrados en el proceso de tratamiento del dato forjen buenos hábitos, desarrollen un carácter ético en sus acciones y reconozcan las consecuencias negativas de sus decisiones en la divulgación del dato, que podrían llevarlos a actuar de manera reactiva, en lugar de preventiva, frente a los riesgos de un mundo digitalizado.

En la implementación de medidas normativas relacionadas con la transparencia y los datos abiertos en un contexto de lo digital, es necesario que las instituciones contratantes y las partes involucradas en el procesamiento del dato se convenzan de la necesidad y las implicaciones ético-jurídicas que conlleva una aplicación inadecuada de la Ley 1581. Estos principios éticos les permitirán concretar máximas para su actuación y protección, en especial en los casos en los que las medidas legales aún no llegan a menoscabar el dolor, el sufrimiento y el gasto causado por prácticas no responsables alrededor de la tecnología digital y el olvido todas estas partes de una visión basada en el “cuidado”. Este camino ético debe recorrerse para abordar deficiencias que existan en aquellos lugares donde las medidas legales aún no son suficientes e, incluso, en aquellas donde se han producido avances.

En el caso de Colombia, la implementación de medidas normativas para la transparencia (Ley 1712 de 2014), la rendición de cuentas (CONPES 3654 de 2010), la participación ciudadana (Ley 1757 de 2015) y la eficiencia administrativa (art. 209 C.P.) debe estar fundamentada en la ética del cuidado. Con ello, se puede asegurar que las políticas de transparencia y rendición de cuentas no se limiten a cumplir con requisitos legales, sino que reflejen un compromiso genuino con el bienestar de la ciudadanía.

Una ética del cuidado como orientadora de las prácticas resulta relevante, ya que Colombia ha venido reconociendo perjuicios en juicios de responsabilidad del Estado por vulneración de derechos fundamentales como la intimidad personal¹. Incluso en el reglamento de la Unión Europea GDPR se establece expresamente el derecho de todo interesado en solicitar indemnización por daños y perjuicios materiales (art. 146) relacionados con la protección inadecuada de sus

1 Al respecto, véase sentencia de reparación directa, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A. Rad. 11001333704420170024902 demandada la Nación- Fiscalía General de la Nación.

datos personales. No obstante, estas disposiciones taxativas no se encuentran en Argentina, Chile ni México (ADCDIGITAL, s.f., p. 33).

Por otro lado, una ética basada en el cuidado plantea que “los seres humanos necesitamos ser cuidados para sobrevivir y estamos hechos para cuidar a los cercanos, pero también tenemos la capacidad de llegar hasta los lejanos” (Cortina, 2013, p.72). En este sentido, las instituciones y los actores involucrados en el ciclo del dato deben adoptar una actitud proactiva en la implementación de prácticas éticas, que tengan como fin la protección de los bienes inherentes de las personas, como el buen nombre, su intimidad, honra y demás puntos constitucionalmente protegidos.

Colmenarejo (2017) señala que “la *business ethics* es una disciplina que lleva décadas de ventaja en la resolución del conflicto sobre si deben confiar las decisiones éticas que afectan a la empresa y al resto de sus grupos de interés” (p.1966). Indica la autora que hoy, dados los avances tecnológicos que genera la eclosión de información y el uso de los *big data*, hacen emerger conflictos éticos, toda vez que almacenar, gestionar y utilizar datos plantea problemas relacionados con la privacidad, la identidad y la confianza (p.1967).

En ese sentido, la ética del cuidado plantea la responsabilidad de administrar, almacenar y procesar datos conforme a los parámetros legales, éticos y políticos. Por tanto, las entidades y los actores están llamados a velar por el bienestar de aquellos a quienes afecta su gestión de la información, sean estos sus cercanos, a sí mismos y al lejano. Al incorporar esa ética del cuidado no solo como una práctica personal, sino también como un principio rector en el desarrollo y aplicación de las normativas que regulan el tratamiento de datos, se da un paso para asegurar una protección adecuada de los derechos y la dignidad de los individuos en el ámbito digital.

En el marco de las discusiones previas sobre la ética del cuidado y su relevancia en el tratamiento de datos, emerge un nuevo desafío: la necesidad de establecer una ética del cuidado del dato. Esta ética se centra en evaluar los problemas morales relacionados con los datos, los algoritmos y las prácticas, con el objetivo de formular soluciones asociadas a conductas adecuadas, valores esenciales y principios a seguir en el tratamiento del dato (Floridi y Taddeo, 2016).

En el caso de los datos, refiere pensar “la forma en que se maneja y utiliza la información en la era digital de manera responsable y ética [...] no solo alude a los datos personales, también es importante para la información que se gestiona y se transmite” (ActionsData, 2022, pp. 2-5). Esta transición de la ética del cuidado a la ética del cuidado del dato resalta la necesidad de considerar no solo el bienestar de los individuos, sino también la integridad y el uso responsable de la información en un entorno digitalizado y globalizado, caracterizado por la circulación transfronteriza y el acceso casi inmediato a los datos. En consecuencia, en los subtítulos posteriores

de este texto se presentará una serie de valores y principios rectores específicos para cada actor involucrado en el tratamiento de datos. Por lo que, a partir de ese desarrollo analítico, se invita a tener presente cada uno de los valores y principios identificados, ya que pueden servir como líneas de acción utilizables en actividades relacionadas con formación, promoción, auditorías, evaluación de impactos éticos, conformación de comités de ética, desarrollo de protocolos de actuación, entre otros. Por ejemplo, la implementación de programas de capacitación continua en la ética del cuidado y los valores que rigen su actuar, según lo propuesto en este estudio, puede fortalecer la conciencia y el compromiso de los funcionarios públicos en una cultura de transparencia (artículo 133 de la Ley 1753 de 2015 y Decreto 1499 de 2017 art. 2.2.22.2.1 numeral 5²).

Así las cosas, en la era digital, caracterizada por la transparencia en el uso del dato y el acceso equitativo al mismo, o lo que es lo mismo, una cultura organizacional basada en la ética del cuidado y la ética del dato, uno de los desafíos cruciales es la privacidad y la seguridad de la información. Aspectos que se han vuelto críticos y exigen garantizar que la información divulgada no contenga información íntima o confidencial que ponga en riesgo al titular del dato o genere responsabilidades jurídicas a las personas y organizaciones encargadas de los procesos, estrategias y políticas de datos.

Este aspecto engloba una ética práctica dentro del ámbito de la ética de los datos, cuyo objetivo es “definir un marco ético para dar forma a los códigos profesionales sobre la innovación, el desarrollo y el uso responsable” (Floridi y Taddeo, 2016, p. 6) sin detrimento de la cultura digital, la cultura de la transparencia y la protección de los derechos de individuos y grupos. A nivel gubernamental, en el mundo existen lineamientos, pero resultan insuficientes para abordar las problemáticas actuales de un mundo digitalizado, por lo que sigue en construcción el camino de un gobierno de los datos basado en la ética del cuidado. Así lo expresan varios autores en sus estudios. Al respecto, Sánchez (2023) señala:

[...] El marco normativo con el que contamos, al menos en México, no es suficiente para garantizar la eficacia de la gran mayoría de los derechos humanos y particularmente, por lo que nos atañe en el presente estudio, en lo referente a los derechos a la privacidad, a la protección de los datos personales, entre otros más, recordando que los derechos humanos se encuentran conectados entre sí; más bien, lo que se está quedando como objeto de análisis es el incremento en la vulnerabilidad. (p. 11)

2 ARTÍCULO 2.2.22.2.1. Políticas de Gestión y Desempeño Institucional. Las políticas de Desarrollo Administrativo de que trata la Ley 489 de 1998, formuladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública y los demás líderes, se denominarán políticas de Gestión y Desempeño Institucional y comprenderán, entre otras, las siguientes: (...) 5. Transparencia, acceso a la información pública y lucha contra la corrupción.

Por su parte, Franzke y Schafer (2021) destacan:

El uso del llamado *Systeem Risicoindicatie* (SyRi), que utiliza una amplia gama de fuentes para detectar el fraude en prestaciones sociales suscitó numerosas críticas e investigaciones parlamentarias. En febrero de 2020, un tribunal holandés declaró ilegal este algoritmo desarrollado y utilizado por el gobierno [...] Como resultado, los gobiernos locales se han vuelto cada vez más conscientes de la necesidad de manejar los datos de manera responsable y ética. La ciudad de Zaanstad lleva a cabo “revisiones éticas”; la ciudad de Utrecht hizo obligatoria las revisiones éticas; un taller de ética de datos también fue parte del congreso anual de la Asociación de municipios holandeses en 2017 y 2019 [...] (párr.16)

En Argentina, la Ley 25326 del 2000 regula la protección de los datos personales, que si bien cumplió con su cometido, dejó por fuera situaciones que para el momento de su promulgación eran impensadas o implicaban tecnologías incipientes (ESET, 2023, párr.7).

Aunque el contexto anterior refleja una realidad en construcción alrededor de la ética de los datos y el cuidado, desde la academia se siguen generando reflexiones y propuestas como la de Sánchez Díaz (2023), en la que la falta de protección de los datos personales y la vulneración de la privacidad es una afectación a la dignidad humana y, por ende, a los derechos humanos.

Otro ejemplo claro de los desafíos éticos en el tratamiento de datos personales es el derecho al olvido, el cual ha sido objeto de regulación en varios países del mundo, pero en Colombia aún no. Este derecho cada vez resulta más crucial para dar soluciones a cuestiones éticas que pueden presentarse respecto al tratamiento de la información personal cuando su finalidad se ha agotado o ha cambiado respecto a lo expuesto originalmente a su titular.

En España, por ejemplo, en el artículo 29 se reconoce el derecho al olvido en materia de archivos de deudores en mora. En Argentina, la Ley 25.326 (República de Argentina, 2000), de Protección de Datos Personales, lo reconoce en el artículo 26. En México, se encuentra garantizado por el artículo 16 constitucional, párrafo segundo, y la Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de Particulares (Estados Unidos Mexicanos, 2010), el cual es un derecho humano al que se puede acceder por medio de los derechos de cancelación y oposición al tratamiento de nuestros datos personales (Bautista Avellaneda, 2015, p. 29). La ausencia de regulación del derecho al olvido en Colombia destaca la necesidad de abordar estas cuestiones éticas y garantizar la protección adecuada de los datos personales en el contexto digital.

La regulación del tratamiento y divulgación de los datos en el marco de la contratación estatal debe ser abordada desde una perspectiva ética y jurídica, para garantizar que se respeten los derechos fundamentales de las personas. Además, debe ser orientada desde una perspectiva

interdisciplinaria, que tenga en cuenta tanto aspectos técnicos como éticos y legales, mediante la cual se logre equilibrar los beneficios potenciales de la digitalización del mundo físico frente a los riesgos.

RIESGOS IDENTIFICADOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL DURANTE EL EJERCICIO DE DIVULGACIÓN DE DATOS PERSONALES

La contratación estatal representa una de las actividades más importantes de los estados. De acuerdo con Rousseau (como se cita en Bejarano, 2009, p. 49), este proceso implica el uso de considerables cantidades de recursos públicos para que se compren y adquieran bienes y servicios del sector privado por parte de las entidades gubernamentales. De ahí que una de las principales características de esta actividad es su sujeción con el ordenamiento jurídico, es decir, las normativas y regulaciones son fundamentales para garantizar la transparencia, la equidad y la legalidad en los procesos de contratación pública.

Santofimio Gamboa (como se cita en Lucas Ortigón, 2017, p. 18) advierte que el principio de legalidad en la contratación estatal se ve reflejado a partir de “la necesaria conformidad de los actos que deban proferirse con ocasión del contrato, con el ordenamiento jurídico general, y con el que le da la fundamentación especial”. En este contexto, cualquier acto administrativo relacionado con un contrato debe estar en conformidad tanto con las leyes generales como con las normativas específicas aplicables al caso.

En Colombia, su regulación se encuentra en la Ley 80 de 1993 junto a sus modificaciones y decretos reglamentarios. Esta se encuentra enmarcada en tres principales etapas: precontractual, contractual y postcontractual. En la primera, la entidad pública despliega una serie de actividades preparatorias de cara al perfeccionamiento del contrato. Entre las actividades que se resaltan están: la realización de pliegos de condiciones, estudios del mercado y del sector, la identificación de riesgos y selección del esquema de cobertura, la selección de la modalidad de selección del contratista y de contratación de cara al objeto que la entidad quiera contratar. La fase contractual se identifica porque la entidad respeta lo realizado en la fase precontractual. Así que selecciona al contratista, eleva por escrito el contrato y perfecciona el mismo, esto es, que las partes consientan en el objeto a contratar (art. 41 Ley 80/1993 de 28 de octubre). Finalmente, la fase postcontractual guarda relación con la fase posterior a la ejecución contractual, caracterizada principalmente por la liquidación del contrato (art. 60 Ley 80/1993 de 28 de octubre).

Para el caso de nuestro país, la contratación de las entidades públicas se desarrolla en páginas de acceso abierto al público para la respectiva vigilancia y/o veeduría ciudadana. Una de las principales plataformas con este propósito es SECOP II (Sistema Electrónico de Contratación Pública),

que es una versión más avanzada que SECOP I, y permite realizar el proceso de contratación en línea. Por lo anterior, fue esta el referente de análisis de esta investigación.

En el desarrollo del análisis se tomaron en consideración las modalidades de selección de contratistas establecidas en la normativa vigente. Entre estas se revisaron los procesos de contratación de 2021 y 2022, asociados a: la licitación pública, definida en el artículo segundo número 1 de la Ley 1150; la selección abreviada, definida en artículo segundo número 2 de la Ley 1150; la mínima cuantía, definida en artículo 94 de la Ley 1474; concurso de méritos, definido en artículo segundo número 3 de la Ley 1150; y la contratación directa, definida en artículo segundo número 4 de la Ley 1150.

Tras la revisión documental, en estas contrataciones se identificó la presencia de información digitalizada de contratistas con acceso abierto al público. Con el estudio de cada documento fue posible categorizar en diferentes niveles de confidencialidad los datos encontrados en la plataforma. Esa información expuesta en red plantea un riesgo significativo, ya que puede ser utilizada por cualquier persona con diversos propósitos, incluso con fines delictivos, pues se encuentra expuesta por la entidad pública sin implementar medidas de seguridad, permitiendo la manipulación de la información a través de la descarga o la toma de pantallazos de todo lo allí divulgado.

Así las cosas, al analizar los datos digitalizados disponibles en SECOP II, se identificaron varios tipos de datos (sensible, privado, semiprivado y público) en acceso abierto en las distintas modalidades de selección de contratistas. Los hallazgos incluyeron los aspectos indicados en la siguiente tabla:

Tabla. Datos expuestos al riesgo en plataforma abierta de contratación

Clasificación del dato	Dato al que se tiene acceso en la plataforma
Dato sensible	Examen preocupacional: valoración visiometría, osteomuscular. Sexo del paciente. Firma de médico y paciente. Restricciones laborales. Foto en cédula. Firma en cédula. Sexo del ciudadano.
Dato privado	Dirección de residencia. Teléfono celular personal. Datos bancarios (número de cuenta, banco y tipo de cuenta). Firma en cédula. Declaración de bienes y raíces. Recomendaciones y observaciones médicas en examen preocupacional. Pagos de seguridad social. Información financiera.
Dato semiprivado	Certificación bancaria. RUT. Tipo de sangre. Fecha de expedición de la cédula. Títulos profesionales y certificados de estudio. Certificado laboral. Certificado de salud. Certificado de pensión. Tipo de sangre. Fecha de expedición de la cédula.
Dato público	Número de cédula. Detalles del contrato. Registro mercantil. Correo empresarial o institucional. Dirección de lugar de trabajo. Valor del contrato. Antecedentes penales. Lugar de nacimiento. Certificado de Inhabilidades. Hoja de vida. Antecedentes disciplinarios y fiscales. RUP. NIT.

Fuente: elaboración propia.

Con este detalle se hace evidente una preocupante vulnerabilidad en la infraestructura de las páginas de datos gubernamentales, en particular en la plataforma analizada; misma que presenta de manera indiscriminada datos sensibles, privados y semiprivados que según la legislación vigente deben mantenerse en reserva y bajo medidas de seguridad adecuadas, garantizando los principios de protección de datos personales consagrados en la Ley 1581 de 2012. En este contexto, la existencia de un acceso abierto a estos datos plantea serios interrogantes sobre la integridad y confidencialidad de la información, y pone de manifiesto la necesidad urgente de revisar y fortalecer los protocolos de seguridad, junto a las políticas de acceso en el marco de la cultura de la transparencia.

Por ello, resulta necesario balancear el principio de transparencia con la protección de los derechos fundamentales de contratistas y servidores públicos, cuyos datos personales se encuentran expuestos en plataformas abiertas como SECOP II. De esta situación, uno de los interrogantes que puede surgir es, ¿cómo esto afecta la protección de datos personales y la intimidad?

La respuesta está dada desde la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana “no hay derechos ni libertades absolutos” (Sentencia C-046/1996). Y esto es así porque es clara la obligación de publicar todo lo que una entidad pública tiene en su poder cuando de contratación pública se trata, ya que esta obligación resulta ser de suma importancia, atendiendo a “la finalidad e importancia de publicar los contratos de la Administración es realizar una comunicación masiva que permita informar, persuadir y conseguir un comportamiento determinado de las personas que reciben la información” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-384 del 13 de mayo de 2003, expediente D-4312, como se cita en Duque Botero, 2021, p.16).

No obstante, existe una limitación, contenida en la norma, la cual establece: tendrán el carácter de reservado los documentos que “involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas” (Ley 1437/2011 art. 24 n°. 4). En materia de protección de datos, Colombia adopta una “regulación abierta a partir de principios que guían la tarea interpretativa” (Alarcón, 2021, p. 147). Esto significa que es el servidor público, y puntualmente la entidad, quien al momento de cumplir con el principio de máxima publicidad debe aplicar un procedimiento que se establezca previamente para seleccionar aquella información que tenga el carácter de pública, privada o semiprivada, siempre y cuando en esta dos últimas se cuente con autorización del titular y que dicho documento repose en los documentos que se publican en esta plataforma, siendo entonces necesario anonimizar aquella información de carácter sensible que pueda afectar la intimidad del titular.

Es por ello que se subraya la importancia crítica de la ciberseguridad, la protección de los datos sensibles, privados y semiprivados, en el contexto gubernamental de la contratación, junto al

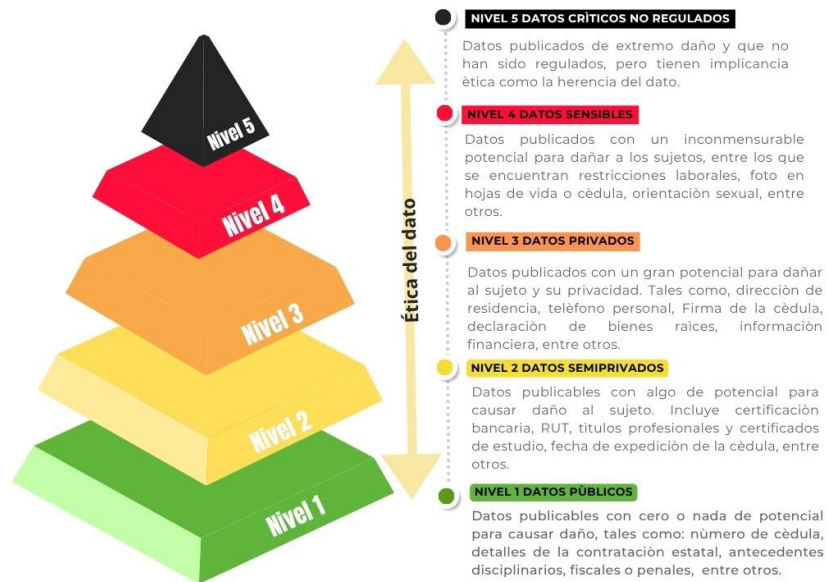
reconocimiento de los niveles de riesgo a los que se expone al titular del dato cuando se divulga información personal que jurídicamente ya se encuentra regulada. Ese análisis no desplaza la necesidad de garantizar el principio de transparencia y la garantía de la máxima publicidad a cargo de entidades públicas, sino, por el contrario, es imperativo que quienes llevan a cabo el tratamiento de esta información verifiquen y contrasten derechos y garantías protegidas en el marco de su responsabilidad. Esto es fundamental para aplicar buenas prácticas cuando se está publicando información privada y sensible del titular, a fin de evitar riesgos asociados a la vulneración de derechos como su buen nombre, honra, dignidad.

Un ejemplo concreto, encontrado en esta investigación, fue la presencia de un examen ocupacional entre los documentos publicados en la página de SECOP II y a los que se tuvo acceso sin restricción durante el este estudio. Este examen reveló detalles del estado físico del contratante, su peso, recomendaciones médicas y hasta su fotografía personal; datos que, según la normatividad colombiana, son de carácter sensible (Ley 1581/2012 art. 3 y 5) y su disposición en redes públicas representa una violación a los derechos constitucionalmente protegidos (Sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2011).

En la Sentencia del 14 de septiembre de 2011 se sostuvo que esta clase de afectaciones a bienes o derechos constitucionales o convencionalmente afectados deben ser reconocidos como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos. Bajo esta óptica, se sistematizó de la siguiente manera la tipología del perjuicio inmaterial: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento (Consejo de Estado, Sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, rad. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero).

Por ello, ante este panorama de los datos normatizados, se hace necesario reflexionar sobre la ética de los datos aún no regulados y que pueden representar un costo económico, traducido en demandas de responsabilidad contra el Estado y de sufrimiento a los distintos actores del ciclo del dato. Para proporcionar una orientación más clara sobre este asunto, en la figura 2 se presenta la pirámide de riesgos de publicación del dato, la cual tiene en cuenta los datos normatizados y aquellos que carecen en Colombia de regulación. Por ende, queda claro que el tratamiento ético del dato debe darse en todo el proceso, no solo en las prácticas no reguladas.

Figura 2. Niveles de riesgo ético y jurídico en la divulgación de datos



Fuente: elaboración propia.

Así las cosas, para el momento del estudio de la página SECOP II en el marco de las modalidades de mínima cuantía, contratación directa, licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, se identificó un acceso ilimitado a los datos de los contratistas y la posibilidad de descargar los adjuntos a cada información. Esto sugirió la presencia de posibles riesgos relacionados con la violación de la privacidad del ciudadano al tener acceso a direcciones privadas y datos financieros. Además, existe la preocupación por la exposición al robo de identidad, lo que podría generar fraudes financieros u otras actividades ilícitas que ponen en riesgo o lesionan los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento colombiano.

Existe el riesgo de que la divulgación de datos pueda llevar a acoso o *phishing* por parte de estafadores que haciéndose pasar por entidades estatales o privadas engañan al ciudadano y lleguen a robarle información adicional o dinero de manera fraudulenta. Con este retrato de los riesgos asociados a la divulgación actual de datos en la contratación estatal se genera un clima de desconfianza alrededor de los encargados del dato y los responsables del mismo; además de una percepción de baja eficacia gubernamental.

Se hace urgente revisar la situación desde lo normativo y lo ético, pues según la circular externa N° 005 del 31 de agosto de 2023 de Colombia Compra Eficiente, el uso de SECOP II se hizo obligatorio para la vigencia fiscal 2023. Por lo tanto, las entidades, en su mayoría municipios, concejos y personerías municipales de todo el territorio nacional, deberán divulgar las contrataciones que realicen a través de este medio. Sin lugar a duda, la finalidad es “que los actores del sistema de

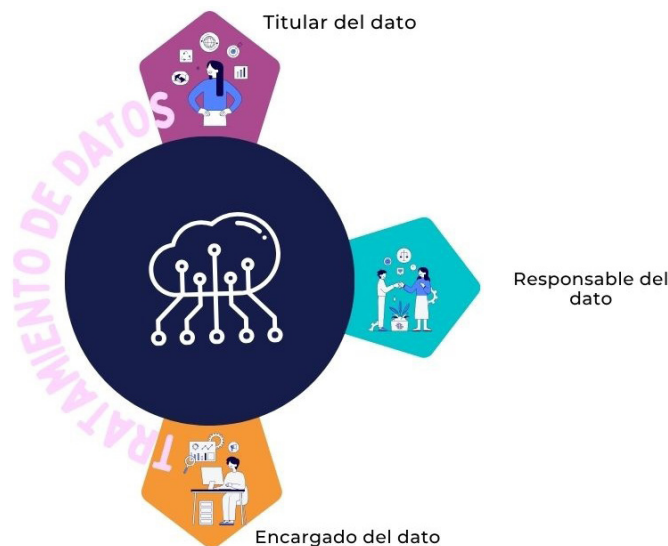
compra pública accedan, gestionen, participen y hagan seguimiento y control social a los recursos que son administrados por las entidades del Estado y los privados en cumplimiento de la normatividad aplicable” (p. 2), pero la realidad es la problemática de exposición de datos personales sin medidas de protección legal o ética.

En ese sentido, es clara la apuesta del Gobierno nacional por fortalecer los procesos de compras públicas para lograr mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos públicos, y el objetivo de esta investigación, identificar los puntos críticos en esa labor, aportando caminos para seguir desde valores y principios ético-jurídicos que orienten a generar acciones concretas.

IDENTIFICACIÓN DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS ÉTICO-JURÍDICOS POR ACTOR EN EL PROCESO DE DIVULGACIÓN DE DATOS

En el mundo de la información y la digitalización de los datos, el Comité Jurídico Interamericano (CJI, 2021) definió como actores del tratamiento de este a tres sujetos centrales (figura 3). Estos se involucran en acciones que van desde la recopilación del dato hasta su divulgación y/o transferencia. El primer actor es la persona cuyos datos se compendian, procesan, almacenan, utilizan o difunden y recibe el nombre de titular del dato. Este sujeto entrega a un encargado del dato su información; representado en una persona física o jurídica, entidad privada o entidad pública. Finalmente, se cuenta con el responsable de los datos, que se encarga del tratamiento y la protección de los datos personales; determina el contenido, las finalidades y el uso de los datos personales (CJI, 2019).

Figura 3. Sujetos involucrados en el ciclo del dato



Fuente: elaboración propia.

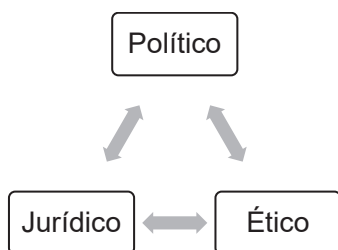
La acción de los involucrados en el ciclo del dato durante el proceso de divulgación en la contratación estatal exige identificar un conjunto de principios que orienten la conducta de los actores hacia el bien común, el cumplimiento de las normas legales existentes y la garantía de los derechos constitucionales. Esto pone de relieve la disposición de acciones orientadas desde los dos paradigmas jurídicos. El primero, el paradigma constitucional, caracterizado por el uso de principios y valores; y el segundo, el legicentrista, que se basa en el empleo de un lenguaje basado en las reglas (Estrada, 2011).

La base de la visión constitucional puede presentarse desde el campo de la filosofía ética, en la que los principios tienen por base los valores. Estos últimos son entendidos como creencias fundamentales que orientan la conducta humana, se consideran universales y permiten la derivación de principios concretados en normas, reglas o pautas más específicas para accionar. Entonces, puede definirse los valores como conceptos abstractos que guían el comportamiento humano, mientras que los principios son directrices más concretas que se derivan de esos valores y establecen normas específicas para la conducta. Por ejemplo, el valor de la honestidad puede dar lugar al principio de transparencia en la gestión pública (Ministerio de Educación Nacional [MEN], 2011, p. 6).

No obstante, desde el plano epistémico del derecho la Corte Constitucional colombiana ha definido la naturaleza y funciones de estos conceptos, valores y principios, acordes con un Estado social y constitucional de derecho. Así las cosas, para definir, diferenciar y relacionar los conceptos de principios y valores en este campo se debe partir de la presencia de un enfoque tridimensional del fenómeno jurídico presente en la divulgación de datos en medio de la contratación estatal.

Por ende, se tiene presente para su definición tres conceptos centrales (figura 4). Iniciando con lo jurídico, basado en el reconocimiento de la constitución; seguido de lo ético, relacionado con la incorporación de valores y, finalmente, lo político, encargado de la configuración del poder, su ejercicio y límites (Estrada, 2011).

Figura 4. Enfoque tridimensional del fenómeno jurídico.



Fuente: basado en Estrada (2011).

Por tanto, desde la perspectiva de la Corte Constitucional de Colombia, los valores se asocian a las normas morales, mientras que los principios se inclinan hacia la norma jurídica. Los valores se emplean de manera interpretativa (estimativa o axiología jurídicas) y no son normas jurídicas, según la Sentencia T-406 de 1992; de hecho, “los valores orientan al legislador, inspira institutos y normas, postulan reglas concretas, pero no son normas y de ellos no se puede predicar la estructura, propiedades y eficacia de aquellas” (Martínez, 2007, como se cita en Estrada, 2011, p. 5). La naturaleza de los valores se asocia a un deber ser moral; además, presenta una proyección o función en el derecho como criterio de interpretación o accionar en aquellos casos del tratamiento de datos que no se haya regulado. Señala la Corte Constitucional en Sentencia T-406 de 1992 que sobre los valores se construye el fundamento y la finalidad de la organización política. Según Duro (2021), los valores constitucionales juegan un papel fundamental como límites a la actuación de los poderes del Estado y la función pública (p. 25).

Por su parte, los principios, son normas jurídicas de aplicación inmediata que sirven para resolver situaciones concretas y presentes; a diferencia de los valores, tienen una mayor especificidad, por ende, mayor eficacia de ser aplicados de manera directa e inmediata. Los principios “no pueden ser desconocidos por otra norma legal o constitucional, tampoco por otro principio no expresamente señalado por la Constitución” (Estrada, 2011, p. 6).

