Revista

ESTR@DO

Volumen 2 – Número 3 Julio de 2015

ISSN electrónico: 2500-5049

Revista electrónica del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Autónoma de Bucaramanga
Bucaramanga, Colombia

Revista Estr@do

Publicación académica semestral del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, como espacio de divulgación del conocimiento construido por los estudiantes en los espacios de investigación formativa (Seminarios de formación en investigación y Semilleros de Investigación), así como de los profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga

ISSN electrónico: 2500-5049

ALBERTO MONTOYA PUYANA
Rector

EULALIA GARCIA BELTRAN
Vicerrectora Académica

GILBERTO RAMIREZ VALBUENA
Vicerrector Administrativo

JORGE EDUARDO LAMO GOMEZ
Decano Facultad de Derecho

MIGUEL ANGEL HERNANDEZ REY
Director General de Investigaciones

MARIO GUEVARA MENDOZA
Director y Editor

Comité Editorial

RUTH ADRIANA RUIZ ALARCÓN

CAMILO QUIÑONEZ AVENDAÑO

ANA PATRICIA PABON

CARLOS MARIO FRIAS RUBIO

CARLOS ARTURO DUARTE

DANIEL JOSUE ROJAS FONSECA

Contenido

EDITORIAL 4

LA CUOTA DE PARTICIPACIÓN ELECTORAL FEMENINA DE LA LEY 1475 DE 2011 (LEY DE PARTIDOS) A PARTIR DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS 5

ACCESO A TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA MEDIANTE EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO 16

LA PROBABILIDAD COMO CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE LA CULPA CON REPRESENTACIÓN Y EL DOLO EVENTUAL 25

EL DESARROLLO DE LOS INSTITUTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO Y DE LA PATRIA POTESTAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1927-1991) 37

LAS REDES SOCIALES: CAMPO DE OPERACIONES DEL DELINCUENTE ACTUAL 56

CRITERIOS JURÍDICOS LÓGICOS Y PSICO-SOCIALES DE IDENTIFICACIÓN DE LA MENTIRA DENTRO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL ESTRADO JUDICIAL EN COLOMBIA 64

LA RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA: UN PROBLEMA DE EDAD O DE COMPRENDER LA ILICITUD 74

POLÍTICA EDITORIAL 83

EDITORIAL

En esta edición de la Revista Estr@do se reúnen artículos originados en los proceso de formación para la investigación de semilleros, estudiantes de seminarios y profesores que abordan temáticas diferentes encausadas al análisis de los problemas actuales del derecho, que contribuyen al análisis de las problemáticas comunes alrededor del estudio de la disciplina

Se presentan los trabajos adelantados por la Estudiante de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Integrante del Semillero de Investigación en Hermenéutica Jurídica –HERMES– del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas "Laureano Gómez Serrano, ANDREA CAROLINA RIVERA SUS, JESSICA JOHANNA ARCHILA JULIO, Estudiante de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. *Inte*grante del Semillero de Investigación en Derechos Humanos –EPOJE– del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas "Laureano Gómez Serrano, JUAN CARLOS GÓMEZ NIETO, CARLOS ARTURO DUARTE MARTÍNEZ tutor del Semillero de Investigación en Hermenéutica Jurídica –HERMES–, y los estudiantes FREDY ELÍAS LÓPEZ SILVA, LINDA VANESSA PLATA SOTO, MARÍA ISABEL BERNAL V, MARIO ANDRÉS MORALES FUENTES y MÓNICA ANDREA BRAVO BOHÓRQUEZ

Este esfuerzo se fundamenta en la divulgación de los trabajos de investigación en el área del derecho de la comunidad académica de la FACULTAD DE DERECHO de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA, debido a que siempre hemos pensado que existe un lugar para las revistas académicas en el área de las ciencias sociales, donde se ha convertido en una prioridad la investigación y divulgación de estas temáticas
.

Mario Guevara Mendoza.

LA CUOTA DE PARTICIPACIÓN ELECTORAL FEMENINA DE LA LEY 1475 DE 2011 (LEY DE PARTIDOS) A PARTIR DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS[1]

ANDREA CAROLINA RIVERA SUS[2]

Resumen:
El artículo se desarrolla a partir del análisis de la cuota de representación política femenina consagrado en el articulado de la ley de partidos, la cual se propone estimular una participación en condiciones de una igualdad real y efectiva de la mujer en el ámbito político-electoral y con ello garantizar una composición proporcionada de las listas que estén orientadas a la elección de cargos y corporaciones de elección popular. Este artículo es derivado de la investigación denominada "Análisis de la Ley 581 de 2000 (ley de cuotas) a partir de la Teoría de la Justicia de John Rawls" y encuentra su pertinencia en la cuota consagrada en el articulado de la ley de partidos, la cual se presenta como complementaria a la cuota esgrimida en la Ley 581 de 2000, otra cuota que está dirigida a la participación femenina en órganos del máximo nivel decisorio de las ramas y órganos del poder público. Siguiendo lo anterior, esta investigación derivada muestra un avance de investigación y deja ver la descripción de la Teoría de la Justicia de John Rawls así como el respectivo análisis jurídico de la cuota consagrada en el articulado de la Ley 1475 de 2011.

Palabras clave:
Teoría de la Justicia, Ley 1475 de 2011, discriminación positiva, igualdad material, principios de justicia.

Abstract:
The article is developed from the analysis of the quota of female political representation enshrined in the articles of the law on political parties, which aims to stimulate an interest in conditions of real equality of women in the political-electoral and thereby ensure a composition of the lists provided are oriented to the election of officers and corporations of popular election. This article is derived from the research entitled "Analysis of Law 581 of 2000 (quota law) from the Theory of Justice of John Rawls" and finds its relevance in the quota tat is present in the articles of the law of parties, which it is presented as complementary to the share wielded by Law 581 of 2000, another fee that is aimed at women's participation in top decision-making bodies of all branches and organs of public power. Following the above, this research derived research shows progress and reveals the

[1] Este documento se presentó en la 4ª Edición del Concurso sobre Derecho y Desarrollo adelantado en 2014 por el Instituto OMG (República Dominicana), cuyo eje central fue "El rol de la(s) ley(es) electorales como instrumento para la consolidación de la democracia".

[2] Estudiante de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Integrante del Semillero de Investigación en Hermenéutica Jurídica –HERMES– del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas "Laureano Gómez Serrano"

description of the Theory of Justice by John Rawls and the respective legal analysis of the consecrated in the articles of Law 1475 of 2011 quota.

Key words:
Theory of Justice Rawls, Law 1475 of 2011, positive actions of discrimination, principles of justice, material equality.

INTRODUCCIÓN

En este artículo de reflexión se proyecta determinar si la medida de discriminación positiva contenida en el artículo 28 de la ley 1475 de 2011 (ley de partidos) encuentra justificación desde la Teoría de la Justicia de John Rawls. Para esto se dará cuenta de un análisis jurídico, en un primer momento, para después con un análisis iusfilosófico, y un razonamiento histórico de interpretación con el fin de esclarecer la intención del legislador en aras de lograr la aprobación de la ley, dar razones que permitan justificar la cuota de participación electoral, la cual se convierte en un verdadero instrumento para consolidar la democracia en un Estado constitucional.

La dinámica del artículo se desarrolla, por un lado, en una fase teórica-descriptiva para esclarecer y permitir una valoración de la Teoría de la Justicia de John Rawls, y por otro lado, aspectos generales del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 con el propósito de desentrañar la intención del legislador, el desarrollo de mandatos constitucionales en el artículo de la ley de partidos así como la justificación misma de la cuota de representación electoral.

Así se permite conocer la dimensión del problema iusfilosófico que pueda surgir del artículo de la ley en cuestión, la pertinencia jurídica que significa tener una cuota de participación electoral en el escenario nacional para combatir con los bajos niveles históricos de participación electoral femenina y lo que significa, a través de ella, el aseguramiento de una igualdad material mediante una fuente formal de derecho y un afianzamiento de la democracia.

Se detalla ahora los hallazgos y las posiciones doctrinales respecto al tema propuesto.

1. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEY 1475 DE 2011 (LEY DE PARTIDOS)

La Ley 1475 de 2011 (ley de partidos) " por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones"[3] consagra en su articulado, exactamente en su artículo 28 establece que en la conformación de las listas de inscripción, de los candidatos pertenecientes a partidos y movimientos políticos aspirantes a cargos y corporaciones públicas de elección popular, al momento de elegir más de cinco (5) curules deberán estar constituidas con un mínimo de 30 % de mujeres.

[3] Sentencia c-490 de 2011.

Al ser esta cuota complementaria a la consagrada en la Ley 581 de 2000 (ley de cuotas), la cual establece una acción de discriminación positiva representada en una cuota de, también, un mínimo de 30 % de mujeres en cargos públicos de máximo nivel decisorio y otros niveles decisorios, entendiéndose por máximo nivel decisorio quienes ejercen cargos de mayor jerarquía en las ramas y órganos del poder público; y otros niveles decisorios en cargos de libre nombramiento y remoción en órganos del poder público con atribuciones de dirección y mando. Lo anterior aplica en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal, excluyendo el cumplimiento de la cuota en empleos de carrera administrativa y judicial, y otras carreras especiales que se proveen por el sistema de ternas, listas y cargos de elección.

Cabe decir que estas cuotas existentes en el ordenamiento jurídico Colombiano son auténticas acciones de discriminación positiva que pretenden restablecer la igualdad material de las mujeres y garantizar materialmente el derecho a la igualdad reconocido constitucionalmente.
Esta cuota complementaria estimula y promueve la participación equitativa de las mujeres en la política, siendo esta, como se dijo anteriormente, una acción de discriminación positiva que procura subsanar las diversas formas de discriminación que imposibilitan que el género femenino participe de manera no excluyente en el campo político, tratando de enmendar la baja participación de las mujeres como candidatas en las elecciones a cargos y corporaciones de elección popular. Al igual que la primera acción de discriminación positiva (ley 581 de 2000), busca que el Estado en el ejercicio de sus funciones y en el cumplimiento de sus deberes encamine su acción a la observancia de mandatos constitucionales.

Paralelo a esto, la cuota no sólo propende por la participación igualitaria de la mujer en la política, sino también a "alcanzar fines constitucionales legítimos y para el cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado".[4] Y aunque se puede llegar a pensar que la cuota viola la autodeterminación de los partidos:

> "la limitación resulta ser constitucional de acuerdo con el test estricto de proporcionalidad, toda vez que si bien puede limitar algunos de los contenidos de las organizaciones políticas, constituye una medida que persigue un fin constitucional importante, tal como es la satisfacción del principio de participación política en igualdad de condiciones para hombres y mujeres; es una medida necesaria, adecuada para alcanzar dicho fin y resulta proporcional"[5].

En el articulado de la ley, aparte de la cuota que estipula un mínimo de 30% de mujeres por cada cinco (5) o más curules, encontramos en el artículo primero que consagra los principios que orientan la ley, dos (2) principios que refuerzan y dan argumento al artículo 28. Primero

[4] Sentencia C-490 de 2011.
[5] Sentencia C-490 de 2011.

se encuentra el principio a la igualdad, con el cual se supera formal, y consecuentemente, la exclusión y discriminación de aquellos tradicionalmente discriminados, y entre ellos están las mujeres (artículo 13 Constitución Política); el segundo principio es el principio a la equidad e igualdad de género, con el cual se garantiza el disfrute de "igualdad real de derechos y oportunidades para participar en las actividades políticas, dirigir las organizaciones partidistas, acceder a debates electorales y obtener representación política".

Lo anterior, deja ver que tanto el artículo 28 como el contenido de los dos principios consagrados en el artículo primero de la ley de partidos (ley 1475 de 2011) están ajustados a la Constitución Política por desarrollar mandatos constitucionales observado en los artículos 13, 40, 43 y 107 de la Constitución Política de 1991.

El artículo 13 de la Constitución Política establece que tanto colombianos como colombianas tienen los mismos derechos, libertades y para cumplir con la promoción de una igualdad real y efectiva se debe adoptar medidas a favor de los grupos tradicionalmente discriminados. Dentro de esas medidas se encuentran las acciones de discriminación positiva, las cuales están respaldadas constitucionalmente al ayudar a la disminución de aquellas acciones discriminatorias reflejadas en las prácticas sociales y que están dirigidas a grupos de personas vulnerables, como lo son las condiciones inadecuadas con las que cuenta la mujer en el campo de la participación política.

Al examinar los artículo 40 y 43 de la Constitución Política de 1991, al orientarse hacia una adecuada y efectiva participación de la mujer y al enunciar igualdad en el acceso de derechos y oportunidades para ambos géneros, a su vez deja claro que la mujer no podrá ser objeto de discriminación alguna, la cuota desarrolla estos mandatos constitucionales por cuanto a través de ella se eliminan gradualmente los obstáculos para así aumentar la participación política de la mujer a su vez que estimula la igualdad entre hombres y mujeres también en el campo político.

La cuota desarrolla también el artículo 107 de la Constitución Política de 1991 el cual "consagra el principio democrático y la equidad de género como ejes rectores de la organización de los partidos y movimientos políticos"[6] siendo esto así, los partidos y movimientos políticos deben ser símbolo de una colectividad que se fundamente en la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Bajo esta idea, la medida de acción de discriminación positiva permite alcanzar un cumplimiento a cabalidad del principio de equidad de género y propender por optimizar la observancia del principio democrático.

Ahora, si se revisa el artículo 93 de la Constitución Política de 1991 se puede evidenciar que la cuota también desarrolla el contenido consagrado en este puesto que a través de ella el Estado Colombiano cumple con las obligaciones derivadas de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso de la República, tales como:

[6] Sentencia C-490 de 2011.

> "El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do pará)". [7]

Al reconocer a las mujeres como integrantes de aquel grupo de los tradicionalmente discriminados, ellas disfrutan de una protección especial que puede verse representada el establecimiento y la implementación de acciones de discriminación positiva donde el requisito sine qua non para que proceda su aplicación, en este caso, es pertenecer al género femenino.

Los partidos, movimientos políticos, y cualquier clase de agrupación política, son el medio efectivo para que los ciudadanos y ciudadanas puedan ejercer plenamente sus derechos políticos y a tener la oportunidad de integrarse libremente a ellos; de allí viene que sea posible propugnar y luchar por la igualdad e inclusión de aquellos grupos tradicionalmente discriminados (las mujeres), la posibilidad de que aquellos también puedan ejercer libremente sus derechos políticos como elegir y ser elegidos, por ejemplo, lo cual es coherente con el desarrollo de un Estado Constitucional.

Cuando se habla del artículo 28 del la ley 1475 de 2011 se puede decir que es un refuerzo a la cuota original consagrada en la ley 581 de 2000 (ley de cuotas), al hacer una alusión de mínimo un 30% de uno de los géneros cuando se trate de la conformación de listas de las cuales se escoja cinco (5) o más curules para cargos y corporaciones de elección popular. Su orientación indica que en la conformación de dichas listas debe haber un mínimo de un 30 % de cada uno de los géneros, lo cual apunta a dos cosas, primero a el cumplimiento por parte del Estado Colombiano con los compromisos internacionales (objetivos de desarrollo del milenio, ODM), puesto que "el Estado se comprometió a lograr la autonomía y el empoderamiento de la mujer incrementando al 30% la presencia de mujeres en cuerpos colegiados para el 2015"[8] y, en segundo lugar, a exigir una indudable equidad cuando se trate de adherirse a la participación en cargos y corporaciones de elección popular acogiendo políticas encauzadas a eliminar cualquier forma de discriminación contra la mujer.

La ley de cuotas (ley 581 de 2000), en su articulado, ya se había consagrado la cuota para la participación de la mujer en los partidos políticos pero gracias al control de constitucionalidad previo del que son objeto las leyes estatutarias, la Corte Constitucional declaró inexequible el artículo, que contenía dicha cuota en el ámbito de participación política por parte de la mujer, por razones que hacen alusión a "injerencia Estatal en la organización interna de los partidos, que está proscrita en la Constitución Política"[9]. Lo

[7] Sentencia C-490 de 2011.
[8] Sentencia C-490 de 2011.
[9] Sentencia C-490 de 2011.

anterior, deja ver la existencia de mandatos constitucionales que consagran el derecho a conformar de manera libre partidos y movimientos políticos y con ello su organización se rige bajo el principio de autonomía interna (artículo 40 Constitución Política de 1991).