Solo en los principios se encuentra una fuente que podría catalogarse de anticrisis, o, en otros términos, que nunca ha entrado en crisis (Cabrera Suarez, 2011, como se cita en Yáñez et al., 2023, p. 57). En consecuencia, los principios, como valor normativo, solo son aquellos que están en la Constitución. De hecho, de estos se derivan derechos fundamentales. Por lo anterior, las órdenes morales (valores) y jurídicas (principios), aunque mantiene contactos, no son iguales, ni equiparables.

En este marco de ideas, la acción alrededor de la práctica del tratamiento y divulgación de datos en el proceso de contratación estatal de Colombia debería tener presente los principios jurídicos, los principios éticos y los valores en el proceder de cada actor, pues todos son sujetos de derechos y responsables moral y jurídicamente de sus acciones. Por tanto, en esta toma de decisiones frente a la pirámide del riesgo divulgativo de información del contratista se hace necesario, en el actual contexto de digitalización transfronteriza de los datos, equilibrar el argumento jurídico con el argumento de naturaleza axiológica, como se propone a continuación en cada actor.

1. Titular del dato: sobre sus derechos y valores, la protección de datos personales en Colombia es un tema de creciente importancia en un mundo digitalizado. La regulación de la privacidad y la seguridad de la información personal se ha convertido en una prioridad en la legislación colombiana, en la que uno de los pilares fundamentales es la conceptualización del “titular del

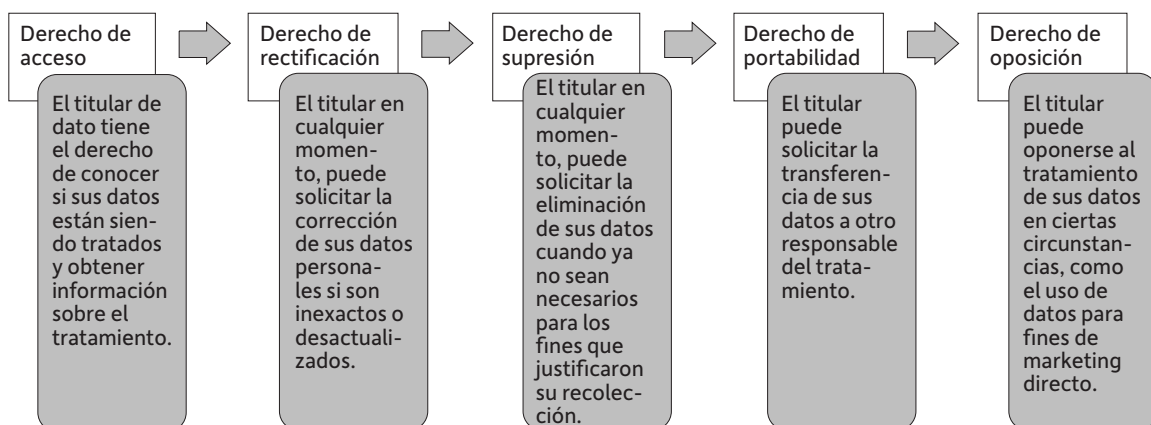
dato” como eje central de la regulación de protección. En Colombia, el titular de dato se refiere a la persona natural cuyos datos personales son objeto de tratamiento por parte de terceros, ya sean entidades públicas o privadas. En el caso objeto de estudio se hace referencia a oferentes, contratistas y servidores públicos.

Hablar de datos personales incluye cualquier información que permita identificar a una persona, desde nombres y apellidos hasta números de identificación, dirección personal, y detalles financieros, entre otros. Por lo que el titular del dato tiene el derecho de conocer, actualizar, rectificar y suprimir sus datos personales, así como el derecho a revocar el consentimiento otorgado para su tratamiento (Ley Estatutaria 1581 de 2012, el Decreto Reglamentario 1377 de 2013).

Dado que uno de los principios fundamentales de la normativa colombiana es el de tener el consentimiento informado del titular de un dato, esto significa que antes de recopilar y tratar datos personales, las organizaciones deben obtener el permiso explícito y libre del titular de datos. Además, las entidades que manejan datos personales deben garantizar la seguridad y confidencialidad de la información y adoptar medidas de protección adecuadas a la normativa fundamental que rige la protección de datos personales en Colombia, dejando de presente que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) es la entidad encargada de supervisar y regular el cumplimiento de estas normas en el país. En el ejercicio desarrollado se omitió este consentimiento.

También, el ordenamiento jurídico colombiano confiere a los titulares de datos personales una serie de derechos fundamentales para proteger su privacidad y controlar el tratamiento de sus datos. Estos derechos se describen en la figura 5.

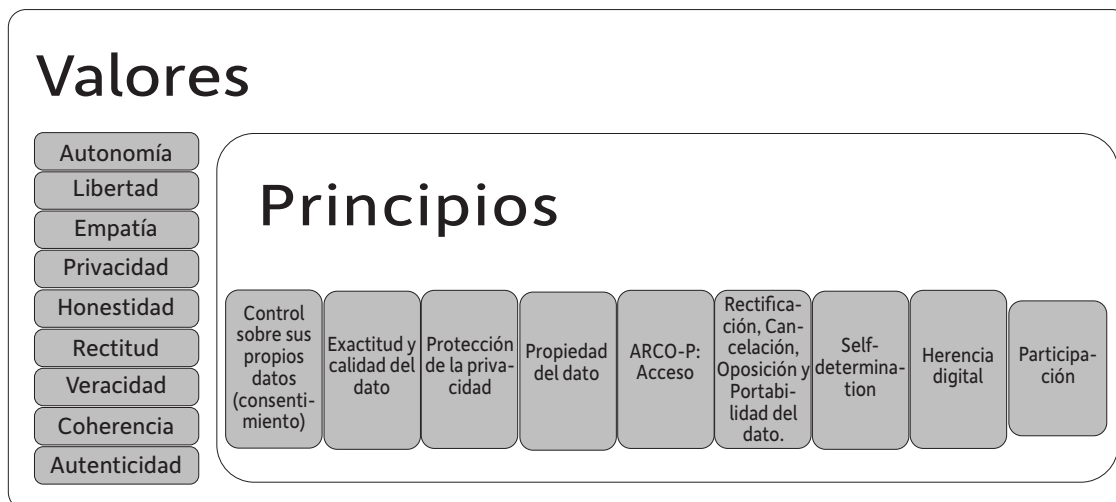
Figura 5. Derechos de los titulares de datos personales



Fuente: elaboración propia.

Por su parte, los titulares de datos tienen la responsabilidad de proporcionar información precisa y actualizada a los responsables del tratamiento. También, deben informar a las autoridades y a los responsables de cualquier cambio en su información, así como notificar cualquier violación de seguridad de datos que puedan experimentar. Los valores y principios éticos asociados al titular del dato deberían ser:

Figura 6. Valores y principios éticos asociados al titular del dato



Fuente: elaboración propia.

2. El responsable del tratamiento del dato o *data controller*: El responsable del tratamiento del dato es una figura física o jurídica, pública o privada, crucial en el ciclo del dato, pues determina los propósitos y los medios para el procesamiento de estos. Protege los datos y su privacidad, pues debe garantizar que se cumplan todas las obligaciones legales y regulaciones, además de proteger los derechos de los titulares. Para el caso de este estudio son las entidades estatales las que cumplen este rol (SIC, 2015).

La determinación de estos propósitos y medios no solo son esenciales para garantizar la transparencia en la recopilación y el uso de datos, sino que también asegura que el procesamiento se realice de manera legal y ética, que los datos solo se usen para fines legítimos y específicos, siempre en línea con las regulaciones de privacidad y protección de datos aplicables a cada situación y país.

Así las cosas, los principios jurídicos que corresponden al accionar del responsable del tratamiento del dato son cuatro. En primer lugar, el principio de seguridad, que exige manejar los datos con las medidas técnicas, humanas y administrativas que se requieran para evitar la pérdida, consulta a datos semiprivados, privados o sensibles y el acceso no autorizado e inclusive fraudulento

a la información de los titulares. En segundo lugar, el principio de finalidad, en el que se exige tener clara la finalidad legítima de la divulgación del dato en el marco la regulación de cada estado (constitucional y legislativa). En tercer lugar, el principio de responsabilidad demostrada en el que se exige que el responsable del dato demuestre de manera efectiva su cumplimiento con las leyes y regulaciones de protección de datos. Para ello, se puede tener registro de actividades de tratamiento, designación de un encargado del tratamiento, evaluación de impacto de protección de datos, entre otros. Finalmente, se debe tener en cuenta el principio de legalidad en el que se establece que una entidad o persona solo puede recopilar, almacenar, utilizar, procesar o divulgar datos personales si existe una ley, una autorización expresa del titular de los datos, o una finalidad legítima que permita realizar dicho tratamiento.

Desde el plano ético, los valores centrales que deben orientar el accionar del responsable del tratamiento del dato son: autonomía, igualdad, imparcialidad, privacidad, solidaridad, honestidad, justicia social, servicio, valor social, autoridad, valor de comunicación.

Estos valores tienen presente la dignidad humana como centro de su acción, ya que implica que cada individuo es merecedor de respeto y protección, no debe ser cosificado (Data ethik, 2018). Además, invita a este actor a actuar con transparencia, rectitud, veracidad y coherencia en sus funciones a nivel jurídico y ético, en conformidad con la obligación adquirida como representante del Estado.

Para asegurar una contribución positiva a los distintos actores del proceso, el responsable del dato puede guiarse por los siguientes principios éticos en el desempeño de sus funciones. El *primero* de ellos es *in dubio pro actione*, que se refiere a refiere a tomar decisiones que favorezcan la acción o el procedimiento en caso de duda, lo que puede ser considerado ético en la búsqueda del bien común y el avance. El *segundo*, bien común, que parte de la idea de que las acciones deben beneficiar a todos los actores involucrados en el ciclo del dato y no solo a intereses individuales. El *tercero*, conciencia social, implica que se debe ser consciente de las necesidades y demandas de los ciudadanos frente a los datos divulgados. El *cuarto*, la confidencialidad, el respeto a la confidencialidad es un principio ético fundamental en la protección de la privacidad y la confianza de las personas. El *quinto*, el compromiso social que implica que el responsable del tratamiento del dato debe estar comprometido con el bienestar de la sociedad y actuar de manera ética en su servicio a la comunidad. El *sexto*, el humanismo en el que se invita a actuar con sensibilidad y empatía hacia las necesidades y demandas del ciudadano, en especial frente al titular del dato. El *séptimo*, relacionado con la igualdad de trato y prohibición de la discriminación; estos principios éticos que promueven los valores de la justicia y la equidad. El *octavo*, la legalidad, que es un principio ético importante que implica respetar y cumplir con las leyes y regulaciones. El *noveno*, la objetividad, mediante la cual se promueve el actuar sin influencias

personales o subjetivas en el desempeño de las funciones, es un componente ético importante en la toma de decisiones justas. El *décimo*, relacionado con la tolerancia como un principio ético que promueve la comprensión y la convivencia pacífica. El *décimo primero*, utilidad pública, que implica que las acciones deben ser de utilidad para la sociedad en general.

La elección entre actuar según principios jurídicos o éticos no es una cuestión de “mejor” o “peor” camino para actuar por parte del responsable del dato en el momento de la divulgación, sino que ambos desempeñan roles importantes y a menudo se complementan, pues mientras el jurídico tiene la dirección de las leyes y regulaciones, lo ético va más allá de lo legal y se centra en considerar las implicancias de las acciones de este actor hacia la sociedad, cuando no mantiene un accionar integral.

3. El encargado del tratamiento del dato o *data processor*: Según el artículo tercero de la Ley 1581, el encargado del tratamiento es aquella “persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del responsable del Tratamiento”, es decir, el encargado del tratamiento del dato realiza esta función por instrucción o delegación del responsable. Las obligaciones del encargado se encuentran establecidas en el artículo 17 de la Ley 1581, entre las que resaltan: “conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento”.

Los valores éticos asociados a las actividades que realiza el encargado del dato según sus funciones deberían ser: autonomía, empatía, honestidad con el tratamiento del dato, y en la comunicación con el titular del dato, imparcialidad, orden, pluralismo, privacidad, respeto a las personas cuyos datos se van a usar, responsabilidad con la información durante todo el ciclo del dato, servicio, valor de comunicación. Estos valores permiten un correcto actuar frente a la disposición, utilización y tratamiento de los datos que, a nombre del responsable, realiza el encargado del dato.

Aunque no solo se deben observar estos valores para un desarrollo responsable de las actividades que desarrolla este actor. El principio ético de la accesibilidad, la anonimización o pseudonimización, la confiabilidad, la confidencialidad, la disponibilidad, la discreción, el humanismo, el cual busca un actuar con sensibilidad, y la empatía hacia las necesidades y demandas del ciudadano resultan primordiales. La igualdad de trato y de prohibición de la discriminación, la integridad, independencia frente a actividades, situaciones o terceros, la imparcialidad, la legalidad, la licitud y la lealtad, la limitación de la conservación, la minimización de datos y la objetividad.

En otras palabras, el servidor público debe tomar decisiones basadas en criterios técnicos y profesionales, sin dejarse influir por prejuicios, intereses personales o políticos, la profesionalidad, propósito legítimo y limitado, protección del dato y la privacidad, seguridad, mitigación de riesgos, transparencia y, finalmente, utilidad.

4. El Estado como actor relevante: Si bien dentro de los actores que plantea la normatividad colombiana respecto a la protección de datos no se encuentra directamente el Estado, bajo los hallazgos efectuados en esta investigación se considera que su rol y funciones son necesarios para implementar políticas eficaces tendientes a la correcta aplicación del tratamiento de datos personales en el sector público, especialmente en la actividad contractual que realizan las entidades. Las funciones de inspección, vigilancia, regulación, formulación de lineamientos y políticas, las desarrolla el Estado a través de entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad conferida a esta entidad en el artículo 19 de la Ley 1581.

Los valores éticos asociados al encargado según sus funciones son: dignidad humana, equidad, igualdad, libertad, pluralismo, respeto por los derechos humanos, responsabilidad. Ecuanimidad, que busca lograr un equilibrio en el internet que evite la creación de los monopolios tecnológicos y el control de unas minorías que concentran el poder sobre el uso y el acceso de la información.

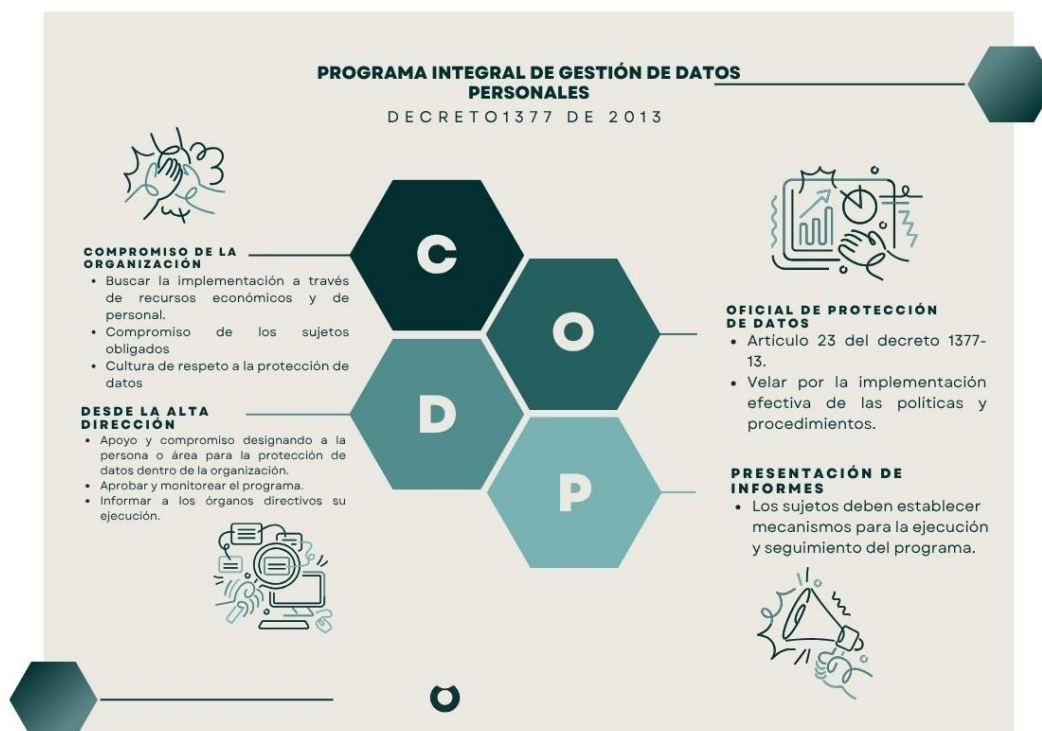
Los principios éticos que desarrollan los Estados de cara a la garantía de protección de los datos personales son: El Flujo Transfronterizo de Datos: busca la creación de mecanismos y procedimientos que aseguren que los responsables y encargados del tratamiento de datos que operen en más de una jurisdicción, o los transmitan a una jurisdicción distinta de la suya, puedan garantizar y ser efectivamente hechos responsables por el cumplimiento de estos principios.

Hay excepciones, las cuales tendrán motivos relacionados con la soberanía nacional, la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de la salud pública, el combate a la criminalidad, el cumplimiento de normativas u otras prerrogativas de orden público, o el interés público.

En segundo lugar, la protección por autoridades determinadas es otro principio que busca establecer órganos de supervisión independientes, dotados de recursos suficientes, de conformidad con la estructura constitucional, organizacional y administrativa de cada Estado, para monitorear y promover la protección de datos personales de conformidad con estos principios. En tercer lugar, el principio *pro homine*, el cual se refiere a aquellas prerrogativas orientadas a la protección y promoción de los derechos humanos. En otras palabras, estos principios buscan proteger la dignidad humana y garantizar que se respeten los derechos fundamentales de todas las personas. Como cuarto principio se encuentra la democracia, para que las decisiones en materia de protección de datos tengan por finalidad el bienestar común.

La función de Inspección, Vigilancia y Control en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio garantiza que las normas en materia de protección de datos se cumplan a través de medidas administrativas como la imposición de sanciones pecuniarias, las cuales deben ajustarse a ese catálogo de valores y principios mencionados. De ahí que se ha venido desarrollando el principio de responsabilidad demostrada o *accountability*, el cual busca de parte del responsable del tratamiento del dato demostrarle a la autoridad de protección de datos la implementación de un programa integral de gestión de datos personales a fin de evitar que se materialicen posibles riesgos, como los señalados en este estudio. Este programa se analiza a partir de los ejes que se muestran en la figura 7

Figura 7. Programa Integral de Gestión de Datos Personales



Fuente: elaboración propia a partir de la guía para la implementación del principio de responsabilidad demostrada, SIC.

Contar con una estructura administrativa conforme al gráfico anterior, requiere la adopción de mecanismos internos para poner en práctica tales políticas y adoptar procesos para la atención de respuesta a peticiones, reclamos respecto al tratamiento. Es así como el principio de responsabilidad demostrada permite a los responsables del tratamiento del dato demostrar a la entidad pública, en el caso de Colombia, a la Superintendencia de Industria y Comercio, que ha incorporado un programa de buenas prácticas en el ejercicio de tratamiento de datos personales,

a fin de evitar sanciones administrativa, pero también representa para la sociedad la confianza de las actividades que desarrolla la entidad, toda vez que es transparente en la forma como se trata los datos personales de los titulares.

Como puede observarse, las soluciones que se plantean desde la problemática expuesta son variadas. Entendiendo que la normatividad en materia de protección de datos en Colombia es abierta, se requiere la interpretación del responsable y encargado del dato. En este caso, las entidades estatales en los procesos de contratación estatal deben analizar, en cada caso, la aplicación política, jurídica y axiológica en relación con los datos personales que se expondrán en páginas de acceso abierto como SECOP II, junto a los derechos fundamentales de los titulares, para aplicar criterios de anonimización en los datos privados. Verbigracia, para el caso de las cédulas de ciudadanía que han sido definidas como datos complejos, toda vez que contiene datos públicos: número de cédula (Sentencia T-254/24), sexo o datos biométricos (sensibles) fecha y lugar de nacimiento (dato semiprivado), se recomienda en estos casos dejar de acceso abierto solo aquella información que no vulnere la intimidad del titular.

Así las cosas, un camino práctico que las entidades públicas puedan realizar en el ejercicio de la actividad contractual para proteger los datos que tiene a su cuidado es el uso de las guías de anonimización existentes como la publicada por el³. Son varias las entidades del orden nacional que han establecido protocolos de este tipo a fin de evitar la vulneración de derechos fundamentales y la protección de datos personales.

CONCLUSIONES

Cumplir con las leyes y regulaciones colombianas e internacionales aplicables a la divulgación de los datos en el proceso de contratación estatal es una prioridad absoluta, pues no cumplir con los requisitos legales puede resultar en graves consecuencias legales, financieras y de bienestar de los involucrados. Al mismo tiempo, se debe adoptar una perspectiva ética sólida al manejar datos. Esto implica considerar unos principios fundamentales, incluso y con prioridad cuando la ley no es específica al respecto. Así las cosas, es evidente la necesidad de fomentar una cultura jurídica y ética dentro del ciclo del dato. También implica capacitar al personal y tomar medidas proactivas para proteger a todos los actores.

En relación con las responsabilidades que la ley impone, resulta relevante contar con la claridad respecto del responsable, encargado del dato en el ciclo del dato. También, resulta relevan-

3 Al respecto véase: https://www.archivogeneral.gov.co/sites/default/files/Estructura_Web/5_Conulte/Recursos/Publicaciones/Guia_de_Anonimizacion-min.pdf

te identificar el rol de los estados, que, si bien no se encuentra concretamente definido como responsable en la ley, a través de las funciones de inspección y vigilancia frente al cumplimiento de las obligaciones del responsable y encargado, a través de la Superintendencia de Industria y Comercio se destaca que se incentive en el interior de las entidades políticas de responsabilidad demostrada a fin de evitar la imposición de sanciones por el manejo inadecuado de los datos personales que están obligados a tratar.

Una de las cuestiones que se identificaron en el desarrollo de este estudio fue que en el ejercicio de la actividad contractual que realizan las entidades públicas a través de la plataforma transaccional denominada SECOP II, cuyo acceso es libre, se puede conocer, descargar y disponer de datos de categoría privado, semiprivado e incluso sensible, generando afectación al titular del dato en su dignidad humana, buen nombre y demás bienes constitucionalmente protegidos. Lo que puede llevar a demandas legales y a la necesidad de indemnizar a las personas afectadas. Erosionar la confianza de los ciudadanos con las instituciones públicas y hasta afectar la reputación internacional del país.

En ese sentido, si bien la información relacionada con las compras públicas se encuentra dentro del marco del principio de máxima publicidad y están catalogados como datos abiertos, solo lo son en lo que tiene que ver con los gastos en contratación, por lo que la correcta y adecuada publicación de datos que tengan otra categoría (semiprivado, privado, sensible) debe articularse con los principios establecidos en la ley de protección de datos personales y con la vivencia de una ética del cuidado.

Los riesgos identificados se establecieron en distintos niveles, dependiendo de la gravedad en la afectación. Así, para el nivel 1, el riesgo es 0, toda vez que se obedece a datos públicos que no se requiere autorización del titular para ser publicada. El nivel 2, donde los datos a revelar son de categoría semiprivada; el nivel 3, donde los datos publicados son los datos privados; el nivel 4, donde la entidad publica datos sensibles, y el nivel 5, que se refiere a aquella información no regulada como extremo daño.

Frente a los riesgos identificados desde el nivel 2 al 5 resulta relevante adoptar acciones correctivas a través de políticas eficaces en el interior de la entidad para evitar el riesgo antijurídico de cara a la afectación de derechos fundamentales de los titulares.

Finalmente, se propone la adopción de valores y principios tanto éticos como jurídicos para que las entidades públicas identifiquen la clase de dato a publicar y con base en ello establecer los controles adecuados para evitar que los riesgos identificados se materialicen. Bajo la premisa de

que el uso poco ético de los datos no siempre es ilegal, pero puede ser considerado indeseable desde la perspectiva de ciertos valores, principios y contextos como los aquí expuestos.

REFERENCIAS

- ActionsDATA. (2022). *Ética de datos: la solución para el buen uso de la información en la era digital*. Recuperado el 13 de febrero de 2022, de: <https://www.actionsdata.com/blog/etica-de-datos-la-solucion-para-el-buen-uso-de-la-informacion-en-la-era-digital>.
- Alarcón Requejo, G. (2022). Precisiones al derecho de acceso a la información pública a partir del primer precedente del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Perú. *Revista de Derecho*, 58. doi: <https://dx.doi.org/10.14482/dere.58.128.964>
- Argentina. Ley 25.326/2000, de 4 de octubre, Ley de Protección de los Datos Personales.
- Bautista Avellaneda, M. E. (2015). *El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública*. Universidad Católica de Colombia. Colección JUS público.
- Bejarano Roncancio, J. (2009). Fundamentos de contratación pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición [online]. Universidad Nacional de Colombia.
- Buenadicha, C., Galdon Clavell, G., Hermosilla, M. P. y Loewe, D., Pombo, C. (2019). *Algoritmos y derechos humanos: una guía práctica para una evaluación de impacto*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Colombia Compra Eficiente, Agencia Nacional de Contratación Pública. (2019). Circular externa 001/2019 de 22 de agosto. Obligatoriedad del uso de SECOP II en 2020.
- Colombia Compra Eficiente, Agencia Nacional de Contratación Pública. (2021). Circular externa 001/2021, de 10 de febrero, obligatoriedad del uso de SECOP II vigencia 2021.
- Colombia Compra Eficiente, Agencia Nacional de Contratación Pública. (2023). Circular externa 005/2023, de 31 de agosto. Obligatoriedad del SECOP II para la vigencia fiscal 2023.
- Colombia Compra Eficiente, Agencia Nacional de Contratación Pública. (2023). Guía para la incorporación de lineamientos de integridad en la contratación de prestación de servicios. Recuperado el 11 de febrero de 2025, de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce-eicp-gi-23_guia_contratacion_prestacion_de_servicios_v1_11-07-2023_def_1_1.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (2015, 9 de junio). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”..
- Congreso de la República de Colombia. (2015, 6 de julio). Ley estatutaria 1757. Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección de derecho a la participación democrática.
- Congreso de la República de Colombia. (2017, 11 de septiembre). Decreto 1499. Por medio del cual se modifica el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, en lo relacionado con el Sistema de Gestión establecido en el artículo 133 de la Ley 1753 de 2015.

Constitución Política de la República de Colombia, 20 de julio de 1991.

Consejo de Estado. (2014, 14 de septiembre). Sentencia de unificación, rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988), C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Actor: Félix Antonio Zapata González y otros. Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

Consejo de Estado. (2021, 6 de mayo). Sentencia 2458/2021. Concepto de la sala de consulta y servicio civil. C.P. Álvaro Namén Vargas. Radicación N°: 11001-03-06-000-2020-00234-00(2458). Actor: Ministerio de Transporte.

Corte Constitucional de Colombia (1992, 5 de junio). Sentencia T406/1992. Proceso de acción de tutela promovido por el señor José Manuel Rodríguez Rangel contra el señor Enrique Chartuny González, gerente de las Empresas Públicas de Cartagena y resuelto en primera instancia y única instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar.

Corte Constitucional de Colombia. (2011, 6 de octubre). Sentencia C748/2011. Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 184 de 2010 Senado; 046 de 2010 Cámara, “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”.

Corte Constitucional de Colombia. (2020, 29 de enero). Sentencia C022/2020. Control constitucional al artículo 162 (parcial) de la Ley 1819 de 2016. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal y se dictan otras disposiciones.

Corte Constitucional de Colombia. (2024, 2 de julio). Sentencia T-254/2024. Proceso de acción de tutela promovido por Pablo y Marcela contra Colegio Privado.

Colmenarejo Fernández, R. (2017). *Una ética para big data. Introducción a la gestión ética de datos masivos*. Editorial UOC.

Comité Jurídico Interamericano Organización de los Estados Americanos. (2021). *Principios actualizados sobre la privacidad y la protección de datos personales (con anotaciones)*.

Comisión para el Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado. (s.f.). Código de Ética. Recuperado el 3 de febrero de 2023, de: <https://www.infomexjalisco.org.mx/sites/default/files/documentos/CodigoEtica.pdf>

Cortina, A. (2013). *¿Para qué sirve realmente la Ética?* Paidós.

Cuello Quiñonez, M. M. y Sardoth Redondo, A. K. (2018). [Tesis de especialización, Universidad Santo Tomás]. Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto en derecho administrativo en el tiempo posmoderno. Club CDO Spain. (28 de marzo de 2019). *Debate Club CDO Spain: Poniendo el “Data” en el “Ethics”*. <https://empresas.blogthinkbig.com/debate-club-cdo-spain-poniendo-el-data-2/>

- Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2021). *CONPES4070. Lineamientos de política para la implementación de un modelo de estado abierto*. Bogotá, D.C.
- Departamento Nacional de Planeación. (DNP). (2010, 12 de abril). CONPES 3654: “Política de rendición de cuentas de la rama ejecutiva a los ciudadanos”.
- Departamento Nacional de Planeación. (DNP). (2020). Documento de Análisis de información Mapeo de Iniciativas de Innovación Pública. Grupo de modernización de Estado. Equipo de innovación pública.
- Dirección de Gobierno Digital del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Min-tic). (2019). *Guía para el uso y aprovechamiento de Datos Abiertos en Colombia*. Bogotá, D.C.
- Duque Botero, J. (2020). Los principios de transparencia y publicidad como herramientas de lucha contra la corrupción en la contratación del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 24, 79-101. doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.04>.
- Duro Carrión, S. (2021). Los valores y principios constitucionales como límites a la actuación de los poderes del estado y la función pública. *Revista de Derecho Político*, 111, 225-254.
- Estrada Vélez, S. (2011). La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana*, 41 (114). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862011000100002. [Consultado 31-10-2023]
- ESET. (2023, 13 de febrero). Panorama de la protección de datos en los países de LATAM. WeLiveSecurity. Recuperado el 13 de febrero de 2025, de: <https://www.welivesecurity.com/es/privacidad/panorama-proteccion-datos-paises-latam/>
- Floridi, L., & Taddeo, M. (2016). What is data ethics? *Philosophical Transactions of the Royal Society A. Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, 376(2133), 1-19. <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2016.0360>
- Franzke, A., Muis, I. y Schäfer, M. (2021). Data Ethics Decision Aid (DEDA): un marco dialógico para la investigación ética de proyectos de IA y datos en los Países Bajos. *Ethics and Information Technology*, 23, 551-567. <https://doi.org/10.1007/s10676-020-09577-5>.
- Herrero, J. (2023). *Protección de Datos Personales en América Latina y el Caribe: un Estudio Comparado* [Tesis de grado, Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella. <https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12190>
- IDECA. (2018). *Buenas prácticas para la publicación de datos*. <http://www.ideca.gov.co>
- Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. (1990). Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales. A/44/606. <https://undocs.org/es/A/44/606>
- Lucas Ortégón, C. A. (2017). Actividad contractual de entidades territoriales a la luz de los principios de la contratación estatal. *Advocatus*, 28, 215-239. doi: 10.18041/0124-0102/advocatus.28.899.

- Martínez, S. (2007). *Manual de derecho Constitucional*. Tirant Lo Blanch.
- Mellado Ruiz, L. (2017). *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Tirant Lo Blanch.
- México. (2010, 5 de julio). Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de Particulares. *Diario Oficial de la Federación*.
- Ministerio de Educación Nacional [MEN]. (2011). *Código de Ética y Buen Gobierno*.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Mintic). (2020). Resolución 1519/2020, de 24 de agosto, por la cual se definen los estándares y directrices para publicar la información señalada en la Ley 1712 del 2014 y se definen los requisitos materia de acceso a la información pública, accesibilidad web, seguridad digital, y datos abiertos.
- Sánchez Díaz, M. F. (2023). El derecho a la protección de datos personales en la era digital. *Revista Euro-latinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 10, 1- 23p. DOI: <https://doi.org/10.14409/redoeda.v10i1.12626>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (SIC). (2015). *Políticas de datos personales*. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/documentos/072020/Pol%C3%ADtica%20de%20Tratamiento%20de%20Datos%20Personales%20-%20SIC.pdf>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (SIC). (s.f.). *Guía para la implementación del principio de responsabilidad demostrada*. Bogotá, D.C.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A. (2022, diciembre 12). *Sentencia, rad. 11001-33-37-044-2017-00249-02, medio de control de reparación directa. Actor: Nación – Fiscalía General de la Nación*.
- Universidad de Castilla-La Mancha. (2019). *Código de conducta de protección de datos personales en la Universidad de Castilla-La Mancha*, vol. 1, 1- 53.
- Unión Europea (2016, 27 de abril). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).
- Yáñez, M., Ramírez, D. y Rangel, D. (2023). Configuración de la cláusula general de fuentes del derecho en Colombia: problemas y desafíos a partir de la complejidad del sistema normativo y los medios de control de la actividad de los particulares y las autoridades. *Revista de Derecho*, 60, 140-165. doi: <https://dx.doi.org/10.14482/dere.60.407.897>

Same-sex Couples Fitting into the Heterosexual Norm: How the Early Stages of Same-sex Union Regulations Privileged Only “Heterosexual-like” Couples*

Parejas del mismo sexo adaptándose a la norma heterosexual: la manera como las primeras etapas de regulación de las uniones de parejas del mismo sexo privilegiaron solo a las parejas heteronormadas

JUAN CAMILO ARBOLEDA RESTREPO

Family Law practitioner. Juridical Sciences doctoral student at Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Master of Laws (LLM-Thesis) from McGill University (Canadá). Lecturer-researcher and coordinator of the Private Law Semillero at the Pontificia Universidad Javeriana.

juan-arboleda@javeriana.edu.co

<https://orcid.org/0009-0002-7367-8210>

* This research paper was prepared as part of the doctoral program in Legal Sciences at Pontificia Universidad Javeriana in Colombia. It was presented and commented on at a session of the Private Law Research Group and the doctoral Seminario Permanente at the University's Law School. This paper was also submitted and commented on at the Red ALAS Annual Conference that took place in 2021. I have included feedback received from commentators and colleagues in this final version.

Abstract

This article critically analyzes the legal reforms that regulated same-sex couple relationships through institutions other than marriage between 1989 and 2001. I begin with the Danish registered partnership as the first formal regulation for same-sex couples and end before the Netherlands' same-sex marriage legalization in 2001, which shifted the discourse towards pursuing marriage equality. From the analysis of legal sources and secondary materials, I identify the clash between three distinct discourses. First, an assimilation between opposite-sex (heterosexual) couples and same-sex couples that categorized gays and lesbians as "heterosexual-like" subjects in order to achieve legal recognition. Second, opposing voices within the gay and lesbian activist community demanding different forms of regulation capable of rejecting the patriarchal structures of economic dependence traditionally embedded in marriage law. Third, traditional agendas from conservative groups fighting against any form of legal recognition of same-sex (homosexual) couples. I conclude that the assimilationist discourse, which I argue promoted heteronormative couples, gained ground because it was more strategic for achieving recognition under family law.

KEYWORDS

Same-sex couples, assimilation, gay and lesbian subjects, heterosexual norm, marriage, unmarried cohabitation, civil union, registered partnership, life partnership, and pacte civile de solidarité (civil solidarity pacts).

Resumen

Este artículo de revisión analiza críticamente las reformas legales que regularon las relaciones de parejas del mismo sexo a través de instituciones diferentes al matrimonio entre 1989 y 2001. Comienzo con la unión registrada danesa como primera forma de regulación de las parejas del mismo sexo y termino antes de la legalización del matrimonio homosexual en Holanda en 2001 que cambió los discursos hacia la búsqueda del matrimonio igualitario. Identifiqué en los materiales legales y fuentes secundarias el choque entre tres discursos distintos. En primer lugar, la asimilación entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo que categorizó a gays y lesbianas como sujetos "heterosexuales" para lograr el reconocimiento legal. En segundo lugar, voces contrarias dentro del activismo de gays y lesbianas que reclamaba diferentes formas de regulación capaces de rechazar las estructuras patriarcales de dependencia económica tradicionalmente arraigadas en el derecho matrimonial. Tercero, agendas tradicionales de grupos conservadores luchando contra cualquier forma de reconocimiento de parejas homosexuales. Concluyo que los discursos de igualdad, que desde mi perspectiva promueven parejas heteronormadas, ganaron terreno, ya que eran más estratégicos para lograr el reconocimiento del derecho de familia.

PALABRAS CLAVE

Parejas del mismo sexo, asimilación, sujetos queer, norma heterosexual, matrimonio, unión de hecho, unión civil, sociedad registrada, sociedad de vida y pactos civiles de solidaridad.

INTRODUCTION

This paper analyzes the reforms adopted to regulate same-sex couple relationships, emphasizing the first legal models on unmarried cohabitation and formal unions established by Western governments between 1989 and 2001. I analyze this period of time to explore the legal recognition of same-sex couple relationships through institutions other than marriage—registered partnerships, civil unions, life partnerships, the *pacte civil de solidarité* (or civil solidarity pact, hereinafter *PACS*)—along with the civil effects granted to unmarried cohabitation. The time frame studied ends with the Netherlands’ legalization of same-sex marriage in 2001. After that, the possibility of accessing the traditionally heterosexual institution of marriage became a reality, prompting the discourses that sought alternative ways of gaining recognition for same-sex couples to shift to pursuing marriage equality. I emphasize whether these early reforms considered the characteristics of economic relations between same-sex partners or if, conversely, they obviated this by merely extending the model of opposite-sex couples.

Exploring the regulatory reforms that gave legal recognition to same-sex couple relationships with this particular sensitivity¹ aims to reveal whether that process sought to incorporate same-sex couples into family law by widening its scope to encompass gay and lesbian unions, or whether it determined that same-sex partners should fit into the heterosexual norm of coupledom.² Controversial as it may seem, this approach does not seek to undermine same-sex families’ achievements in the legal realm, but rather to spotlight a dominant discourse in family law that seems to maintain the heteronormativity and patriarchal structures underlying the institution of marriage.³ These structures are present in property-sharing regimes, the obligation to provide

1 In using the expression “sensitivity,” I refer to this article’s perspective for engaging with the research question. As I state later in this introduction, I acknowledge the benefits of formal equality, but I seek to bring forward other discourses that opposed the mere extension of heterosexually conceived family-law regimes to same-sex couples. The purpose behind such “sensitivity” is to criticize the assimilationist tendencies that framed homosexuals inside couple relationships “just like heterosexuals,” obscuring their particularities in the economic sphere.

2 See the description of marriage and associated traditional gendered heterosexual roles in Ettelbrick, P. (2004). *When is Marriage a Path to Liberation*. In A. Sullivan (Ed.), *Same Sex Marriage: Pro and Con*, 118–124, see both conservative and liberal approaches to same-sex marriage, also applicable to legal recognition through “marriage-like” relationships in Feldblum, C.R. (2005). *The Moral Case for Marriage Equality and More Gay Is Good: The Moral Case for Marriage*. *Yale Journal of Law & Feminism*, 17, 160–161.

3 In this line, see the work of Eskridge, W.N. Jr. (2002). *Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights*, 1st Edition, Yuvraj Joshi (2012), 231–242. *Respectable Queerness*, *Columbia Human Rights Law Review*, 43(2), 424; Polikoff, N.D. (1993). *We Will Get What We Ask For: Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will Not Dismantle the Legal Structure of Gender in Every Marriage*. *Virginia Law Review*, 79(7), 1451; Polikoff describes

economic support, and the application of the principle of solidarity between the members of a couple as if everyone in a couple develops, or should develop, economic dependence. From my perspective, these institutions inextricably linked to marriage law and considered to provide benefits to legally recognized couple relationships, foster economic dependence and mutual economic responsibility in couple relationships, and create the expectation that members of couples will behave according to traditional caregiver-breadwinner family roles.

A review of the political debates, judicial decisions, and legal reforms that took part in state recognition of same-sex couple relationships in the time frame chosen shows that the above-described institutions and the discourses they entail within family law were subtly extended to and imposed on same-sex couples. These impositions derived from a heterosexually based legal and regulatory framework that disregarded opposition by some relevant activists, the fact that numerous homosexual subjects in couple relationships rejected patriarchal economic dependence, and the tendency of same-sex unions to have more egalitarian patterns of economic distribution, both in the domestic sphere and in their paid activities outside the home (Carrington, 2000, p. 193; Warner, 1999, 126; Bendall and Harding, 2018, pp. 151, 152).⁴

Discussions about assimilation and the heterosexual norm are not new in family law.⁵ Scholars in Europe and North America engaged in this debate by assessing formal equality between same-sex and opposite-sex couples. Based on those analyses, they questioned assimilationist

Martha Fineman’s critique of marriage, and the traditional dependence it has, even after the achievement of formal equality between men and women inside marriage, in Polikoff, N.D. (2000). Why Lesbians and Gay Men Should Read Martha Fineman. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 8(1), 173. {\\i}Respectable Queerness}, 43 {\\scaps Columbia Hum. Rights Law Rev.} 415, 424 (2012

4 See, for instance the specialization of home by choice instead of being imposed based on gendered assumptions in Carrington, C. (2000). *No Place Like Home: Relationships and Family Life Among Lesbians and Gay Men*. Chicago: The University of Chicago Press Joshi, supra note 5 at 428; Warner (1999), M. Beyond Gay Marriage. *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 5(2), 119–171 Bendall and Harding’s empirical study shows that after formal equality, same-sex partners will show a tendency towards more interdependency as they are now within the legal framework of family law, see further in Bendall, C., & Harding, R. (2018). Heteronormativity in Dissolution Proceedings: Exploring the Impact of Recourse to Legal Advice in Same-Sex Relationship Breakdown. In Brake, E. & Ferguson, L. (Eds.). <https://ebookcentral.proquest.com/lib/mcgill/detail.action?docID=471841>; Joshi, {\\i}supra} note 5 at 428; Michael Warner, {\\i}Beyond Gay Marriage}, 5 {\\scaps GLQ J. Lesbian Gay Stud.} 119, 126 (1999

5 See, for example, the discussions in the 1950s taking place in Scandinavian countries regarding the gender neutrality of marriage and the idea of sameness among the spouses in Rydström, J. (2008). Legalizing love in a cold climate: The history, consequences, and recent developments of registered partnership in Scandinavia. {\\i}Legalizing love in a cold climate: The history, consequences and recent developments of registered partnership in scandinavia}, 11 {\\scaps Sexualities} 193, 194 (2008

discourses and promoted views that sought to enforce substantive equality between all forms of family (Herring, 2015, p. 24; Leckey, 2014, pp. 6, 16-19). However, as stated by Yuvraj Joshi (2012), same-sex unions were only recognized inasmuch as they resembled “heterosexual-like” relationships. The “respectability” of gay and lesbian unions, he argues, would depend on their ability to follow the “norms and values of heterosexuality” (p. 416). In the end, the gay and lesbian rights movement was divided into two camps regarding how to achieve state recognition. There were those Joshi called liberals (queer liberationists), who firmly opposed assimilation, and others he referred to as conservatives. The latter ones argued that formal equality (assimilation) would open the door to gay and lesbian subjects through a legal and regulatory framework responsive to their dynamics, or that by entering such institutions they would have the power to transform them (Ettelbrick, 2004, p. 121; Hunter, 1991, pp. 18-19; Polikoff, 2008).⁶ Yet the achievement of formal equality for lesbian and gay couples served to silence the opposing voices that criticized dominant heteronormativity. Family law rules ended up being only for those who became “good gay couples” and conformed to heterosexual standards (Clarke, 2003, pp. 519-529; Norrie, 2000, pp. 365-369; Rydström, 2008, pp. 198-199).

METHODOLOGY

I employed both legal doctrinal analysis of foreign law and the functional method of comparative law (Michaels, 2006, pp. 345-347) to assess reforms adopted in the countries that legalized same-sex unions between 1989 and 2001. Accordingly, I reviewed written scholarly analysis of the legislative reforms and judicial rulings contributing to legal recognition of same-sex couple relationships, and I identified the similarities and differences in these processes. I also analyzed retrospective critiques of the adopted reforms. Regarding the use of comparative methodology, I borrowed from Ran Hirschl’s guiding principles to employ this method. As such, I started by defining what the purpose of comparing is, the extent to which I generalize or dig into the specific context of what is being compared, how the method interacts with other methodologies, and whether such an exercise is suited to my research objectives (Hirschl, 2016, p. 1416).

I analyzed the similarities and differences between the processes that led to the first forms of legal recognition of same-sex unions. In doing so, I emphasized the economic effects that the regulations produced for these couple relationships to find out if same-sex couples’ characteristics influenced these processes or if they were disregarded, favoring assimilationist discourses

6 Hunter affirmed that marriage was transformed by social forces before and that the impact of gay and lesbian couples’ ability to marry “would dismantle the gender structure in every marriage see further in Hunter, N.D. (1991). *Marriage, Law, and Gender: A Feminist Inquiry. Law & Sexuality: A Review of Lesbian and Gay Legal Issues*,

that posed gays and lesbians as heterosexual-like couples. Using the different views and political agendas that influenced the reform processes that I gathered from the scholarship, I classified these processes based on the extent to which those views were ultimately reflected in the legal and regulatory reforms, highlighting the most similar and dissimilar cases.

Regarding the comparison’s degree of generalization, I included all the countries that implemented legal reforms during this temporal scope to correlate the different paths taken (Di Robilant, 2016, pp. 1343-1344). However, due to the number of compared regulations, I had to sacrifice contextual details that I leave for future research, but that does not compromise the aim of the proposed methodology to engage with this paper’s research question.⁷ Briefly, the countries I studied adopted three main types of legal frameworks that reveal whether traditionalist, assimilationist, or queer liberation views on same-sex couples’ economic lives dominated the process: first, the regulation of unmarried cohabitation between same-sex partners with limited legal effects; second, registered unions with identical effects to marriage but under a different name;⁸ and third, registered unions with different effects from those granted to married couples.

I divided this paper into three sections. First, I provided the key concepts for this literature review. Second, I grouped the most similar cases together based on the criteria set in the previous section and described the different models adopted to legalize same-sex unions. Finally, I made some concluding remarks on the different views that held sway during the legal and regulatory reforms: (i) the traditionalists who demanded the exclusion of same-sex couples from certain traditional categories; (ii) the assimilationists who conformed to a “separate-but-equal” approach; and (iii) the queer liberationists aiming for the creation of new institutions able to embrace the characteristics of same-sex unions’ economic relations. In the end, I share the practical view that same-sex couples should find the best way to be recognized, even if that means walking the path of assimilation, as happened in most legal systems in the West. Once their relationships are state-sanctioned, it is for academics and activists to scrutinize the changes to laws on marriage and unmarried cohabitation needed to adequately reflect gay and lesbian couples’ economic lives.

⁷ See a much wider scope in the work carried out by Yun-Chang when analyzing 153 wealth transfer laws in Chang, Y. (2018). Wealth transfer laws in 153 jurisdictions: An empirical comparative law approach 103 *Iowa Law Rev.* 1915, 1941 (2018 (p. 1941)).

⁸ The expression formal unions refers to those couple relationships that require a public deed, public registry, or legally binding document to produce legal effects, such as marriage.

KEY IDEAS FOR THIS LITERATURE REVIEW

In this section, I specify the key concepts for this analysis. To begin, I borrow three categories described in scholarship from the 1990s and early 2000s and revisited in recent publications that frame the different discourses used by traditionalists, assimilationists, or so-called moderates, and queer liberationists regarding state recognition of same-sex couple relationships. These categories distinguish the different political agendas at play during the various reform processes and provide a way to classify how the first forms of same-sex union regulation dealt with the characteristics of homosexual couples' economic ties.

I then delve into the legal concepts of unmarried cohabitation and formal unions different from marriage —like the registered partnership, the civil union or the *PACS*, among others— along with the economic effects that countries' regulations traditionally produce for couple relationships, i.e., the property-sharing regimes, spousal support, and other economic benefits arising from family solidarity (e.g., a surviving spouse's pension, spouse's health protection, and spousal inheritance rights). This section analyzes the regulatory frameworks in relation to the different political agendas on same-sex couples' recognition to see how these new institutions embodied (i) the exclusion of same-sex couples from certain traditional categories; (ii) a separate-but-equal approach; or (iii) the creation of new institutions able to embrace the characteristics of same-sex unions' economic relations.

The opposing discourses on legal recognition of same-sex couples

Yuvraj Joshi (2012) described two opposing movements inside the lesbian and gay activist community that participated in the legal and judicial reform in the United States that led to same-sex couples' recognition: gay conservatives and queer liberationists (p. 417). This distinction separates those movements that sought access to the same institutions that heterosexuals had from others that pursued different forms of regulation that would prevent the patriarchal gender role structures of marriage and other associated implications from being extended to them (Cooper, 2001, pp. 74–75; Joshi, 2012, pp. 422–430).

Prior to Joshi's reading, other scholars like William Eskridge, Janet Halley, and Paula Ettelbrick—who actively participated in the U.S. debate over same-sex marriage— described the different political opinions espoused, both by lesbian and gay activists and other social participants. They coincided in identifying three main views. First, the traditionalists who rejected any form of recognition for homosexual relationships. Second, a group of so-called moderates or assimilationists (where Joshi's conservatives belonged) who relied on liberal principles to demand some form of state recognition, by extending the existing categories or creating new ones with

equivalent benefits. Finally, those who valued the acceptance of homosexual lifestyles but rejected certain notions associated with marriage, which includes Joshi’s queer liberationists (Eskridge, 2002, pp. 197-201; Ettelbrick, 2004, pp. 118-124; Halley, 2001, pp. 97-111). As Divina Cooper (2001) summarizes, some of the reasons for this rejection by liberationists include “the historically patriarchal function and property associations of marriage that made certain state-sanctioned institutions incapable of offering a route to liberation or equality” and the “sexual and cultural assimilation; the privileging of couples; the belief that marriage represents a misguided conception of how to create enduring kinship relations; the privatization of welfare within the couple, thus relieving the state of responsibility to support unemployed/elderly/disabled persons; and the belief that visibility will equal increased state surveillance, regulation and control (pp. 74-75).”

Although these three views were particularly relevant in the U.S. process that led to same-sex couples’ legal recognition in Alaska, Hawaii, and Vermont (Eskridge, 2002, pp. 14-82), they also appeared in other processes that occurred in most of the Western countries I analyzed. Of course, I am aware that each context had its specificities, but there are common aspects that prove useful to our purpose here. For instance, in Nordic states, there were lesbian feminist movements that rejected the idea of extending marriage-like institutions that would reproduce the notion of economic dependence that women and feminists had fought so hard to repeal during the 1970s. The mere idea of a state regulation that would resemble marriage was rejected by these Scandinavian lesbian feminists, particularly because they rejected the patriarchal structures of economic dependence underlying marriage law (Rydström, 2008, pp. 196-199).

As in the Scandinavian region, other European countries also had these opposing views among those who fought for the recognition of same-sex unions (Gambinno, 2013, p. 107). For instance, both discourses were present in the French political process leading to the PACS’ regulation. On the one side were scholars like Daniel Borrillo (2001B), for whom marriage should be open to all as neither sexual orientation nor sex itself could be the basis for preventing access to this institution and its benefits (pp. 487-489). That position resembles the view of U.S. assimilationists, who gave more importance to gaining access to a privileged status than to its implications in terms of reinforcing marriage and its social consequences. On the other side of the debate were lesbian and gay community movements like the *Front Homosexuel d’Action Revolutionnaire*, which fought heteronormativity and patriarchy inside traditional family law and other state-centered contexts (Martin and Théry, 2001, pp. 135-158; Sibalis, 2010, pp. 38-40). Some of these movements sought a different regulatory framework capable of recognizing the diverse lifestyles of those in the community without direct reference to heterosexual institutions like marriage (Martin, 2000, p. 5).

Regarding traditionalists, there were political groups in France, the Scandinavian countries, and other European countries like Spain, Germany, the Netherlands, and Belgium that fiercely opposed state recognition of same-sex unions. Other, more moderate groups neither shared homosexual lifestyles nor supported their couple relationships, but did support legal recognition of those unions based on neutral liberal principles like “equality, privacy, and autonomy” (Bamforth, 2001, pp. 35-45). Most of them, however, were more likely to support separate-but-equal regulations that maintained marriage as a heterosexual union while accepting that sexual orientation should not prevent a couple from having state recognition and enjoying the associated correlative rights.

My review of the legislative and legal proceedings held between 1989 and 2001 shows that these three opposing discourses played a part in the first reforms to incorporate same-sex couples into family law. As I have pointed out, these discourses varied depending on the context in which they occurred, but they also had common elements. While some groups (which Joshi calls gay conservatives in the U.S. context) sought formal recognition of their relationships akin to that of heterosexuals, using the idea of assimilation, other organizations (framed as queer liberals or liberationists)⁹ considered that extending marriage-like institutions would only impose their concepts on homosexual couple relationships, which might not fit their ways of life. Finally, there were traditionalists who embodied what Eskridge (2002) calls “the politics of preservation,” opposing any form of legal recognition of homosexual unions (p. 135). Identifying these different discourses at play in the recognition of same-sex couple relationships is necessary for assessing how they were reflected in the reform processes critically analyzed in this article.

Accordingly, the next subsection describes the family law institutions that traditionalists wanted to keep for heterosexual unions only, while assimilationists and liberationists were debating over how to adequately regulate homosexual couples’ relationships.

The regulatory frameworks for couple relationships and their economic effects

The modern state regulated marriage as the main institution that governed the family. Nevertheless, this legal institution had different purposes over time, and the very notion we associate with it is a modern one. Yuval Merin (2002) approaches this subject by exploring the relationship between the changes in family law through history and their influence or impact on the access of same-sex couples to marriage-like institutions and marriage itself. In his text, he states that marriage was not always related to the romantic love that we often attribute to the institution;

⁹ I use the term queer as employed by Yuvraj Joshi (2012) to describe identities and practices that do not conform to heteropatriarchal notions of gender and sexuality” (p. 416).

instead, for much of history, it was an instrument used to “consolidate land, money, and power, not sexual attraction” (p. 6). Later, with the influence of Christianity, marriage would also include the goal of procreation and child-rearing. However, most Western countries went through a process of secularization during the 18th century that transferred most of the matters concerning marriage to the state (pp. 5-7), “transforming marriage from a sacrament to a secular contract” (p. 6). Today, and most importantly for the modern state, marriage is “a secular, state-sanctioned, legally recognized, permanent and exclusive union between two equal individuals” (p. 7).¹⁰

Marriage, as previously described, was the only kind of couple relationship that Western countries recognized as offering a status and benefits that some might consider worth fighting for. Thus, any relationship, in whatever form, that did not comply with the rules of marriage remained outside the scope of the law. In this sense, heterosexual unmarried cohabitation —a long-lasting relationship between two individuals of the opposite sex who lived as a couple without being married— did not produce legal effects. Susana Espada (2007) offers a brief historical description of unmarried cohabitation in continental Europe, emphasizing the case of Spain from the time of Roman Law to the 1978 Spanish Constitution, which helps exemplify the state’s treatment of these *de facto* relationships (pp. 47-63). Similarly, Rebecca Probert (2012) describes the status of unmarried cohabitants in the common law legal tradition from 1600 to 2010, analyzing the treatment of these relationships in legal sources to elucidate the law’s attitude towards them over time (pp. 277-282; Lind, 2014, p. 644). Both authors coincide on the predominant lack of regulation of these factual relationships but also affirm that as unmarried cohabitation became a more prevalent reality, legal regulations appeared (Espada, 2007, p. 63; Lind, 2014, p. 651).

Making this historical and conceptual distinction between marriage and unmarried cohabitation becomes relevant for this study, precisely because same-sex couple relationships had access to unmarried cohabitation and marriage-like institutions during the early stages of state recognition. While some countries rejected the possibility of formalizing marriage for same-sex couples, they were willing to give unmarried cohabitants marriage-like benefits and obligations. Thus, some states —such as the Scandinavian countries, France, and the U.S. state of Vermont— created alternative formal unions with similar effects to those of marriage to regulate same-sex couple relationships (Eskridge, 2002, pp. 22-42, pp. 83-126; Nielsen, 1990, pp. 297-299). Other countries and jurisdictions where that type of regulation was difficult due to its similarity to

10 See for instance the legislation regulating marriage, its requirements, conditions of validity, grounds of nullity and grounds for divorce in the Canadian Civil Marriage Act (S.C. 2005, c. 33); Arts. 143-227, Civil Code (France).

marriage—such as some jurisdictions in Spain, Canada, at the national level and in some provinces and Belgium in the 1990s—opted to grant some legal effects to same-sex unmarried cohabitation, either through an express declaration made by the de facto partners or by extending such effects to the fact of cohabitation itself.

Some of the benefits deriving from the legal recognition of same-sex couples, whether through formal unions or unmarried cohabitation, were economic in nature. For instance, the mutual aid and support between members of the couple translated into the obligation to provide spousal support and the property-sharing regimes. Inside the civil law tradition, these economic regimes ranged from universal communities in which all property belonging to the spouses or partners, and property acquired during the union, belonged to both and had one administrator (traditionally the husband), to partnerships in which both members of the couple were administrators of the assets and gains obtained during the union (Acedo, 2013, pp. 143-191; Alarcón, 2005, pp. 10-29; Aramburo, 2019, pp. 329-332).¹¹ Canadian and English law as examples of the common law tradition do not provide default property regimes as in the civil law tradition. They consider spouses to have separate property during marriage and under regimes for unmarried cohabitation (common-law marriage¹²), but allocate under certain criteria the distribution of matrimonial property or its net value when the relationship ends (Alarcón, 2019, p. 66).¹³

Apart from the traditional legal consequences of recognized couple relationships, often reserved only for married couples, the state also grants a long list of benefits. Some examples are the surviving spouse pension, access to health care and social security for the partner or spouse, and joint tax statements and fees, among other privileges that encourage gaining access to such status. Many of these benefits motivated some gay and lesbian activists’ push for legal recognition of their relationships, while other movements—especially queer liberationists—rejected them for encouraging marriage-like economic dependence. These opposing agendas inform the critical analysis carried out in the next section; between assimilation and differentiation, the former prevailed in legal and judicial reforms that framed same-sex unions

11 There are several systems often described as matrimonial economic regimes (*régimes matrimoniaux*) that vary between universal communities, community property of movable and acquired assets, community of accrued gains, participation in the accrued gains, and separation of property.

12 Common-law marriage is the term used in common law jurisdictions such as Canada—with the exception of Quebec, where a civil law system exists—the United States, and England to refer to unmarried cohabitation.

13 See for instance Sections 4-16, The Family Law Act, R.S.O. 1990, Ch. F.3, Sections 37-41, The Matrimonial Proceedings and Property Act 1970, c. 45.

as heterosexual-like relationships morally and legally entitled to the same treatment as opposite-sex couple relationships.

EARLY STAGES OF SAME-SEX UNIONS

After describing the key concepts of this paper, in this section I address the early stages of the legal and regulatory reforms that recognized same-sex couple relationships, emphasizing the different economic effects of the unions adopted and the distinct positions of the groups mobilizing for and against such recognition in each jurisdiction. I use the expression “early stages” since I analyze the first regulations admitting these unions. From my review of these processes in the states studied, I propose three categories based on the discourses at play in achieving state recognition: traditionalists, assimilationists, and liberationists. The order I propose starts with countries that recognized a limited set of rights due to social pressure from traditional groups aiming to preserve the recognition of heterosexual couple relationships, and which therefore only offered certain economic benefits through forms of unmarried cohabitation. I then turn to those countries that enacted regulations creating a formal or registered union with the same set of economic effects as marriage, with a differentiated institution available for same-sex couples or available for all couples. Finally, I conclude with the case of German life partnerships and the French *PACS*, which instituted registered unions with a slightly differentiated economic regime.