Así, se podría configurar la figura de la cosa juzgada constitucional material puesto que el contenido del inciso primero del artículo 28 de la ley 1475 de 2011 es semejante al inciso final del artículo 14 de la ley 581 de 2000 (ley de cuotas) declarado inexequible se puede aseverar que se cumplen dos (2) de los tres (3) presupuestos que permiten hablar de cosa juzgada material; los cuales consagran: primero que "una norma haya sido declarada inexequible por razones de fondo, lo que obliga a revisar la *ratio decidendi* del fallo correspondiente, segundo que "la disposición objeto de estudio tenga un contenido normativo similar a la disposición inconstitucional, teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se inscribe la norma encaminada, ya que sus alcances jurídicos pueden variar si el contexto es diferente".[10]

Los argumentos jurídicos esgrimidos en la sentencia de constitucionalidad C-371 de 2000, para declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 de la ley 581 de 2000 (ley de cuotas), han sufrido modificaciones con las reformas políticas constitucionales que obedecen al acto legislativo primero de 2003 y acto legislativo primero de 2009. Dichas reformas modificaron esencialmente la autonomía de partidos y movimientos políticos puesto que "la eliminación de la prohibición impuesta al legislador para intervenir en su organización interna, redujo sustancialmente el nivel de autonomía y discrecionalidad con que venían actuando dichas organizaciones"[11].

Por lo anterior, se le otorgó al legislador un campo de acción más amplio frente a los partidos y movimientos políticos, como condicionar la organización de los mismos a unos principios donde uno de ellos es la equidad de género. De esta manera, el marco constitucional al cual se acogió la Corte Constitucional para declarar la inexequibilidad de dicho artículo ha cambiado sustancialmente gracias a dichas reformas políticas constitucionales y por lo tanto el nuevo examen de constitucionalidad debe estar soportado en el nuevo marco constitucional fruto de ellas, con ello se concluye que no hay cosa juzgada constitucional derivada de la sentencia C-371 de 2000.

La cuota contenida en el artículo 28 de la ley 1475 de 2011 (ley de partidos), corresponde a una cuota de representación política, la cual se orienta a equilibrar y garantizar la conformación de listas para cargos y corporaciones de elección popular a través de mínimo un 30% que acoja un grupo tradicionalmente discriminado, tratándose así de una acción de discriminación positiva con la cual se pretende menguar las formas de discriminación que imposibilitan una participación de igualdad en el campo político.

[10] Sentencia C-490 de 2011.
[11] Sentencia C-490 de 2011.

Pese a la concepción constitucional de la autonomía de los partidos y movimientos políticos, la acción de discriminación positiva puede llegar a verse como una limitación al desarrollo de dicha autonomía; pero la limitación aquí abordada no posee un carácter arbitrario y desproporcionado puesto que dicha acción afirmativa desarrolla un fin constitucional, un principio constitucional como lo es la igualdad real y efectiva para hombres como para mujeres cuando se trate de participación política, así también como apunta al cumplimiento del principio democrático y la equidad de género.
La cuota se presenta como adecuada y conveniente para menguar la desigualdad de un grupo tradicionalmente discriminados como lo son las mujeres, es una mecida que se orienta directamente a elevar los niveles de participación de las mujeres en la política para así crear condiciones donde una igualdad pueda desarrollarse correcta y efectivamente.

Por último la medida de acción afirmativa no representa una restricción desproporcionada a la autonomía de los partidos y movimientos políticos. Las reformas políticas constitucionales de 2003 y de 2009 dejan ver que dicha autonomía, amparada constitucionalmente, tiene sus limitaciones y una de esas limitaciones se halla en la igualdad real y efectiva de género. Y a pesar de tener que cumplir con la cuota de participación política femenina, los partidos y movimientos políticos pueden optar por ciudadanos y ciudadanas que consideren que su representación es la más adecuada y propicia, esto sin dejar de lado que la cuota aplica solo a las listas que elijan cinco (5) o más curules con lo cual el principio de autonomía no se ve afectado en su totalidad al conservar aún un margen de discrecionalidad al momento de elegir.

De esta manera, la medida está enteramente justificada, por cuanto: está orientada a elevar los niveles de participación política femenina sin que esto signifique avasallar la participación política masculina, dando como resultado un ejercicio más igualitario de la política y también porque, como ya se evidenció, se encuentra ajustado a la Constitución Política de 1991 al estar en la finalidad de la cuota una igualdad sustancial que se refleje en la participación de las mujeres en la vida política y democrática del país.

2. UN ACERCAMIENTO A LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS

John Rawls, filósofo neocontractualista norteamericano y uno de los pensadores de filosofía política más influyentes de los últimos tiempos, plantea una teoría de la justicia como equidad, en donde, partiendo del entendimiento de que la sociedad se configura como un sistema equitativo de cooperación entre ciudadanos concebidos como libres e iguales[12]; se formula el cuestionamiento de ¿qué principios de justicia son los más apropiados para definir los derechos y libertades básicas, y para regular las desigualdades sociales y económicas en las perspectivas de los ciudadanos a lo largo de toda su vida? [13]. Para dar solución al cuestionamiento, Rawls plantea que la determinación de dichos principios debe

[12] John Rawls, *La justicia como equidad una reformulación,* trad. Andrés de Francisco (Barcelona, Paidós, 2002), 70.
[13] John Rawls, *La justicia como equidad una reformulación,* trad. Andrés de Francisco (Barcelona, Paidós, 2002), 70.

partir necesariamente de la recurrencia a las propias y más firmes convicciones razonadas sobre derechos y libertades básicos iguales, sobre el valor equitativo de las libertades políticas y sobre la igualdad equitativa de oportunidades, pues solo a partir de estas es pertinente formular reales principios de justicia.

Posterior al planteamiento de la forma en cómo deben ser formulados los principios más apropiados para satisfacer el propósito esbozado en su cuestionamiento, Rawls procede a enunciarlos. Los principios plateados por Rawls son:

- El primero conocido como "principio de libertad" afirma que "Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales quesea compatible con un esquema similar de libertades para todos".
- El segundo principio es dividido en dos subprincipios conocidos como "principio de diferencia" que promulga que "las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad", y el "principio de la igualdad de oportunidades" según el cual "las desigualdades sociales y económicas deben presentar como condición el estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades".[14]

De la formulación de dichos principios es necesario establecer dos aclaraciones en aras de lograr una mejor profundización de la teoría rawlsiana en nuestro estudio.

La primera de las aclaraciones se basa en que es necesario realizar el referente a la jerarquía de principios, en tanto que los principios de justicia formulados por Rawls están formulados en un orden jerárquico que condiciona la existencia de uno a la del otro. En este sentido decimos que el primer principio denominado "principio de libertad" constituye el condicional de la existencia del segundo principio denominado "principio de la diferencia" que a su vez contiene el subprincipio de igualdad de oportunidades", teniendo esto como consecuencia que se deba entender que para que una sociedad pueda orientar su desarrollo conforme a las disposiciones del segundo principio, debe en primera medida cumplir con la garantía de libertades básicas planteada en el primer principio.

De lo anteriormente expresado podemos entonces concluir que los principios de justicia de Rawls no se encuentran aislados uno del otro, sino que por el contrario se encuentran plenamente relacionados.

La segunda de las aclaraciones necesarias es el reconocimiento concreto de los miembros de la sociedad que Rawls entiende como menos aventajados, y que debe ser sujetos entonces de una desigualdad que les sea favorable. En este sentido se debe decir que Rawls entiende como miembros menos aventajados a aquellos miembros de la sociedad que pertenecen a la clase de ingreso con las expectativas más bajas.

---

[14] John Rawls, *La justicia como equidad una reformulación,* trad. Andrés de Francisco (Barcelona, Paidós, 2002), 73.

En base a esta definición ha de decirse que la desigualdad positiva que debe recaer sobre los miembros menos aventajados se debe desarrollar con el fin de permitirles a estos que posean expectativas más altas y mejores condiciones materiales.

Finalmente, debe haber claridad para la ideal comprensión de posteriores postulados la necesidad de entender que el principio de diferencia se establece como un principio de justicia distributiva en sentido estricto. Esta consideración permitirá comprender el por qué de los fines que teóricamente Rawls expresa deben ser alcanzados con este principio.

Culminada la explicación de las aclaraciones necesarias para un mejor estudio de la teoría rawlsiana es necesario establecer un vínculo teórico entre la teoría de Rawls y los fundamentos filosóficos que permiten justificar la acción de discriminación positiva consagrada en el articulado de la Ley 1475 de 2011.

La presente investigación derivada se concentrará en el estudio del "principio de igualdad de oportunidades" por ser las condiciones de igualdad material que se deben configurar en una sociedad para que en ella exista la justicia su materia de estudio. El estudio de dicho principio se posibilita en primera medida comprender las condiciones que se deben configurar materialmente según Rawls para que se entienda existe una igualdad de oportunidades en la sociedad, hecho este que permitirá realizar el análisis iusfilosófico para determinar las razones que permitan justificar lka cuota como medida afirmativa de discriminación.

Es importante reconocer en el planteamiento teórico del principio de "igualdad de oportunidades" Rawls prioriza la libertad sobre las condiciones en las que se materializa el postulado teórico, esto quiere decir que Rawls presta en su formulación más atención a la prexistencia de la libertad que a las condiciones materiales en que se va a desarrollar el postulado.

Posterior al reconocimiento de la dependencia que posee para su desarrollo teórico el principio de "igualdad de oportunidades" en la teoría rawlsiana es pertinente aclarar que dicho principio no pretende con su formulación la superación o erradicación de las desigualdades naturales, sino que pretende superar o erradicar el conjunto de desigualdades sociales que afectan a quienes históricamente se han visto discriminados por la sociedad misma.

Este hecho permite determinar los reales alcances del planteamiento teórico del principio en cuestión en la teoría de Rawls, pues con ello queda claro que el principio no propende por establecer condiciones más justas que cierren la brecha de las desigualdades tanto naturales como sociales que se presentan en la sociedad, sino únicamente pretende disminuir las discriminaciones sociales de que son víctimas los miembros de la sociedad que históricamente han sido menos aventajados, como es el caso de la población femenina.

Posterior al establecimiento del alcance teórico que Rawls otorga a dicho principio, se debe comprender que dentro del desarrollo teórico del principio de "igualdad de oportunidades" el mismo Rawls es quien promulga que la distribución de participaciones en su teoría debe ser visto como una cuestión de justicia procedimental pura, es decir, donde lo primordial es estructurar el sistema de tal forma que los resultados que se obtengan sean siempre justos.

De la afirmación anterior se puede inferir que para Rawls la función primordial del principio de "igualdad de oportunidades" en su teoría es asegurar que el sistema de cooperación sea de justica procedimental pura.

El principio de "igualdad de oportunidades" también es importante aclarar, no está formulado en la teoría rawlsiana para ser aplicado en cualquier tipo de sociedades. Al ser una teoría domestica la teoría de Rawls formula que tanto el principio antes nombrado, como el resto de los principios rawlsiano, deben ser aplicados en una sociedad que posea una constitución justa y que propenda entonces por un desarrollo legislativo justo. Dicha Constitución justa según la teoría se origina por medio de un acuerdo justo entre los miembros de la sociedad, en donde, se busca establecer instituciones justas que permitan formar estructuras justa que sustenten la existencia de dicha sociedad.

Es pertinente tener en cuenta que la aplicación de un principio perteneciente a todo un sistema teórico de pensamiento como lo es el principio de "igualdad de oportunidades" no es una aplicación exacta, ni tampoco realizada de forma independiente, pues su aplicación en primer lugar debe estudiarse conforme a la prexistencia de la aplicación de los principios que le son jerárquicamente superiores y en segundo lugar no es independiente porque depende de las libertades que se brinden al interior de la sociedad y de las determinaciones que esa misma sociedad allá realizado en el contrato social originario.

Finalmente es importante dejar claridad en que al momento en que se va a estudiar una determinación política conforme a los postulados del principio de " igualdad de oportunidades" no solo se debe mirar si dicha sociedad en la aplicación de la determinación cumplió los parámetros teóricos de la existencia de condiciones más iguales y justas de oportunidades. También debe ser estudiado si en dicha aplicación se tuvo en cuenta la aplicación de todos los principios que le anteceden y de que la sociedad en la cual se buscan cerrar las brechas de la desigualdad social, es una sociedad constituida bajo el ideal de la búsqueda de la justicia mediante el establecimiento de instituciones justas que generan resultados justos.

3. CONCLUSIONES

A modo de reflexión, en el momento de encontrar razones suficientes para justificar la cuota como medida de acción de discriminación positiva, se encuentra en la Teoría de la Justicia de John Rawls, más exactamente en los principios de justicia. Estos principios, al soportarse en derechos y libertades básicas iguales e igualdad equitativa de oportunidades,

principalmente, se hace posible encontrar futuras bases para argumentar la existencia de la cuota de representación electoral en el ordenamiento jurídico colombiano.

De este modo se presta atención al segundo principio, a uno de sus subprincipios denominado "principio de la igualdad de oportunidades" al mostrar las circunstancias necesarias para que se pueda desarrollar una igualdad material y lograr así una justicia evidente que pueda materializarse en medidas que estén orientadas a mejorar la situación de los menos aventajados, lo cuales, como se dijo anteriormente, deben ser sujetos de una desigualdad que les sea favorable, dentro de los cuales es posible situar a la población tradicionalmente discriminada, como lo son las mujeres.

Se llega entonces al punto en que las cuotas son el medio eficaz, pertinente y proporcionado para brindar la posibilidad de ejercer plenamente sus derechos políticos a los que están llamados todos los ciudadanos y ciudadanas del Estado Colombiano a ejercer plenamente y participar cada vez más activamente en la vida democrática del país, combatiendo de este modo con el déficit de participación femenina en las elecciones de cargos y corporaciones de elección popular.

BIBLIOGRAFÍA

Rawls, J. La justicia como equidad una reformulación. Traducido por Andrés de Francisco. Barcelona: Paidós, 2002.

Ley 581 de 2000.

Ley 1475 de 2011.

Constitución Política de 1991.

CConst, C-371/00. C. Gaviria.

CConst, C-490/2011. L. Vargas.

ACCESO A TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA MEDIANTE EL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO

JESSICA JOHANNA ARCHILA JULIO[15]

Resumen:
El objetivo de la investigación es determinar si el Estado colombiano está obligado a garantizar el acceso a técnicas de reproducción asistida a través de su Sistema de Salud a personas diagnosticadas con infertilidad. Primero se intentará hacer un acercamiento a los Derechos Sexuales y Reproductivos como Derechos Humanos: Las TRA en casos de infertilidad, como una garantía del derecho a la salud, a la maternidad y a la paternidad. En segundo lugar, se presentarán pronunciamientos y normativa vigente en el Derecho Internacional y Derecho Comparado.

Palabras clave:
Técnicas de reproducción asistida, salud, infertilidad, familia, sistema de salud colombiano.

Abstract:
The aim of this research is to establish whether the Colombian State has the obligation to guarantee the access to assisted reproductive technologies through its Health System to people diagnosed with infertility. First, we will try to make an approach to the Sexual and Reproductive Rights as Human Rights: TRA in cases of infertility, as a guarantee of the right to health, maternity and paternity. Secondly, pronouncements and current regulations in the International and Comparative Law will be presented.

Keywords:
Assisted reproductive technologies, health, infertility, family, Colombian health system.

INTRODUCCIÓN

La salud ha sido por mucho tiempo un concepto sujeto de diversas interpretaciones alrededor del mundo; generalmente se le concibe como la capacidad de no tener enfermedad o dolencia alguna. La Organización Mundial de la Salud ha ido más allá de lo que tradicionalmente se entiende por salud, definiéndola como "el estado completo de bienestar físico y social que tiene una persona". En Colombia, el derecho a la salud como garantía fundamental se ha logrado gracias al desarrollo normativo y jurisprudencial que hace exigible el bienestar de los ciudadanos, el cual debe ser garantizado por parte del

[15] Estudiante de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB. El presente texto es un avance del proyecto de investigación titulado "Acceso a las técnicas de Reproducción Asistida a través del sistema de salud colombiano" que se está llevando a cabo junto con los estudiantes: Óscar Andrés Upegui Toledo y María Angélica Otero González. Correo de contacto: jarchila5@unab.edu.co.

Estado, pero que por diferentes razones sociales y políticas para todos no es igualmente accesible.

El tema central de esta investigación está altamente relacionado con la salud, y es que poder acceder a algún tipo de TRA no solo se hace para garantizar el derecho a la familia sino para proveer de un bienestar social al que la madre tiene derecho. Si bien es cierto que ha sido una práctica utilizada por vanidad, actualmente se accede a dichas técnicas para proteger tanto a la madre como al hijo que está por nacer de alguna enfermedad que se pueda agravar o trasmitir.

La discusión objeto de esta investigación parte del hecho que no todas las parejas tienen acceso a estas técnicas, ya que son procedimientos que requieren una alta inversión económica y no existe un consenso general sobre su accesibilidad mediante el Sistema de Salud colombiano. Esta investigación busca establecer si de alguna manera el Estado debe garantizar el acceso a ellas cuando la madre o el padre tengan alguna afectación en su salud que le impida un bienestar físico y social.