The reform processes show variations regarding the economic effects of the recognized couple relationships adopted in each state. Some countries followed more traditionalist aims of preserving the *status quo*, while others created new registered unions with slightly differentiated rules from those of hegemonic marriage. Although some of the adopted regulations tried to offer a new set of rules capable of recognizing the particularities of same-sex unions, most of them extended all the economic effects of heterosexual marriage without considering their suitability to homosexual households. The following table specifies each state with the year of the reform, the three main political views that influenced the process, and to what extent I observed their influence concretized in the economic effects granted to each type of union.

Table. Comparative overview of early legal reforms and political views on the economic recognition of same-sex couples’ relationships

Year of the legal and regulatory reform	Countries and/or jurisdictions	Traditionalists	Assimilationists	Liberationists
June 7, 1989	Denmark	Registered Partnership	Registered Partnership	
April 30, 1993	Norway	Registered Partnership	Registered Partnership	
June 23, 1994	Sweden	Registered Partnership	Registered Partnership	
June 12, 1996	Iceland	Registered Partnership	Registered Partnership	
January 1, 1998	The Netherlands	Registered Partnership	Registered Partnership	
July 15, 1998	Spain – Catalunya	Stable Unmarried Unions (uniones estables no casadas)	Stable Unmarried Unions (uniones estables no casadas)	
November 23, 1998	Belgium	De Facto Union (Union de fait)	De Facto Union (Union de fait)	
April 26, 1999	Spain – Aragon	Stable Unmarried Couples (Parejas estables no casadas)	Stable Unmarried Couples (Parejas estables no casadas)	
April 26, 1999	Greenland	Registered Partnership	Registered Partnership	
November 15, 1999	France	Civil Solidarity Pacts (Pactes Civiles de Solidarité PACS)	Civil Solidarity Pacts (Pactes Civiles de Solidarité PACS)	Civil Solidarity Pacts (Pactes Civiles de Solidarité PACS)
June 29, 2000	Canada (Laws adopted by the Parliament of Canada and some provincial statutes)	Common-law marriage	Common-law marriage	
July 1, 2000	United States – Vermont	Civil Union	Civil Union	
February 16, 2001		Life Partnership (Lebenspartnerschaft)	Life Partnership (Lebenspartnerschaft)	Life Partnership (Lebenspartnerschaft)

Note. *A darker green means that the given political view had a stronger influence on the economic regime and the institution adopted in each process. All regulations were somehow influenced by traditionalist and assimilationist views. Only two of the regulations showed a slight departure from marriage law to include same-sex couples’ characteristics in the economic effects arising from such unions.

Source: own elaboration.

Limited recognition of same-sex unmarried cohabitation in Spain, Canada, and Belgium

This subsection analyzes the extension of certain economic benefits to same-sex unmarried cohabitants. Here I address the regulation of unmarried cohabitation for homosexual couples in Spain, Canada, and Belgium.¹⁴

Although the legal recognition of unmarried cohabitation was initially rejected for same-sex unions to ensure that only opposite-sex couples could enjoy certain legal benefits, eventually the reasoning in Spain, Canada, and Belgium was to provide some or all of the prerogatives of cohabitation to those who had equivalent commitments as a couple. Thus, they extended certain legal benefits granted to opposite-sex unmarried cohabitants to same-sex couples in stable relationships—without conferring full marriage benefits in either case (Glass and Kubasek, 2008, pp. 165-167).¹⁵

Traditionally, family law did not confer rights on unmarried cohabitants and instead privileged only married couples (Capote, 2000, pp. 12-22). This different treatment overlooked the fact that couples lacking a conventional tie, such as marriage, also engaged in long-lasting relationships very similar to those of married couples. Unmarried cohabitants also had reciprocal economic relations requiring legal recognition and protection to avoid injustices and ensure formal equality among diverse family forms (Lind, 2014). Aiming to address these needs for legal protection, some countries granted legal effects to unmarried cohabitation that is either formally declared by the *de facto* spouses or that lasts more than two to three years. In the beginning, this recognition benefited only opposite-sex couples (Richards, 2002, pp. 312-313). Spanish, Canadian, and Belgian law later coincided in extending legal recognition to same-sex *de facto* unions to ensure some protection for them while respecting the conservative demand to keep lesbians and gays away from marriage or marriage-like institutions.

Notably, the demands for such recognition were partly related to the economic benefits enjoyed by married couples, including spousal support, pensions, health care, and inheritance rights. These rights also included the possibility of claiming some sort of asset division at the

14 I acknowledge that Sweden, Norway, and Iceland first regulated same-sex unmarried cohabitation in the 1980s and early 1990s, but I chose to focus on the formal unions adopted during the 1990s in Nordic countries for this analysis. See the table of same-sex couples' recognition Eskridge (2002, p. 115).

15 Consult amendments to sections 42 to 65 of the Canada Pension Plan Act in Modernization of Benefits and Obligations Act [2000, c. 12] to extend rights to same-sex common-law partners and Law 15 of 1998 adopted by Catalunya's Chamber regulating stable same-sex couple relationships.

relationship’s termination or in the event of one partner’s death.¹⁶ Therefore, some countries found that by granting same-sex couples the status of unmarried cohabitants, they could ensure the protection of those unions without extending marriage. This extension of the status of unmarried cohabitants benefited some couples who did not have access before to any legal protection of their couple relationship. Yet it circumscribed all homosexual subjects to the category of “heterosexual-like” unmarried cohabitants, which from my perspective produced two consequences. First, all same-sex unmarried cohabitants had mutual support obligations with their partners, even if their relationships were not founded on economic dependence. Second, other kinds of relationships, like non-monogamous relationships that did not resemble “heterosexual-like” unions, were excluded.

Spain: As previously described, the justification for permitting same-sex cohabitants to enjoy the limited set of rights granted to de facto spouses obeyed the notion that homosexual couples were “just like” heterosexual ones, except for the sexual orientation of their members. Consequently, denying them access to the same rights would be discriminatory in nature as it implied differential treatment without justification. This idea of formal equality guided gay and lesbian movements in Spain in procuring legal recognition in some regions of the country. For instance, the Spanish regions of Catalunya and Aragon passed laws conferring the same rights granted to opposite-sex de facto couples on same-sex unmarried cohabitants (Capote, 2000, pp. 25-36).¹⁷

These regulations established the same economic and personal regimes for homosexual and heterosexual de facto couples (Espada, 2007B, p. 91). The legislation in Catalunya created two types of unions, one for opposite-sex couples and another for same-sex couples, but this distinction did not impact the economic rights of de facto spouses. Instead, the section referring to homosexual unions only ensured that all references to marriage were excluded, and it provided a specific set of rules concerning the requirements for the union’s validity. Spanish scholars have explained Aragon’s choice not to differentiate between same-sex and opposite-sex couples as Catalunya had by noting that before the 2005 introduction of same-sex marriage in Spain, marriage was considered constitutionally protected and its legal definition excluded same-sex unions (Talavera, 1998). Therefore, Aragon’s legislators deemed it unnecessary to create two different regimes to highlight the difference between same-sex couple relationships and marriage.

16 See for example these regulations: Article 29 of Law 15 of 1998 of Catalunya and Sections 42 to 65 of the Canadian Modernization of Benefits and Obligations Act, SC 2000, c 12.

17 See Law 15 of 1998 enacted by the Parliament of Catalunya and Law 6 of 1999 enacted by the Parliament of Aragon.

Indeed, Luis Capote Pérez (2000, p. 28) described that as Spanish law considered unmarried cohabitation to be a lower-status relationship, the economic effects were restricted to spousal support on a need and compensatory basis, and unless otherwise agreed, partners were considered to be separate in terms of property. Economic support among unmarried partners (de facto spouses) responded to the idea of an economic imbalance produced by the relationship (pp. 28, 30, 35). Underlying that approach, there is an anticipatory rule for protecting economic dependence. Yet this aspect of the regulation can be easily explained by the fact that the law did not distinguish greatly between same-sex and opposite-sex relationships and, therefore, protection of the caregiver role in traditional heterosexual families was required (Espada, 2007A, pp. 132-133).

Canada: In Canada, the legal recognition of gay and lesbian unions took place at both the national and subnational level before 2001.¹⁸ By that time, the Parliament of Canada had enacted the Modernization of Benefits and Obligations Act, which amended pieces of legislation to recognize same-sex couples, and several provinces had extended spousal or equivalent status to same-sex couples (Bailey, 2004, p. 162; Boyd and Young, 2003, pp. 763-765).¹⁹ Additionally, the Supreme Court of Canada in *M. v. H.* recognized that differential treatment between homosexual and heterosexual couples was unjustified on constitutional grounds.²⁰ On that basis, the provinces issued the first regulations extending the same cohabitational rights of opposite-sex couples to gay and lesbian unions. Therefore, the Canadian approach to regulation of same-sex unions, as Robert Leckey (2014) suggests, applied the notion of formal equality and assimilation to extend rights and benefits to those couples (pp. 5-11). Some family law rules on matrimonial property are often extended in common law provinces to unmarried cohabitants after a certain number of years of living together; therefore, after the provinces extended those benefits to homosexual common-law spouses, any differences concerning the economic lives of those

18 Section 2. m.v, vi of the Parenting and Support Act c.160 R.S. of N.S. 1989 of the Canadian Province of Nova Scotia; Pérez, supra note 47 at 47.

19 “Definition of Spouse Amendment Act, S.B.C., ch. 29 (1999); Definition of Spouse Amendment Act, S.B.C., ch. 24 (2000). Ontario enacted *An Act to Amend Certain Statutes Because of the Supreme Court of Canada’s Decision in M. v. H.*, S.O., ch. 6 (1999), which added “same-sex partners” to sixty-five pieces of legislation that referred to a “spouse”. Quebec amended twenty-eight statutes to grant same-sex couples the same benefits and obligations as opposite-sex common-law couples. *An Act to Amend Various Legislative Provisions Concerning De Facto Spouses*, S.Q., ch. 14 (1999). Nova Scotia extended the application of many statutory provisions that applied to opposite-sex common-law spouses to same-sex couples. *The Law Reform Act*, S.N.S., ch. 29 (2000), S.N.S. 2000, c. 29”. Boyd, S.B., & Young, C.F.L., (2003, p. 789).

20 *M v H* [1999] 2 SCR 3.

couples were obscured. Traditional dependence as embodied in marriage law was the default regime for same-sex couples as well.

The different economic relations that existed between same-sex partners in Canada before achieving formal equality were not part of the debate regarding their access to common-law marriage benefits. Instead, the Supreme Court’s approach in 1999 emphasized the similarities between same-sex and opposite-sex relationships. That clarified matters by affirming that a legal distinction was discriminatory and thus, unconstitutional.²¹

Belgium: Like other French-influenced legislative frameworks, Belgian family law was regulated by the 1804 French Civil Code that did not grant legal effects to unmarried cohabitation or homosexual unions. However, as *de facto* relationships became more common and courts recognized that some legal effects traditionally associated with marriage were exclusively benefiting opposite-sex couples, Belgium regulated unmarried cohabitation and allowed same-sex couples into the law.²² As Olivier De Schutter and Anne Weyembergh recall, on November 23, 1998, legislation was enacted creating “statutory cohabitation.” This law created what they called a “third way” between marriage and cohabitation, allowing same-sex and opposite-sex couples to declare their cohabitation, which in turn produced several legal effects: the protection of the shared residence and furniture, the presumption of *indivision*²³ when unmarried cohabitants were unable to prove that the property belonged to one of them only,²⁴ and joint liability for common debts.²⁵ Very similar to the case of Spain, the legislature chose to grant limited legal benefits to the declaration of unmarried cohabitation in order to establish a distinctive line between the relationships available to same-sex couples and heterosexual marriage (De Schutter and Weyembergh, 2001, pp. 466-467).

Unmarried cohabitants: “just like heterosexual couples”: An overview of regulations conferring unmarried cohabitant status on homosexual partners shows that rights were conferred mostly as if same-sex partners were “just like” heterosexual ones. The reasoning of courts and legislators seemed to be that queer subjects, by being capable of long-lasting cohabitation,

21 *M v H*, supra note 61.

22 Law of November 23, 1998 adding arts 1475-1479, Civil Code (Belgium).

23 In English, “community property” can be used to refer to the French term of *indivision* from section 1478 of the Belgian Civil Code. This terminology in Belgian law refers to a presumption that all acquisitions by unmarried cohabitants during their cohabitation belong to them both in equal parts.

24 Art 2, Law of November 23, 1998, adding art 1478, Civil Code (Belgium).

25 Art 2, Law of November 23, 1998, adding art 1477, Civil Code (Belgium).

should benefit from some, if not all, the same privileges that opposite-sex couples had. And distinctions in the law, such as the one adopted in Catalunya, did not respond to differences in the economic dynamics between homosexual and heterosexual couples, but rather reflected a traditional, religious discourse that aimed to make clear that same-sex unions were a far cry from marriage.

Formal or registered unions with economic effects equivalent to those of marriage adopted in Nordic states (Denmark, Sweden, Norway, Iceland, and Greenland), the Netherlands, and the U.S. state of Vermont

This subsection explores legal reforms that adopted civil or registered unions to confer legal recognition on same-sex couples. This phenomenon of legalizing homosexual unions through formal agreements began in Scandinavia and spread to some other countries in Western Europe. Crucially, the reform process in all these countries shows the importance of the different groups that mobilized and lobbied legislative authorities. Gay and lesbian collectives reached their goal of obtaining unions with legal effects for same-sex couple relationships. Nevertheless, the voices rejecting the fact that these legal effects mirrored those of marriage—maintaining patriarchy and dependence in economic relations—often went unheard.²⁶ The movement to achieve formal equality based its discourse on the idea of assimilation (Nielsen, 1990, p. 297), instead of promoting an agenda of substantive inclusion in family law.

Scandinavian countries were the first in the world to recognize same-sex unions in their family law (Rydström, 2008, p. 194). Hens Rydström analyzes how this process unfolded in Denmark, Sweden, and Norway and how it spread to Greenland and Iceland. His work also highlights the different roles played by gay and lesbian movements and the gender neutrality of those countries' family law regimes since the 1960s. He further addresses how groups mobilized and influenced parliamentary debates to achieve the adoption of registered partnership laws. Denmark, in 1989, was the first to pass a law regulating a form of civil union exclusively available to gay and lesbian couples (Digoix, 2020, p. 2; Rydström, 2008, p. 194).

As already mentioned, the Scandinavian process included opposing voices, mostly from feminist and lesbian groups, that rejected that the institution adopted to regulate same-sex couple relationships resemble marriage. They justified their opposition by pointing to feminist

²⁶ The discussions presented in this section highlight some voices from feminist, lesbian, and gay community movements in Denmark and France that opposed marriage-like regulations. These approaches failed to attain a legal framework that explicitly created an economic regime rejecting the traditional economic dependence embedded in marriage.

movements’ achievements in the 1970s, vindicating formal equality for women inside the family. For them, marriage perpetuated patriarchal structures of dominance and dependence, affecting a weaker party, which was often the woman. Although they accepted the importance of legal recognition of their unions, they argued against an institution that would maintain the roles of caregiver and breadwinner underlying marriage rules. Feminist movements opposed what the matrimonial economic regime tends to establish: “mutual economic responsibility” (Rydström, 2008, pp. 197-199).

In the end, Denmark,²⁷ Sweden,²⁸ and Norway²⁹ adopted different forms of registered partnerships open only to same-sex couples that resembled marriage in almost every aspect, including the matrimonial economic regimes that were largely extended (Nielsen, 1990, p. 301). Greenland, Iceland (Eskridge, 2002, p. 89), the Netherlands (Van de Burght, 2000, p. 81),³⁰ and the U.S. state of Vermont adopted similar laws for registered partnerships or civil unions that made express reference to the legal effects of marriage (Bailey, 2004, p. 161; Eskridge, 2002, pp. 43–127; Rydström, 2008, pp. 109–202). In the case of the Netherlands, for example, the matrimonial property regime was fully extended to registered partners; although they could opt out through a mutual agreement, the default regime imposed the matrimonial property regime, which assumes the equal division of assets at the relationship’s termination. When choosing an economic regime for registered partners, legislators did not create a different system but instead made express reference to the matrimonial regime regulated by the Dutch Civil Code (Borrillo, 2001a, p. 690; Van der Burght, 2000, pp. 84–91).

Formal unions, in the shadow of marriage law: An overview of the registered partnership laws and their reform processes confirms that different agendas and political proposals were at play during the legal reform that achieved a separate-but-equal regulatory framework. Assimilationist discourses gained more attention and acceptance for achieving legal recognition of same-sex couple relationships. In the Scandinavian case, regulations created exclusively for homosexual couples fully extended the financial regime of marriage to registered partners, overriding the objections of feminist and lesbian movements that rejected the dependence underlying marriage regimes. One way or another, these state-recognized couple relationships

27 Section 3.1. of the Danish Registered Partnership Act, June 7, 1989 (Denmark).

28 Section 5 of the Registered Partnership Act, June 23, 1994 (Sweden).

29 Section 3 of the Norwegian Act on Registered Partnership for Homosexual Couples, April 30, 1993 (Norway).

30 The Registered Partnership of the Netherlands was open to both same-sex and opposite-sex couples.

achieved the pragmatic aim of extending “marriage-like relationships” to homosexuals, using a different name to avoid offending traditional groups in society.

A slight departure from the economic effects of marriage: The case of Germany and France

This subsection describes the German and French experiences. Although the paths and results were quite different, they both achieved regulations that slightly departed from traditional marriage law. The three discourses analyzed played an important part in these processes, as I describe below.

Germany regulated life partnerships in 2001, exclusively for homosexual couples. Contrary to the path taken by Nordic countries, the German regime did not extend the full set of rules governing the economic effects of marriage to same-sex unions. Greg Taylor (2003) and Stephen Ross Levitt (2001) sustain that an equivalent regulation, or an express reference to marriage law, could have rendered the new legislation unconstitutional under article 6 of the Federal Constitution; this prompted legislators to draft a bill that would avert such an outcome if challenged before the Federal Constitutional Court (p. 578; p. 478). In analyzing the German reform, Taylor (2003) argues that the legislature assumed that homosexual couples’ economic relations were different from those of their heterosexual counterparts (597). First, same-sex couples would be likely to have dual income, and second —based on the presumption at the time that they would be unlikely to have children— it was presumed that neither member of the couple would have to stay at home to provide child care while the other worked outside the home to financially support the family. Thus, same-sex unions required a specific set of property rules designed for their case.

Indeed, the regulation provided in section 1 that same-sex partners had to define the rules as to their property prior to entering into a life partnership. They could either set their own regime or expressly declare that they wanted the application of marriage law (community of accrued gains) (Levitt, 2001, pp. 482-483). Married couples can also agree on a customized regime through a marital agreement, but if they fail to do so, a default regime is in place, as regulated in sections 1373 to 1390 of the German Civil Code. Outside of property-sharing rules, the German life partnership regulated mutual support between same-sex partners during and even after the relationship in similar terms to that of marriage (Schimmel and Heun, 2001, pp. 588-590). One difference, however, pointing to the notion of partners’ economic independence, rested on post-dissolution support where the legislations treat married spouses and life partners differently (Taylor, 2003, pp. 601-602).

“In the event of dissolution, a court is advised first to look to blood relatives to support the former partner, and then if this group of persons cannot support the relative or does not exist, the former partner’s ability to support will be considered”. “This approach is interesting because the rule is different from the provisions governing support after the dissolution of marriages. In the case of husband and wife after divorce, the court will consider first the husband’s or wife’s ability to pay support before burdening relatives” (Levitt, 2001, p. 473).

The German model took some distance from marriage law for two reasons. First, the German constitutional framework did not allow express references to marriage law. Second, according to Taylor (2003), German legislators took into account some presumed differences between same-sex and opposite-sex couples when drafting the new law (p. 592). Similar mobilizations to those seen in other countries also took place in Germany, since traditionalists (some members of Catholic and Christian political parties) accepted that gays and lesbians required the state’s legal protection, but they disagreed with recognizing their couple relationships because they sought to preserve the rule that only opposite-sex unions could receive such legal recognition (Levitt, 2001, p. 473). On the other side, both the Green and Social Democratic parties were in favor of regulating same-sex partnerships, and they did so after taking power in 1998. Among those in favor of regulating homosexual unions, some wanted to fully extend marriage rules, based on the premise of equality, while others, according to Taylor’s view (2003), wanted to advance legislation that they anticipated would be more suitable for same-sex couples (p. 597).

In the case of France, the French National Assembly adopted the *PACS* to incorporate same-sex couples into family law.³¹ As Claude Martin and Irène Théry (2001) explain, the mobilizations and lobbying in the National Assembly were crucially important for achieving regulations that produced legal effects for homosexual unions. French debates, however, mostly pitted the traditional concepts of family defended by conservative and Catholic political groups against progressive, gay, and lesbian collectives that were pushing for legal recognition of diverse families. Still, Martin and Théry highlight that inside the homosexual community, there seemed to be fragmented views (pp. 140-141).

Borrillo’s approach to the legal recognition of same-sex unions, for instance, showed a deep commitment to formal equality. He acknowledged in his defense of access to marriage, after the adoption of the *PACS*, that “such an institution was not equivalent to marriage, either in its form or in the rights it confers” (Borrillo, 2005, pp. 89-97). Legislative debates did not address equality between homosexual and heterosexual couples, but France did adopt a legal framework

31 Law No. 99-944 of November 15, 1999 (France).

available to both types of unions. From Borrillo’s viewpoint, the *PACS* resulted in a lower status for homosexual couples, who could not access marriage, and reflected a hierarchy wherein heterosexuality was deemed superior to and more legitimate than homosexuality. This approach obscured the differences between homosexual and heterosexual couples, aiming to put both sexualities on equal footing under the law—in other words, to attain formal equality.

It may be true that the *PACS* embraced formal equality since it was made available to same-sex and opposite-sex couples alike (Francoz-Terminal, 2011, pp. 488-489).³² However, it produced some different economic effects from those of marriage. According to Law 99-994 of November 15, 1999, partners under the *PACS* could opt out of the default property-sharing regime through a written agreement, but if they failed to do so, the law assumed joint possession of all assets (Francoz-Terminal, 2011, pp. 490-491). This rule differed from the community of property regime in the French Civil Code, which did not refer to joint possession but created a universal community of movables and assets purchased during the marriage.³³ Further, the *PACS* law established other economic effects more similar to marriage, such as mutual and material aid between the partners, joint income taxation, and joint liability for debts acquired for everyday life and shared household expenses (Richards, 2002, p. 317). These latter rules and those differing from the matrimonial property regime still maintained the assumption of property-sharing and mutual support that presupposes economic dependence between *PACS* partners, but with a higher degree of discretion.

According to Claude Martin, lesbian and gay movements promoting specific regulatory responses for homosexuals lost their fight for legislation exclusively available to homosexual couples, with the agenda for universal legislation achieving more mobilization and the *PACS*’ adoption (Martin, 2000, p. 5). This triumph explains why debates in the National Assembly did not delve extensively into the different economic dynamics seen in same-sex unions. Instead, the *PACS* defined the type of relationship that same-sex couples should have in order to be legally recognized in France in a way that could also fit heterosexual couples.

New avenues for couple’s relationships, same-sex unions’ contribution to family law: The German and French cases are different, considering that life partnerships were available only to same-sex couples, while the *PACS* regulation opened a new avenue for all couples in France. Notwithstanding this and other differences in the processes, these two countries slightly departed from traditional marriage law regarding property-sharing and maintained mutual aid

32 Article 515-1, Civil Code (France), added by Law 99-994 of November 15, 1999.

33 Arts 1401-1408, Civil Code (France).

and support. In truth, both regulations seemed to provide a higher level of discretion over the legal effects of couple relationships than what was offered to married spouses, while preserving some structures of interdependence in the regime. In these two cases, it seems that traditionalists kept the word marriage out of the reform, assimilationists gained almost all the ground by extending most of the legal effects of marriage, and liberationists had a small influence in widening same-sex couples’ discretion over the economic consequences for the property involved in these relationships.

CONCLUDING REMARKS

I began this article with the question of whether the reform processes regulating same-sex couple relationships considered their particularities when determining the economic effects arising from those legal unions. This analysis showed that assimilationist discourses prevailed for incorporating gay and lesbian couples into the law via the regulation of unmarried cohabitation and registered partnerships or civil unions between 1989 and 2001. These discourses based on formal equality ended up obscuring voices inside gay and lesbian movements that rejected the traditional notions of the family that perpetuated structures of economic dependence. As anticipated, this analysis also revealed a clash between two positions in the lesbian and gay community in the early stages of these reforms: one that sought legal recognition, even if that meant adapting to the heterosexual family model, and another that challenged family structures and sought to achieve a broader recognition that would include queer subjects’ identity and their economic dynamics in family law.

Unmarried cohabitation reforms through judicial decisions and legislative measures remedied a discriminatory distinction between same-sex and opposite-sex couples that required a change. This remedy, however, did not delve into same-sex couples’ economic lives to determine if the matrimonial property regime, or no property-sharing regime at all, would be suitable, or if any such regime should have certain flexibility when economic disparities between the partners were less likely to appear. Likewise, formal unions in Nordic countries and the Netherlands — despite awareness of some lesbian groups’ opposition to marriage law— considered that matrimonial property regimes and spousal support obligations could fit same-sex couples without contemplating empirical evidence of their financial lives. Finally, there is no evidence that the countries that opted to maintain some differences in the economic regimes —as with Spanish and Belgian unmarried cohabitation— based those differences on the lower likelihood of marriage-like economic dependence appearing in these new family forms. On the contrary, it seems that the aim was to maintain a distinction between same-sex unions and marriage as an institution solely for opposite-sex couples that should be preserved as such, according to traditional perspectives of the family.

The French *PACS* and German life partnership took a slightly different path that departed in some respects from marriage law regarding partners’ discretion over the effects on property. Yet mutual support as a characteristic of long-lasting couple relationships and the impermeability of heterosexually conceived marriage also influenced those legislations. In the end, the reforms that granted legal effects to same-sex couple relationships between 1989 and 2001 did not completely ignore the economic lives of same-sex couples when legalizing their unions, but did assume that all couple relationships resemble each other and behave in a way that fits the idealized regime of marriage. In addition, in the effort to pass new legislation, some jurisdictions considered the exercise of private autonomy in same-sex relationships, analyzed the impact of economic dependence, and maintained the exclusivity of marriage or marriage-like relationships as the institutions dominating family law.

Exploring these initial regulations’ economic effects pointed up some common features of both formal unions and unmarried cohabitation, like default regimes considering joint property or property-sharing, the equal division of assets at the relationship’s termination, mutual material support between the members of the couple, and joint liability for debts acquired for everyday life and shared home expenses that encouraged partners to engage in dependent economic relations. They thereby extended the traditional gendered roles of complementarity embedded in marriage, both legally and socially —meaning a breadwinner who provides the money for family maintenance and a caregiver who handles household tasks and often stays out of the job market— to regulated same-sex couple relationships.

It became clear that most systems opted for assimilationist strategies to achieve legal recognition, even if the institutions carried different names. Based on that, I share the perspective that rights need to find a way into legislation through social acceptability, as William Eskridge indicated in his *Equality Practice* book many years ago. In this case, this was done by presenting gays and lesbians as being “just like heterosexuals” in their ability to sustain a long-lasting couple relationship. After that achievement was made, it is for academics and activists to make visible the changes that these new actors effect within these institutions so that additional legal reforms can be implemented.

We as family law scholars should keep scrutinizing how same-sex families, now accepted in some of our countries’ laws, require different approaches to the scope of private autonomy and public ordering, given their economic lives and needs. We are aware that differences exist and that other approaches to legal reform played a role and should not be forgotten. Only in this way will we achieve substantive equality and make room in family law for other understandings that depart from the caregiver-breadwinner dichotomy traditionally based on gender. We must recognize that vulnerabilities and disparities in family settings are caused by multiple factors

applicable to all subjects in couple relationships, even if spouses are of the same sex. Acknowledging these features can help provide adequate legal interpretations that strengthen “the box” once made only for heterosexual couples, so that gay and lesbian couples’ realities can also fit in and can ultimately change “the box” itself.

To this end, future research should identify how the agendas seeking formal equality and those highlighting queer identities transformed as marriage itself became available to same-sex couples. This line of research should keep exploring whether critical discourses gained some space in analyzing economic understandings of couple relationships, or if marriage-like notions of conjugality maintained their predominance in the realm of family law.