El factor económico es determinante para el goce efectivo del derecho a la salud colombiana, pues es claro que a través del Sistema de Salud de nuestro país no es posible acceder a todo tipo de medicamentos o tratamientos necesarios para el tratamiento de las diferentes dolencias que una persona puede llegar a padecer.

A partir de este enfoque, surgen los siguientes interrogantes ¿En qué medida se debe involucrar el Estado con esta temática? ¿Hasta qué punto es su obligación ayudar a la pareja que no puede conformar una familia y no cuenta con recursos para un medio alternativo a la reproducción convencional? Con esta investigación y abordando diferentes aspectos sobre la temática se buscará llegar a conclusiones que resuelvan dichos cuestionamientos.

JUSTIFICACIÓN

Las técnicas de reproducción asistida suelen utilizarse en los casos en que por infertilidad de la madre o el padre, por distintas de razones biológicas no es posible lograr la concepción natural de un hijo. Es por esto que se utilizan estas técnicas para de forma artificial aproximar los gametos femenino y masculino con el propósito de favorecer el embarazo.

Existen diversas técnicas de reproducción asistida, y todas representan una posibilidad de concepción para parejas que se vean imposibilitados a hacerlo naturalmente. Pero, dado que no hay una regulación específica en la legislación colombiana y debido a los elevados costos del tratamiento, sólo unos pocos tienen la posibilidad de acceder a este tipo de mecanismos, sin ningún tipo de seguridad acerca de una concepción de un hijo.

La salud reproductiva es un derecho con muy poca regulación normativa e insuficientes jurisprudencias como para formar un precedente. Proponemos analizar el acceso a las técnicas de reproducción asistida en Colombia en los casos de infertilidad y la posibilidad

de acceder a ellos en las distintas instituciones que ofrecen estos tratamientos, estudio de la normativa internacional en temas similares que ya han sido regulados, así como su comparación con la normativa nacional.

METODOLOGÍA

Este trabajo de investigación se desarrollará con base en el método deductivo tomando aportes desde diferentes disciplinas como la psicología, la medicina y el derecho para así determinar la existencia de una obligación para el Estado de brindar acceso a técnicas de reproducción asistida mediante el Sistema de Salud. Se realizará un análisis documental de las sentencias y la doctrina aplicable al caso en el ordenamiento jurídico colombiano partiendo de conceptos como la familia, la salud y técnicas de reproducción asistida, entre otras. Asimismo, mediante el método analítico y comparativo se estudiará la incidencia que puede tener la regulación internacional y doméstica de otros Estados en el presente caso.

LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS HUMANOS: LAS *TRA* EN CASOS DE INFERTILIDAD

Los Derechos Sexuales y Reproductivos a través del tiempo y de los cambios que con este va teniendo la sociedad, han pasado de ser un concepto meramente ético en el que la persona merece respeto por su sexualidad y libertad de reproducción, a ser algo más vinculante al configurarse como pleno goce del status de ciudadano, configurándose de esta manera como un factor que podría llegar a obligar al Estado siendo este último el encargado de velar por el estricto cumplimiento de todos los derechos del ciudadano.

Una de las formas en las que se puede ver limitado el efectivo goce de estos derechos ocurre cuando el ciudadano es una persona que sufre de infertilidad, y es precisamente donde el Estado podría cumplir su papel brindando el acceso a las TRA como forma de combatir esta enfermedad y como una solución al no goce de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Estos derechos empiezan a tener mayor importancia en Colombia desde la Constitución de 1991, en la que con el reconocimiento de los Derechos a la mujer se empieza la de los derechos sexuales y reproductivas así como protección al embarazo y a la etapa de maternidad, son derechos que están totalmente relacionados con el Derecho a la Salud que se toma en un concepto amplio incluyendo el bienestar físico, mental y social de la persona, bienestar que obtiene al momento de decidir si quiere o no tener hijos, en qué condiciones y el número de hijos que quiere tener.

El concepto de salud sexual y reproductiva avanza a medida que lo hace la sociedad y consiste en que la persona pueda tener una plena libertad sobre su sexualidad, poder practicarla con la confianza de no estar en algún riesgo médico, ya sea físico o psicológico y decidir el resultado de esa sexualidad que puede ser el tener o no hijos.

Los derechos sexuales y reproductivos han avanzado a través del tiempo y la sociedad hasta el punto de considerarse Derechos Humanos inherentes a la persona, y se ha establecido que la persona puede disponer de su propio cuerpo en cuanto a sexualidad y reproducción, esto, como pleno ejercicio de la ciudadanía.

Estos derechos están relacionados no solo con la forma en la que cada persona es libre de llevar su sexualidad sino que van más allá de eso, relacionándose con la libertad de hijos que una persona desee tener en un momento de su vida.

En este punto es de interés destacar que se tratará no el punto de decidir libremente la forma de concebir los hijos si no de poder hacerlo y de que el Estado lo garantice a través de su sistema de salud, queriendo hacer notar que si un ciudadano colombiano por alguna razón que afecte su salud o porque físicamente le es imposible tener hijos el Sistema de Salud de este país deba asumir esta carga y garantizar el desarrollo de estos derechos.

ACCESO A TRA COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD Y A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

Las TRA con el paso del tiempo se han convertido en un mecanismo encargado de facilitar el pleno goce de Derechos a quienes desean tener hijos, ya sea porque por razones médicas, como es el caso de la infertilidad, o por otros motivos no pueden concebir hijos convencionalmente a través del coito. El acceso a mecanismos alternos de fecundación como garantía al Derecho a la Salud es algo que se ha venido estudiando desde hace algún tiempo por la jurisprudencia colombiana, pues una de las obligaciones del Estado es el acceso y protección al derecho a la Salud, se entiende que cualquier afectación a esta debe ser manejada y solucionada de alguna forma por el Estado a través de su Sistema de Salud. Pero la problemática nace en el punto en el que se indaga hasta dónde debe llegar el Estado para asegurar el cumplimiento de este derecho de cada ciudadano, y hasta que puntos de debe brindar el a tratamientos de TRA.

El Sistema de Salud debe no solo contemplar las medidas necesarias y los especialistas adecuados para el acceso a estas técnicas sino que también debe velar por su correcto funcionamiento como debe ser y que su acceso cubra a todos los sectores de la sociedad que lo necesiten.

La garantía de acceder a estas técnicas se ha convertido en la actualidad en una necesidad y en una forma de lograr el goce efectivo de derechos relacionados con la salud de una persona, y se habla de salud no solamente como el bienestar físico sino también como el bienestar emocional de una persona ya que según la definición de la OMS la salud vendría siendo un “Estado completo de bienestar físico, mental y social”.

El Derecho a la Salud según lo anterior se debe entender de forma amplia, como un bienestar completo y no meramente como la no afectación física de la persona y de esta misma forma cada uno de los aspectos que lo rodean, debe ser de cierta forma garantizado

por el Estado quien debe cumplir la obligación que le ha asignado la Constitución Política hacia los ciudadanos asegurando un estado de bienestar.

Se habla de bienestar físico para este caso como la seguridad de la persona de estar bien, de no padecer alguna enfermedad que la pueda afectar o en el caso de la maternidad, como ese bienestar que se le da tanto a la madre como al hijo de no sufrir riesgo alguno ya sea durante el parto o durante el embarazo, también se tiene en cuenta posibles enfermedades que se puedan trasmitir por la madre o el padre al hijo si se concibiera de forma convencional y que por esto se recurre a las TRA.

Otro punto a destacar es el impacto fiscal del Estado y cómo el sistema de salud a tener un monto económico determinado muchas veces se ve limitado en sus garantías por esto.

En materia de salud son muchos los obstáculos que se dan en los diferentes tratamientos ya que en ocasiones están fuera de lo que el Estado se obliga a cumplir por aspectos económicos, y el manejo de la infertilidad no es algo que se escape de esto y más aun teniendo en cuenta que los tratamientos para las TRA son en su mayoría costosos y es esta una de las principales razones por las que no son accesibles en su totalidad a toda la población, pero es materia de estudio en la presente investigación si por el hecho de no generar una afectación al Sistema Financiero del país se debe dejar de cumplir en su totalidad las garantías que debe brindar el Sistema de Salud.

DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO EN MATERIA DE *TRA*

Se busca hacer un análisis de la normativa internacional relacionada con la materia, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha realizado un estudio agrupando este tema de acuerdos a distintos derechos, infertilidad y derecho a la salud, derecho a la vida privada y derecho a formar una familia. (Brena, 2011).

Al realizar una lectura conjunta de estos derechos, en el caso de personas diagnosticadas con infertilidad severa, tiene una fuerte repercusión en la salud de las personas o la pareja que desea procrear y se enfrenta a la incapacidad de no poder hacerlo.

Éste es el caso de Costa Rica (Brena, 2011) donde el Estado indicó que la fecundación in vitro no es una cura para la infertilidad, se trata de un complejo recurso técnico que intenta superar esta condición, a través de la fecundación asistida. Así lo determinó la Sala Constitucional de este país, determinó que el Derecho a procrear es un derecho relativo que se deriva del derecho absoluto a la vida; tomando la fecundación in vitro (FIV) como una técnica contradictoria, ya que se toma una vida, aceptándose que es gracias a la pérdida de otras.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) se ha referido a las causas de la infertilidad como distintas causas físicas concretas, que requieren tratamiento médico y antes esta imposibilidad, se producen diversidad de trastornos psicológicos.

El Protocolo de San Salvador, tomando las directivas de la OMS, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.[16]

El uso de la fecundación asistida para combatir la infertilidad, está ligado con el goce de los beneficios del progreso científico, derecho que ha sido reconocido internacionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [17]

De la lectura conjunta de derechos, se puede extraer que el Estado de ninguna manera deberá ser una obstáculo para que una pareja que haya decidido tener hijos y estén impedidos para hacerlo, ya que al interferir estaría invadiendo la privacidad y en los derechos sexuales y reproductivos de las personas; y dicha acción se convertiría en una flagrante vulneración del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su inciso primero establece: "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad"; asimismo, el segundo inciso manifiesta: "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia y de la correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". Asimismo, el artículo 11 inciso tercero dispone que tal derecho debe ser protegido por la ley. No se puede hablar de un cumplimiento total de este derecho, si el Estado no garantiza el acceso a TRA, a través del sistema de Salud en Colombia.

De la misma manera, el ejercicio al derecho a fundar una familia, se ve segmentado cuando éste se deriva del derecho a procrear y la incapacidad de ejercer este derecho causa terribles sufrimientos a quiénes lo padecen, y se encuentra con una traba mayor cuando este servicio no se encuentra incluido en el POS y su plan de vida se encuentra frustrado.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que el derecho a fundar una familia se encuentra reconocido en el artículo 17(2) de la Convención Americana —"se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia..."—, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos[18] y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, la CIDH, en concordancia con la Corte Europea de Derechos Humanos, ha señalado anteriormente que el derecho a fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, aunque las limitaciones que por esa vía se introducen no deben ser tan restrictivas que se dificulte la propia esencia del derecho[19].

---

[16] Artículo 10 del Protocolo de San Salvador, 1988.
[17] El artículo 15 literal b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dispone que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones".
[18] En su artículo 16, inciso 1, establece el derecho de los hombre y las mujeres a casarse y fundar una familia lo mismo que el artículo 23.2 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.
[19] CIDH María Elena Morales de Sierra y Guatemala, Informe núm. 4/01, Caso 11,625, 19 de enero de 2001, párr. 40: Corte Europea de D.H. Rees v. Reino Unido, serie A, núm. 106 17 de octubre de 1986 párr. 50. Citada en el mismo Informe de la CIDH.

NORMATIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL VINCULANTE PARA COLOMBIA

Colombia ha firmado y ratificado diferentes tratados de Derechos Humanos, para la protección de estos Derechos en América se encuentra con organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así mismo, por jerarquía y bloque constitucional todos los tratados firmados y ratificados por Colombia entran al ordenamiento jurídico colombiano y desde ese momento se vuelven vinculantes.

De acuerdo a esto, la Comisión al hacer una lectura conjunta de los artículos 11 y 17 de la Convención Americana se desprende que la protección del derecho a conformar una familia comprende la decisión de convertirse en padre o madre biológico, e incorpora la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla. Esta decisión es parte de la esfera más íntima de la vida y corresponde al ejercicio exclusivo de la autonomía de cada persona y/o pareja.

Sin embargo, la Comisión reconoció que tanto el derecho a la vida privada y familiar como el derecho a fundar una familia pueden ser objeto de ciertas limitaciones; por ello, resolvió evaluar, con base en ciertos criterios, si las restricciones en el ejercicio de los derechos contemplados en los artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son compatibles con dicho instrumento o si, por el contrario, se trató de limitaciones arbitrarias y por lo tanto violatorias del mismo[20].

Para evaluar el alcance de esas restricciones, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han recurrido al uso de criterios que permitan evaluar en un caso concreto la legitimidad de la restricción de un derecho o la interferencia estatal en el ejercicio del mismo. Los criterios que se han aplicado son los de: legalidad, fin legítimo, idoneidad, existencia de alternativas menos restrictivas, y proporcionalidad.

2.2. Pronunciamientos de instancias internacionales

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existe precedente respecto a los derechos sexuales y reproductivos con el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, en el que tema central es la limitación que pone el Estado para acceder a la Fecundación in Vitro como una de las Técnicas de Reproducción asistida y la opción para que parejas que padecen de infertilidad puedan ejercer el derecho de procrear y fundar una familia.

La CIDH ha invocado jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que la protección a la vida privada incluye el respeto tanto a la decisión individual de convertirse en padre o madre, es el caso de Pretty Vs. The United Kingdom[21], así como a la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos, el caso de Dickinson Vs. The

[20] Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica.
[21] Corte Europea de Derechos Humanos, Pretty v. The United Kingdom, Aplicación 2346/02, 29 de abril 2002, párrafo 61. Citada en el Informe de la CIDH.

United Kingdom[22], y esta elección corresponde a una faceta particularmente importante de la existencia individual y de la identidad de una persona.

De la misma forma, la CIDH consideró que la decisión de las parejas, víctimas de esta vulneración de no tener hijos biológicos, pertenece a la esfera más íntima de su vida privada y familiar. Asimismo, la forma cómo se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja, y en consecuencia se encuentra protegida por el artículo 11 de la Convención Americana.

CONCLUSIONES PRELIMINARES

De acuerdo a los postulados y principios del Estado Social de Derecho, Colombia tiene la obligación de brindar acceso a técnicas de reproducción asistida mediante el Sistema Nacional de Salud a las personas con infertilidad puesto que esta enfermedad no sólo afecta de manera directa el derecho a gozar del más alto nivel de salud posible de las personas, sino que afecta otra garantía constitucional como lo es el derecho a conformar una familia. Sin embargo la poca reglamentación legislativa y las limitaciones por vía jurisprudencial que la Corte Constitucional le ha implantado al derecho a la salud basándose en factores económicos, dificultan la materialización de dicha obligación en cabeza del Estado.

El presente es sólo un avance de un proyecto de investigación, contiene el marco teórico y algo de derecho internacional que se utilizará como marco interpretativo de referencia para la presente investigación.

Referencias Bibliográficas

Siverino-Bavio, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. Lima: Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia.

Arango Rivadeneira, R. (2004). El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cárdenas Ramírez, E. (2013). Alcances del derecho a la salud en Colombia: Una revisión constitucional, legal y jurisprudencia. Barranquilla: Universidad del Norte.

Álvarez Díaz, J. A. (2010). El derecho a la salud y el acceso a las técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica. México.

Rincón Castellano, X. (2012). ¿Bioética y Derecho, para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

[22] Corte Europea de Derechos Humanos, Dickson v The United Kindom, Aplicación 4436/04, 4 de diciembre de 2007. Citada en el informe de la CIDH.

Brena, I. (2012). La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.

Bernal Crespo, J.S. (2013). Reproducción Asistida y Filiación. Tres casos. Medellín: Universidad de Medellín.

McDonald Eveens, E. (2004). A global perspective on Infertility: An under recognized Public Health issue. Chapel Hill. University of North Carolina.

F. Zegers-Hochschild, et al. (2009). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART). Organización Mundial de la Salud (OMS).

Cook AB, Dickens & Fathalla. (s.f.) Salud reproductiva y derechos humanos: Integración de la medicina, la ética y el derecho.

LA PROBABILIDAD COMO CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE LA CULPA CON REPRESENTACIÓN Y EL DOLO EVENTUAL

JUAN CARLOS GÓMEZ NIETO

Resumen:
La delgada línea que existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano a la hora de escindir entre la culpa con representación y el dolo eventual como modalidades de la conducta punible a partir de los pronunciamientos emitidos por la corte suprema de justicia que siempre se han mantenido sobre la misma tendencia doctrinal, adoptando la teoría de la representación como la encargada de resolver los casos en los que se presenta la dificultad a la hora de diferenciar entre culpa y dolo. Dentro de esta posición, cobra importancia la probabilidad, la cual tiene un papel fundamental dentro de la mencionada teoría de la representación puesto que frente a la posibilidad de concreción del daño o injusto penal, es decir a la proximidad que se haya alcanzada mediante la potencializarían de un riesgo es como se determinará bajo qué modalidad se realizó la conducta delictiva. Dentro del artículo se estudiaran varias providencias de la corte suprema de justicia mediante las cuales dicha corporación explica la teoría y su aplicación dentro del marco jurídico vigente, de igual forma se abordará el estudio dogmático de la culpa y el dolo como de los elementos que las conforman.

Abstract:
The thin line that exists within the Colombian legal system when split between guilt representation and possible fraud punishable as modes of behavior from the pronouncements issued by the supreme court that always have remained about the same doctrinal trend, adopting the theory of representation as responsible for solving cases in which the difficulty of differentiating between guilt and deceit is presented. In this position, it becomes important chance, which plays a fundamental role within said representation theory as to the possibility of realization of the damage or unjust penalty, ie the proximity has been achieved by potencializarían a risk is as determined under what form of criminal behavior took place. Within the article several orders of the Supreme Court be studied by which such corporation explains the theory and its application within the existing legal framework, just as dogmatic study of guilt and fraud be addressed as the elements that make.

INTRODUCCIÓN

¿Es la probabilidad un criterio determinante al momento de calificar una conducta punible cometida bajo la modalidad de dolo eventual o bajo la modalidad de culpa con representación ?

Fundamentos Normativos De La Investigación

Código Penal – ley 599 de 200: artículos 6, 10, 22, 23, 27, 103, 109, 110#1, 111, 120. Estos artículos son los correspondientes a la concepción del dolo, la culpa y sus elementos diferenciadores. También hacen referencia a los principios de legalidad y tipicidad del derecho penal, al igual que a la tipificación del homicidio doloso y culposo y a las lesiones personales en las mismas modalidades y las respectivas circunstancias de agravación de ambos ilícitos, especial mención al agravante de realización de la conducta bajo efectos de sustancias embriagantes y/o alucinógenas.

Sentencia 32964 de la Corte suprema de Justicia. MP José Leonidas Bustos Martinez: esta providencia es conocida como ¨sentencia del piloto¨ de la cual nace la teoría de la corte para establecer la diferencia entre culpa y dolo a partir de la cercanía a la producción del resultado lesivo del bien jurídico (probabilidad).

Metodología de la investigación

Presentación y análisis de jurisprudencia encontrada en relación al problema jurídico del proyecto de investigación, la aplicación de la Corte Suprema de Justicia de la teoría de la representación a la hora de configurarse el dolo eventual.

Las jurisprudencias analizadas muestran la posición actual de la CSJ en cuanto al tratamiento que se le da a la figura del dolo eventual, su aplicación, si configuración, las dos teorías existentes y la acogida en la actualidad por la corporación, es decir, la teoría de la representación en el dolo eventual.

Objetivos de la investigación:
Determinar si es posible actuar bajo la modalidad dolosa aun cuando se carece del elemento volitivo
Realizar un estudio a partir de los institutos jurídicos en cuestión, a partir de la doctrina y la legislación.

1. DESARROLLO DEL ARTÍCULO

El dolo y la culpa como modalidades delictuales en la conducta humana, han sido tema de examen de la jurisprudencia y de la doctrina durante años, en Colombia, la legislación contempla ambas modalidades con sus elementos y características propias.

En el caso de la modalidad culposa, se entiende como la violación de un deber objetivo de cuidado, es decir, la potencialización de una conducta peligrosa pero permitida, que al ser desarrollada sin precaución produce un resultado lesivo y típico. La legislación y la doctrina definen dos grados de culpa, la culpa con representación y sin representación. En la primera, se hace referencia a cuando el actuar del sujeto activo es imprudente o negligente, pero el resultado era previsible, dado a las circunstancias de la conducta; mientras que la segunda hace referencia a cuando se actúa de forma negligente pero no resultaba posible prever el resultado dañoso. El problema de nuestro sistema normativo aparece al momento

de diferenciar la culpa del dolo como lo veremos más adelante, pero resulta entonces necesario, definir el dolo en sus modalidades y elementos.

El dolo se define como el actuar dirigido y premeditado para la realización del delito, es decir, una acción voluntaria y en la cual el sujeto agente es pleno conocedor de que con su actuar logrará el resultado que persigue como fin. Sin embargo, la doctrina ha establecido la existencia de dos tipos de dolo, el directo y el eventual. El primero responde a la unión de los dos elementos ya tratados, es decir, el conocimiento y la voluntad, mientras que el dolo eventual es el detrimento de uno de estos dos elementos para el fortalecimiento del otro, es decir, que se puede actuar dolosamente aun con la ausencia parcial del elemento volitivo o cognoscitivo. De aquí se desprenden las dos grandes teorías del dolo eventual, la de la representación y la de la probabilidad.

En la primera existe un detrimento del elemento cognoscitivo del dolo, puesto que plantea que la voluntad para causar el daño es suficiente para el reproche por parte del derecho penal a título de dolo aun si el autor de la conducta no comprendía completamente que con su actuar alcanzaría el fin.

En la segunda es todo lo contrario, existe un detrimento del elemento volitivo, pues se cree que es suficiente el prever un resultado como probable para actuar en la modalidad dolosa, aun cuando se carezca de la voluntad del sujeto agente, es por esto que esta teoría afirma que el daño es previsto y su resultado se deja librado al azar.

Es esta última (la segunda) la que aceptamos dentro de nuestro ordenamiento jurídico y mediante la cual, la corte suprema de justicia se ha permitido variar la legislación mediante su ejercicio jurisdiccional, para castigar a los conductores ebrios a título de dolo y no de culpa como lo contemplo la ley 599 de 2004. La teoría de la representación en el dolo eventual ha traído consigo muchos efectos en la política criminal del estado y en la vida de la sociedad, que entendió como un clamor a sus peticiones que la Corte emita jurisprudencias como la citada más adelante para el sancionamiento de este tipo de conductas.

Para complicar un poco el panorama y comenzar el estudio armónico y sistemático de estos institutos jurídicos recurriremos a un ejemplo, el cual nos ayudará a elucidar el problema jurídico que nace a partir del desarrollo jurisprudencial de la CSJ. El ejemplo es el siguiente: Pedro es un hombre de 40 años que se dirige a la fiesta de cumpleaños de su hermano, para ello decide asistir en su carro. Al llegar a la fiesta, le ofrecen distintas bebidas alcohólicas en grandes cantidades, las cuales ingiere aun cuando sabe que debe manejar de regreso a su casa y que hacerlo en estado de alicoramiento aumenta el riesgo de causar un accidente.

Al terminar la reunión, Pedro sube a su auto y maneja por la autopista para regresar a su casa, pero dado a su estado, pierde el control del vehículo y causa un accidente en el cual mueren dos personas que se encontraban en el vehículo contra el que Pedro colisionó. Tenemos claro que Pedro no tenía la intención de causar la muerte de estas dos personas,

pero sí que asumió el riesgo de conducir embriagado y debió representarse en su mente lo que podía ocurrir. La CSJ se ha pronunciado que este tipo de conductas se castigan bajo la modalidad dolosa eventual, puesta que bajo la teoría de la representación, es suficiente que el resultado sea más que posible, es decir probable, para actuar dolosamente.

A su vez, la teoría del dolo eventual proviene del detrimento de 1 de los 2 elementos que componen el dolo: Volitivo y cognoscitivo.
"Teoría de la voluntad o del consentimiento: Hay dolo eventual cuando el agente ha aprobado interiormente o aceptado conscientemente la realización de la infracción que prevé como posible, esta postura hace énfasis en la parte volitiva del comportamiento.
Teoría de la representación o la probabilidad: Se da el dolo eventual cuando el autor se ha representado la eventual realización del tipo penal como probable y a pesar de ello actúa, esta teoría hace énfasis en el aspecto cognoscitivo."[23]

Hay que resaltar que la postura de la CSJ hace referencia a la teoría de la representación y la probabilidad, y es por esto que se le da menos valor al elemento volitivo que al cognoscitivo, pues si bien no se quiere alcanzar el resultado típico, se potencia el peligro hasta el punto en que debe ser representado en la mente del actor como probable.

La figura del dolo eventual dentro de la teoría de la representación nace como una forma de castigar aquellas conductas en las cuales el resultado antijurídico que se concreta era tan probable de alcanzar que no sería válido entender el comportamiento como culposo cuando es la consecuencia de una suma de circunstancias que no solo volvían más alto el riesgo sino la concreción del mismo resultado. Los pronunciamientos jurisprudenciales han sido múltiples y en todos se encuentra que el análisis del caso se aborda precisamente frente a dichas circunstancias, la elevación de un riesgo no permitido o infracción del deber objetivo de cuidado, el cual es el presupuesto básico de la modalidad culposa, hasta el punto en donde dicho riesgo potencia un resultado que ya escapa a la esfera de lo posible para alcanzar la de lo probable, es decir, que casi con seguridad se producirá y es a partir de este criterio, la probabilidad, que se determina la diferenciación entre las dos modalidades.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES

A continuación analizaremos las reseñas de varias de duchas sentencias mediante las cuales la corte suprema de justicia ha expuesto la teoría de la representación a la hora de resolver los casos concretos.

2.1. S 32964

MP: José Leonidas Bustos Martínez
El recurso extraordinario de casación hace que el proceso sea conocimiento de la corte. Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón es procesado por el delito de homicidio a título de dolo eventual, dado a que causo la muerte de dos personas cuando manejada su camioneta bajo

[23] extraído de: http://es.iuris.wikia.com/wiki/Dolo_Eventual

los efectos del alcohol y además de haber consumido marihuana, al desplazarse a altas horas de la noche y con una velocidad que supera el límite establecido para la vía que transitaba. El defensor del procesado plantea que se incurrió en error al calificar la conducta bajo la modalidad de dolo eventual dado a que su representado no tenía voluntad de causar el resultado atípico, por lo cual, la conducta delictiva debió ser adjudicada bajo la modalidad de culpa con representación.

La Corte hace un análisis del caso concreto y platea como argumento la teoría de la representación, según la cual, la conducta será dolosa en modalidad eventual cuando el agente de la conducta realiza unos actos que conlleven a que sea probable la consumación de un resultado atípico aun si no actuado voluntariamente para conseguirlo. Consideró la corte que el actuar del procesado fue imprudente a tal punto que el resultado que se derivo era representable hasta el punto que debió haberlo considerado no solo como posible si no probable y por tanto calificable como doloso.

2.2 S 31580

MP: Julio Enrique Socha Salamanca

La corte conoce del proceso por la interposición del recurso extraordinario de casación. Roger José Díaz Barreto se encontraba en su domicilio discutiendo acaloradamente con su esposa Sandra Leonor Contreras López. Producto de esta discusión, el señor Barreto procedió a derramar gasolina al interior del lugar, para luego mediante el uso de un fosforo incendiar el recinto donde se encontraba junto con su esposa, lo cual causo la heridas en todo el cuerpo de esta última, las cuales luego le produjeron la muerte dado a fallas multiorgánicas. También dichos sucesos causaron la muerte de la menor hija de la señora Contreras, quien falleció al intentar socorrer a su madre al escuchar los gritos de auxilio.

El señor Barreto fue procesado por los delitos de homicidio preterintencional sobre su esposa, en concurso con lesiones dolosos en modalidad eventual sobre la hija de la ya mencionada. Frente al fallo de segunda instancia, se promueve el recurso de casación con el argumento de que el sentenciador de segunda instancia incurrió en error al calificar la conducta de lesiones personales en la calidad dolosa, dado a que el procesado nunca quiso alcanzar ningún resultado típico sobre la menor, y solicita a corte se revoque la sentencia y se califique la conducta bajo la modalidad culposa.

La Corte bajo el argumento de la teoría de la representación, plantea que cuando el procesado decide incendiar su domicilio, está realizando una conducta altamente peligrosa que probablemente no solo iba a afectar a su esposa quien se encontraba dentro del recinto. Afirma la corporación, que asumió una actividad peligrosa y altamente dañosa y por tanto debió prever las consecuencias que generaría. Por tanto no casa la sentencia impugnada.

2.3. S 20373

MP: Yesid Ramírez Bastidas

Una riña producida dentro de un local comercial tuvo como resultado que uno de los guardaespaldas de los implicados, el señor Diego Hernán Rodríguez, dispara su arma contra uno de los agresores de su protegido, al cual impacto a y atravesó para luego causar la muerte del joven de 17 Anderson David Sánchez años que se encontraba en el lugar y no estaba implicado en los sucesos anteriormente mencionados.

El señor Rodríguez fue procesado por los delitos de Tentativa de homicidio sobre Gustavo Ramos, homicidio doloso en modalidad eventual y porte ilegal de armas de fuego.
El defensor del procesado presento el recurso extraordinario de casación, argumentando que existió un error al calificar la conducta como dolosa en lugar de culposa, dado a que en ningún momento Rodríguez quiso causar la muerte del Sánchez.

La Corte fundamentándose en la teoría de la representación, considera que al encontrarse el procesado en un sitio público en el cual se encontraban muchas más personas que las implicadas en la riña, debió representarse como probable que sus actos afectaran a personas ajenas a la discusión, recuerda la corte que según esta teoría, el elemento de voluntad que contiene la modalidad dolosa, se ve restringida bajo el entendido que la conducta desarrollada por el agente genera una alta probabilidad de peligro sobre las personas. Por tanto la corte confirma las sentencias y desestima los cargos del promovido en el recurso.

2.4. S 17019
MP: Yesid Ramírez Bastidas
María Lidia Soscué acompañada de su hija menor y de Hernán Gutiérrez se dirigieron a la casa del ex esposo de Soscué, con el fin de ofenderlo verbalmente. Al llegar a la puerta de la morada, al ver que no podían ingresar, Hernán Gutiérrez disparar con arma de fuego a la chapa de la puerta, lo que ocasiono la muerte de Ana Delia Jiménez que se encontraba dentro del recinto. Por estos hechos Gutiérrez fue condenado por el delito de homicidio doloso en modalidad eventual, por lo cual se promovió el recurso de casación, argumentando que los falladores de primera y segunda instancia incurrieron en error, dado a que la conducta debió calificarse como culposa, dado a que el resultado típico era apenas previsible y carecía de la voluntad de causarlo por parte del agente.

La corte decidió no casar la sentencia impugnada, argumentando que al disparar a ciegas a la puerta dentro de una morada, debió prever que dentro se encontraban personas que podrían resultar afectadas, como sucedió. La corte dice que basándose en la teoría de la representación, el procesado debió representarse el resultado como probable y por lo mismo la conducta es dolosa aun cuando carece de la voluntad del agente.

2.5. S 21559
MP: Jorge Luis Quintero Milanés
El 3 de noviembre de 1997, cerca de las 6: 50 p.m. ingresaron al establecimiento comercial denominado BETATONIO, ubicado en la calle 34 número 25 – 51 de esta ciudad, los señores Néstor Jairo Ortíz y Joan Steve Umaña García, con la cooperación del señor César Hernando

Contreras Lizarazo empleado del mencionado establecimiento, con el objeto de tomar dinero existente en el mismo, para tal efecto y dotados de armas de fuego amenazaron a los empleados de la tienda de video, entre los cuales se encontraba José Alejandro Becerra a quien obligaron a abrir la caja fuerte luego de causarles graves golpes, posteriormente le propinaron un disparo que le causó la muerte. Los procesados tomaron la suma de $651.750 y material de video por valor de $8.745.000. Al emprender la huida, los sindicados eran esperados en la esquina por un taxi conducido por el señor Gustavo Adolfo Londoño Barreto".

Fueron condenados por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego y homicidio agravado en modalidad doloso.

Los procesados que no propinaron el disparo que causó la muerte de Becerra interpusieron el recurso de casación, argumentando que la muerte del ya mencionado debió imputárseles a título de culpa, dado a que no estaba acordado dar muerte a Becerra dentro del plan criminal y había sucedido casualmente, es decir sin habérselo representado como probable. La Corte decidió confirmar el fallo de segunda instancia argumentando que cuando todos los procesados se ponen de acuerdo para realizar el ilícito mediante la utilización de armas de fuego, están a sumiendo la más que posible utilización de las mismas, entrando el campo de lo probable. Por tanto la modalidad dolosa los cubre a todos y no solo al que disparó a la víctima. En base a esto se trata de un delito doloso como fue señalado por las instancias anteriores y no culposo como argumentan los condenados.