BIBLIOGRAPHY

Legislation

Civil Code (Belgium)

Civil Code (France)

Law No. 99-944 of November 15, 1999 (France)

Law 15 of 1998 – Catalunya Parliament

Law of November 23, 1998 (Belgium)

Law 6 of 1999 – Aragon Parliament

Law on Ending Discrimination Against Same-Sex Communities: Life Partnerships, 2000 (Germany)

Modernization of Benefits and Obligations Act, SC 2000, c 12. (Canada)

Parenting and Support Act c.160 R.S. of N.S. 1989 of the Canadian Province of Nova Scotia

The Danish Registered Partnership Act, June 7, 1989 (Denmark)

The Family Law Act, R.S.O. 1990, Ch, F.3 (Canada)

The Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 c. 45 (United Kingdom)

The Norwegian Act on Registered Partnership for Homosexual Couples, April 30, 1993 (Norway)

The Registered Partnership Act, June 23, 1994 (Sweden)

Judicial rulings

M v H [1999] 2 SCR 3 (Canada)

Books and Articles

- Acedo Penco, A. (2013). *Derecho de familia*, Madrid: Editorial Dykinson.
- Alarcón Palacio, Y. (2005). Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 24, 2-31. Retrieved from: <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2550>
- Alarcón Palacio, Y. (2019). Capitulaciones y Rupturas de Pareja en Colombia: Una Revisión de la Autonomía Privada y sus Límites frente al Desarrollo en España, Estados Unidos e Inglaterra. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 39(1), 45-108. <https://doi.org/10.15366/rjuam2019.39.002>
- Aramburo Restrepo, J.L. (2019). *Derecho de Familia*, 2ª ed., Leyer Editores.
- Bailey, M. (2004). Regulation of cohabitation and marriage in Canada. *Law and Policy*, 26(1), 153–175. <https://doi.org/10.1111/j.0265-8240.2004.00166.x>
- Bamforth, N. (2001). Same-sex Partnerships and Arguments of Justice. In Robert Wintemute and Mads Andenaes (Eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (p. 31-54) Hart Publishing. Retrieved from: <https://www.bloomsburycollections.com/monograph-detail?docid=b-9781472562425&tocid=b-9781472562425-chapter2>
- Bendall, C., & Harding, R. (2018). Heteronormativity in Dissolution Proceedings: Exploring the Impact of Recourse to Legal Advice in Same-Sex Relationship Breakdown. In Brake, E., & Ferguson, L. (Eds.), *Philosophical Foundations of Children's and Family Law* (p. 134–152). Oxford, England: Oxford University Press. doi: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198786429.003.0007>
- Borrillo, D. (2001A). Pluralisme Conjugal Ou Hierarchie Des Sexualites: La Reconnaissance Juridique Des Couples Homosexuels Dans l'Union Europeenne. *McGill Law Journal*, 46(4), 875-922.
- Borrillo, D. (2001B). The “pacte Civil de Solidarité” in France: Midway Between Marriage and Cohabitation. In Robert Wintemute and Mads Andenaes (Eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (p. 475-492). Oxford, England: Hart Publishing. idHAL: <https://hal.science/hal-01236230/file/The%20Pacs%20in%20France.pdf>
- Borrillo, D. (2005). Who is Breaking with Tradition? The Legal Recognition of Same-Sex Partnership in France and the Question of Modernity. *Yale Journal of Law and Feminism*, 17, 89-97. Retrieved from: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/6926>
- Boyd, S.B., & Young, C.F.L. (2003). From Same-Sex to No Sex? Trends Towards Recognition of (Same-Sex) Relationships in Canada. *Seattle Journal for Social Justice*, 1(3), 757-794.
- Capote Pérez, L.J. (2000). Las parejas estables no casadas en Cataluña y Aragón. *Anales de la Facultad de Derecho*, 17, 11-39. Retrieved from: https://www.researchgate.net/publication/258383068_Las_parejas_estables_no_casadas_en_Cataluna_y_Aragon

- Carrington, C. (2000). *No Place Like Home: Relationships and Family Life Among Lesbians and Gay Men*. Chicago: The University of Chicago Press. Retrieved from: <https://press.uchicago.edu/ucp/books/book/chicago/N/bo3622674.html>
- Chang, Y. (2018). Wealth transfer laws in 153 jurisdictions: An empirical comparative law approach. *Iowa Law Review*, 103(5), 1915-1944. Retrieved from: <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-103-issue-5/wealth-transfer-laws-in-153-jurisdictions-an-empirical-comparative-law-approach>
- Clarke, V. (2003). Lesbian and Gay Marriage: Transformation or Normalization? *Feminism & Psychology Sage Journals*, 13(4), 519-529. doi: <https://doi.org/10.1177/09593535030134016>
- Cooper, D. (2001). Like Counting Stars? Re-Structuring Equality and the Socio-Legal Space of Same-Sex Marriage. In Robert Wintemute and Mads Andenaes (Eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (p. 75-96). Oxford, England: Hart Publishing.
- De Schutter, O., & Weyembergh, A. (2001). “Statutory Cohabitation” Under Belgian Law: A Step Towards Same-Sex Marriage? In Robert Wintemute and Mads Andenaes (Eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (p. 465-474). Oxford, England: Hart Publishing.
- Di Robilant, A. (2016). Big Questions Comparative Law. *Boston University School of Law*, 96(4), 1325-1345. Retrieved from: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/2886/
- Digoix, M. (2020). *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*. doi: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-37054-1>
- Eskridge, W.N. Jr. (2002). *Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights*, 1st Edition. New York, United States: Routledge. Retrieved from: <https://www.routledge.com/Equality-Practice-Civil-Unions-and-the-Future-of-Gay-Rights/Eskridge-Jr/p/book/9780415930734>
- Espada Mallorquín, S. (2007A). El reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho en derecho español: evolución legislativa y jurisprudencial. *Revista de Derecho*, 28, 112-147. Retrieved from: <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2669/4280>
- Espada Mallorquín, S. (2007B). *Los Derechos Sucesorios de las Parejas de Hecho*. Thompson Civitas Editorial Aranzadi S.A.
- Ettelbrick, P. (2004). Since When is Marriage a Path to Liberation. In A. Sullivan (Ed.), *Same Sex Marriage: Pro and Con* (p. 118-124). New York, United States: Vintage Books.
- Feldblum, C.R. (2005). Gay Is Good: The Moral Case for Marriage Equality and More. *Yale Journal of Law & Feminism*, 17, 139-184. Retrieved from: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1091/>
- Francoz-Terminal, L. (2011). From Same-Sex Couples to Same-Sex Families? Current French Legal Issues. *Child and Family Law Quarterly*, 21(4), 485-497. Retrieved from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941809

- Gambinno, G. (2013). El Reconocimiento público de las Uniones Homosexuales: La Función del Derecho ante los Cambios Sociales. *Prudentia Iuris*, 75, 105-115. Retrieved from: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2765>
- Glass, C.M., & Kubasek, N. (2008). The Evolution of Same-Sex Marriage in Canada: Lessons the U.S. Can Learn from Their Northern Neighbor Regarding Same-Sex Marriage Rights. *Michigan Journal of Gender & Law*, 15(1), 143-204. Retrieved from: <https://repository.law.umich.edu/mjgl/vol15/iss1/4/>
- Halley, J. (2001). Recognition, Rights, Regulation, Normalisation: Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate. In Robert Wintemute and Mads Andenaes (Eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (p. 97-111). Oxford, England: Hart Publishing.
- Herring, J. (2015). Making family law less sexy ... and more careful. In R. Leckey (Ed.), *After Legal Equality* (p. 24-41). Abingdon, England: Routledge.
- Hirschl, R. (2016). Comparative Matters: Response to Interlocutors. *Boston University Law Review*, 96(4), 1393-1424. Retrieved from: <http://hdl.handle.net/1807/87827>
- Hunter, N.D. (1991). Marriage, Law, and Gender: A Feminist Inquiry. *Law & Sexuality: A Review of Lesbian and Gay Legal Issues*, 1, 9-30.
- Joshi, Y. (2012). *Respectable Queerness*, Columbia Human Rights Law Review, 43(2), 415-467. Retrieved from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2015349
- Leckey, R. (2014). Must equal mean identical? Same-sex couples and marriage. *International Journal of Law in Context*, 10(1), 5-25. doi: <https://doi.org/10.1017/S1744552313000347>
- Levitt, S.R. (2001). New legislation in Germany concerning same-sex unions. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 7(2), 469-493. Retrieved from: <https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol7/iss2/20/>
- Lind, C. (2014). The truth of unmarried cohabitation and the significance of history. *Modern Law Review*, 77(4), 641-668. doi: <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12083>
- Martin, C. (2000). Emergence of a contractual family? The French debate around the PACS and cohabitation. *CNRS-IEP de Rennes*. Conference: "Cohabitation and Marriage" Seminar, At: Wolfson College, Oxford. Retrieved from: https://www.researchgate.net/profile/Claude_Martin2/publication/261925300_Emergence_of_a_contractual_family_The_French_debate_around_the_PACS_and_cohabitation/links/00b49535f6786b621e000000.pdf
- Martin, C., & Théry, I. (2001). The Pacs and Marriage and Cohabitation in France. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15, 135-158. Retrieved from: <https://shs.hal.science/halshs-00199963/document>

- Merin, Y. (2002). *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States*. Chicago, United States: The University of Chicago Press.
- Michaels, R. (2006). The Functional Method of Comparative Law. In Reimann, M. & Zimmermann, R. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (p. 339-382). Oxford, England: University Press. doi <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0011>
- Nielsen, L. (1990). Family Rights and the Registered Partnership in Denmark. *International Journal of Law and the Family*, 4(3), 297-307. doi <https://doi.org/10.1093/lawfam/4.3.297>
- Norrie, K. (2000). Marriage Is for Heterosexuals: May the Rest of Us Be Saved from It. *Child and Family Law Quarterly*, 12(4), 363-369. Retrieved from: <https://strathprints.strath.ac.uk/30779/>
- Polikoff, N.D. (1993). We Will Get What We Ask For: Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will Not Dismantle the Legal Structure of Gender in Every Marriage. *Virginia Law Review*, 79(7), 1535-1550. doi <https://doi.org/10.2307/1073381>
- Polikoff, N.D. (2000). Why Lesbians and Gay Men Should Read Martha Fineman. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 8(1), 167-176. Retrieved from: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/jgspl/vol8/iss1/25/>
- Polikoff, N.D. (2008). *Beyond (Straight and Gay) Marriage: Valuing All Families Under the Law*. Boston, United States: Beacon Press.
- Probert, R. (2012). *The Changing Legal Regulation of Cohabitation: From Fornicators to Family, 1600–2010*. Cambridge, England: Cambridge University Press. doi: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139107853>
- Richards, C. (2002). The Legal Recognition of Same-Sex Couples: The French Perspective. *International and Comparative Law Quarterly*, 51(2), 305-324. doi: <https://doi.org/10.1093/iclq/51.2.305>
- Rydström, J. (2008). Legalizing love in a cold climate: The history, consequences and recent developments of registered partnership in Scandinavia. *Sexualities*, 11(1–2), 193-226. doi: <https://doi.org/10.1177/1363460707085470>
- Schimmel, R., & Heun, S. (2001). The Situation of Same-Sex Partnerships in Germany: An Overview. In Robert Wintemute and Mads Andenaes (Eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (p. 575-590). Oxford, England: Hart Publishing.
- Sibalis, M. (2010). L'arrivée de la libération gay en France: Le Front Homosexuel d'Action Révolutionnaire (FHAR) Gay Liberation Comes to France: The Front Homosexuel d'Action Révolutionnaire (FHAR). *Genre, Sexualité et Société*, 3, 52-59. doi: <https://doi.org/10.4000/gss.1428>
- Talavera Fernández, P.A. (1998). El Reconocimiento de las Uniones Homosexuales en la “Ley de Uniones Estables de Pareja” de Catalunya. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 1. Retrieved from: <https://www.uv.es/cefd/1/talavera.html>

- Taylor, G. (2003). The new gay and lesbian partnership law in Germany. *Alberta Law Review*, 41(2), 573-617. doi: <https://doi.org/10.29173/alr1337>
- Van der Burght, G. (2000). Registered Partnership in the Netherlands. *De Jure*, 1(33), 76–94. doi: <https://doi.org/10.1093/lawfam/13.3.315>
- Warner, M. (1999). Normal and Normaller: Beyond Gay Marriage. *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 5(2), 119–171. doi: <https://doi.org/10.1215/10642684-5-2-119>

Avances en la eutanasia para enfermedades crónicas por la vía jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana

*Advances in Euthanasia for Chronic
Diseases through the Jurisprudence of the
Colombian Constitutional Court*

CORINA DUQUE AYALA

Doctora en Derecho Público de la Universidad de Burdeos (Francia). Maestría en Derecho Económico de la Universidad de Orléans (Francia). Maestría en Administración Pública en el IIAP de París (Francia). Maestría en Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá (España). Docente de la Universidad Santo Tomás de Bogotá (Colombia) y del Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia). corinaduque@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-1922-0647>

AURA CATALINA MARTÍNEZ

Doctora en Derecho Público de la Universidad de Burdeos (Francia). Maestría en Derecho Público de la Universidad de París II (Francia). Funcionaria de la Secretaría Distrital de Hacienda de Bogotá (Colombia).

Resumen

Este artículo académico contiene un contexto general colombiano, que se expone en una primera parte, la descripción sobre el control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional, para luego precisar el alcance de la Sentencia C- 233 de 2021, que permitió modular la legislación vigente, otorgando un mayor contenido y alcance al derecho a morir dignamente, haciendo prevalecer la autonomía, los sentires del paciente y el libre desarrollo de la personalidad, para permitir hoy la eutanasia en casos de enfermedades crónicas. En una segunda parte, se presenta el análisis de este derecho a la luz de la legislación comparada, en algunos países europeos, asiáticos y latinoamericanos, junto con las acciones de la sociedad civil ejercidas a través de ONG, que se dedican a proteger y hacer realidad este derecho en diferentes latitudes. La pregunta de investigación que se plantea es la siguiente *¿Cuáles son las actuaciones que deben realizar el órgano político, el órgano ejecutivo y el órgano judicial para dar cumplimiento al exhorto que contiene la Sentencia C 233 de 2021 de la Corte Constitucional?* Para resolver este interrogante se utilizó la metodología de revisión documental y de análisis jurídico descriptivo, con un método deductivo y analítico.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la muerte digna, control constitucional, autonomía de la voluntad, cuidados paliativos, eutanasia.

Abstract

This academic article contains a general Colombian context, which is exposed in the first part, the description of the constitutional review exercised by the Constitutional Court, to specify the scope of the judgment C-233 of 2021, which allowed modulating the current legislation, by granting broader content and scope to the right to die with dignity, to make prevail the autonomy, the feelings of the patient and the free development of the personality, to allow euthanasia today in cases of chronic diseases. In the second part, the analysis of this right is presented in the light of comparative legislation, in certain Europe, Asia, and Latin America countries, as well as the actions of civil society carried out through ONGs, which are dedicated to the protection and realization of this right in different latitudes. The research question posed is the following: *What are the actions that the political body, the executive body, and the judicial body must comply with the order contained in Sentence C 233 of 2021 of the Constitutional Court?* To resolve this question, the methodology of documentary review and descriptive legal analysis was used with deductive and analytical methods.

KEYWORDS

Right to a dignified death, constitutional control, autonomy of will, palliative care, euthanasia.

INTRODUCCIÓN

Ha causado un gran impacto la Sentencia C-233 de 2021 de la Corte Constitucional colombiana, ya que permite que el acto de la eutanasia ahora no solo se aplique a personas con enfermedades terminales, sino también para aquellas personas que padecen enfermedades crónicas o lesiones corporales que se asocian al sufrimiento, mediado por el consentimiento informado y teniendo como sujeto activo del acto eutanásico el médico tratante. En uso de su facultad del control constitucional abstracto y en virtud del carácter normativo de la Constitución, así como del principio de la eficacia de los derechos fundamentales, los hospitales públicos y privados, también conocidos como IPS, y los profesionales de la salud, en especial los médicos, no podrán volver a exigir a los pacientes con enfermedades crónicas el requisito de enfermedad terminal con pronóstico de seis meses de vida para tramitar su solicitud de muerte digna.

En otras palabras, esta decisión de la Corte Constitucional eliminó la barrera de la enfermedad en estado terminal para acceder a la eutanasia en Colombia, legalizando el suicidio medicamente asistido, previo el cumplimiento de algunos requisitos formales, dando un nuevo alcance al derecho fundamental a morir dignamente. Se anota que la Corte en fallos anteriores, desde 1997, había despenalizado la eutanasia para enfermedades terminales, y había exigido al Ministerio de Salud que expidiera un protocolo, el cual permitiera dejar constancia del pronóstico fatal en los siguientes seis meses de la enfermedad.

Este nuevo fallo es vinculante, en la medida en que hace parte del bloque de constitucionalidad por tratarse de una sentencia de constitucionalidad que analiza el artículo 106 del Código Penal, “homicidio por piedad”, en el cual se interpreta la Constitución y la Ley y se da un alcance diferente al derecho a morir dignamente, y a pesar de que el Congreso no ha querido cumplir el exhorto de la Corte, en el sentido de expedir una legislación sobre la muerte digna, y que el Ministerio de Salud tampoco ha adoptado el nuevo protocolo para los casos de enfermedades crónicas, estando aún vigente la Resolución 971 de 2021, las personas que se encuentren en esta condición podrían acudir a la figura de la tutela para hacer aplicable las directrices de este fallo de constitucionalidad.

La pregunta de investigación que se plantea es la siguiente *¿Cuáles son las actuaciones que deben realizar el órgano político, el órgano ejecutivo y el órgano judicial para dar cumplimiento al exhorto que contiene la Sentencia C 233 de 2021 de la Corte Constitucional?*

Para resolver este interrogante se utilizó la metodología de revisión documental y de análisis jurídico descriptivo, con un método deductivo y analítico. Es así como en una primera parte se sintetizan los antecedentes normativos y jurisprudenciales del derecho a la eutanasia en Colombia,

así como los avances de este derecho en el importante fallo de 2021. En una segunda parte se describen los avances legislativos y jurisprudenciales en otros países europeos, asiáticos y latinoamericanos, junto con las acciones más destacadas de algunas fundaciones que pretenden proteger este derecho, para luego proceder a realizar unas conclusiones y recomendaciones que permitirían mejorar el proyecto de ley que se está tramitando en el Congreso, para cumplir con el exhorto de la Alta Corte.

AVANCES DEL DERECHO A LA EUTANASIA Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En esta primera parte se hará alusión a los aspectos más importantes de la Sentencia C 233 de 2021, considerados verdaderos avances en el contenido del derecho a la muerte digna (a). Así mismo, se expondrá de manera sintética las normas internacionales a las que hizo alusión la Corte Constitucional en el mencionado fallo, realizando, por ende, el control de convencionalidad (b).

a. Evolución del Derecho a la eutanasia en Colombia

Como se recordará, desde 1997, la Corte Constitucional, por la vía de una sentencia de constitucionalidad, dio nacimiento al derecho a la eutanasia en nuestro país; además, sobre el tema se encuentran fallos muy importantes, como las sentencias C-239 de 1997, T-970 de 2014, T-423 de 2017, T-544 de 2017, T-721 de 2017 y T-060 de 2020.

La Sentencia C-239 de 1997 autorizó por primera vez la eutanasia en nuestro país basada en el principio de la dignidad humana, el respeto a la autonomía del individuo, el principio de la solidaridad y las libertades y derechos fundamentales. En ella se analiza el artículo 106 del Código Penal, “homicidio por piedad”, y aunque la Corte declara exequible el mismo, hace la advertencia de que la eutanasia es legal cuando el enfermo manifiesta la voluntad libre y es practicada por un médico que ha brindado información precisa sobre la enfermedad al paciente, quien debe padecer una enfermedad terminal. Esta es la primera vez que la Corte exhorta al Congreso para que tramite una ley que regule la materia; normativa que a la fecha no se ha logrado expedir, pese a los intentos fallidos de varios proyectos de ley, que han sido abortados en las diferentes comisiones y plenarias (C.C. Sentencia C-239 de 1997).

Años más tarde, la Corte Constitucional continúa dando alcance a este derecho a morir dignamente por la vía de la revisión de tutelas; es así como en la Sentencia T-940 de 2014 decide amparar a una ciudadana que sufre una enfermedad terminal, exigiéndole a la EPS que practique el procedimiento de eutanasia, indicando que se trata de un derecho autónomo (C.C., Sentencia T-940 de 2014).

Gracias a esta sentencia de tutela, el Ministerio de Salud y Protección Social expide la primera reglamentación, N° 1216 de 2015, para la eutanasia, retomando los parámetros de la Sentencia C 239 de 1997, para lo cual instauró un Comité Científico interdisciplinario que deberá garantizar el derecho a morir dignamente, con la posibilidad de que se predique la objeción de conciencia por los médicos intervinientes, quienes deberán ser reemplazados de manera inmediata. Un año después se expide la Resolución 4006 de 2016, en la cual se detallan las funciones del Comité interdisciplinario (Ministerio de Salud, R. 4006/2016)

En 2017, nuevamente la Corte se pronuncia sobre el derecho a morir dignamente, en la Sentencia T 423 de 2017, trayendo a colación los elementos del derecho fundamental a la salud: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad, establecidos en la Ley Estatutaria de la Salud N° 1751 de 2015, para concluir que se debe continuar en la lucha por la eliminación de las barreras para la aplicación de la eutanasia (C.C., Sentencia T 423 de 1997).

En 2018, nuevamente el Ministerio de Salud y Protección Social expide dos resoluciones –la número 825 y 2665– para continuar buscando eliminar las barreras administrativas que impiden realizar este derecho, incluyendo el procedimiento aplicable a los menores de edad que quieren que se les practique la eutanasia por padecer de enfermedades terminales. En esta reglamentación se estableció también el documento de voluntad anticipada, que puede hacerse valer para cualquier procedimiento, desde los 14 años (Ministerio de Salud y Protección Social, resoluciones 835 y 2665 de 2018).

Luego, en 2020, se expide la Sentencia T 060 de 2020, en la que se concluye que la paciente no tiene una enfermedad terminal pero solicita, desde su autonomía, la aplicación del procedimiento, aun cuando venga recibiendo cuidados paliativos. Sin embargo, en este caso la Corte niega la aplicación del procedimiento por las circunstancias dadas; aunque dicho fallo parece regresivo, es el que permite abrir la puerta para replantear los casos de enfermedades crónicas (C.C. Sentencia T 060 de 2020).

Finalmente, en julio de 2021, el Ministerio expide la Resolución 971, actualmente vigente, por la cual regula el procedimiento de recepción, trámite y reporte de solicitudes, la conformación del comité, y las definiciones que deben estar presentes al momento de tomar la decisión, tales como: agonía, consentimiento informado, cuidado paliativo, enfermedad incurable avanzada, esfuerzos terapéuticos; indicando que el pronóstico de vida del solicitante debe ser de máximo 6 meses. Se explica, además, la forma como el médico debe recibir y tramitar la decisión ante el Comité y la valoración que se debe hacer dentro de los 10 días siguientes a la recepción de esta. Además, regula la conformación de los integrantes del Comité: un abogado, un psiquiatra, un psicólogo clínico y el médico especialista de la patología que padece el solicitante

(Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 971 de 2021). Y es así como llegamos al fallo C- 233 de 2021, que se produjo al mes siguiente de la Resolución antes reseñada (C.C., Sentencia C 233 de 2021)

Revisando detenidamente el contenido del fallo C-233 de 2021, se puede constatar cinco grandes avances en la sentencia, en torno al núcleo duro y el contenido del derecho a morir dignamente. En primer lugar, se resalta el análisis que hacen los magistrados constitucionalistas respecto de ese plazo inicial que se había determinado en sentencias anteriores –seis meses–, habiéndolo encontrado desproporcionado e irrazonable, lo cual, en últimas, atenta contra el derecho a autodeterminarse, a la dignidad humana y a la protección a vivir una vida libre de tratos crueles e inhumanos. El avance consiste, entonces, en eliminar el pronóstico de tiempo en el deterioro de la funcionalidad específica y simplificarlo a un diagnóstico de lesión corporal o enfermedad grave, crónica e incurable que genera un gran dolor en el paciente.

En segundo lugar, teniendo en cuenta que el Congreso de la República y el Ministerio de Salud pueden tardarse en adaptar la legislación a las exigencias del fallo de la Corte, en virtud del carácter normativo de la Constitución y su bloque de constitucionalidad, así como de la eficacia de los derechos fundamentales –artículos 93 y 94 de la C.P.–, las instituciones de salud y los médicos no pueden exigir el requisito de enfermedad terminal, sino que deben tramitar las solicitudes que lleguen con casos de enfermedades crónicas, sin verificar el tiempo aproximado de vida que le quede al paciente.

En tercer lugar, dice la sentencia que frente al interés que existe en el gremio médico de medir el dolor físico y el sufrimiento con la enfermedad crónica, debe primar siempre la dimensión subjetiva del sentir y la percepción de la persona, es decir, se debe tener en cuenta la experiencia de estar enfermo, lo que implica, además del diagnóstico, la tramitología a la que se somete el paciente, la zozobra, la angustia de no saber cuáles serán sus condiciones de vida próxima futura. Por ello, en una eventual discusión entre paciente y médico, debe prevalecer la percepción del paciente de la forma como debe lidiar con la enfermedad, y es este el que determina si el dolor es insoportable o si es incompatible con la vida digna.

En cuarto lugar, los cuidados paliativos no serían incompatibles con la solicitud de eutanasia y no constituirán un requisito previo para exigir que se realice dicho procedimiento. De hecho, no se puede desconocer que la oferta de cuidados paliativos en todo Colombia es deficiente y la mayoría de los pacientes solo logra acceder a ellos por la vía de la tutela, muchos de estos mueren sin haber tenido acceso a los mismo y soportan más dolor del que debieron haber soportado. En otras palabras, existe una oferta deficiente de profesionales, medicamentos y aparatos biomédicos que permitirían reducir el dolor y el sufrimiento de la enfermedad. De otra parte, desde la

perspectiva de la autonomía, tampoco se le puede obligar a los enfermos que accedan a este tipo de sedantes o calmantes del dolor, por lo que también sería injusto y desproporcionado imponer a un enfermo que agote esta vía de cuidados paliativos para poder acceder luego a la muerte digna.

En quinto lugar, teniendo en cuenta que esta decisión la debe tomar el enfermo crónico, ejerciendo la autonomía de su voluntad, la sentencia permite que esta decisión se tome de manera previa en un documento de voluntad anticipada, así como a través de un consentimiento sustituto, en el caso de que la persona se encuentra imposibilitada para comunicar su voluntad, debiendo hacerlo sus parientes cercanos o amigos, a través de lo que se conoce como la red de apoyo, constituyéndose este consentimiento sustituto en una manifestación válida.

Vista la síntesis de la sentencia, a continuación, se estudiarán las normas internacionales que fueron citadas en el fallo de la Corte, y se explicará la forma como se aplicó el control difuso de convencionalidad por parte del Alto Tribunal.

b. El control difuso de convencionalidad contenido en el fallo C 233 de 2021

Sea lo primero destacar que fueron los mismos demandantes los que propusieron en sus argumentos de inconstitucionalidad de la norma demandada, el artículo 106 del Código Penal, “homicidio por piedad”, citar algunos instrumentos internacionales y pronunciamientos de organismos internacionales, que apoyarían su tesis de inconstitucionalidad del artículo en mención por desconocimiento al derecho a la integridad personal, a no ser sometido a tratos y penas inhumanas, crueles y degradantes. Es así como citaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas frente a la tortura y a otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. También trajeron a colación la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Humanos y el caso *Luis Lizardo Cabrera vs. República Dominicana* de la CIDH, normativa y jurisprudencia internacional que sirvieron para argumentar que prolongarle la vida a una persona por un tiempo escaso, cuando esta no lo desea y padece de profundas aflicciones, equivale a un trato cruel e inhumano, tema que la Corte Constitucional consideró como pertinente (C.C. Sentencia C 233/ 2021).

Luego, en la parte considerativa de la sentencia, numeral 315, ubicado en la página 81, la Corte Constitucional, en uso del control difuso de convencionalidad, encuentra relevante mencionar

que el derecho internacional de los derechos humanos ha modificado de manera notoria su concepción sobre la discapacidad y los derechos de estas personas; citando para ello la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, la cual fue ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009, y revisada mediante Sentencia C- 293 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Indica la Sala que en este nuevo paradigma, que llama “el enfoque social de la discapacidad”, al cual la sociedad debe adaptarse para incluir a todas las personas y permitirles participar en las decisiones que las afecten, con la obligación de todos de realizar ajustes razonables en función de la diversidad funcional de cada persona, se llega a la conclusión de que en materia de derecho a la muerte digna y el respeto a la autonomía del paciente, se debe respetar su consentimiento anticipado y también su consentimiento sustituto en caso de que se encuentre en un estado de inconciencia, por cuanto son los familiares más cercanos quienes pueden comprender mejor cómo enfrentaría el paciente estas aspiraciones en el proceso final de la vida (C.C., Sentencia C 233 de 2021).

Y finalmente, en el numeral 449, página 111, la Corte Constitucional aborda el tema de los cuidados paliativos, desarrollados por la Ley 1733 de 2014 y posteriormente por la Ley 2055 de 2020, por la cual se incorporó al ordenamiento jurídico la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, adoptada en Washington en junio de 2015, considera que el derecho a morir dignamente presenta diversas facetas e impone distintas obligaciones al Estado y a las IPS, siendo los cuidados paliativos una opción para aquellas personas que padecen una enfermedad sin expectativa de cura, quienes esperan terminar su vida con el menor sufrimiento posible. Sin embargo, dice la Corte que existe otro grupo de personas que, desde su autonomía, con la orientación e información suficiente, no desea extender más su vida, pues no resulta compatible con sus intereses críticos y existenciales, y porque desde su dimensión subjetiva del sufrimiento estiman que este se torna insoportable, por lo que no se les puede imponer la decisión de los cuidados paliativos, al considerar que los mismos pueden ser causa de padecimientos. Por esta razón, la Corte concluye que la decisión de ejercer el derecho a morir dignamente radica en la conciencia de cada ser humano (C.C., Sentencia C 233 de 2021)

Con este análisis de la normatividad nacional y la internacional vigente y ejerciendo el control difuso de convencionalidad, la Corte concluye que declarará exequible el artículo 106 del Código Penal, en el entendido de que no se incurre en el delito de homicidio por piedad cuando la conducta sea efectuada por un médico, además sea realizada con el consentimiento libre e informado, previo o posterior al diagnóstico, del sujeto pasivo del acto, y siempre que el paciente padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de una lesión corporal o enfermedad grave o incurable.

A continuación, se analizarán otras legislaciones y proyectos de ley europeos, asiáticos y latinoamericanos que han abordado el tema del derecho a la muerte digna.