2.6. S 16580

MP: Herman Galán Castellanos

Ruth Margot Martínez, madre adoptante del menor Juan Camilo Fajardo, produjo la muerte de este último por causa de los continuos maltratos físicos a los que lo sometió con motivo de los celos que le generaba la continua atención que recibía el niño por parte de su padre adoptante (esposo de la señora Ruth Martínez).

El juez de primera instancia condenó a Martínez por el delito de homicidio agravado, sentencia que fue confirmada en segunda instancia, frente a la cual, el defensor de la procesada interpuso el recurso extraordinario de casación, fundándose en el error que según él considera existió una incorrecta clasificación de la conducta como dolosa y no culposa.

La corte después de analizar el caso concreto, considero que si bien no existía por parte del sujeto agente la voluntad de generar la muerte de la víctima, los actos realizados de forma constante y violenta por parte de Martínez hacia la integridad física de su hijo tenían una gran probabilidad el resultado típico y por tanto es aplicable en el caso la teoría de la probabilidad para clasificar la conducta como dolosa a l igual que lo condenaron las instancias anteriores.

2.7. S 14355

MP: Jorge Anibal Gómez Vallejo

29 de mayo del año de 1994, aproximadamente a las 9:00 horas de la noche, el bus ejecutivo de servicio público, distinguido con las placas SEP 842 y conducido por JOSÉ DE JESÚS PINTOR CRUZ, transitaba por la avenida 30 de esta ciudad, en sentido sur-norte, y en el cruce de la avenida 6ª, debido al exceso de la velocidad imprimida a dicho automotor y la violación de la luz roja del respectivo semáforo, se produjo una colisión con el campero Mitsubishi de placas BBB 426, conducido por el joven YESID RINCÓN ZÁRATE, que se desplazaba en dirección occidente-oriente y en el cual viajaban como pasajeros la señora LUZ MERY LINARES BOLAÑOS y el menor LEONEL ESNEIDER GARZÓN LINARES, quienes resultaron lesionados. Además, a raíz del impacto, el señor LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ MERCHÁN, pasajero del autobús, salió despedido por el vidrio panorámico, se estrelló contra el pavimento y seguidamente fue arrollado por el mismo vehículo, trance en el cual sufrió el traumatismo múltiple que se convirtió en causa eficiente de su deceso. Posteriormente se conoció que el chofer del bus conducía bajos los efectos del alcohol y la marihuana, además de haber cruzado un semáforo en rojo.

José Pinto fue condenado a título de dolo por el juez de primera instancia, sentencia que fue apelada por el defensor del ya mencionado y que sería posteriormente confirmada en su totalidad por el tribunal superior en segunda instancia. Frente a esto, se promueve el recurso de casación, alegando que se incurrió en error por parte de las dos instancias en presumir el dolo en el actuar del procesado, dado a que este nunca tuvo la voluntad de concretar los resultados típicos por los cuales está siendo condenado.

La Corte concluye que la suma de todas las imprudencias cometidas por el agente, creaban una alta probabilidad de generar accidentes mortales, tal como terminó ocurriendo, y por tal razón, se aplica la teoría de la probabilidad para calificar la conducta como dolosa. Decide la corte no casar la sentencia de segunda instancia.

2.8. S 29408

MP: María del Rosario Gonzales de Lemos

El 19 de marzo de la anualidad que avanza [2007], en horas de la noche, en el sitio conocido como El Mirador del Alto de San Vicente, jurisdicción del municipio de Sasaima, Cundinamarca, el señor MARCO FIDEL DÍAZ CRUZ sacó su arma de fuego de la pretina de su pantaloneta y realizó un disparo. Producto del impacto del proyectil falleció el joven A.C.P.L., de 15 años de edad, quien se encontraba presente en el lugar y hacía parte del grupo de parientes y amigos [del agresor] que allí departía

Díaz fue condenado por homicidio simple por el juez de primera instancia, la cual apeló y posteriormente fue confirmada por el juzgador de segunda instancia.

El recurso de casación buscaba que la corte revocara la sentencia dado a que según el defensor de condenado la conducta típica fue mal calificada como dolosa en lugar de culposa, dado a que el agente tenía la intención de disparar al aire, pero su estado de alicoramiento lo hizo errar quitándole la vida a la víctima.

La corte resolvió el recurso planteando que al estar borracho, Díaz debió presentarse como posible la ocurrencia del resultado, dado a que cuando disparó no se encontraba solo, sí no en compañía de familiares y amigos, por esta razón se le hace imputable el delito doloso y no culposo.

2.9. 14624

MP: Herman Galán Castellanos

Como consecuencia de un enfrentamiento verbal ocurrido en diciembre de 1996 entre EDILBER ALBERTO VALDÉS MARÍN y LEONARDO PULGARÍN OROZCO se precipitó entre ellos una reyerta el 1° de enero de 1997,en la carrera 2ª con calle 38 de Pereira, casa nueve del barrio Bayron Gaviria, en la que, desde el comienzo, EDILBER ALBERTO se despojó de su arma de fuego entregándosela a quien en el proceso se le cita como "EL NEGRO MAURO", manifestando que como no quería "embarrarla", iba a "pelear a puño limpio". En la contienda intervino también LENIN PULGARÍN OROZCO en favor de su hermano LEONARDO, lanzando a la calle de un golpe a VALDÉS MARÍN, por lo cual éste le dijo a "MAURO" que matara a LENIN, su contendor. "MAURO" ingresó entonces a la vivienda, pero sin atender lo expresado por EDILBER ALBERTO VALDÉZ MARÍN, procedió a amenazar a LEONARDO colocándole el arma en el abdomen, pero como intervino también oportunamente LENIN, lanzando al suelo a "MAURO", en ese preciso momento, éste disparó al rostro de LENIN PULGARÍN OROZCO, ocasionándole la muerte.

"Mauro" fue condenado por homicidio a título de dolo por las dos primeras instancias, por lo cual, a través de su defensor interpuso el recurso de casación argumentando que su intención nunca fue matar a la víctima, sino solo amenazarla y la causa de la muerte fue el forcejeo que se produjo al interior de la residencia, el cual produjo que el arma se dispara accidentalmente.

La corte resolvió no casar la sentencia, argumentando la teoría de la probabilidad, por cuanto el hecho de apuntar a una persona con un arma cargada de munición y lista para disparar es suficiente para representarse el resultado típico como probable.

2.10. 36444

MP: Javier Zapata Ortiz

En Bucaramanga, el 27 de abril de 2003 aproximadamente a la 1:00 de la madrugada, estaban reunidos los uniformados José Alexis Sanabria Lamus, Evaristo Luna Aceros, el Patrullero Alirio Pinzón Gómez, la Intendente Sanabria, entre otros compañeros de esa institución y sus familiares, en la residencia del Agente Elier Gustavo Benavides Farfán, ubicada en la calle 194 No. 31-42 de Floridablanca, luego de departir unas cervezas desde las 7 de la noche del día anterior en la finca Asturias de la Policía Nacional.

En el mismo momento y en la casa de al lado, se celebraba una reunión familiar con ocasión al cumpleaños de la vecina Marlene García Prado, momento en que se presentó una discusión entre Benavides Farfán y el residente del barrio y hoy procesado RAÚL MARÍN

SALAZAR, motivada en el reclamo de éste a aquél por el incumplimiento en el pago del servicio de vigilancia, altercado en que se insultaron de manera recíproca.

MARÍN SALAZAR fue llevado por Nohora Peña Rodríguez, una vecina, hasta su residencia ubicada en la calle 194 No. 31-72 (a cinco casas del incidente inicial, en la esquina), donde transcurridos unos pocos minutos y en el antejardín de la vivienda, sacó un arma amparada a su nombre y realizó 5 disparos al aire, circunstancia ante la cual hasta allí se dirigieron el policial Elier Gustavo Benavides Farfán y sus compañeros para desarmarlo, forcejeo en el que se produjo un sexto disparo que impactó en la cabeza a Evaristo Luna Aceros.

Después de ser condenado bajo la conducta en modalidad dolosa en primera y segunda instancia se promueve el recurso de casación. La corte decide no casar la sentencia impugnada y aplicar al igual que las anteriores instancias la teoría de la probabilidad para distinguir una conducta dolosa de una culposa.

CONCLUSIONES

Una vez analizadas las jurisprudencias mencionadas se concluye que la posición de la cortes suprema de justicia siempre ha sido la misma desde que aplicara la teoría de la representación, es decir, mantiene el concepto de la probabilidad como el criterio fundamental para determinar si la conducta del sujeto activo de una conducta punible determinada es realizada bajo la modalidad culposa representativa o dolosa eventual.

Dicha posición tiene detractores por cuanto a que se considera una deconstrucción del dolo, puesto a que como ya se explicó anteriormente parte de la premisa de prescindir de uno de los dos elementos estructurales del actuar doloso, por lo que para algunos no resulta acertado atribuir cierta conducta punible que se acerca más a la culposa que a la dolosa en sí.

También cabe resaltar que la aplicación de esta teoría deja sin aplicación algunas disposiciones legales de la ley 599 de 200 que consagran por ejemplo como un agravante del homicidio y las lesiones personales en modalidad culposa, cuando dichas conductas se configuran bajo los efectos de sustancias alcohólicas y psicotrópicas, las cuales aplicando la teoría de la CSJ nos llevarían a afirmar que se tratan de la potencialización de un riesgo que hace su concreción más que posible llevándola al campo de lo probable y por tanto susceptibles de calificar como dolosas.

Personalmente considero que en nuestro país, la teoría de la representación no llegó como una evolución de la dogmática penal sino como una vía de escape utilizada por la corte para sancionar unas determinadas conductas punibles que venían siendo recurrentes y que generaban un mal sabor de boca entre los ciudadanos en general y por tanto la aplicación de la misma trajo consigo el aumento de la pena como consecuencia de agravar la conducta mediante su calificación o sancionamiento como dolosa en lugar de culposa. Creería yo que es mucho más acertado pedir al legislador aumentar las penas de la modalidad culposa o

incluso mejorar la tipificación de la conducta, más no la creación de tipos penales nuevos puesto que esto solo haría aún más negro el panorama creando inseguridad jurídica para los ciudadanos.

Sin embargo es de rescatar y concluyo que es acertado que si la corte adoptó hace algunos años una teoría para la resolución del problema jurídico en cuestión se mantenga en la misma pues esto ayuda a que con el tiempo el legislador también se oriente en la creación de disposiciones legales armónicas a los pronunciamientos jurisprudenciales y así puedan ser llenados los vacíos e inconsistencias que existen dentro de la codificación desde antes de la aplicación de dicha teoría.

BIBLIOGRAFÍA

Corte suprema de Justicia – Sala de casación Penal – Sentencia No.32964 de fecha 25 de agosto de 2010 – Magistrado ponente Jose Leonidas Bustos Martínez.

Corte suprema de Justicia – Sala de casación Penal – Sentencia No. 31580 – Magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte suprema de Justicia – Sala de casación Penal – Sentencia No. 20373 – Magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas

Corte suprema de Justicia – Sala de casación Penal – Sentencia No. 17019 – Magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas.

Corte suprema de Justicia – Sala de casación Penal – Sentencia No. 21559 – Magistrado ponente Jorge Luis Quintero Milanés

Corte suprema de Justicia – Sala de casación Penal – Sentencia No. 16580 – Magistrado Ponente Herman Galán Castellanos

Corte suprema de Justicia – Sala de casación Penal – Sentencia No. 14355 – Magistrado Ponente Jorge Anibal Gomez Vallejo

Corte suprema de Justicia – Sala de casación Penal – Sentencia No. 29408 – Magistrado ponente María del Rosario Gonzales de Lemos

Corte suprema de Justicia – Sala de casación Penal – Sentencia No. 14624 – Magistrado ponente Herman Galán Castellanos

Corte suprema de Justicia – Sala de casación Penal – Sentencia No. 36444 – Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz

Velásquez Velásquez, Fernando – Manual de derecho penal Parte general – Ediciones Jurídicas Andrés Morales – Sexta edición actualizada.

Ley 906 de 2004 expedida por el congreso de la república – consultada en el sitio virtual de la secretaría del senado de la república http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Ley 599 de 200 expedida por el congreso de la república – consultada en el sitio virtual de la secretaría del senado de la república http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

EL DESARROLLO DE LOS INSTITUTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO Y DE LA PATRIA POTESTAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1927-1991)

CARLOS ARTURO DUARTE MARTÍNEZ[24]

Resumen:
En el presente texto se exponen los análisis jurisprudenciales de 60 sentencias referidas a los institutos jurídicos de matrimonio y patria potestad proferidas por la Sala de Casación Civil-Familia de la Corte Suprema de Justicia en el período comprendido entre 1927 y 1991. Se hace hincapié en la influencia de los hechos sociales y políticos en la labor judicial de la Corte Suprema en el ámbito del Derecho de familia, y se ponen en evidencia las técnicas de interpretación jurídica utilizadas.

Palabras clave:
Interpretación, matrimonio, patria potestad, Constitución de 1886, Corte Suprema de Justicia.

Abstract
In this text jurisprudential analysis of sixty sentences referred to the legal institutions of marriage and parental responsibility handed down by the Chamber of Civil-Family Cassation of the Supreme Court in the period between 1927 and 1991 are examined it is emphasized the influence of social and political in the judicial work of the Supreme Court in the field of family law facts, and highlight the legal interpretation techniques used.

Key words:
Interpretation, marriage, parental authority, Constitution of 1886, Supreme Court.

El presente texto contiene los resultados de los análisis jurisprudenciales de 54 sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil-Familia de la Corte Suprema de Justicia referidas al instituto jurídico del matrimonio, y seis sobre el instituto jurídico de la patria potestad. Son un resultado parcial de la investigación "Análisis normativo y jurisprudencial del Derecho de Familia en Colombia de 1886 a 1991", primer proyecto desarrollado por el Semillero de Investigación en Hermenéutica Jurídica –HERMES– en el ya lejano periodo de 2009 a 2011.

Esta investigación se inició a instancia del profesor Laureano Gómez Serrano y tenía como propósito robustecer la investigación en Derecho de Familia ante la puesta en marcha de la primera cohorte de la Maestría en la materia que el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas impartiría.

[24] Miembro del Semillero de Investigación e Hermenéutica Jurídica –HERMES–.

Aunque estas conclusiones ni en 2009 ni hoy día tienen alguna utilidad práctica, son fiel testimonio del quehacer de formación para la investigación jurídica que se viene desarrollando en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Quienes participaron en este proyecto de investigación no tenían un interés directo en el Derecho de familia, pues al empezar a desarrollarlo, por ejemplo, no habían cursado la materia respectiva dentro del currículo de Derecho. Nuestro interés radicaba en esencia en saber sobre hermenéutica jurídica (como método), por lo que el Derecho de familia se presentó como una excusa para indagar sobre los métodos y técnicas de interpretación jurídica.

Las sentencias analizadas fueron nuestro objeto de investigación, en las que nos adentrábamos a analizar cómo era que los magistrados de la más alta Corte del país habían resuelto los litigios del Derecho de familia, en un período en donde la historiografía jurídica nos enseñaba que preponderantemente había imperado el formalismo jurídico. También nos interesaba establecer la utilización de la jurisprudencia de como fuente de Derecho por parte de la misma Corte Suprema.

Estas advertencias son necesarias para que el lector comprenda el porqué de las constantes referencias a los métodos y técnicas de interpretación en este texto que se pone a su disposición.

En todo caso, en las líneas siguientes se podrán rastrear ciertos impactos que la realidad política y social tuvo sobre el Derecho de Familia a lo largo del siglo XX, que fue ciertamente un campo de lucha entre liberales y conservadores, aunque la explicación de esos fenómenos se encuentran en otros textos[25].

Adelante se expondrán los resultados referidos cuantitativos y cualitativos de los institutos jurídicos del matrimonio y la patria potestad.

I. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL MATRIMONIO Y LA PATRIA POTESTAD EN NÚMEROS

657 fueron el total de sentencias proferidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en materia de familia, en el período comprendido entre 1927[26] y 1991. De ellas 104 fueron del instituto jurídico del matrimonio, es decir el 17,8%. Para el análisis jurídico en mención, se clasificaron las sentencias atendiendo a los temas con que el ordenamiento jurídico

[25] Sobre el instituto jurídico de familia se han ampliado los resultados que aquí se presentan en dos artículos: (i) "E l régimen patrimonial de las sociedades conyugales surgidas antes del 1° de enero de 1933 a la luz de la Ley 28 de 1932: un respaldo jurisprudencial de la Corte de Oro a la construcción de la República Liberal"; y (ii) "La sociedad de hecho entre concubinos y la Corte de Oro: un dilema jurisprudencial". De esta investigación, aunque del instituto jurídico de filiación, también cabe destacar el artículo "El Gusano en la Manzana: un caso de filiación visto a la luz de los *Critical Legal Studies*", primera publicación del Semillero HERMES.

[26] Aunque en el proyecto se pretendía analizar sentencias desde 1886, en la Hemeroteca de la UNAB solo existen Gacetas Judiciales desde 1927 en adelante.

colombiano regula este instituto: i) Matrimonio, ii) Sociedad Conyugal, iii) Régimen Patrimonial, iv) Nulidad Matrimonial, v) Separación de Bienes, vi) Separación de Cuerpos, vii) Divorcio, viii) Alimentos y ix) Deberes y obligaciones entre cónyuges.

Por el contrario, solo seis versaban sobre la Patria Potestad, es decir, el 0.93% de las sentencias recopiladas.

Debido a la gran cantidad de sentencias encontradas, en principio en el semillero de investigación se decidió analizar solamente una muestra representativa de los diversos temas de cada instituto. Para la selección de esta muestra se desecharon las sentencias que no aportaban utilidad alguna para el logro de los objetivos planteados para este proyecto, como en las que el punto de derecho del litigio giraba en torno a aspectos procesales o debates probatorios de las partes.

Luego se decidió analizar todas las Sentencias comprendidas dentro de los tres años anteriores y cuatro posteriores a la expedición de alguna ley que versara sobre cada uno de los subtemas mencionados, serían nuestros periodos de análisis; y respecto de las sentencias no comprendías en estos márgenes, se acordó analizar una sentencia por cada año, para ver así la labor de recepción y de interpretación de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, en la recopilación y en el análisis de las sentencias se observó que la producción de la Corte no respondía al volumen que en principio el grupo esperaba. Situación especialmente apremiante en el caso del instituto del matrimonio. Ante esta situación, el principio orientador para la selección de las sentencias a analizar fue la calidad y pertinencia del contenido que cada una presentara.

Por la anterior situación descrita, fueron descartados algunos de los temas del Matrimonio como instituto jurídico, los cuales no tuvieron desarrollo jurisprudencial por parte de la CSJ, o porque el dado fue muy exiguo sin aspectos relevantes que resaltar, siendo estos: viii) alimentos y ix) Deberes y obligaciones entre cónyuges.

Igualmente debe señalarse que al momento de realizar la primera clasificación de las sentencias, se obvió un tema que toca tangencialmente al matrimonio y que reviste una gran importancia para la investigación como lo es lo concerniente al Concubinato, que fue tratado ampliamente por la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual se llevó a cabo el análisis jurisprudencial de las sentencias que tocaban este tema. En conclusión, de un total de 117[27] sentencias recopiladas del instituto jurídico del matrimonio, 53 fueron analizadas y distribuidas de la siguiente manera:

[27] Si bien atrás se señalo que eran 104 las sentencias recopiladas, algunas de ellas tocaron varios temas, de allí que el total sumen 117 Sentencias.

TEMA	Recopiladas	Analizadas	%
1. Matrimonio	12	5	41,6
2. Concubinato	12	5	41,6
3. Sociedad Conyugal	20	5	20
4. Régimen Patrimonial	18	9	50
5. Nulidad del Matrimonio	7	6	85,7
6. Separación de Bienes	23	9	39,1
7. Separación de Cuerpos	22	1	50
8. Divorcio	3	3	100
TOTAL	117	54	45,29

Respecto a la producción jurisprudencial del instituto jurídico del matrimonio por décadas, se observa que durante las dos primeras (30's y 40's) fue baja, en donde los litigios ventilados ante la CSJ principalmente giraban respecto de la Sociedad conyugal, la Separación de Bienes, el Régimen Patrimonial del Matrimonio y Concubinato. Durante los años cincuenta, la actividad de la Corte incrementó un poco, donde los temas cuatro y sexto tendrían preponderancia en la agenda de su Sala Civil-Familia. En la década siguiente, se registró un considerable declive de la labor judicial de la Corte. Finalmente en las décadas de los años setentas y ochentas, la Corte fue aumentando su actividad, teniendo como pico más alto la última década señalada, en donde la Separación de Cuerpos se presentó como el tema más estudiado por la Corte Suprema, durante el lapso en que se centra esta investigación. Resulta muy peculiar que la Separación de Bienes, el tema más debatido hasta los años setenta, desapareció de la esfera judicial de la Corte en la última década.
Las anteriores conclusiones se extraen de la siguiente tabla:

Temas	1927-1939	1940-1949	1950-1959	1960-1969	1970-1979	1980-1991	Sentencias
1. Matrimonio	1	2	3	-	3	4	13
2. Concubinato	1	3	2	-	4	2	11
3. Sociedad Conyugal	4	2	1	4	4	2	19
4. Régimen Patrimonial	3	4	6	1	1	4	20
5. Nulidad del Matrimonio	-	1	1	-	2	3	7
6. Separación de Bienes	6	-	6	5	5	-	22
7. Separación de Cuerpos	-	-	-	-	5	18	23
8. Divorcio	-	-		1	1	1	4
TOTAL	14	12	20	11	25	34	119

2. RESULTADOS SOBRE EL INSTITUTO JURÍDICO DEL MATIRMONIO

2.1. Matrimonio

No hubo un tema en particular que ocupará la agenda jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia. La exégesis fue el principal método de interpretación utilizado por la Sala Civil para desentrañar el significado de las leyes, en torno a las cuales giraron los problemas jurídicos, unas veces acertando en la elección, especialmente porque se trataban de normas cuya intelección resultaba fácil pero que eventualmente los casacionistas querían darles alcances irracionales; y otras tantas sin gran tino pues la Corte ciertamente prefirió rendirle culto al tenor literal de una norma jurídica restrictiva que no preveía la habilitación de edad para las mujeres, desistiendo de esta forma en otorgarle un valor activo a la jurisprudencia y así adaptar tal norma a los diversos cambios sociales y normativos que se dieron desde la expedición del Código Civil.

Sin embargo, en otras oportunidades la Corte Suprema de Justicia debió integrar sistemáticamente el Derecho, en especial las disposiciones de la Ley 28 de 1932 y las del Código Civil, pues tuvo que determinar si la capacidad jurídica de la mujer casada varía según la edad, concluyendo que las mayores de edad tenían plena capacidad de goce y de obrar, mientras que las menores de edad eran incapaces y se representaban por medio del marido, con la aclaración que aquel ya no contaba con las facultades previstas anteriormente en el régimen patrimonial del Código Civil y quedaba sujeto a las reglas exigidas por el régimen civil de guardas.

2.2. Sociedad de Hecho entre Concubinos

Si hay un tema en el que se note drásticamente un actuar antiformalista de la Corte Suprema de Justicia en la interpretación del Derecho de familia es en éste. Y es así debido a que en ninguna parte del Código Civil ni en ninguna ley expedida por el legislativo se encuentra si quiera previsto, y mucho menos regulado, la posibilidad de entre concubinos pueda surgir una Sociedad de Hecho.

Durante finales del siglo XIX y por más de un cuarto del siglo XX, en donde la Escuela de la Exégesis imperó en el ámbito judicial nacional, la judicatura no dijo, en relación al tema, más que lo previsto en el Código Civil. Entonces, siendo claro que la obra del legislador era completa y perfecta, y que no hay omisión deliberada, era entendible la postura de la jurisprudencia nacional.

Sin embargo, a mediados de la década de los años treinta se produce el cambio de magistrados de la Corte Suprema, y con ellos una nueva doctrina jurídica entraba al país; doctrina que si bien venía evolucionando desde finales del siglo XIX en Europa resultaba extraña, pero no incompatible, para la cultura jurídica colombiana. Dentro de las diversas innovaciones traídas por la Corte de Oro al ordenamiento jurídico patrio, resalta el manejo de las fuentes del Derecho, en donde si bien los códigos y las leyes eran la fuente principal, ya no eran la únicas; habían otras fuentes que tenían importancia a la hora de administrar justicia, especialmente la jurisprudencia, pues mediante ella rompieron la rigidez del

sistema jurídico colombiano e introdujeron elementos muy importantes que lo revitalizaron.
Sin lugar a dudas, y pese a las concepciones religiosas imperantes durante el principio de siglo, no eran pocas las personas que, sin contraer matrimonio o no pudiendo hacerlo (recuérdese que el matrimonio es monógamo, perpetuo e indisoluble), se iban a convivir juntas, a manera de esposos y, aunque el derecho no reconocía ningún efecto a las relaciones extramatrimoniales, paralelamente a esta vida en común, los concubinos podrían llegar a desarrollar actividades civiles o comerciales tal como muchos particulares lo hacían, quienes sí podían eventualmente participar en beneficios, repartirse los desembolsos y llegar a liquidar la sociedad de hecho que surgiese. Igualmente se debe señalar que el código civil tampoco prohibía la formación de sociedades de hecho entre concubinos porque no establecía una inhabilidad[28] para celebrar este tipo de convención, pero no se contaban con los requisitos, las características y los límites que hacían admisible, y que además eran necesarios, la Sociedad de Hecho entre concubinos.

Determinar las anteriores vicisitudes, en la voluntad del Derecho y no en la del legislador, fue la grandiosa labor de la Corte de Oro. Para ello la Corte acudió a "las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales francesas más modernas y autorizadas"[29] que ya se habían ocupado de este trabajo y que no pugnaban con la legislación civil colombiana (recuérdese que en gran parte es hija del *Code Civil* francés).

Así se establecieron las reglas necesarias que se debían observar para determinar si entre los concubinos se desarrolló una legitima sociedad de hecho, de ellas unas eran comunes a las exigidas a los particulares y otras se requerían específicamente a los concubinos. Las primeras exigían que: 1. Se tratará de una serie coordinada de hechos de explotación común, 2. Ejercida paralelamente entre los asociados para la consecución de beneficios, 3. Desarrollada en pie de igualdad, sin que entre ellos haya una relación de dependencia o subordinación, 4. Sin que se tratara de un estado de simple indivisión, tenencia, guarda o vigilancia de bienes comunes; y las últimas, de mayor importancia, requerían, 5. Que la sociedad no se creara con la finalidad de crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato pues si fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, nulidad derivada de la aplicación de la teoría de la causa; y 6. Que se pudiera distinguir lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa, de lo que es la el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida a la administración de los bienes de uno y de otro o de ambos. Era tal el antiformalismo, que para la determinación de estos requisitos la Sala Civil no se remitió, ni señaló ninguna norma jurídica.

Si bien la ola antiformalista en la Corte Suprema de Justicia no duró mucho, se conservó su herencia en esta figura jurídica; a tal punto que hasta en la última Sentencia que se recopiló para el presente proyecto se mantenía la "doctrina invariable" establecida por la jurisprudencia desde 1935, con casi ningún avance.

[28] Tenían pues Legitimidad Negocial.
[29] Sentencia de 30 de noviembre de 1935. M.P. Eduardo Zuluaga Ángel (G.J. T-42 Págs. 476-485)

Incluso durante las siguientes tres décadas la Sala Civil transcribía las reglas mencionadas anteriormente junto con otras consideraciones (que generalmente se presentaban en orden diverso al de la Sentencia anterior) para luego contrastarlo con el acervo probatorio de cada caso y determinar si de éste cumplía con tales requisitos.

No sería sino la década del 70 cuando la Corte Suprema pronunció algo nuevo[30] sobre la Sociedad de Hecho entre concubinos, en este caso para señalar que el hecho que los concubinos combinen sus esfuerzos buscando facilitar la satisfacción de las obligaciones familiares comunes o crear una fuente de ingresos destinados al pago de las erogaciones que la vida en común demanda, o las que exige la crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, no impide que la Sociedad de Hecho pueda ser declarada pues en todos estos fines va implícito el propósito de repartirse los remanentes.

2.3. Sociedad Conyugal

Sin mayores controversias se desarrolló la labor judicial de la Corte Suprema de Justicia en sede de este tema; sin embargo resultó de gran importancia pues al darle integridad y coherencia al ordenamiento civil colombiano se racionaliza la resolución de los conflictos surgidos entre los particulares.

A ninguna otra conclusión se llega al observar el trabajo de delimitación y caracterización desarrollado sobre la sociedad conyugal y, en especial, su liquidación. Y si bien la principal fuente de derecho utilizada por la Corte para fundamentar sus decisiones fue, en general la ley, y en particular el Código Civil, el límite de la Corte no fue el texto de una ley sino el sistema jurídico en su totalidad, en razón a que no había un único artículo que previera la solución a los casos objeto de estudio. De esta forma se precisó que los intereses que tienen los cónyuges en la sociedad conyugal no crean una personería jurídica para estos patrimonios transitoriamente autónomos, y que los derechos universales sobre la masa de gananciales surgen por virtud de la ley y no por el esfuerzo que cada cónyuge hubiese realizado para su obtención.

Igual importancia revistió recordar que la liquidación sociedad conyugal debe estar precedida por otros juicios, como disolución o nulidad del matrimonio, divorcio, o separación de bienes; y que la voluntad de los cónyuges es insuficiente para disolver la sociedad conyugal, requiriéndose por tanto sentencia judicial.
Por otra parte, no se observó un uso importante de la jurisprudencia como fuente, ni siquiera como subsidiaria en la resolución de litigios.

2.4. Régimen Patrimonial del Matrimonio

El gran acontecimiento legislativo del siglo XX en el tema de referencia fue la Ley 28 de 1932 que derogó la regulación prevista en el Código Civil y estableció una sustancial y

[30] Se trata de la Sentencia del 18 de octubre de 1973 que nunca fue publicada, pero se pudo conocer su parte considerativa por cuanto que la Sentencia del 26 de agosto de 1976 (M.P. Germán Giraldo) citó sus principales considerandos y argumentos

radicalmente diferente. Los ejes principales de la reforma se fundamentaban, en que la Sociedad Conyugal es administrada por ambos cónyuges, en igualdad de derechos y con las mismas facultades, y que durante el matrimonio, cada uno de ellos tiene la libre administración y disposición de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio, así como de los adquiridos con posterioridad, y sólo al liquidarse la sociedad conyugal, se considera que los cónyuges han tenido una sociedad desde la celebración del matrimonio.

Igualmente la Ley 28 de 1932 confirió la potestad a los cónyuges de las Sociedades Conyugales surgidas bajo el régimen jurídico anterior, de liquidarlas provisionalmente respecto de los bienes adquiridos durante la vigencia de aquél.

Sobre la aplicación de la Ley 28 a las sociedades conyugales que se formaron con posterioridad a su entrada en vigencia[31], no hubo mayor problema; sin embargo, respecto de las surgidas bajo el régimen patrimonial del Código Civil y no liquidadas provisionalmente, se presentaron serias irregularidades interpretativas, ya que los jueces de las instancias llegaron a decir que la Ley 28 las había disuelto.

Y es precisamente el anterior punto de Derecho sobre el cual la Sala Civil debió centrar su estudio con mayor esfuerzo, principalmente en los primeros años, pues fueron varias sentencias casadas por incurrir en el error mencionado. A través del estudio de la voluntad del legislador al momento de expedir esta ley, de la integración sistemática de los preceptos normativos en ella contenidos, y la aplicación de las disposiciones relativas a los efectos de las normas jurídicas[32], la Corte llegó a la conclusión que las disposiciones de la Ley 28 de 1932 se aplicaban a las sociedades conyugales ilíquidas a 31 de diciembre de 1932, y en consecuencia cada cónyuge podría administrar libremente los bienes sociales adquiridos con anterioridad al 1º de enero de 1933, pero para la disposición de dichos bienes, los cónyuges debían obrar conjuntamente. Ahora, el marido no podía disponer de forma absoluta sobre ellos como anteriormente lo podía hacer, en su calidad de Jefe de la Sociedad Conyugal. Mediante muchas sentencias en las que la Corte Suprema reiteró esta doctrina, en donde además continuamente se citaban las consideraciones de sentencias anteriores para fundamentar los fallos con los litigios que paulatinamente se presentaban.

Lo anterior sucedió hasta el año de 1946, cuando la Ley 68 de 1946 hizo su aparición en el ámbito judicial, pues dispuso que las sociedades conyugales preexistentes a la entrada en vigencia de la Ley 28 de 1932 y que no se han liquidado provisionalmente, respecto de los bienes adquiridos a 1o de enero de 1933, se siguen rigiendo por el régimen patrimonial previsto en el Código Civil. Frente a esta situación, es claro que la ley, al contrario de lo señalado por HASSEMER citado por GÓMEZ SERRANO[33], sí puede determinar la evolución

[31] Enero 1° de 1933
[32] C.C. Título Preliminar , Capítulo III
[33] Gómez Serrano, Laureano. *Las fuentes del derecho en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*. En "Revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS", de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. N° 55, 2008 p. 24

de la jurisprudencia, pues aquí el legislativo se valió de una figura jurídica[34] típica - aunque pocas veces utilizada- de un ordenamiento jurídico del siglo XIX: Interpretación por Autoridad, en donde la voluntad del legislador es la fuente del Derecho por excelencia, y la autoridad interpretativa superior.