LA EUTANASIA EN EL DERECHO COMPARADO Y LAS PRINCIPALES ACCIONES DE LAS FUNDACIONES DEDICADAS A HACER RESPETAR EL DERECHO A LA MUERTE DIGNA

Esta segunda parte de este artículo contiene dos secciones. En la primera se describen los avances legislativos y jurisprudenciales en otros países de Europa, Asia y América Latina (a). En la segunda se analizarán las acciones más destacadas de algunas fundaciones que pretenden proteger el derecho a morir dignamente (b).

a. La eutanasia en el derecho comparado

Los estudiantes del Semillero de Derecho constitucional Colombo - francés de la Universidad Santo Tomás sede Bogotá se dieron a la tarea de investigar en otros países de Europa, Asia y Latinoamérica la legislación vigente y los proyectos de ley que actualmente se tramitan (a), así como las tareas más destacadas de algunas fundaciones que se dedican a hacer efectivo el derecho a morir dignamente (b). Se encontró que actualmente solo siete países han regulado este derecho a la eutanasia activa legal: España, Luxemburgo, Holanda, Bélgica, Nueva Zelanda, Canadá y Colombia.

De otra parte, en algunos países existe la figura jurídica de la eutanasia pasiva legal, aprobada específicamente en Alaska, Usa, Groenlandia, algunos países de Centroamérica, Venezuela, Perú, Ecuador, Guayanas, Brasil, Bolivia, Chile, Argentina, Reino Unido, Portugal, y algunos países de África. En los demás países sigue considerándose un delito.

En **Francia** no está aprobada la eutanasia. El suicidio asistido fue establecido así por la ley Claeys-Leonetti de 2005; esta ley permitió como mecanismo alternativo una sedación continua hasta que llegara el momento de la muerte, mediando el consentimiento del paciente que se encontrara en una fase terminal de la enfermedad. Sin embargo, esta situación tan extrema en una sociedad tan libertaria ha generado un sinnúmero de debates internos que mediados por el activismo ciudadano y político han logrado que, en diciembre de 2022, se haya convocado una convención ciudadana para que logre proponer un texto modificatorio que refleje el clamor popular sobre el fin de la vida. Esta convención debe entregar sus conclusiones en marzo de 2023 y tuvo como antecedente el trámite legislativo el proyecto de ley del diputado Olivier Falorni, que se estuvo tramitando desde 2021, con el fin de establecer el derecho a morir dignamente, al exigir que la persona sea capaz y que se encuentre en una fase avanzada o terminal de origen patológico o accidental, incluso sin que se requiera un pronóstico de vida a corto plazo. Así

mismo, la eutanasia se permitiría para casos de enfermedad grave e incurable y que cause un sufrimiento psíquico insoportable o tenga al individuo en un estado de dependencia incompatible con una vida digna. El proyecto inició su trámite gracias a una petición de una ciudadana que sufría esclerosis múltiple a través de la Ong Change. Org. La lucha de las ONG en Francia por este derecho comenzó hace 40 años y hasta la fecha había sido infructuosa. En esta oportunidad, hasta ahora solo se han obtenido 270 votos a favor, de un total de 577, y el tiempo se venció. Tuvo mucha oposición política de la franja más conservadora de la derecha de la Asamblea Nacional. Una crítica fuerte al proyecto fue la de permitir que soliciten la muerte digna para los pacientes con enfermedades psiquiátricas (López, 2021).

En **Finlandia** está en debate la aprobación de un proyecto de ley, mientras tanto sigue siendo un procedimiento en el que el médico que lo efectúa incurre en un delito penal que es castigado hasta con ocho años de cárcel. Lo único aceptado en la legislación es un procedimiento guiado al enfermo, siendo regulado y orientado por la junta de salud, que permite la eutanasia pasiva, o sea, cuando el o la paciente solicita que no le hagan ningún procedimiento paliativo y le o la dejen morir. (Goyarrola, 2019). A través de la iniciativa popular se han venido buscando Nuevos proyectos de ley para que sean revisados y discutidos en la Asamblea general, proyectos que deben ser suscritos por al menos 50 000 firmas vía Internet. La primera iniciativa fue en 2013, con el nombre de “Ley de la eutanasia”, y solo contó con 4339 firmas. Dos años después, se vuelve a presentar otro proyecto con el nombre de “Ley de la eutanasia a favor de la buena muerte”, con aspectos de muerte asistida, cuidados paliativos, que recibió el apoyo de 63 078 firmas, lo que le permitió llegar al Parlamento a debate, pero la iniciativa no prosperó (LJ, 2011).

En **Portugal** también se han hecho importantes intentos para abordar el tema ante la Asamblea de la República. El 29 de enero de 2021; se aprobó el Decreto Nº 109/XIV, contentivo de un proyecto de ley en el que se regulaban las condiciones en las que la muerte médicamente asistida no fuera punible. El 18 de febrero de 2021, el decreto fue enviado al presidente de la República para que lo sancionara, pero este le solicitó al Tribunal Constitucional que le hiciera una inspección preventiva constitucional por violación de sus artículos 2, 4, 5, 7 y 27, el principio de legalidad y tipicidad penal, además de la limitación al derecho a la vida. Tras la respectiva inspección, el Tribunal declaró inconstitucionales estas normas con fundamento en la violación del principio de determinación de la ley y la reserva de ley parlamentaria, así como por la inviolabilidad de la vida humana; aunque es importante aclarar que en este aspecto el Tribunal reconoce que el derecho a vivir no puede ser un deber en toda circunstancia, debido a que se desconocería la autonomía personal en situaciones extremas de sufrimiento. De todos modos, considera que, para poder permitir una muerte asistida en estos casos, se requiere del establecimiento de un sistema de protección legal que salvaguarde los derechos fundamentales en cuestión (Beca, 2005).

En **Corea del Sur** no existe una ley que legalice o justifique la eutanasia, tampoco tienen en cuenta razones de enfermedades incurables, que afectan la dignidad humana, ni las lesiones graves, para terminar con la vida de una persona de manera voluntaria y premeditada; aunado a esto, Corea del Sur es un país cristiano y budista al mismo tiempo, por lo que muchas de las leyes en este país se basan o se fundamenta en principios religiosos, y en este caso la eutanasia es contraria los principios del cristianismo (Rodríguez, 2000), dado que su cosmovisión asegura que es el Dios cristiano el que le ha dado la vida a todas las personas, por lo que solo a él le corresponde decidir cuándo se acaba; no puede ser una decisión personal, y mucho menos promulgada por las leyes; por otro lado, el budismo considera que es un grave error disponer de la vida por motivos de sufrimiento, ya que si se evaden con la muerte, podría enfrentarlos nuevamente, y posiblemente en situaciones más complicadas, en futuras vidas mediante la reencarnación; así mismo, otros países asiáticos adquieren esta misma postura por razones de ética médica, moralidad, cultura y religión (Bosques, Notas sobre ceremonial y protocolo 2019).

Sin embargo, existe un fallo judicial de 2009 en el que se admitió la eutanasia para una mujer de 75 años apellidada Kim, lo que ha significado un gran avance jurisprudencial; aun así, el tribunal declaró que este caso sería aislado a los demás y que no lo podían tomar como una aprobación general para la eutanasia en casos similares; también manifiesta que sus pretensiones son crear un punto de partida para que se empiecen a evaluar las posibilidades de admitir la eutanasia en casos determinados, abriendo un debate sobre la muerte digna, con la finalidad de que se empiecen a expedir leyes para que pueda ser llevado a la práctica de forma legal.

En la actualidad, se han realizado encuestas y estudios en los que se evidencia que más del 70 % de ciudadanos de Corea del Sur se encuentran a favor de la eutanasia. Este estudio lo hizo el equipo de investigación del Hospital de la Universidad Nacional de Seúl entre mil personas. Aun así, algunos expertos dicen que en Corea es muy complejo que se empiece a aplicar la eutanasia, teniendo en cuenta que existe un gran vacío de unidades de cuidados paliativos o, incluso, de los servicios que deberían estar a disposición de las personas con cualquier enfermedad terminal, y por ello, los expertos terminan concluyendo que antes de pretender legalizar la eutanasia, se debería empezar con pequeños pasos sociales, como expandir la información mediante debates de la muerte digna y las condiciones requeridas para llevarla a la práctica de manera voluntaria.

El reducido número de países que han regulado la eutanasia por medio de una legislación permite exponer la postura de la **Nación Española** con la Ley orgánica 3-2021 de 24 de marzo de 2021, que regula la eutanasia, vigente desde el 25 de junio de ese mismo año, conocida en España como la ley LORE. El reino español es el cuarto país en despenalizar la eutanasia en el mundo, y es el primero en establecer un control previo para su ejecución por medio de un sistema en el cual cada solicitud es revisada minuciosamente por la Comisión de Garantías y Evaluación.

En este sentido, la Comisión, como órgano colegiado en el marco del derecho para morir dignamente, tiene la competencia legal para el reconocimiento o la negación de este. España, a diferencia de Holanda, Bélgica y Luxemburgo, por medio de la Comisión de Garantías y Evaluación ejerce una supervisión administrativa inicial con el fin de cerciorarse de que los requisitos de cada aplicación para acceder a la eutanasia estén bajos los parámetros de la ley LORE. Y, ante todo, que se garantice el derecho de cada ciudadano español que se ha postulado para acceder a una muerte digna sea controlado por personal médico calificado.

En este orden de ideas, cada ciudadano español será evaluado primero por su médico de cabecera, después por un médico consultor, prosigue el especialista de la patología padecida y, finalmente, queda en potestad de la Comisión de Garantía y Evaluación, que emite la decisión final. Se debe tener en cuenta que, al llegar a la instancia final de la Comisión de Garantías y Evaluación, los ciudadanos españoles que han demostrado su intención de acceder a este derecho deben haber cumplido los siguientes requisitos: 1. Ser ciudadano español y tener mínimo 18 años. 2. En caso de ser extranjero nacionalizado, presentar la documentación legal o demostrar residencia mínima de 12 meses. 3. Evidenciar que la solicitud ha sido radicada en pleno uso de facultades mentales por dos veces consecutivas con intervalo de quince días. 4. Evidenciar que si se ha perdido la capacidad de elegir libre y voluntariamente, se ha dejado un documento de voluntad anticipada registrado ante autoridad competente. 5. En caso de existir el documento de voluntad anticipada, se debe evidenciar un documento con instrucciones previas, en el cual conste que el individuo obtuvo toda la información existente de las posibles alternativas de tratamientos de la enfermedad padecida. 6. Tener actualizado el diagnóstico por parte del médico especialista en el que se certifique que su estado está en fase terminal y no está disponible ningún tratamiento paliativo. 7. Dictamen por parte del psicólogo o psiquiatra de un gran sufrimiento emocional que menoscaba la calidad de vida del individuo, desde una perspectiva ético-jurídica enmarcada en el principio de finalizar con la vida de un individuo a causa de un extremo dolor producido por una enfermedad incurable a petición de quien la padece o de su familia.

Esta decisión, al ser ejecutada por el médico en ejercicio de su profesión, está condicionada por la deontología, comprendida como los principios y reglas éticas que determinan la conducta del facultativo. A parte de los principios de los profesionales de la salud, las reglas éticas estipuladas en el Código de Ética y Deontología, en su artículo 27, promulga que la eutanasia debe estar restringida por un diagnóstico terminal que determinara su intencionalidad e inducción; esta regulación marca límites entre los profesionales de la salud y los pacientes, contemplando el derecho a una muerte digna. El respaldo de la legislación española para practicar la eutanasia legal activa se instituye en la relación entre el médico, paciente y la familia fundamentada en la acción de inducir una muerte digna de manera asistida. Según el artículo 27:

... 1. El médico tiene el deber de intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible. Y cuando ya no lo sea, permanece su obligación de aplicar las medidas adecuadas para conseguir el bienestar del enfermo, aun cuando de ello pudiera derivarse, a pesar de su correcto uso, un acortamiento de la vida. En tal caso, el médico debe informar a la persona más allegada al paciente y, si lo estima apropiado, a este mismo.

Teniendo en cuenta la normativa, es preciso aclarar que la práctica de la eutanasia se ejerce cuando los tratamientos no han surtido efecto y la calidad de vida del enfermo es inexistente, afectando también a su núcleo familiar. Se debe tener en cuenta que es posible que a causa de la Covid y sus mutaciones se genere la estimulación de enfermedades cardíacas, cerebrovasculares y cancerosas, siendo su progresión degenerativa e imparable. Es así como la eutanasia es una alternativa que cesa con una condición física humana desfavorable –artículo 27, numeral 2.

El médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas. Ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar el tratamiento, para prolongar su vida y a morir con dignidad. Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables. El Ministerio de Sanidad de España asume los costos por medio del Sistema Nacional de Salud, garantizando este derecho a todos los individuos españoles que cumplan con las condiciones exigidas por la ley.

La implementación de la eutanasia elimina la penalización, puesto que está regulada por la Ley LORE y la Comisión de Garantías y Evaluación. La eutanasia no se puede clasificar como una infracción al Código Penal español porque prevalece la petición del paciente o de la familia para ejercer el derecho a obtener una muerte digna frente a una condición médica difícil de afrontar. La eutanasia es un acto libre y voluntario ejercido entre profesionales de la salud, paciente y la familia en el cual prima la premisa de liberar al individuo de un sufrimiento insuperable, se deja a la autonomía del paciente y la familia su modalidad ya sea pasiva o activa.

Al legalizarse la eutanasia, los profesionales de la salud, al no comulgar con la ley LORE, pueden acogerse a la objeción de conciencia. El Tribunal Constitucional dice expresamente (sentencia de 11 de abril de 1985) que “el derecho a la objeción de conciencia está amparado por la Constitución y, en consecuencia, se puede obtener de los jueces y tribunales la pertinente protección de este derecho”. Esta variable ideológica de algunos profesionales de la salud basada en la objeción de conciencia presuntamente poco dispuestos a atender estas solicitudes, pueden haber contribuido a la paralización de expedientes reforzada políticamente en algunos casos por el mismo sesgo ideológico de quienes conforman las Comisiones de Garantías, provocando, de

manera tácita, que la ley no sea cumplida, lo cual repercute en el quebranto físico y psicológico de los ciudadanos españoles postulantes a acceder a este derecho.

España, al tener una organización administrativa y política de gobiernos autónomos, ha demostrado que el cumplimiento de LORE es heterogéneo, algunas comunidades autónomas han resuelto algunas solicitudes y otros han aplicado la ley en varios casos de manera diligente. Siendo la Comunidad Autónoma de Cataluña la pionera en el cumplimiento de la ley LORE.

De toda la revisión legislativa existente hasta el momento en el mundo, se podría concluir que España tiene la legislación más completa y protectora en relación con el derecho a morir dignamente.

Holanda fue el primer país de Europa que legisló autorizando en 2001 la eutanasia o muerte asistida. Además, fue el primer país que creó jurisprudencia con el conocido caso Postma, en 1973. En la ley de 2001 se indica que la eutanasia es válida y despenalizada cuando el médico considere que el enfermo es incurable y que soporta sufrimientos graves, además que el paciente previamente haya expresado su voluntad de acogerse al procedimiento (Tak, 2003).

En **Bélgica**, la ley de la eutanasia se aprobó en 2002, para lo cual se crea la Comisión Federal con 16 miembros, quienes verifican que se cumplan todos los requisitos previos, incluida la declaración de voluntad anticipada, y el costo del procedimiento lo asume del sistema de salud pública. En 2014, se amplió la ley para autorizar a menores de edad emancipados y capaces de discernir, a quienes se les debe ofrecer el acompañamiento psicológico (Lamper, 2019)

En **Luxemburgo** se aprobó la ley de la eutanasia en 2008, para lo cual se creó una Comisión Nacional de Control y de Evaluación de nueve miembros, cuya elección es realizada por el Gran Duque, para un periodo de tres años. En catorce años de funcionamiento, tan solo se han autorizado 112 casos (Cámara, 2021).

En **Italia** no se ha legislado en la materia y el suicidio asistido sigue siendo penalizado; a pesar de ello, se permite en la práctica la eutanasia pasiva, es decir, cuando el paciente se niega intencionalmente al tratamiento. La negativa a legislar se explica por de la influencia de la Iglesia católica a lo largo del país, y aunque la opinión pública ha venido cambiando y en las últimas encuestas, ya que el 92 % se ha declarado a favor de la eutanasia, desafortunadamente, el pasado mes de abril, el Tribunal Constitucional español tumbó la posibilidad de celebrar un referéndum, pues consideró que no se garantizaba la protección mínima de la vida humana establecida en la Constitución (DW, 2002).

En **Argentina**, recientemente se presentaron tres proyectos de ley ante el Congreso de la Nación –2021– que buscan la legalización de la eutanasia fundamentados en la dignidad humana, por lo que incluyen las enfermedades mentales degenerativas y posibilitan el acceso de los extranjeros a esta práctica. Uno de ellos es el más polémico, puesto que vuelve obligatoria su práctica para todos los médicos del país; sin embargo, la solución proyectada tiene múltiples contradictores, quienes opinan, por ejemplo, que no se puede obligar a las autoridades de los establecimientos de salud a colaborar en un acto que violente sus convicciones más íntimas y su libertad de conciencia, por lo que se debe respetar la objeción de conciencia en todos los casos (Sambrizzi, 2022).

En **Chile**, desde 2004 a la fecha se han presentado nueve proyectos de ley que intentan regular la eutanasia, de los cuales dos se encuentran archivados (boletines 3690-11 y 4201-11); uno rechazado (boletín 9602-11), cinco en tramitación (boletines 7736-11; 9644-11; 11577-11; 11703-11 y 11745-11) y uno aprobado en 2021. Tales proyectos definen de manera diversa la eutanasia, permitiéndola expresamente en algunos casos, mientras que en otros simplemente se excluye tal fenómeno de los delitos anteriormente señalados (Reyes, 2019). En el proyecto de 2021, la gran discusión ha girado en torno a la posibilidad de los menores de acceder al procedimiento, sin embargo, ya se delimitó a la edad mínima de 18 años, a pesar de las opiniones políticas y académicas en torno al tema.

Finalmente, las sociedades actuales exigen la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad y la autodeterminación, por cuanto la dosis de la voluntad de decisión, cuando la calidad de vida se degrada debido a una enfermedad crónica o terminal, no puede considerarse vida digna. En palabras de Manuel Vivanco (2016):

Cabe preguntarse si ¿es la vida un fin en sí mismo o es un medio para desarrollarse como ser humano? Esto por cuanto se asume que la decisión de la eutanasia corre por cuenta de adultos en sano juicio y autodeterminados a no seguir viviendo, por lo que la voluntad del individuo debiese respetarse”. En otras palabras, la vida no puede tornarse en una experiencia indeseable. Por ello, es menester propiciar que en todos los países se avance en una legislación que permita proteger y realizar el derecho a morir dignamente (p.24).

A continuación, se expondrán las acciones más significativas que se encuentran realizando algunas ONG mundiales y regionales en torno al tantas veces citado derecho.

b. Las principales acciones de fundaciones que en el mundo protegen el derecho a morir dignamente

En Colombia existe la fundación Pro-Derecho a Morir Dignamente, que nació en 1979, por iniciativa de la señora Beatriz Koop de Gómez, quien padecía de una enfermedad crónica. Su radio de acción es todo América Latina, y además es miembro de la Federación Mundial de Sociedades por el Derecho a Morir (World Federation of Right to Die Societies), que agrupa a más de 57 organizaciones en 28 países.

En la actualidad, tiene programas de divulgación y educación a la sociedad civil sobre los diferentes aspectos del derecho a la muerte digna, con el fin de consolidar una cultura con argumentos bioéticos y respaldo jurídico. Brinda cursos para el público en general, para profesionales de la salud, instituciones educativas y abogados y asistentes jurídicos.

Entre las alianzas más destacadas se encuentran: la Asociación Colombiana de Esclerosis Lateral Amiotrófica; la Fundación Keralty, con el programa Bogotá Contigo, dirigido a personas que soportan una enfermedad crónica; el Colegio de Abogados en Derecho Médico, asociación que fomenta la investigación en derecho médico y biomédica; la Fundación Acción Familiar Alzheimer, que brinda apoyo a las personas afectadas y sus familiares; la Liga Colombiana Contra el Cáncer, que apoyo a las familias y a los enfermos de cáncer; y la Asociación Colombiana de Cuidados Paliativos, para todo tipo de enfermos terminales y crónicos.

En la Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente (DMD) existe la posibilidad de firmar de manera anticipada la voluntad de morir dignamente, documento que sirve a futuro, cuando la persona no tenga la posibilidad de expresar de manera directa y voluntaria su intención de acceder a este derecho. La actual presidenta es psicóloga de la Universidad de La Sabana y laboró durante varios años en la Liga Colombiana Contra el Cáncer y la Fundación Colombiana de Leucemia y Linfoma. Aunque en la actualidad el número de afiliados es relativamente pequeño, de todos modos, es la Fundación que más credibilidad tiene en Colombia, habiendo realizado varias tutelas favorables e intervenciones ante la Corte Constitucional que le permiten legitimar su actuar social.

En Francia, la Asociación más importante es la Association pour le Droit à Mourir Dans la Dignité (ADMD), y se ha convertido en la mejor posibilidad para garantizar al final de la vida, poder escapar de sufrimientos inútiles. La fundación brinda la posibilidad a todos los ciudadanos de asociarse desde muy jóvenes para volverse militantes activos del derecho a la muerte digna; tiene además publicaciones y ha efectuado propuestas de ley que han sido tramitadas en la Asamblea General. El proyecto actual tiene tan solo 10 artículos y permite a toda persona capaz, que

padezca de una enfermedad avanzada o terminal, con un diagnóstico breve de muerte, que se le brinde una ayuda activa para morir, lo que aplica además en el caso de las polipatologías.

En el proyecto de ley que se tramita, todas las personas tienen derecho a los cuidados paliativos, pero también tienen derecho a un diagnóstico constante de la realidad de su enfermedad, pudiendo revocar su solicitud cuando lo consideren pertinente. También se permite la solicitud sustituta por parte de los parientes, quienes conocieron la voluntad del enfermo antes de encontrarse en un estado inconsciente (Asociación por el Derecho a Morir con Dignidad, 2022).

En Suiza existe la Asociación Exit, que, de acuerdo con lo autorizado en la ley, ofrece asistencia al suicidio desde hace más de veinte años. En las instalaciones de la Asociación, los acompañantes y acompañados abordan la muerte como una liberación y realizan unos eventos previos con el enfermo, que les permiten despedirse y asumir la decisión de manera diferente (Exit, 2022). También existe la fundación Dignitas, que mantiene un compromiso político y jurídico con los ciudadanos europeos que buscan la legalización del suicidio asistido. En esta lucha, la fundación no está sola, la acompañan la Fundación Eternal Spirit y la Asociación Mundial de Organizaciones a favor del Derecho a Morir, que tuvo su última reunión en Sudáfrica en 2018, donde aprobaron sus estatutos. Los objetivos de esta asociación mundial son difundir la información y el material educativo sobre el final autodeterminado del sufrimiento y la vida y promover la cooperación entre las fundaciones que son miembros; apoyar las solicitudes de actividades en búsqueda de la publicidad, incluida la desobediencia civil, y vincular a las redes sociales para lograr cambiar las leyes (Morir, 2022).

En Holanda, la fundación más importante se llama La Levensidekliniek, que traduce en español “Clínica para morir”, sin embargo, el centro no cuenta con instalaciones, sino que el equipo acude a los domicilios de los pacientes, habiendo recibido en total 714 solicitudes.

CONCLUSIÓN

Para responder a la pregunta de investigación planteada *¿Cuáles son las actuaciones que deben realizar el órgano político, el órgano ejecutivo y el órgano judicial para dar cumplimiento al exhorto que contiene la Sentencia C 233 de 2021 de la Corte Constitucional?*, se concluye que, al haber exhortado la Sentencia al Congreso de la República para expedir una ley, la misma debe contener contenga la *ratio decidendi* de la providencia. Y mientras se expide la ley el fallo será vinculante para todos los jueces del país, vía tutela.

Aun cuando el Congreso no haya regulado la materia, se infiere que el derecho a la muerte digna, en los casos de enfermedades crónicas, es una realidad en el país vía tutela, y en la actualidad

no se podría obligar a un individuo a continuar con su vida si padece de una enfermedad crónica que le produzca padecimientos intensos, y cuando además es su voluntad y su intención morir dignamente, debiendo el órgano ejecutivo colaborarle a través de las instituciones en salud, sin importar las creencias religiosas o morales que subsistan en la sociedad.

Lo anterior no modifica la obligación del órgano ejecutivo de brindar una protección a los pacientes con enfermedades crónicas, para lograr una prestación del servicio de salud aceptable y adaptable, brindando los cuidados paliativos que requieren las enfermos; sin embargo, desde su autonomía de la voluntad, el derecho a una muerte digna, a que no se le infrinjan tratos crueles o degradantes y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, los pacientes pueden exigir a las autoridades de salud que les practiquen el procedimiento.

En cuanto a las barreras administrativas y legislativas que pudieran darse en esta coyuntura, la solución provisional se daría a través de una resolución del Ministerio de Salud y Protección Social, que adopte los nuevos criterios de la Corte, en el sentido de ampliar las solicitudes y los trámites a aquellos pacientes que padecen de enfermedades crónicas y manifiesten su voluntad de someterse al procedimiento de la eutanasia, el cual debe ser cada vez más expedito y flexible, en torno al análisis del grado de dolor, dando prioridad al sentir del paciente. Por su parte, el Congreso deberá tramitar una ley, teniendo como fundamento la LORE de España, siendo esta la más avanzada en torno al derecho a una muerte digna, al incluir todos los aspectos analizados por la Corte Constitucional colombiana, y además permitir el procedimiento no solo para menores de edad, sino también para extranjeros.

Las asociaciones, fundaciones y ONG existentes en el mundo que velan por el derecho a morir dignamente han sido fundamentales en la concreción y alcance de este derecho, desde la capacitación previa a la sociedad civil hasta el apoyo jurídico para aquellos requieren, debiendo aún fortalecer más su radio de acción, sin desconocer las dificultades desde el punto de vista ético y político que se manifiestan en el interior de las naciones. La función principal de estas ONG consiste en difundir información y materiales educativos para enseñarle al individuo el derecho que tiene a autodeterminarse y a evitar el sufrimiento al final de su vida; en algunas ocasiones han apoyado actuaciones jurídicas internas, intervención ante los Parlamentos para obtener legislación sobre la materia y hasta marchas en favor del derecho a morir dignamente. Su labor a través de redes sociales y de grupos de profesionales especializados permitirá que se vaya rodeando de mayor alcance y contenido este nuevo derecho y que finalmente se logre cambiar las leyes en todo el mundo en favor de la muerte asistida.

Finalmente, teniendo en cuenta que el actual Gobierno colombiano ha planteado en los próximos meses una Asamblea Constituyente, se debería aprovechar la misma para incluir en el texto

nuevo el derecho a la muerte digna, con la obligación de las instituciones de salud de evitar dilaciones administrativas injustificadas para hacer efectivo este derecho, so pena de las sanciones disciplinarias respectivas. Este derecho aún está en construcción y es mucho lo que aún podemos aportar.

REFERENCIAS

- Armenta, A. (2019). El test de proporcionalidad: su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Verba Iuris*, 41, 121-133.
- Asociación Mundial de Organizaciones a favor del Derecho a Morir. Recuperado el 26 de noviembre de 2022, de: www.wfrds.org.
- Asociación por el Derecho a Morir con Dignidad. Recuperado el 26 de noviembre de 2022, de: <http://www.admd.net>.
- Asociación Exit. *exit-romandie-ch*. Recuperado el 26 de noviembre de 2022, de: <http://www.exit-romandie.ch>.
- Beca JP, Ortiz A, Solar S. (2005). Derecho a morir: un debate actual. *Rev Méd Chile*, 133, 601-6.
- Bosques, G. (s.f.). Informe al Senado de Corea del Sur.
- Bosques, G. (2019). *Notas sobre ceremonial y protocolo*. Corea del Sur : Senado de la República de Corea.
- Cámara, G. boe.es. *boe.es*. Recuperado el 10 de diciembre de 2021, de: <https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/auslatinacarealliance>.
- DW. www.dw.com. *www.dw.com*. Recuperado el 15 de febrero de 2002, de: <http://www.dw.com/es/el-constitucional-italiano-ve-inadmisible-el-referendumsobre-la-eutanasia/a-60792009>.
- Echeverri, A. (2004). Problemas contemporáneos del control constitucional en Colombia . *Revista IUSTA*, 35-43.
- Esparza Reyes, E. (2019). *Disposición del derecho a la vida de los menores de edad: una necesaria discusión sobre eutanasia y suicidio asistido en Chile*. Junio de. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2019000100025&script=sci_arttext#aff1.
- Exit, Asociación. *exit-romandie-ch*. 26 de noviembre de 2022. <http://www.exit-romandie.ch>.
- Gempeler Rueda, Friz Eduardo. «Derecho a morir dignamente.» Editado por Pontificia Universidad Javeriana. *Universitas médica*, abril 2015: 8.
- Goyarrola, R. bioeticaweb.com. *bioeticaweb.com*. Recuperado el 3 de febrero de 2019, de: <http://bioeticaweb.com/el-rechazo-de-finlandia->.
- Lamper, M.P. (2019). *Aplicación de la eutanasia: Bélgica, Colombia, Holanda y Luxemburgo*. Chile : Biblioteca Nacional de Chile. Asesoría Técnica parlamentaria, T 14.

López, N. (2021). Francia debate su ley de eutanasia: “Ni siquiera pudimos elegir cómo despedirnos”.
www.newtral.es.

Rodríguez E. (2000). La eutanasia y sus argumentos: reflexión crítica. *Ars Médica*, 2, 45-57.

Sambrizzzi, E. (2022). Un proyecto de Ley que admite la eutanasia activa. *Prudentia Iuris*, 93, 271-285.