De tajo se destruyó la doctrina de la Sala Civil decantada durante 13 años, pues con esta nueva normatividad el marido puede disponer libremente de los bienes sociales adquiridos antes del 1o de enero de 1933, en razón a que él es el dueño frente a terceros de dichos bienes, como si fueran propios formando un solo patrimonio junto con los adquiridos por él. En conclusión, hubo dos regulaciones completamente distintas del Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.

Durante la segunda parte del siglo XX, la Corte se dedicó a fijar los límites de la facultad de libre administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal por parte de los cónyuges -para las sociedades reguladas por el régimen de la Ley 28 del 32- y del marido, respecto de las sociedades cobijadas por el régimen del Código Civil en virtud de la Ley 68 de 1946. Sobre este punto advirtió que dicha facultad no es absoluta y encuentra su sustento en cuanto no esté encaminada a defraudar los derechos universales[35] que cada uno de los cónyuges tiene sobre la masa de gananciales de la Sociedad Conyugal al momento de ser liquidada; así, si algún bien salió de la Sociedad conyugal para que no entrara en la liquidación de la sociedad conyugal disuelta o en la distribución cuando se ha decretado la separación de bienes, debe ser restituido a la Sociedad conyugal para que se incluyan y se lleve a cabo tal fin.

En este tema, es de resaltar el carácter no formalista de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que para colmar adecuadamente los vacíos normativos, en especial de la Ley 28 de 1932, ya que debió, como se expresó anteriormente, buscar el fin con que se expidió la ley mediante su integración sistemática con el resto del derecho; se presentó una importante creación de derecho.

Si bien el sentido de la interpretación de la legislación entorno al Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal fue constante y uniforme a través de los años– con la salvedad señalada, la cual es un elemento exógeno a la CSJ – no se observó que las sentencias revisadas se tuvieron como precedente judicial, simplemente se le concibió como doctrina probable creada por el Tribunal de Casación.

2.5. Nulidad del Matrimonio

Con la regeneración triunfante, y Dios como fuente suprema de toda autoridad y con un Rafael Núñez ávido de su divorcio para poder legitimar sus nupcias con Soledad Román, empieza un proceso en donde el Estado colombiano se desata del ideario del radicalismo, establecido desde la Constitución de Rionegro de 1863, y en donde las doctrinas y preceptos

[34] C.C. Art. 25

[35] Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho civil Tomo I: Parte general y personas.* 16° ed, Bogotá: Temis, 2006 p. 202.

de la Iglesia Católica se iban a inmiscuir en la vida social, política y religiosa de la sociedad colombiana, no solo a través de la propaganda gubernamental, sino también mediante normas jurídicas.

La consumación de esta nueva relación con la Santa Sede se dio con la firma del Concordato de 1887 con el Papa León XIII, aprobado por la Ley 35 de 1888. Colombia era ahora un Estado confesional; la influencia de la fe católica sobre el legislador llegaba hasta los tuétanos y el desprecio a las conquistas del ideario liberal era total. Prueba de esto es que el legislador decidió declarar que el matrimonio civil era anulado *ipso iure* si posteriormente uno de los cónyuges celebraba un matrimonio católico[36].

Hay que recordar que con el Concordato se estableció que los colombianos católicos sólo podían contraer matrimonio de acuerdo a los ritos de la iglesia católica. A todas luces, esta situación legislativa fue caótica - desafortunadamente no se pudo ver el desarrollo jurisprudencial dado por la Corte Suprema de Justicia[37] - y generó una serie de inconvenientes entorno a la validez de los matrimonios civiles y a la posibilidad de que los colombianos pudieran casarse civilmente.

Las respuestas a estas necesidades vino a ser dada por la Ley 54 de 1924 que permitió la coexistencia del matrimonio católico y del civil, con la realización previa de un trámite legal para la celebración de este último, con el cual los esposos declaraban separarse de la iglesia católica, y sobre la aplicación de estas disposiciones se ocupó la Corte Suprema de Justicia. Respecto a esta ley, a su vez también debió aclarar el ámbito personal de validez del Concordato de 1887, el cual no obliga en lo absoluto a los católicos extranjeros, debido a la aplicación del Estatuto Personal previsto en el artículo 19 del Código Civil, el cual implicó que el estudio sobre la validez del matrimonio de un extranjero, celebrado en el exterior, debe hacerse conforme a las leyes del país de aquél que regulan la materia.

Es de resaltar como la Corte Suprema para la interpretación de la Ley 54 de 1924, centró su estudio en el texto normativo, y para desentrañar su sentido, acudió a determinar los motivos que tuvo el legislador para expedir esta norma jurídica a través el estudio del proceso de formación de la ley, en especial de las notas cruzadas entre el Ministro Plenipotenciario de Colombia en el Vaticano y el Cardenal Secretario de Estado, junto con los textos preparativos y discusiones parlamentarias, igualmente estudió la evolución normativa concerniente al tema desde 1887, ya que la Ley 24 del 24 tocaba aspectos concernientes con el concordato. Digamos que la exégesis fue el método hermenéutico eclipsante, del cual se valió la Sala Civil de la Corte Suprema, para cumplir las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en los diversos Concordatos celebrados con el Vaticano[38].

---

[36] Ley 30 de 1888 Art. 34 "*El matrimonio contraído conforme a los ritos de la Religión Católica anula ipso iure el matrimonio puramente civil, celebrado antes por los contribuyentes con otra persona*"
[37]El acceso a las Gacetas Judiciales empieza en 1932, pues la Hemeroteca de la UNAB no cuanta con registros anteriores.
[38] L. 35/1888 y L. 20/1974

Finalmente, la ejecución de las sentencias extranjeras que declaraban la nulidad de matrimonios católicos fue objeto de estudio de la Corte Suprema. Aclaró que si eran dictadas por Tribunales Eclesiásticos extranjeros, no se requería el trámite del exequátur, debido a que la Jurisdicción eclesiástica reconocida por el Estado colombiano no tenía un territorio determinado en algún país para adelantar determinado proceso, sino en cambio se extendía por todo el mundo; por tanto, para que sus Sentencias tengan efectos civiles, solo basta que de su ejecución se encarguen los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. En cambio, si las nulidades eran declaradas por Tribunales Civiles del exterior, estas jamás podrían tener efectos en Colombia, pues como expresamente se pactó en el Concordato de 1973[39], tal declaración es de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos[40].

2.6. Separación de Bienes

La labor judicial de la Corte Suprema de Justicia en este punto de derecho se centró casi de manera total en la interpretación de las disposiciones del artículo 154[41] del Código Civil, es decir, de las causales que hacen procedente la Separación de Bienes. Esta norma jurídica daba lugar a diversas interpretaciones: varias causales no tenían un sentido claro e inequívoco, y algunas veces se les intento dar un alcance, que tras un estudio serio de esta normatividad resultaba ostensiblemente erróneo.

Para desentrañar el sentido de la mencionada disposición, en un primer momento la Corte se aproximó al texto normativo mediante su análisis semántico, lógico y gramatical. Prueba de lo anterior es como, para aclarar términos como "abandono absoluto", "ultrajes", "trato cruel", la Corte acude a los sinónimos y antónimos, a las definiciones que las autoridades del lenguaje han establecido, buscando el sentido natural de estas palabras. Posteriormente, la Sala Civil de la Corte una vez verificado el sentido de la proposición normativa particular procede a relacionarla con el sistema en el cual está inmersa para obtener, de forma armónica, el querer del derecho.

Frente al "abandono de los deberes de marido o esposa y de padre o madre", es claro que, para la configuración de esta causal, no se debe presentar una desatención en todos los planos en que estos deberes se presentan, así como tampoco se cumplen, con la observancia de algunos de ellos. En definitiva, lo que va a permitir configurar la causal cuarta del artículo 154 C.C., en primer momento, es que con el incumplimiento se impida el alcance de los fines que la ley persigue al imponer tales deberes. Pese a lo anterior, la Corte fue consciente, y así lo expresó, de que la jurisprudencia nunca podrá señalar pautas rígidas para decidir todos los casos que se lleguen a debatir frente a la jurisdicción del Estado, sino

[39] Ley 29 de 1974
[40] Artículo VII
[41] Si bien este artículo se denomina "Causas del Divorcio", se debe recordar el artículo 2 de la Ley 8 de 1922: "*Son también causales de separación de bienes las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido, de acuerdo con el art, 154 del C.C. y la disipación y el juego habitual del art. 534 del mismo*". Es de advertir que los Decretos 2820 de 1974, 772 de 1975 y la Ley 1 de 1976 trajeron modificaciones a las causales de la separación de bienes, pero la última sentencia analizada para éste proyecto en dicho tema es de 1971; por tanto, tales cambios no se observan el presente trabajo.

que tal función compete al arbitrio de los Juzgadores, quienes deben atender las particulares características y circunstancias de cada caso.

Sobre el término "abandono" utilizado en la norma mencionada, también fue menester de la Sala Civil establecer su sentido lógico, su alcance, sus limitaciones y las consecuencias de la responsabilidad por incurrir en aquél; y esto lo realizó ante varios planteamientos que rayaban en lo absurdo.

De esta forma no tuvieron cabida las voces que obviaban el análisis de las causa que motivaban el incumplimiento de los deberes por parte del cónyuge, y supeditaban la configuración de la causal a la mera constatación en la realidad perceptible del no cumplimiento, con lo cual se llegaba a equiparar el abandono hecho por la mera liberalidad del cónyuge, con el generado por un hecho ajeno a la voluntad de éste o como reacción a una violación grave los deberes por parte del otro; o que pretendían que el cónyuge que ha incumplido sus deberes, no pudiera promover un juicio de separación de bienes con fundamento en el incumplimiento de los deberes por parte su cónyuge. Los brocardos jurídicos, dijo la Corte, deben ser aplicados correctamente, y no es posible establecer una compensación de culpas con fundamento en el principio *Nemo propriam turpitudiem allegans potest,* ya que se llegaría situaciones sin salida, no queridas por el legislador.

Así mismo, respecto de los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, señala que pese a enunciarse pluralmente en el precepto jurídico, no deben ser ni múltiples ni frecuentes, porque bien puede un solo golpe y una sola mala palabra imposibilitar la paz y el sosiego doméstico. Con lo anterior, se llega a la conclusión de tener que cada caso en concreto, debido a que no cualquier golpe puede generar esta consecuencia, sino eventualmente uno que lesione gravemente a uno de los cónyuges; e igualmente tratándose de ultrajes contra las mujeres, por ejemplo, debe atenderse los niveles de educación, religiosidad, pulcritud y honorabilidad de la mujer contra quien se dirija, porque no se causa la mismo perturbación psicológica con una palabra dicha a una dama que a una mujerzuela.

Finalmente, en los últimos años en que la Separación de Bienes fue estudiada por la Corte Suprema de Justicia – que como ya dijimos el interés hacia ella se interrumpió abruptamente en los ochenta, después de ser uno de los más debatidos en las décadas precedentes –, el análisis desbordó la literalidad de las normas jurídicas, porque como bien dijo ROCCO "la exegesis, no es sino la primera forma, la primera manifestación del estudio científico del derecho… y la de más bajo nivel"[42], e hizo al sistema jurídico el objeto su análisis jurídico.

Lo anterior se dio porque emergió una laguna normativa en lo concerniente a la legitimación para promover la separación de bienes, habida cuenta de que como mecanismo de protección que garantiza la correcta administración de los bienes que hacen parte del

[42] Rocco, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p.21

acervo conyugal, en el régimen patrimonial previsto en el Código Civil en donde el marido era el único administrador de tales bienes, naturalmente la mujer era la destinataria de esta garantía y en quien residía la facultad de promover la separación[43], pero con el advenimiento de la Ley 28 de 1932, que otorgó la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenecen al momento de contraerse el matrimonio y de los que posteriormente adquiera, se debe extender la facultad concedida en principio a la mujer al marido. Es así pues no de otra forma se pueden proteger sus derechos universales, que con la nueva situación legal, quedan en posibilidad de ser perjudicados ante una eventual administración fraudulenta de la mujer coadministradora.

2.7. Separación de Cuerpos[44]

La creación de esta figura jurídica por parte del legislador requirió de una importante labor judicial por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, enfocada principalmente a integrar las normas jurídicas que lo regulaban con el resto del mundo jurídico del cual se rodeaba. Definir el concepto, dar sus características, determinar sus causales, fijar sus límites y diferenciarlo con otras disposiciones normativas con las que pudieran surgir ambigüedades ocuparon por largo tiempo a la Corte.

Primordialmente, la Sala Civil debió interpretar el texto normativo del artículo 154 del Código Civil, ya que debía saber cuáles conductas eran las que el Derecho consideraba como reprochables y que, con el fin de que no se presentaran en el acontecer matrimonial, las sancionaba configurándolas como causales de separación de cuerpos. Para ello no se centró hermenéuticamente en el tenor literal de las palabras usadas por el legislador, pues de éste surgían múltiples interpretaciones, entre las cuales se podrían encontrar unas irracionales. Para determinar el sentido de la Ley 1 de 1976[45] y dar la seguridad jurídica que los ciudadanos requerían, la Corte interpretó dichas proposiciones normativas en función del instituto jurídico al que pertenecía. De esta forma aclaró que aunque se utilizaban términos en plural como ultrajes, relaciones extramatrimoniales, incumplimiento de deberes, para la configuración de dichas causales, no se requería efectivamente la ocurrencia de más de uno de dichos actos o que se realizaran con alguna frecuencia, pues la fidelidad que el derecho exige a los cónyuges se mancilla con un solo acto de adulterio, y para acabar con la paz doméstica y hacer inalcanzables los fines previsto para el matrimonio basta un solo maltrato o un solo golpe, y el cumplimiento de los deberes surgidos del matrimonio debe ser total, sin que sea posible llegar a incumplir alguno de ellos.

De la misma forma que en otros temas tratados en esta investigación la Corte recordó que si un cónyuge incumple los deberes que su calidad le impone, este no puede promover el

43 C.C. Art.200

44 A lo Código Civil que en un principio llamaba divorcio (Art. 153:"*El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados*") es, en esencia, lo que posteriormente se denomino Separación de Cuerpos (Ley 1 de 1976 Art. 17). Por esta razón, las sentencias recopiladas antes de la creación de 1976 que versaran sobre "*Divorcio*" se incluyeron en el análisis de la Separación de cuerpos debido a su semejanza sustancial.

45 "Por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regulan la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico"

juicio con fundamento en su propia culpa, pero si lo puede hacer por el incumplimiento de los deberes por parte de su cónyuge; lo anterior lleva a concluir que no hay compensación de culpas.

En el ámbito procesal se presentó una particular contradicción por parte de la Corte. La Ley 1 de 1976 reguló, entre otras cosas, el divorcio y la separación de cuerpos. El primero sería siempre contencioso y el segundo se podría llevar a cabo, además, por mutuo acuerdo. Para el divorcio y la separación de cuerpos contenciosa se previeron las mismas causales. Por requerir el divorcio necesariamente la litis, se tenía la prohibición probatoria de la confesión de los cónyuges. Y al tener como mandato legal aplicar las normas del divorcio a la separación de cuerpos en cuento no fuesen incompatibles[46], la Corte Suprema de Justicia extendió, en un comienzo, dicha prohibición a la separación de cuerpos, señalando que en tal caso los cónyuges debían acudir al trámite voluntario, que se ventilaban en un proceso verbal.

Años después, la Sala Civil entendió que la restricción probatoria mencionada anteriormente no se podía aplicar a la separación de cuerpos, debido a que el régimen probatorio del divorcio es más riguroso que el de ésta, en especial porque el alcance de sus efectos jurídicos es mayor.

Todo esto llevó a que la Corte Suprema aceptará la procedencia de una separación de cuerpos teniendo como única prueba la confesión del cónyuge, sin que con ello se equipare los dos procedimientos previstos, pues en este caso el cónyuge no se sustrae de las sanciones previstas para los cónyuges culpables. Este cambió jurisprudencial es responsable, la Corte justifica la nueva interpretación, pero no se tiene ninguna garantía de que en el futuro, con nuevos magistrados, no se retorne a la primera tesis.

Por otro lado, la Corte negó a los dementes cualquier posibilidad de llevar a cabo la separación de cuerpos por mutuo acuerdo, por cuanto ésta exige que sean los cónyuges quienes expresen la voluntad de dar por terminado de manera indefinida o temporal su vida en común, sin que pueda ser suplida por el curador, habida cuenta de que los efectos de la separación recae sobre los cónyuges; además, recordó que si uno de los cónyuges sufría una perturbación física se debía acudir al proceso contencioso pues la ley había previsto una causal con la que podría llegar a ser procedente la separación de cuerpos[47].