Tak, P.J. (2003). La nueva ley sobre eutanasia en Holanda y sus precedentes. *Revista Penal*, 109-125.

Vivanco, M. (2016). *Crítica a la moral conservadora, aborto, eutanasia, drogas, matrimonio igualitario*.
LOM Ediciones.

Normatividad nacional e internacional, Códigos, Leyes.

Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Legis, 2018.

Colombia. (2000). Código Penal Colombiano, artículo 106, homicidio por piedad (21ª ed.). Legis.

Colombia. (2009). Ley 1346 de 2009, que ratifica el tratado para personas con discapacidad.

Colombia. (2010). Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria en Salud. Recuperado el 24 de noviembre de 2022,
de: www.senado.gov.co.

Colombia. (2014). Ley 1733 de 2014, que ratifica la Convención para personas mayores.

Colombia. (2020). Ley 2055, por la cual se establecen medidas de protección para el adulto mayor.

España, Ley orgánica 3-2021 de 24 de marzo de 2021, que regula la eutanasia.

Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 1216 de 2015, *Diario Oficial* 49489.

Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 4006 de 2016, *Diario Oficial* 49987.

Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 825 de 2018, *Diario Oficial* 50530.

Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 229 de 2020, *Diario Oficial* 51234.

Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 971 de 2021, *Diario Oficial* 51660.

Ginebra (Suiza). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Washington D.C. Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Washington D.C. Convención Interamericana sobre protección de los derechos humanos de las
personas mayores.

Washington D.C. Observación General No 20 del Comité de Derechos Humanos.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 493 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-293 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 293 de 2010, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 790 de 2014, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-423 de 2017, M. P. Iván Humberto Escruería Mayolo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 060 de 2000, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 233 de 2021, M. P. Diana Fajardo Rivera.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 321 de 2015 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Luis Lizardo Cabrera Vs República Dominicana*. Sentencia del 28 de noviembre de 2003.

Ley de Paz Total: análisis desde las tipologías de paz

Total Peace Law: Analysis from the Typologies of Peace

JUAN PABLO GARCÍA GIRALDO

Politólogo de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Magíster en Estudios de Paz y Conflicto de The University of Queensland (Australia). Magíster en Derechos Humanos: Sistemas de Protección de la Universidad Internacional de La Rioja (España). Docente y coordinador del Semillero de Investigación en Derechos Humanos y Convivencia Pacífica de la UCEVA (Colombia). jpgarcia@uceva.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-5897-0646>

ANA SOFÍA CRUZ QUINTERO

Integrante del Semillero de Investigación en Derechos Humanos y Convivencia Pacífica del programa de Derecho de la UCEVA (Colombia). ana.cruz02@uceva.edu.co
<https://orcid.org/0000-0003-4267-5383>

EYLEEN JERITZA GUTIÉRREZ NOREÑA

Integrante del Semillero de Investigación en Derechos Humanos y Convivencia Pacífica del programa de Derecho de la UCEVA (Colombia). eyleen.gutierrez01@uceva.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-6312-2836>

Resumen

El objetivo de este artículo consiste en analizar la Ley de Paz Total o Ley 2272 de 2022 desde la literatura académica sobre las tipologías de paz, haciendo énfasis en los planteamientos de Johan Galtung para evaluar los componentes de dicha normatividad. Para ello, se desarrolló una investigación de corte cualitativo con un diseño bibliométrico, en la que se hizo una revisión de la literatura que llevó a la elaboración de un análisis normativo de la Ley 2272 de 2022. En ese sentido, se pretende contribuir a la comprensión teórica y conceptual de esta política implementada por el Gobierno colombiano, ofreciendo un análisis que permita, desde los estudios de paz y conflicto, valorar su estructuración y finalidades. Se concluye que la Ley de Paz Total se orienta principalmente a la creación de escenarios de paz negativa, aunque algunos elementos pueden ser comprendidos desde otras tipologías de paz, incorporando elementos básicos de una política de paz a partir de los planteamientos y propuesta de Johan Galtung.

PALABRAS CLAVE

Construcción de paz, paz total, tipologías.

Abstract

This article aims to analyze the Total Peace Law, or Law 2272 of 2022, from academic literature perspective on peace typologies, emphasizing Johan Galtung's approaches to assessing the components of this regulation. To this end, a qualitative research study with a bibliometric design was conducted, including a literature review that led to the development of a normative analysis of Law 2272 of 2022. In this sense, the article aims to contribute to the theoretical and conceptual understanding of this policy implemented by the Colombian government. It offers an analysis that allows, from a perspective of peace and conflict studies, to assess its structure and purposes. It concludes that the Total Peace Law is primarily oriented toward creating negative peace scenarios, although some elements can be understood from other peace typologies, incorporating basic components of a peace policy based on Johan Galtung's approaches and proposals.

KEYWORDS

Peacebuilding, total peace, typologies.

INTRODUCCIÓN

Las afectaciones e impacto del conflicto armado en Colombia han generado que este tenga un alto grado de complejidad y degradación, lo cual ha llevado a que los efectos del mismo se hayan centrado principalmente en la población civil (Comisión de la Verdad, 2022). Al respecto, los hechos y dinámicas asociadas al conflicto armado han tenido una profunda relevancia en el desarrollo de la vida política, social y económica del país, en la medida que han condicionado las respuestas institucionales, la construcción de la identidad nacional y el tejido social, y la vida en los territorios (Comisión de la Verdad, 2022). Lo anterior, partiendo de la violencia ejercida por parte de los distintos actores armados legales e ilegales que han sido parte en la confrontación armada y que han derivado en graves violaciones a los derechos humanos y reiteradas infracciones al derecho internacional humanitario.

Por ello, el Estado colombiano en diferentes momentos y por medio de distintos gobiernos ha llevado a cabo una búsqueda permanente para lograr la paz con los grupos insurgentes a través de procesos de paz. Estos escenarios no son nuevos en Colombia, en la medida que procesos que derivaron en escenarios de desarme, desmovilización y reinserción a la vida civil, como los del M-19, Quintín Lame, EPL, FARC-EP, entre otros, permitieron que el Estado realizara aperturas democráticas y la búsqueda de transformaciones políticas y sociales. Para ello ha sido necesario la concesión de perdones judiciales atendiendo a modelos punitivos específicos o escenarios de justicia transicional.

No obstante, en el desarrollo de estos acuerdos de paz se han presentado obstáculos relacionados con su implementación, el surgimiento de nuevos grupos armados, disidencias de los firmantes de acuerdos de paz, el incremento de la violencia en las zonas urbanas a raíz del fortalecimiento de las estructuras criminales y la polarización frente a los medios para la consecución de la paz.

Estas circunstancias han evidenciado las falencias presentes en el impacto de las políticas de paz adoptadas, puesto que se ha dado la persistencia del conflicto armado, llevando a que no se haya logrado una transición efectiva de la guerra a la paz. También es necesario acotar que la construcción de paz es un proceso complejo marcado por diferentes escenarios de desescalamiento del conflicto posterior a la finalización de la violencia armada, incluyendo escenarios de estabilización y normalización que pueden conllevar a un eventual escenario de reconciliación en caso de lograr una transición efectiva (Ramsbothan et al., 2011; Lederach, 1998). Se debe considerar entonces que durante la presidencia de Gustavo Petro, la paz ha sido considerada como un elemento central de su gestión gubernamental. En este contexto surgió la Política de Paz Total y la Ley 2272 de 2022, mejor conocida como la Ley de Paz Total, en la que se prioriza la

seguridad humana y se pretende avanzar en la búsqueda de salidas negociadas a los conflictos armados existentes en el país.

El objetivo de este artículo consiste en analizar la Ley de Paz Total desde la literatura académica relativa a los estudios de paz y algunas de las tipologías existentes, valorando su estructuración y bajo qué conceptos de paz esta puede ser entendida. Para ello, se contarán con dos secciones. La primera corresponderá a un análisis sobre las tipologías de paz; en la segunda se analizará, desde la perspectiva de Galtung (2003; 1989; 1985), los elementos que debería cumplir una política de paz y se valorará si la Ley 2272 del 2022 cumple con ellos. Así mismo, se identificará la tipología de paz que se materializa en la política en cuestión.

METODOLOGÍA

Este artículo se desarrolló implementando una metodología basada en el paradigma cualitativo, y se orienta desde el enfoque hermenéutico para el análisis de la información, buscando una descripción y comprensión de un fenómeno específico (Aranzamendi, 2015). Al respecto, se generó un análisis interpretativo de literatura académica y desarrollos normativos para comprender las tipologías de paz y su aplicación en la Ley 2272 de 2022. Lo anterior derivó en un análisis normativo que se basó en un diseño bibliométrico en el que se valoraron dos categorías de análisis: paz total y tipologías de paz.

Desde el punto de vista metodológico, fue necesario considerar que los estudios sobre la paz han experimentado una expansión significativa respecto a la comprensión del término “paz”, en la que se ha introducido en la literatura académica una amplia variedad de conceptualizaciones para dar sentido a los fundamentos normativos y empíricos de este concepto, derivando en una situación de una comprensión de la paz bajo una variada gama de términos, o lo que Boulanger-Martel et al. (2024) denomina “paz con adjetivos”. Es necesario considerar que, a partir de la distinción clásica entre paz negativa y positiva, establecida por Galtung en 1969, han emergido numerosos desarrollos conceptuales que califican la paz como liberal, iliberal, parcial, injusta, relacional, emancipatoria, sostenible, decolonial, imperfecta, agonística, territorial, inclusiva, institucional, civil, feminista, entre muchas otras denominaciones (Boulanger-Martel et al., 2024).

Y si bien la creciente atención a la conceptualización del término “paz” representa un desarrollo positivo respecto a la posibilidad de contar con una amplia gama de valoraciones conceptuales, la multiplicación de términos ha generado una fragmentación que obstaculiza la producción acumulativa de conocimiento, lo cual dificulta el diálogo constructivo entre diferentes enfoques teóricos. En ese sentido, Boulanger-Martel et al. (2024) destacan que uno de los principales problemas de la proliferación conceptual es que diversos conceptos de paz se desarrollan

para propósitos analíticos diferentes. Algunos conceptos buscan describir «lo que es» (casos empíricos con ciertas características), mientras que otros definen «lo que debería ser» (la paz como ideal normativo).

No obstante, se puede valorar que hay una herencia de la dicotomía entre paz negativa y positiva que ha dejado al campo con definiciones que o bien son tan estrechas que pierden el punto esencial, o tan expansivas que se vuelven utópicas, lo cual va en sintonía con lo planteado por Klem (2018) respecto a las dificultades derivadas de la ambigüedad del concepto de paz.

Considerando lo anterior, el diseño bibliométrico partió de la búsqueda de información en cuatro bases de datos: Dialnet, SciELO, Scopus y Google Scholar, donde, a través de descriptores como “paz total” y “tipologías de paz”, se encontraron 127 documentos. Adicional, se generó un proceso de identificación de normatividad colombiana y jurisprudencia relevante para abordar el problema de investigación propuesto.

La revisión de la literatura entonces se estructuró a partir de dos tópicos de interés, en los cuales se partió de la contextualización del problema de investigación, seguido de la priorización y selección de estudios relevantes que pudieran contribuir a la fundamentación teórica y el desarrollo normativo propuesto. Para ello, se llevó a cabo un proceso de revisión de la literatura que consideró cuatro etapas. En primer lugar, se generó el planteamiento del problema, identificando los elementos intervinientes en el mismo. En segundo lugar, se realizó la recolección de la información y búsqueda de literatura a partir de las categorías de análisis seleccionadas. En tercer lugar, se llevó a cabo la evaluación de los textos, en la que se utilizó una matriz de revisión documental que permitió una sistematización ordenada y la depuración de la información considerando el grado de pertinencia del texto valorado, la perspectiva teórica, los hallazgos y/o conclusiones. En dicho proceso de depuración se determinó la pertinencia de 65 textos. Finalmente, se realizó el proceso de análisis de los resultados derivados de la revisión de la literatura, para lo cual se utilizó el *software* Atlas.ti en su versión 24, donde se generó un proceso de codificación y posterior análisis a través de diagramas de Sankey y análisis de coocurrencias.

Por medio de este proceso se pudo determinar cuáles serían los conceptos de paz que se deben tener en cuenta para el análisis normativo de la Ley 2272 de 2022, considerando la amplitud de conceptos de paz existentes bajo los argumentos anteriormente dados, y la necesidad de delimitar teóricamente el estudio. Al respecto, se tomaron en cuenta para el análisis los componentes de diálogo, negociación y seguridad humana presentes en dicha norma. La revisión de la literatura derivó en la determinación de abordar el análisis principalmente desde la teoría del conflicto de Galtung (1969; 1985; 1989, 1996; 2003), complementando el análisis normativo con otros desarrollos en cuanto a tipologías de paz.

UNA MIRADA A LAS TIPOLOGÍAS DE PAZ

Para analizar el concepto de paz, inicialmente se debe indicar que el conflicto es un fenómeno que surge como una relación dinámica que se desarrolla a partir de la existencia de intereses o necesidades incompatibles entre dos o más partes, lo cual puede evolucionar hacia una situación de escalamiento o desescalamiento y que puede manifestarse en el nivel personal, social o estructural (Galtung, 1989). Hay que tener en cuenta que el conflicto se compone de tres elementos: actitudes, comportamientos y contradicciones. Lo anterior es denominado por Galtung (1989) como el triángulo de la violencia, el cual genera una comprensión polifacética del conflicto como fenómeno social. También debe resaltarse que existen elementos de la violencia que pueden ser empleados para fines constructivos, de modo que con ellos se pueden propiciar oportunidades de cambio o transformación de las condiciones que conllevan a dinámicas de violencia menos visible, tales como la violencia estructural o cultural (Ramsbothan et al., 2011).

Para Galtung (2003), la violencia puede ser analizada desde una triple dimensión: directa, estructural y cultural. Este autor plantea que la violencia directa se constituye en actos que causan un daño físico o psicológico de forma inmediata y concreta que se manifiesta de forma visible y reconocible, en la que hay una coerción presente que se deriva o puede derivar en el uso de la fuerza (Galtung, 2003; Ramsbothan et al., 2011). En cuanto a la violencia cultural, esta consiste en la legitimación y perpetuación de las dinámicas de violencia directa y estructural, considerando aspectos cognitivos, actitudinales y cognoscitivos (Galtung, 2003; Ramsbothan et al., 2011). Por último, la violencia estructural se refiere a las condiciones de injusticia y/o desigualdades sistemáticas que se encuentran presentes en las estructuras sociales y políticas al interior de una sociedad (Galtung, 2003).

Para superar la violencia y generar una transformación del conflicto, Galtung (1998; 2003) considera que las culturas y estructuras violentas no deben remediarse a través de más violencia, dado que esto generaría nuevas estructuras de esta índole y fortalecería una cultura de guerra. Por lo que considera que para la ruptura de estos escenarios es necesaria la priorización de una cultura de paz, en la que se proporcionen los instrumentos pertinentes para solucionar los conflictos (Hueso García, 2000).

Para Klem (2018), existe una literatura amplia y reflexiva que analiza la paz y las transiciones de la guerra a la paz, especialmente desde una mirada asociada la paz liberal y las críticas en torno a ella, como los trabajos de autores claves como MacGinty (2011; 2014), MacGinty y Richmond (2009; 2019), Richmond y Mitchell (2011), Richmond (2011), Richmond y Pogodda (2016), entre otros. Sin embargo, siguen surgiendo problemas cruciales: la dificultad de describir la paz como una condición, a partir de la consideración del hecho de que el fin de la guerra sea, a la vez, un

punto de inflexión clave y un período de continuidad para sociedades que afrontan periodos transicionales de la guerra a la paz.

De este modo, el concepto de paz ha sido objeto de estudio multidisciplinario, siendo clasificado desde la literatura académica de múltiples maneras. Para efectos de la delimitación de esta investigación, se tomarán aquellos que se valoraron con mayor pertinencia para el análisis de la Ley de Paz Total tras la revisión de la literatura. Al respecto, se consideraran los siguientes conceptos de paz: *Paz negativa*, hace referencia a la ausencia de guerra (Galtung, 2003). *Paz positiva*, este tipo de paz se enfoca en la reconciliación de las diferencias, la tranquilidad y la satisfacción, lo que implica una trascendencia más allá de la ausencia de conflicto, puesto que, al vencerse las narrativas oficiales generadoras de hostilidades sociales, de la insatisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y de la superación de actitudes que imposibilitan el cumplimiento de derechos fundamentales se propician escenarios de transformación. Considerando lo anterior, “la paz positiva se refiere a la superación de las causas que conllevaron al conflicto y aquellas que generan una relación injusta entre las partes que se ven envueltas en un conflicto” (Ramsbotham et al., 2011, pp.11-12).

Ahora bien, *la paz neutra* se dirige a la reducción o eliminación de la violencia cultural y/o legitimadora de la violencia (Carvajal Pardo, 2010; Jiménez Bautista, 2014). Estas transformaciones deben ser orientadas por instrumentos institucionales, culturales y sociales que contribuyan al cambio de los conflictos en procesos no violentos de transformación social y política.

Adicional a lo anterior, la *paz imperfecta* se refiere a un estado en el que, aunque no se haya alcanzado una paz total y perfecta, pero se están realizando esfuerzos significativos y continuos para reducir la violencia y promover la justicia y el bienestar (Jiménez, 2021). En ese sentido, es una paz que reconoce la existencia de conflictos y desigualdades, pero también la capacidad de las sociedades para gestionarlos de manera no violenta y constructiva (Muñoz, 2001). También ha sido definida como una categorización en la que se produce el reconocimiento de los conflictos en la que los individuos han optado por potenciar el desarrollo de las capacidades ajenas, sin intervenciones externas a su voluntad (Muñoz y Molina, 2009, p. 47).

También, la *paz territorial* ha sido entendida por autores como Cairo y Ríos (2019) bajo tres narrativas: en la primera es considerada como un medio de prevención de nuevos ciclos de violencia al darse la superación de elementos estructurales que contribuyeron a la persistencia del conflicto armado colombiano (Cairo y Ríos, 2019). Otros desarrollos sobre el concepto de paz territorial apuntan a la comprensión de una forma de paz híbrida que contempla enfoque integral y descentralizado para la construcción de paz que se basa en las particularidades de cada territorio y la participación activa de sus comunidades García Giraldo (2020). En ese sentido, la

paz territorial, para García Giraldo (2020), se caracteriza por un enfoque localizado y contextualizado, la interrelación de múltiples factores y la promoción de la autonomía y la cultura de paz a partir del fortalecimiento de la acción colectiva y la participación ciudadana en los territorios.

En contraposición a las conceptualizaciones previas, se ha planteado la connotación de *paz liberal*, en la que predomina la visión de construcción de Estado o *statebuilding* por medio del fortalecimiento de las condiciones institucionales, la promoción de la democracia y la acción del Estado a partir de una lógica en la que las agendas locales son condicionadas por dinámicas de toma de decisión centralizadas o de arriba a hacia abajo (Richmond, 2011).

Por último, la conceptualización de la *paz dialógica* se orienta a que se debe presentar un proceso de diálogo genuino y constructivo como medio principal para construir y mantener la paz, estando marcado por elementos que promuevan la inclusividad, horizontalidad y reciprocidad que permitan la escucha activa, el respeto mutuo y la flexibilidad entre las partes en conflicto a partir de la comunicación constructiva y el empoderamiento de las partes (Marquardt et al., 2019).

Una vez analizadas estas tipologías de paz, es fundamental que estas políticas sean estudiadas desde la óptica de la conceptualización de la paz, debido a que es fundamental conocer los elementos sustanciales de la misma con el propósito de determinar los elementos presenten en su estructura y el alcance de la misma.

La ley objeto de estudio contempla un postulado de “Política de Paz Total”, por lo que, al analizar las tipologías planteadas, debe decirse que esta ley atiende a una política de paz negativa, en el entendido de que el objetivo principal es lograr el cese de hostilidades por parte de los grupos armados ilegales a través de mecanismos orientados al desarme, desmovilización y reintegración de quienes pertenecen a estos grupos. La búsqueda de dinámicas de desarme y desmovilización varían de acuerdo con el actor armado, en la medida que los grupos armados organizados (GAO) pueden llevar a cabo negociaciones de paz en las que se reconozca su carácter político, mientras que aquellos considerados como estructuras armadas organizadas criminales de alto impacto (EAOCAI) podrían adelantar procesos de sometimiento a la justicia. Adicional, la Ley de Paz Total contempla un programa nacional de entrega voluntaria de armas como punto inicial para garantizar el cese de la violencia. Por otra parte, también puede catalogarse como una estrategia de paz positiva, en la medida que pretende transformaciones sociales por medio de la búsqueda de una efectiva implementación del Acuerdo de Paz alcanzado en 2016 entre las FARC-EP y el Gobierno nacional, en aspectos claves como reforma agraria, participación política y las denominadas regiones de paz.

Finalmente, se perciben también elementos constitutivos de paz neutra, debido a que se busca lograr una transformación social a través de estrategias como el servicio social para la paz, consagrado en el artículo 11 de la ley estudiada, debido a que su fin es generar un impacto en la sociedad a través de la participación de los jóvenes que no desean prestar servicio militar obligatorio en procesos culturales, de formación laboral, de promoción de derechos humanos, educativos, entre otros. Con ello, se pretende contribuir a la transformación de dinámicas asociadas a expresiones de violencia cultural.

UNA MIRADA A LA POLÍTICA DE PAZ TOTAL

Para iniciar este acápite debe decirse que el Gobierno nacional tiene la facultad constitucional y legal de diseñar, elaborar e implementar la política pública de paz. En virtud de esto, el 30 de agosto de 2022 se dio a conocer la propuesta de Paz Total, siendo aprobada el 4 de noviembre de 2022, después de llevarse a cabo los dos debates requeridos para tal fin, por lo que, posteriormente, fue sancionada por el presidente de la República bajo la Ley 2272 de 2022, a través de la cual se modifica, adiciona y prorroga la Ley 418 de 1997.

Esta ley posiciona a la paz como un aspecto prioritario y transversal dentro de la función estatal, y, por lo tanto, reconoce que todas las dimensiones del Estado son fundamentales para enfrentar la violencia. La Ley 2272 de 2022 consta de cinco capítulos y 20 artículos, determinados de la siguiente manera: en el capítulo I, artículo 2, se establecen las definiciones de seguridad humana y paz total; en el capítulo II, artículos 3 al 9, se consagran los mecanismos para la Paz Total; en el capítulo III, artículos 10 al 11 se establece el servicio social para la paz; en el capítulo IV se señalan otras disposiciones, y finalmente, en el capítulo V, artículos 19 y 20, se indican las prórrogas, vigencia y derogatoria.

En el artículo 2 de la mencionada ley se define la Paz Total como una política participativa, amplia, incluyente e integral frente a la implementación de acuerdos, a los procesos de negociación y procesos de paz en curso, diálogo y sometimiento a la justicia de las EAOCAI. Adicionalmente, esta política estará integrada por factores orientados hacia la búsqueda de una cultura de paz, la reconciliación, convivencia y la no estigmatización.

El objetivo de esta política radica en construir un lineamiento para la construcción de paz desde la función estatal, elevándola a política de Estado mediante la cual los gobiernos nacionales subsiguientes tendrían la obligación legal de buscar escenarios de negociación en los que se dé la participación de los diversos actores armados que conforman los conflictos que persisten en el país y se sienten las bases para la consecución de una paz integral. Sin embargo, no se ha presentado un documento orientador en el que se delimite y defina claramente que significa la

Paz Total, lo cual ha sido una de las grandes críticas a esta política al no contar con una hoja de ruta clara (Bonilla y Daza, 2025).

Hay que tener en cuenta que esta política cuenta con dos dimensiones principales. La primera tiene que ver con la búsqueda de revertir patrones estructurales de la violencia asociada al conflicto armado, en la que se propongan transformaciones en el ámbito social, económica y ambiental que permitan la creación de condiciones para la superación de la violencia armada (Durán Martínez y García Villamizar, 2023). En este punto, uno de los elementos importantes se refiere a la continuidad de la implementación del Acuerdo de Paz alcanzado con las antiguas FARC-EP en 2016 (Valencia Agudelo, 2022; Bonilla e Isaza, 2024) y a la obligatoriedad de las entidades territoriales de promover proyectos, políticas y programas de paz en los planes de desarrollo, tanto a nivel nacional como a nivel local.

En segundo lugar, y es tal vez el componente que abarca con mayor preponderancia la Política de Paz Total, se genera un componente de establecimiento de escenarios negociación con grupos armados organizados con finalidad política para buscar una salida negociada al conflicto (Valencia Agudelo, 2022), y diálogos con estructuras armadas de carácter criminal encaminados al sometimiento a la justicia (Durán Martínez y García Villamizar, 2023), los cuales son conocidos como Espacios de Conversación Socio-jurídicos. Este enfoque permite diferenciar entre dos tipos de procesos: diálogos de carácter político con grupos armados organizados que tienen mando responsable y control territorial, orientados a acuerdos de paz; y diálogos con estructuras armadas organizadas de alto impacto que se caracterizan fundamentalmente por un accionar orientado principalmente hacia la criminalidad enfocados al sometimiento a la justicia (Valencia, 2022; 2024). Entre los logros más significativos en este componente se encuentra la firma de múltiples acuerdos parciales, incluyendo varios ceses al fuego con diferentes grupos armados. Al respecto, la Política de Paz Total ha permitido establecer mesas de negociación en diversos formatos, considerando que hay procesos unilaterales y procesos multilaterales de negociación y diálogo socio-jurídico.

La crítica principal respecto a este componente de negociación y sometimiento a la justicia está relacionada con el hecho de que su énfasis se ha materializado en buscar escenarios de desarme, desmovilización y reintegración a la vida civil sin profundizar en lo concerniente a transformaciones territoriales. Considerando lo anterior, la Política de Paz Total cuenta con el reto de que los acuerdos que se puedan lograr tengan en cuenta los aprendizajes de otros procesos en cuanto a reinserción a la vida civil, y no dejar de lado las transformaciones políticas, económicas y territoriales (Vargas y Jaramillo, 2022) que permitan un escenario de estabilización, y que conlleven a que se puedan apalancar dinámicas de participación ciudadana.

Sin embargo, esto no es una tarea fácil, en la medida que en Colombia se presentaban ocho conflictos armados a corte de abril de 2024, partiendo de la clasificación que genera el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR, 2024) respecto a la ocurrencia de situaciones de violencia que puedan ser consideradas como conflictos armados no internacionales.

En ese sentido, es pertinente explicar que el CICR valora dos criterios fundamentales para determinar la clasificación de una situación de violencia como conflicto armado internacional, y por ende, si es aplicable o no el DIH. El primero se refiere a que un grupo armado tenga un nivel suficiente de organización (CICR, 2025), lo cual implica que se debe tener una capacidad para generar operaciones militares sostenidas y un mando responsable (Clapham, 2006). El segundo se refiere a que debe generarse un mínimo de intensidad entre las partes enfrentadas (CICR, 2025), el cual se determina a partir de cuestiones fácticas y evidencias de cada confrontación armada.

Tabla. Conflictos armados no internacionales reconocidos en Colombia por el CICR a corte abril de 2024

Estado colombiano vs.	Ejército de Liberación Nacional
Estado colombiano vs.	Autodefensas Gaitanistas de Colombia
Estado colombiano vs.	Antiguas FARC-EP no acogidas al Acuerdo de Paz
Ejército de Liberación Nacional (ELN) vs.	Autodefensas Gaitanistas de Colombia
Ejército de Liberación Nacional (ELN) vs.	Antiguas FARC-EP no acogidas al Acuerdo de Paz
Segunda Marquetalia vs.	Antiguas FARC-EP no acogidas al Acuerdo de Paz
Comandos de Frontera vs.	Antiguas FARC-EP no acogidas al Acuerdo de Paz
Autodefensas Gaitanistas de Colombia	Antiguas FARC-EP no acogidas al Acuerdo de Paz

Fuente: Comité de la Cruz Roja Internacional (2024).

No obstante, este panorama para 2025, en cuanto a reconocimiento de conflictos armados internos, puede variar significativamente, considerando que los grupos de disidencias de las antiguas FARC-EP (autodenominadas en algún momento como Estado Mayor Central) sufrieron una división producto de discrepancias internas en el marco del proceso de negociación de paz con el Gobierno nacional. Eso conllevó a que estas se separaran en dos grupos armados ilegales, los cuales se autodenominaron Nuevo Estado Mayor Central (comandado por alias Iván Mordisco) y el Estado Mayor de Bloques y Frente (comandando por alias Calarcá).

Por otra parte, la Segunda Marquetalia también sufrió una ruptura producto de diferencias internas relacionadas con el proceso de negociación con el Gobierno nacional. De esta división surgió la Coordinadora Nacional Ejército Bolivariano. En cuanto al ELN, también se presentaron divisiones. El Frente Comuneros del Sur, con operaciones en el departamento de Nariño, se separó formalmente y tiene unos avances significativos respecto a un eventual acuerdo de paz

con el Gobierno nacional. Hasta la fecha de remisión de este artículo se había presentado la destrucción de material explosivo en su poder y con una hoja de ruta trazada para llevar a cabo un proceso de desarme, desmovilización y reintegración.

El CICR (2025), ante este panorama dinámico que se presenta respecto a confrontaciones armadas, en su informe anual sobre retos humanitarios en Colombia de abril de 2025 afirma que se encontraba en proceso de valoración jurídica para determinar el nuevo escenario en cuanto a reconocimiento de conflictos armados no internacionales en Colombia para 2025.

Adicional a lo anterior, se han llevado a cabo espacios de diálogo socio-jurídicos, con estructuras criminales de alto impacto en zonas como Buenaventura (Espartanos y Shottas), Quibdó (El Reposo, Los Zetas, Los Locos Yam y Los Mexicanos) y el Valle de Aburrá (14 estructuras armadas de Medellín y el Valle de Aburrá). También se han presentado acercamientos con el Ejército Gaitanista de Colombia y con las Autodefensas Conquistadoras de la Sierra Nevada. Todos estos espacios y acercamientos han tenido como dificultad común que no hay una ley de sometimiento a la justicia que permita ofrecer garantías jurídicas a los miembros de estos grupos en un eventual proceso de dejación de armas y cese de actividades delictivas.

A raíz de la magnitud de la violencia que afronta el país, es primordial analizar el alcance de esta política frente a la construcción de paz desde la perspectiva de su estructuración. Al respecto, Galtung ha planteado que la elaboración de una política de paz debe cumplir con cuatro elementos: i) la resolución de los conflictos, ii) el equilibrio de poder, iii) el desarme, iv) políticas alternativas de seguridad. Es pertinente destacar que, aunque estos elementos estén vinculados entre ellos, no están catalogados con posiciones de jerarquía (Galtung, 2003).

Una vez indicado esto, es menester analizar la ley en cuestión bajo estos parámetros con el fin de examinar sus alcances. En este marco, frente a la *resolución de los conflictos*, Galtung (2003) plantea que toda política de paz debe proporcionar las condiciones y mecanismos para desarrollar actitudes que contribuyan a este fin. Es así como la ley en cuestión ha consagrado el diálogo, los procesos de negociación y los acercamientos como un aspecto central para construir la paz. Con base en esto, en el literal c de su artículo 2 se han establecido dos tipos de procesos que se pueden adelantar:

i) “Negociaciones con GAOML con los que se adelanten diálogos de carácter político, en los que se pacten acuerdos de paz, ii) acercamientos y conversaciones con EAOCAI, en aras de alcanzar su sometimiento a la justicia y desmantelamiento” (Congreso de la República, 2022, Ley 2272, artículo 2). Por consiguiente, se encuentra acreditado este primer elemento, puesto que a través de los procesos referenciados se busca atender las causas de los conflictos existentes y se

proporciona una directriz para proceder frente a ellos, propendiendo la generación de espacios de construcción, reconciliación y resolución.

Bajo este escenario, debe clarificarse que, tratándose de los GAOML se podrán alcanzar acuerdos de paz en los que se puedan discutir y proponer aspectos asociados a reforma del Estado y justicia transicional, en la medida que se genera un reconocimiento de carácter político por parte de estos grupos armados. En cuanto a los procesos de sometimiento a la justicia que pueden derivarse de los acercamientos y diálogos con las EAOCAI, se parte de la premisa de que estos no tienen carácter político. Esto conlleva que un proceso de sometimiento a la justicia no tiene el alcance de generar un cambio estructural en el Estado, sino que se limita a generar condiciones jurídicas para un proceso de desarme y desmantelamiento de una o varias estructuras criminales a cambio de tratamientos penales especiales.

Ahora bien, resulta importante abordar los tratamientos penales especiales que se aplicarán durante estos procesos, debido a que representan un eje central que proporciona las condiciones para que estos se lleven a cabo, siendo considerados por los actores que se someten a este tipo de negociaciones como una garantía del compromiso del Estado para el logro de la paz, lo que favorece la disposición de estos para llegar a un acuerdo.

No obstante, este tipo de tratamientos deben atender a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, de manera que su esencia es permitir un equilibrio entre los derechos a la paz y la justicia. En ese sentido, se deben generar aprendizajes a partir de los distintos marcos jurídicos transicionales recientes en Colombia, tales como el modelo de Justicia y Paz (Congreso de la República, 2005, Ley 975), el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (Congreso de la República, 2011, Ley 1448) y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (Congreso de la República, 2017, Acto Legislativo 01).

Dado que lo que se pretende es la culminación de escenarios de violencia en el país, en el artículo 8 de la Ley 2272 de 2022 se ha facultado a los representantes autorizados expresamente por el Gobierno nacional para realizar todos los actos orientados a entablar acercamientos y conversaciones con las EAOCAI, en los que los términos de su sometimiento a la justicia serán los que a juicio del Gobierno se consideren necesarios. De igual forma sucederá con los GAOML, siendo las instancias nacionales o internacionales designadas de común acuerdo las encargadas de verificar el cumplimiento de lo acordado.

Por otra parte, se plantea que, con el propósito de facilitar el desarrollo de dichos procesos, una vez estos sean iniciados se suspenderán las órdenes de captura que hayan sido dictadas o que

se dicten contra miembros representantes de los GAOML y de las EAOCAI y de los voceros de los mencionados grupos, entendiéndose al miembro - representante como la persona que el GAOML y las EAOCAI han designado como su representante en los diálogos y/o acuerdos y en los acercamientos, conversaciones o diálogo sobre los términos de sometimiento con el Gobierno nacional.

Una vez planteada esta conceptualización, la suspensión de las órdenes de capturas dictadas o que han de dictarse en el marco de la política se darán bajo los siguientes términos:

- i) Para los miembros representantes de los GAOML al iniciarse un proceso de diálogo, negociación o firma de acuerdos. (Congreso de la República, Ley 2272, 2022, art. 5, párrafo 2)
- ii) Para los voceros o miembros representantes de los GAOML y de las EAOCAI con posterioridad al inicio de los diálogos, negociaciones o suscripción de acuerdos, por la duración de estos. (Congreso de la República, 2022, art.5, párrafo 2)
- iii) Durante el transcurso del desplazamiento de los voceros o miembros representantes de los GAOML y de las EAOCAI o de sus miembros, en un estado avanzado del proceso de paz o de las negociaciones a determinadas zonas del país de forma temporal. En este caso, también se dará la suspensión de las órdenes de extradición. (Congreso de la República, 2022, Ley 2272, art. 5, párrafo 3)
- iv) Si así lo acordasen las partes, por petición del Gobierno Nacional y de forma temporal se suspenderá la ejecución de las órdenes de captura en contra de cualquiera de los miembros del GAOML o de la EAOCAI por fuera de las zonas, para llevar a cabo actividades intrínsecas del proceso. (Congreso de la República, 2022, Ley 2272, art. 5, párrafo 3)
- v) Al terminarse las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) y los puntos Transitorios de Normalización (PTN) se mantendrán suspendidas la ejecución de las órdenes de captura expedidas de quienes han permanecido en estas zonas y se encuentren listados aceptados y acreditados por el Alto Comisionado para la Paz, tras la dejación de armas. (Congreso de la República, 2022, Ley 2272, art. 5, párrafo 3)
- vi) En aquellos casos en donde no se encuentren ubicados físicamente en estas zonas, pero sí estén en el listado aceptado y acreditado por el Alto Comisionado para la Paz y hayan firmado un acta de compromiso de dejación de las armas, la suspensión de órdenes de captura operará desde el momento de su desplazamiento hacia la zona de ubicación temporal. (Congreso de la República, 2022, Ley 2272, art.5, párrafo 3)

vii) Se conservará la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura que se expidan o han de expedirse en contra de cualquiera de los miembros del grupo armado, en donde la suspensión se ordenó para llevar a cabo tareas orientadas al proceso de paz por fuera de las zonas, siempre y cuando se encuentre aceptado y acreditado por el Alto Comisionado para la Paz. (Congreso de la República, 2022, Ley 2272, art. 5, parágrafo 3)

viii) Se conservará la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura que se expidan o han de expedirse contra los miembros del grupo armado concentrados en las zonas de ubicación temporal que deban ausentarse de forma temporal por citas o emergencias relacionadas con su salud y/o calamidades domésticas, las cuales deben ser informadas ante el representante de enlace del Alto Comisionado para la Paz.

ix) Miembros disidentes de las FARC-EP enlistados y aceptados por el Alto Comisionado para la Paz, previa dejación de armas y suscripción de actas de compromiso.

Ahora bien, después de plantear las concesiones judiciales que se han consagrado en la ley, se plantea que la Ley de Paz Total conserva el modelo de perdones responsabilizantes (Uprimny y Saffon, 2006) aplicado en el acuerdo de paz suscrito entre el Gobierno nacional y las FARC-EP en el 2016. Lo anterior, dado que la Ley 2272 de 2022 pretende lograr el cese de la violencia, y el Estado podrá eventualmente asumir la competencia para administrar justicia respecto a los acuerdos y/o sometimientos que se generen.

Estos acuerdos en materia de justicia, para el caso de los GAOML, podrán ser por medio de un modelo de justicia transicional nuevo o existente, cuyo principal fin es garantizar los derechos de las víctimas y los deberes del Estado para el esclarecimiento de la verdad, la administración de justicia por medio de tratamientos penales especiales, la reparación de las víctimas y la no repetición. En el caso de las EAOCl, se deberá administrar justicia por medio de una política de sometimiento en la que se puede plantear la dejación de armas y desmantelamiento de estas estructuras criminales a cambio de subrogados penales y/o tratamientos penales especiales. En todo caso, el concepto de perdones responsabilizantes parte de una fórmula de justicia basada en el reconocimiento de responsabilidad y confesión de verdad plena y exhaustiva por parte del victimario para poder acceder a perdones parciales e individualizados en materia penal (Uprimny y Saffon, 2006).

Con relación al segundo elemento, *el equilibrio de poder*, debe decirse que no es un concepto reciente frente a la construcción de paz, puesto que continuamente ha sido empleado por los Estados para prevenir futuros enfrentamientos militares. En ese sentido, el equilibrio de poder es un concepto relativo que abarca dimensiones objetivas y subjetivas, siendo su propósito el alcance de la seguridad. Por tal razón, para el autor es más apropiado buscar una seguridad común

en la que todas las partes involucradas gocen de una seguridad absoluta y/o relativa tan igual como sea posible, y así mismo, puedan cooperar para alcanzar dicho grado elevado e igualitario de seguridad. De manera que la seguridad y el equilibrio de poder son posibles únicamente si se erradica la capacidad ofensiva de las partes.

Ahora bien, la ley estudiada ha priorizado la garantía de seguridad e integridad de todos los partícipes en los procesos de paz, diálogos, negociaciones y acuerdos con GAOML, o en los acercamientos, conversaciones o suscripción de términos de sometimiento a la justicia con EAOCAI. Para ello, se han establecido una serie de facultades y deberes tanto para los grupos mencionados como para el Estado, generando un equilibrio en el accionar de ambos que permita sentar las bases para el camino a la paz.

Respecto al accionar de estos grupos, podrán vincularse de manera voluntaria al Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas, en el que toda persona natural o jurídica, independientemente de su nacionalidad, podrá entregar al Departamento de Control y Comercio de Armas y Explosivos (DCCAE)

(...) armas de fuego fabricadas, hechizas, artesanales, legales o irregulares, de uso privativo de la fuerza pública o traficadas, así como sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, con independencia del estado de conservación que tengan a cambio de unos incentivos. (Congreso de la República, 2022, Ley 2272, art.14)

Lo anterior permite evidenciar que, para garantizar un equilibrio de poder entre los partícipes, se consideran las condiciones y características propias de cada uno, así como también el papel que han desarrollado dentro del conflicto. Por tanto, desde la óptica estatal se plantea que el Gobierno nacional proporcione garantías de cumplimiento de los acuerdos que se obtengan y se comprometa a incentivar el desarrollo del país a través del Plan Nacional de Desarrollo, siendo este la base de las políticas gubernamentales, para generar así las condiciones necesarias para la reincorporación de los integrantes de los GAOML y de las EAOCAI.

Por otro lado, desde la óptica de los GAOML y de las EAOCAI se considera su poder militar como elemento principal de su desempeño en el conflicto y, por ello, se posiciona el desarme como condición inicial para acceder a concesiones judiciales como la suspensión de las órdenes de captura e, incluso, de extradición en determinados casos. Este aspecto es considerado por el Gobierno nacional como la garantía de seguridad jurídica para facilitar los espacios de negociación, y a la vez se establece como medidas para la construcción de confianza entre las partes. Finalmente, dentro de la política también se materializa el equilibrio de poder tratado, al manifestar que las partes acordarán mecanismos de verificación de los acuerdos, negociaciones o

diálogos y, de considerarlo necesario, podrán acudir a instituciones nacionales o internacionales para realizar la verificación.

En cuanto al *desarme*, Galtung afirma que el proceso de desarme es posible siempre en cuando se den ciertas condiciones respecto al cumplimiento de acuerdos entre las partes, mecanismos de control, disposición y destrucción de las armas, preferiblemente por un tercero imparcial. La Política de Paz Total contempla un Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas al que podrán someterse los miembros de los GAOML y de las EAOCAI, pero que adicional y tras lograr un acuerdo de paz o la materialización de políticas de sometimiento, se debe generar una dejación de armas de carácter obligatoria para estos grupos. Para ello, se debe ejercer una rigurosa verificación, en la que las partes de común acuerdo podrán acudir ante instancias nacionales o internacionales para la verificación del cumplimiento de lo acordado.

Finalmente, frente a las *Políticas alternativas de seguridad*, Galtung considera que es un elemento fundamental para la construcción de paz, y que debe materializarse de tal manera que la defensa y seguridad de una de las partes no disminuya la de las demás. Dentro de la política se puede observar que, en virtud del artículo 22 de la Constitución Política, en el artículo 10 se crea el Servicio Social para la Paz, el cual tendrá una duración de 12 meses. Según el artículo 11 de esta ley, dicho servicio social podrá prestarse en distintas modalidades, en las que se busca promover la alfabetización digital, tanto en las zonas urbanas como rurales, promocionar los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, proteger el medio ambiente, promover la educación, la cultura de paz y los espacios de reconocimiento étnico, cultural y territorial, promover espacios de reconciliación, trabajar con víctimas del conflicto armado y en la reforma rural integral, entre otros. Es así como, a través del servicio social para la paz se implementa una alternativa de seguridad al servicio militar obligatorio en donde se tiene el propósito de generar condiciones de seguridad a través de la priorización de actividades que contribuyan a la construcción de paz.

A pesar de todo lo anterior, esta política cuenta con unos retos importantes de cara a la situación que afronta el país. Un ejemplo de ello es lo expuesto en la obra de León Valencia (2024), en la que se plantea que a pesar de las buenas intenciones y de algunos avances parciales, la Política de Paz Total ha enfrentado dificultades sustanciales derivadas de su falta de estructura, la ausencia de una hoja de ruta clara, la inestabilidad en su implementación y la persistencia de factores estructurales que alientan la violencia. Al respecto, León Valencia destaca la necesidad de establecer una estructura más clara para la Paz Total, definir una hoja de ruta precisa en la negociación con cada grupo armado, en la que se debe tener en cuenta el desarrollo de estrategias diferenciadas según las características específicas de cada grupo armado y cada territorio. Autores como Valencia Agudelo y Cuartas Celis (2024) coinciden con esta postura ante la ausencia

de un documento CONPES que oriente de manera clara los alcances, estrategias, lineamientos e indicadores de la política de paz Total, y proporcione así una visión completa de la misma.

Adicional a esto, se presentan también dificultades respecto a vacíos jurídicos para los procesos de sometimiento a la justicia, en la medida que los Espacios de Conversación Socio-jurídicos de Buenaventura, Quibdó y Valle de Aburrá, al igual que los acercamientos con el Ejército Gaitanista de Colombia y las Autodefensas Conquistadoras de la Sierra Nevada, carecen de una norma que regule cuáles beneficios jurídicos en materia penal se podrían conceder y los mecanismos para un eventual proceso de desarme, desmovilización y reintegración a la vida civil. Considerando lo anterior, Valencia Agudelo y Cuartas Celis (2024) plantean que la ausencia de una ley de sometimiento a la justicia ha imposibilitado tener claridad a las estructuras armadas de crimen de alto impacto que están en acercamientos o Espacios de Conversación Socio-jurídica sobre aspectos asociados a procesos de sometimiento colectivo, colaboración con la justicia, y medidas de justicia y reparación a las víctimas.

En ese sentido, León Valencia (2024) advierte que sin una corrección de rumbo significativa habrá una posibilidad muy alta de enfrentar nuevos ciclos de violencia armada en los años venideros. Esto implica comprender las nuevas lógicas de los grupos armados, cuyos objetivos han cambiado sustancialmente respecto a las guerrillas tradicionales. Así mismo, es necesario comprender los intereses de las estructuras armadas de crimen organizado de alto impacto respecto a procesos que conlleven al desmantelamiento de dichas estructuras. Dicha comprensión debe partir de la premisa de que el conflicto armado colombiano ha sufrido mutaciones, por lo cual el conflicto ya no se configura como una lucha ideológica entre guerrilla y Estado, sino como un mosaico de violencias con diferentes motivaciones: narcotráfico, minería ilegal, rentas criminales y control territorial.

Esta comprensión resulta fundamental para diseñar incentivos adecuados que promuevan efectivamente la desmovilización y el abandono de las armas (Valencia, 2024), logrando integrarse a dinámicas de gobernanza híbrida (González, 2016) y paz territorial (García Giraldo, 2020; Cairo y Ríos, 2019) que puedan articular las dinámicas institucionales con las fuerzas sociales de los territorios hacia procesos de transformación de las causas del conflicto armado. En últimas, cualquier política de paz que pretenda ser efectiva en Colombia debería abordar no solo los aspectos militares y políticos del conflicto, sino también sus dimensiones económicas, sociales y territoriales.

Esta dimensión territorial del conflicto constituye uno de los mayores desafíos para la Política de Paz Total, pues demuestra que, más allá de los diálogos nacionales, existen realidades locales que requieren intervenciones específicas y diferenciadas. Al respecto, Valencia (2024) plantea que una de las debilidades de esta política ha sido la falta de un enfoque territorial suficientemente

desarrollado, a pesar de la retórica oficial sobre la importancia de las regiones. Por último, persisten retos asociados a la falta de interés de la ciudadanía en los procesos de negociación, lo que ha derivado en problemas de legitimidad (Valencia Agudelo y Cuartas Celis, 2024).

Finalmente, otros aspectos que influyen críticamente en la posibilidad de alcanzar lo pretendido mediante la Ley 2272 de 2022 están asociados a la improvisación del Gobierno nacional, la falta de continuidad del Gabinete de Paz, establecido por medio de la Ley 2272 de 2022, los múltiples procesos de negociación, acercamientos o espacios socio-jurídicos llevados a cabo de manera simultánea (Valencia Agudelo, 2024) que producen que el objetivo de la Política de Paz Total sea demasiado ambicioso.

CONCLUSIONES

La Ley de Paz Total representa un avance en cuanto al rol estatal para buscar alternativas de salida negociada al conflicto con múltiples actores armados. No obstante, también se presentan una serie de retos en la implementación de las medidas de esta ley, puesto que debe tenerse en cuenta la voluntad de los grupos armados al margen de la ley de participar en los diversos mecanismos de verificación de las medidas de desescalamiento o cese al fuego acordadas con el Gobierno nacional.

En consecuencia, debe decirse que, atendiendo a las tipologías de paz abordadas a lo largo de este escrito, al cumplimiento de los requisitos planteados por Galtung (2003) respecto a cómo debería estar estructurada una política de paz y al contexto en el que esta surge, a juicio de los autores, la política puede catalogarse principalmente en una tipología de paz negativa. Lo anterior, en la medida que las disposiciones contenidas en la Ley 2272 de 2022 se orientan principalmente a lograr escenarios de negociación o acercamiento con los GAOML y las EAOCAI en los que se pueda dar paso a un diálogo que culmine en un acuerdo de paz y/o en un sometimiento a la justicia.

Para ello se crearon medidas como el Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas y condicionamientos para acceder a la suspensión de órdenes de captura mientras dura un proceso de negociación y desarme. Además, la materialización de esta tipología de paz se da porque se prioriza al diálogo como elemento rector de los procesos que podrán adelantarse, lo que se entiende que es una medida de *peacemaking* encaminada a buscar el cese de la violencia armada.

Por otra parte, se identificaron elementos constitutivos de paz neutra en la ley estudiada, debido a que se pretende la eliminación de la violencia cultural y simbólica a través de estrategias como el servicio social para la paz, como una medida de transformación social encaminada en

la educación para la paz. No obstante, es importante resaltar que, para propiciar escenarios que permitan el logro de una paz estable y duradera, se deberán fortalecer las estrategias orientadas a erradicar las barreras que persisten en la población colombiana para alcanzar la reconciliación nacional. Esto es fundamental, en la medida que no basta con el cese de las hostilidades y el desarme de los grupos armados para obtener una transformación en la sociedad colombiana, puesto que el desarme de estos grupos no garantiza por sí solo que no continuarán presentándose escenarios de violencia.

En ese sentido, y como se ha podido evidenciar a lo largo de este texto, la Política de Paz Total es consecuente, a los esfuerzos que ha hecho el Estado colombiano, por medio de los diferentes gobiernos de turno, para alcanzar la superación del conflicto armado, y que, si bien se plantea como una política de Estado que debe perdurar en el tiempo, guarda sintonía con esfuerzos previos realizados por gobiernos anteriores. Por lo tanto, las medidas tendientes a la negociación con GAOML y EAOCAI se enmarcan dentro de las funciones constitucionales que tiene el presidente de la República para buscar la paz, las cuales se materializan en estrategias que se orientan principalmente a lograr un escenario de paz negativa, en el cual se alcance un escenario de desarme, desmovilización y reintegración de estos grupos y estructuras ilegales.

Adicional a lo anterior, la Política de Paz Total preliminarmente promueve la aplicación de la tipología de perdones responsabilizantes, la cual, en términos de Uprimny y Saffon (2006), representa un equilibrio entre el alcance que se les dará a los derechos de las víctimas, la creación de escenarios de paz y transición, y la obligación del Estado de administrar justicia, con el fin de que los hechos cometidos bajo la premisa de la violencia no queden impunes.

Finalmente, por medio de la Política de Paz Total se abordan cuatro componentes esenciales que debe tener una política de paz a partir de lo planteado por Galtung (2003), orientados a buscar escenarios de resolución de conflictos y desarme, que en este caso se dan por medio de la negociación con GAOML y EAOCAI, al igual que la adopción de una política alternativa de seguridad que privilegia la salida negociada al conflicto con un enfoque de seguridad humana y el restablecimiento del equilibrio de poder en los territorios si eventualmente se logra alcanzar una salida negociada al conflicto armado.

REFERENCIAS

Acto Legislativo 01 de 2017. (2017, 4 de abril). Congreso de la República. *Diario Oficial* N° 50.196. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2017.html

Aranzamendi, L. (2015). *Investigación Jurídica de la Ciencia y el Conocimiento Científica*. Editorial Jurídica Grijley.

- Bonilla, L. y Daza, F. (2024). Introducción: ¿Plomo es lo que viene? Vicisitudes de la Paz Total. En L. Valencia (Ed.), *¿Plomo es lo que viene?* Penguin Random House Grupo Editorial.
- Boulanger Martel, S. P. et al. (2024) Peace with Adjectives: Conceptual Fragmentation or Conceptual Innovation? *International Studies Review*, 26(2), 1-23. <https://doi.org/10.1093/isr/viae014>
- Cairo, H. y Ríos, J. (2019). Las élites políticas y la paz territorial en Colombia: un análisis de discurso en torno al Acuerdo de Paz. *Revista Española de Ciencia Política*, 50, 91-113. <https://doi.org/10.21308/recp.50.04>
- Carvajal Pardo, A. (2010). *Justicia restaurativa: construyendo un marco englobador para la paz*. Criterio jurídico. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41582.pdf>
- Clapham, A. (2006). Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto. *International Review of the Red Cross*, 863, 1-38.
- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2022). *Hay futuro si hay verdad. Hallazgos y Recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia*. Bogotá: Comisión de la Verdad. <https://www.comisiondelaverdad.co/hallazgos-y-recomendaciones-1>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (2024). *Balance Humanitario 2024 Colombia*. https://www.icrc.org/sites/default/files/document_new/file_list/balance_humanitario_-_version_digital_2024.pdf
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (2024). *Retos Humanitarios 2025 Colombia*. <https://www.icrc.org/sites/default/files/2025-03/Balance%20Humanitario%20versi%C3%B3n%20digital%202025.pdf>
- Congreso de la República. (2005, 25 de julio). Ley 975 de 2005. *Diario Oficial* N° 45.980. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html
- Congreso de la República. (2011, 10 de junio). Ley 1448 de 2011. *Diario Oficial* N° 48.096. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html
- Congreso de la República. (2022, 4 de noviembre). Ley 2272 de 2022. *Diario Oficial* N° 52.208. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2272_2022.html
- Durán Martínez, A. y García Villamizar, J. (2023). Colombia 2023: Los desafíos de la transformación social y la “Paz Total”. *Revista de Ciencia Política*, 44(2), 243-268. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-090x2024005000112>
- Galtung, J. (1969) Violence, peace, and peace research. *Journal of Peace Research*, 6 (3), 167-191.
- Galtung, J. (1971). Una teoría estructural del imperialismo. *Revista de Investigación para la Paz*, 8 (2), 81-117.
- Galtung, J. (1985). *Sobre la paz*. Fontamara.
- Galtung, J. (1989). *Violencia cultural*. Gernika Gogoratuz.
- Galtung, J. (1990). Cultural violence, *Journal of Peace Research*, 3 (27), 291-315.

- Galtung, J. (1996). *Peace by Peaceful Means*. Sage/PRIO.
- Galtung, J. (2003). *Paz por medios pacíficos*. Bakeaz.
- García Giraldo, J.P. (2020). Implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial y construcción de paz territorial en Colombia: avances y desafíos. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50 (133), 437-464. doi: <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a10>
- Gobierno Nacional y FARC-EP. (2016). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*.
- González, F. (2016). ¿Gobernabilidades híbridas o gobernanza institucionalizada en Colombia? Elementos para pensar la paz territorial en un escenario de transición. *Controversia*, 206, 17-60. <https://doi.org/10.54118/controver.vi206.406>
- Hueso García, V. y Galtung, J. (2000). La transformación de los conflictos por medios pacíficos. *Cuadernos de estrategia*, 111, 125-159. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=595158>
- Jiménez Bautista, F. (2014). Paz neutra: Una ilustración del concepto. *Revista de Paz y Conflictos*, 7, p19-52. doi: <https://doi.org/10.30827/revpaz.v7i0.1806>
- Jiménez Bautista, F. (2021). Paz positiva versus Paz imperfecta: el poder de la verdad. *Revista de Cultura de Paz*, 5, 7-33. <https://revistadeculturadepaz.com/index.php/culturapaz/article/download/120/90/423>
- Klem, B. (2018). The problem of peace and the meaning of ‘post-war.’ *Conflict, Security & Development*, 18(3), 233-255. <https://doi.org/10.1080/14678802.2018.1468532>
- Lederach, J.P (1998). *Construyendo la paz. Reconciliación sostenible en sociedades profundamente divididas*. Gernika Gogoratuz.
- Mac Ginty, R. (2011). *International Peacebuilding and Local Resistance: Hybrid forms of peace*. Palgrave. <https://doi.org/10.1057/9780230307032>
- Mac Ginty, R. y Richmond, O. (Eds.). (2009). *The Liberal Peace and Post-War Reconstruction*. Routledge
- Mac Ginty, R. (2014). Everyday Peace: Bottom-up and local agency in conflict-affected societies. *Security Dialogue*, 45(6), 548-564. <https://doi.org/10.1177/0967010614550899>
- Marquardt, B., Sánchez, M. y Martínez, J. (2019). *Paz territorial y paz pedagógica en Colombia, revisión de tres años de posacuerdo*. Ed. CAPAZ. <https://www.instituto-capaz.org/paz-territorial-y-paz-pedagogica-en-colombia-revision-de-tres-anos-de-posacuerdo/>
- Muñoz, F. A. (2001) *La paz imperfecta*. Editorial Universidad de Granada.
- Muñoz, F.A. y Molina Rueda, B. (2009) Pax Orbis, Una paz compleja e imperfecta. En F.A. Muñoz y B. Molina Rueda (Eds.), *Pax Orbis. Una paz compleja y conflictiva de la paz* (pp.15-53). Editorial Universidad de Granada.
- Ramsbotham, O., Woodhouse, T. y Miall, H. (2011). *Contemporary Conflict Resolution*. Polity Press.

- Richmond, O. P. (2011). *A post-liberal peace*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203810262>
- Richmond, O. P., & Mac Ginty, R. (2019). Mobilities and peace. *Globalizations*, 16(5), 606-624. <https://doi.org/10.1080/14747731.2018.1557586>
- Richmond, O., & Pogodda, S. (2016). *Post-Liberal Peace Transitions: Between Peace Formation and State Formation*. Edinburgh University Press.
- Richmond, O. P., & Mitchell, A. (2011). *Hybrid forms of peace: from everyday agency to post-liberalism*. Palgrave Macmillan. <https://doi.org/10.1057/9780230354234>
- Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En R. Uprimny, M.P. Saffon, C. Botero y E. Restrepo (Eds.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia* (pp. 109- 138). Ediciones Antropos. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20transicional%20sin%20transici%C3%B3n.pdf>
- Valencia, L. (2024). *¿Plomo es lo que viene?* Penguin Random House Grupo Editorial.
- Valencia Agudelo, G. (2022). La Paz Total como política pública. *Estudios Políticos*, 65, 10-29. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n65a01>
- Valencia Agudelo, G. (2024). Evaluación de la implementación temprana de la política pública de Paz Total en Colombia, 2022-2024. Un análisis del componente de negociación. *Derecho y Realidad*, 22(44), 73-92. <https://doi.org/10.19053/uptc.16923936.v22.n44.2024.18854>
- Valencia Agudelo, G. y Cuartas Celis, D. (2024). La Paz Total en sus primeros dos años. *Estudios Políticos*, 71, 9-27. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n71a01>
- Vargas, A. y Jaramillo, M. (2022). Abecé de la Paz Total en Colombia: del Centro a los territorios. En C. Medina (Comp.), *Paz Total. Insumos para la formulación de una política pública integral de paz* (pp. 29-34). Universidad Nacional de Colombia.