2.8. Divorcio[48]

No hay mucho que decir sobre el tema de la investigación del que menos sentencias se recopilaron. La Corte tuvo que pronunciarse sobre la contabilización del término de caducidad de la acción divorcio cuando se ejercita con fundamento en las relaciones extramatrimoniales; y sobre el trámite del exequátur, del cual quedan excluidas las sentencias de Tribunales Católicos extranjeros pues dentro de las obligaciones adquiridas

[46] Ley 1 de 1976 Art. 18
[47] Ley 1 de 1976 Art. 4 N°6
[48] Nos referimos aquí al que disuelve al matrimonio civil.

por Colombia en el Concordato con la Santa Sede, no se determinó la competencia de estos en ningún territorio; y recordó que procede siempre que el Estado de donde proviene la sentencia otorgue fuerza vinculante a las decisiones dictadas por jueces colombianos.

3. RESULTADOS SOBRE EL INSTITUTO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD

La Sala Civil de la Corte asumió en este instituto una postura muy activa a la hora de solucionar los litigios llevados a ella, algunas veces creando verdaderamente derecho, corrigiendo ostensibles errores de las instancias y otras tantas aclarando los pasajes legislativos oscuros, ambiguos y contradictorios entre los cuales no pocas veces trataban de colarse interpretaciones y tesis, en principio posibles y por qué no correctas, pero que se hacían agua después de un estudio científico y sistemático de diversas disposiciones buscando, como diría MONROY CABRA, "el espíritu que informe el ordenamiento jurídico"[49].

Se debe advertir que esta característica del trabajo de la Corte Suprema no responde a una particular ola de antiformalismo de los magistrados, como llego a suceder en alguna época[50], ya que las sentencias analizadas se profirieron en un lapso de casi 40 años[51]; y comparando con lo visto en los otros institutos jurídicos objeto de la presente investigación, en donde algunas veces salta a la vista una pleitesía a las palabras del legislador, nos atrevemos a concluir que ésta peculiaridad vista alrededor de la Patria Potestad obedece a su naturaleza misma, pues trata directamente con los niños, los cuales si bien no gozaban con garantías para su protección con base en su particular estado de indefensión –como si ocurre bajo la Constitución de 1991–, si fueron merecedores de una especial atención por parte de la Sala Civil, la sociedad y, con el pasar del tiempo, el legislador[52].

Denota el antiformalismo en la Corte Suprema de Justicia cuando se libera de la literalidad del artículo 268 del Código Civil, que solamente permite reclamar el reembolso de los gastos a quien ha criado a un hijo que ha sido abandonado por sus padres, una vez que estos quieran asumir el cumplimiento de los deberes que hacia él tienen, y, por el contrario, establece que tal condición no es necesaria, debido a que los gastos de crianza y de alimentación esta impuesta por la ley a los padres, sin que pueda eximírseles del cumplimiento de estos deberes cuando bien los pueden asumir, declarando legitima la petición de pago de lo sufragado para ello, del tercero que ha criado al hijo abandonado.

Lo mismo se puede predicar cuando la Sala Civil diferencia entre el derecho real de habitación y el derecho del alimentario a recibir habitación de parte de su padre, pues el primero no se puede confundir con el segundo, ya que uno es un derecho real con sus propias formas de constitución y extinción, y el otro se puede considerar dentro de las

[49] MONROY CABRA, Marco. Introducción al Derecho. 16 Ed., Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 445
[50] Nos referimos, por supuesto, a la denominada Corte Admirable o Corte de Oro que sesiono entre los años 1935 y 1945.
[51] Véase la bibliografía.
[52] Ejemplo de ello es la Ley 83 de 1946 y la Ley 75 de 1968.

prestaciones alimentarias, que en todo caso debe pedirse al momento de exigir el pago de alimentos.

Un aspecto de gran importancia sobre el que se pronunció la Corte Suprema consistió en determinar las reglas que debe seguir lo jueces de instancia para determinar a quién se debe dejar el cuidado personal de los hijos del matrimonio que se disuelve. No es el cónyuge que pueda ofrecer las mejores condiciones económicas, sino aquél que demuestre una habilidad moral apropiada para ello, y esto se establece siempre que la causa que genera el divorcio o la separación de cuerpos no sea incompatible con la Patria Potestad, pues en ese caso dicho cuidado a de dejarse en cabeza del cónyuge inocente; y solo si ambos cónyuges incurren en hechos que excluyen la Patria Potestad, el Juez debe confiárselo a un tercero.

Al lado de la patria potestad hay dos figuras jurídicas que regulan situaciones diferentes, pero se complementan entre sí: el cuidado personal y la guarda. Este planteamiento que además de ser fundamental es sencillo, no era bien entendido por algunos falladores de instancia; y por ello, debió la Sala Civil ocuparse y señalar sus características y sus diferencias.

Señaló que el cuidado personal consiste en el conjunto de deberes encaminados a garantizar la formación integral del menor, quien es incapaz de autodeterminarse; y para el adecuado cumplimiento de los deberes anteriormente mencionados, la ley otorga un conjunto de derechos a los padres, que se denomina Patria Potestad.

Igualmente recordó que la Guarda está establecida para la representación de los incapaces, por lo cual se excluye con la Patria Potestad, ya que esta otorga la representación judicial y extrajudicial de los menores a los padres, pero si uno o ambos padres incurren en hechos que autoricen la exclusión de la patria potestad, la guarda viene a suplir las funciones de aquella.

Finalmente se debe señalar que la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la declaratoria oficiosa de pérdida de la patria potestad, en razón en que los intereses de los niños prevalecen sobre principios del derecho procesal, como el de *no reformatio in perjus*. Este es un claro ejemplo del carácter proteccionista que brinda, en particular el derecho de familia, a los derechos e intereses de los niños.

BIBLIOGRAFÍA

GIRALDO ÁNGEL Jaime y Giraldo López Oswaldo. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2007.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. Hermenéutica Jurídica: la interpretación a la luz de la Constitución, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2008.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. *Las fuentes del derecho en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*. En "Revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS", de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. N° 55, 2008

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. 16 Ed., Bogotá, Editorial Temis, 2006

LÓPEZ MEDINA, Diego. El Derecho de los Jueces. 2° Ed, Bogotá, Legis, 2006.

ROCCO, Arturo. El problema y el método de la ciencia del derecho penal, Editorial Temis, 1982.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho civil Tomo I: Parte general y personas. 16° ed, Bogotá, Editorial Temis, 2006.

Sentencias

En lo referente al Matrimonio:
CSJ Civil, 26 Jun. 1937, L. Escallón. GJ: XLV, p. 255.
CSJ Civil, 08 Jun. 1948, P. Castillo. GJ: LXIV, p. 418.
CSJ Civil, 28 Mar. 1953, P. Castillo. GJ: LXXIV, p. 421.
CSJ Civil, 08 Sep. 1953, P. Castillo. GJ: LXXVI, p. 286.
CSJ Civil, 26 Abr. 1982, A. Ospina. GJ: CLXV, p. 79.

En lo referente a la Sociedad de Hecho entre Concubinos
CSJ Civil, 30 Nov. 1935, E. Zuleta. GJ: XLII, p. 476.
CSJ Civil, 07 May. 1947, H. Salamanca. GJ: LXII, p. 345.
CSJ Civil, 16 Sep. 1953, P. Castillo. GJ: LXIII, p. 19.
CSJ Civil, 26 Ago. 1976, G. Giraldo. GJ: CLII, p. 338.
CSJ Civil, 06 Feb. 1987, J. Bonivento. GJ: CLXXXVIII, p. 16.

En lo referente a la Sociedad conyugal
CSJ Civil, 20 Jul. 1941, H. Salamanca. GJ: LII, p. 394.
CSJ Civil, 12 Oct. 1951, A. Holguín. GJ: LXX, p. 421.
CSJ Civil, 30 Abr. 1970, G. Giraldo. GJ: CXXXIV, p. 75.
CSJ Civil, 31 Jul. 1972, E. Gamboa. GJ: CXLIII, p. 4.
CSJ Civil, 18 Jun. 1979, G. Giraldo. GJ: CLIX, Vol. 1, p. 253.

En lo referente al Régimen Patrimonial
CSJ Civil, 29 Mar. 1939, F. Lequerica. GJ: XLVII, p. 727.
CSJ Civil, 18 Oct. 1944, L. Escallón. GJ: LVIII, p. 66.
CSJ Civil, 14 Jun. 1947, M. Vargas. GJ: LXII, p. 600.
CSJ Civil, 29 Ago. 1949, M. Vargas. GJ: LXVI, p. 379.
CSJ Civil, 07 Sep. 1953, M. Vargas. GJ: LXXVI, p. 274.

CSJ Civil, 17 Mar. 1955, J. Pardo. GJ: LXXIX, p. 757
CSJ Civil, 06 Ago. 1985, H. Gomez. GJ: CLXXX, p. 260.
CSJ Civil, 11 Dic. 1990, H. Marín. GJ: CCIV, p. 141.
CSJ Civil, 13 Jun. 1991, A. Ospina. GJ: CCVIII, p. 468.

En lo referente a la Nulidad del Matrimonio
CSJ Civil, 31 May. 1947, J. Montalvo. GJ: LXII, p. 408.
CSJ Civil, 06 Nov. 1958, I. Escallón. GJ: LXXXIX, p. 456.
CSJ Civil, 11 Ago. 1972, A. Peláez. GJ: CXLIII, p. 51.
CSJ Civil, 09 Oct. 1975, G. Giraldo. GJ: CLI, Vol. 1, p. 314.
CSJ Civil, 22 Oct. 1986, H. Marin. GJ: CLXXXIV, p. 325.
CSJ Civil, 17 Jun. 1987, A. Ospina. GJ: CLXXXVIII, p. 254.

En lo referente a la Separación de Bienes
CSJ Civil, 25 Nov. 1927, M. Barón. GJ: XXXV, p. 98.
CSJ Civil, 17 Feb. 1930, J. Perilla. GJ: XXXVII, p. 415.
CSJ Civil, 10 Sep. 1934, T. Nannetti. GJ: XL, p. 542.
CSJ Civil, 04 Jun. 1937, J. Mujica. GJ: XLV, p. 125.
CSJ Civil, 14 May. 1954, E. Rodríguez. GJ: LXXVII, p. 574.
CSJ Civil, 20 Ago. 1954, L. Latorre. GJ: LXXVIII, p. 366.
CSJ Civil, 17 Mar. 1959, G. Fajardo. GJ: CXXXII, p. 181.
CSJ Civil, 30 Abr. 1970, G. Giraldo. GJ: CXXXIV, p. 75.
CSJ Civil, 27 Abr. 1971, J. Esguerra. GJ: CXXXVIII, p. 299.

En lo referente a la Separación de Cuerpos
CSJ Civil, 23 Nov. 1955, A. Gómez. GJ: LXXXI, p. 632.
CSJ Civil, 10 Feb. 1977, J. Esguerra. GJ: CLV, p. 42.
CSJ Civil, 14 Feb. 1977, A. Camacho. GJ: CLV, p. 45.
CSJ Civil, 07 May. 1979, A. Ospina. GJ: CLIX, p. 118.
CSJ Civil, 26 May. 1980, A. Ospina. GJ: CLXVI, p. 34.
CSJ Civil, 09 Oct. 1981, H. Gómez. GJ: CLXVI, p. 561.
CSJ Civil, 26 Abr. 1982, A. Ospina. GJ: CLXV, p. 79.
CSJ Civil, 02 Abr. 1984, J. Esguerra. GJ: CLXXVI, p. 139.
CSJ Civil, 27 Sep. 1984, H. Tapias. GJ: CLXVI, p. 267.
CSJ Civil, 12 Nov. 1986, A. Ospina. GJ: CLXXXIV, p. 329.
CSJ Civil, 22 Mar. 1991, R. Romero. GJ: CCVIII, p. 252.
CSJ Civil, 09 Oct. 1981, H. Gómez. GJ: CLXVI, p. 561.

En lo referente al Divorcio
CSJ Civil, 18 Oct. 1971, I. Gómez. GJ: XCVII, p. 127.
CSJ Civil, 07 May. 1979, A. Ospina. GJ: CLIX, p. 118.
CSJ Civil, 26 Nov. 1984, A. Ospina. GJ: CLXXVI, p. 308.

En lo referente a la Patria Potestad
CSJ Civil, 13 Abr. 1950, H. Salamanca. GJ: LXVII, p. 155.
CSJ Civil, 13 Sep. 1950, P. Manotas. GJ: LXVII, p. 64.
CSJ Civil, 23 Jun. 1955, J. Arbeláez. GJ: LXXX, p. 456.
CSJ Civil, 25 Abr. 1985, H. Tapias. GJ: CLXXX, p. 45.
CSJ Civil, 10 Mar. 1987, J. Bonivento. GJ: CLXXXVIII, p. 71.
CSJ Civil, 13 Feb. 1989, J. Bonivento. GJ: CXCVI, p. 24.

LAS REDES SOCIALES: CAMPO DE OPERACIONES DEL DELINCUENTE ACTUAL

FREDY ELÍAS LÓPEZ SILVA
LINDA VANESSA PLATA SOTO
MARÍA ISABEL BERNAL V.

Resumen:
La conducta delictiva a partir del acceso, la obtención y el uso fraudulento de datos personales encontrados en diferentes plataformas magnéticas como lo son las redes sociales y las cuentas de correo, tal información depositada voluntariamente por el usuario, pero que al mismo tiempo pone en peligro su patrimonio económico. Es esto una problemática que por su trascendencia exponencial y su relativamente nuevo e inexplorado desarrollo normativo lo convierten en un tema sumamente atractivo para nuestros objetivos investigativos. Se dará un breve recuento histórico para proceder con un análisis sociológico y normativo de esta nueva modalidad de conducta criminal relacionada directamente con la relevancia que han adquirido las distintas plataformas sociales en la red y lo fácil que puede resultarles a estos criminales tener acceso a una infinidad de datos personales suministrados por los mismos usuarios de una forma poco precavida, lo cual los convierte en un blanco fácil para estos delincuentes que actúan a través de la web.

Palabras clave:
Delito informático, patrimonio económico, acceso abusivo, sistema informático, redes sociales, Habeas Data, Plataforma Web.

Abstract:
Criminal behavior from accessing, obtaining and fraudulent use of personal data found in different magnetic platforms such as social networks and email accounts, such information voluntarily provided by the user, but at the same time endangers economic heritage. Is this a problem that by its exponential importance and its relatively new and unexplored policy development makes it an extremely attractive subject for our research objectives. It will give a brief history to proceed with a sociological and legal analysis of this new type of criminal conduct directly related to the relevance they have acquired the various social platforms on the network and how easy it may find these criminals have access to an infinity Personal data supplied by users themselves a little cautious manner, which makes them an easy target for these criminals who operate across the web.

Key words:
Computer Crime, abusive access, computer system, Social network, Habeas Data, Web Platform.

INTRODUCCIÓN

Los delitos informáticos son todas las conductas ilícitas realizadas por un ser humano, susceptibles de ser sancionadas por el derecho penal en donde hacen uso indebido de cualquier medio informático, con la finalidad de lograr un beneficio propio o ajeno[53]. Es así como se tipifica la conducta punible relacionada con el uso irregular de las nuevas tecnologías, esto no quiere decir que sea una novedad para nuestra sociedad, sino que por el hecho de encontrarse en el proceso de desarrollo y rápido avance, es deber del legislador actualizar la normatividad con el fin de incluir las nuevas conductas delictivas que generan impacto social.

Los sistemas informáticos han adquirido mayor influencia en la vida de las personas, permitiendo facilidad en las formas de tener una vida más social, cómoda y práctica, intentado mantener un punto de información, ordenado de forma ágil y eficiente. De la misma manera a medida que avanza la sociedad en su desarrollo tecnológico, sugiere para la sociedad estar a la alcance de esa tecnología.

Así como la tecnología y su desarrollo han incidido en prácticamente todas las actividades del ser humano a lo largo de su historia, en la actualidad, la dependencia tecnológica ha venido concentrándose cada vez más en el fenómeno de la tecnología informática, la información y la comunicación. Con efecto retardado, se descubrió luego que ese desarrollo venía acompañado de distintos y también novedosos riesgos. Es por lo anterior que en la realización de este artículo pretendemos determinar el desarrollo normativo frente a las nuevas modalidades de delitos a través de redes sociales, determinar el fenómeno social en relación a conductas punibles a través de redes sociales, determinar modelo de aplicación de los delitos objeto de investigación en materia de redes sociales, análisis crítico sobre mecanismo y reglas que ha implementado el Estado para proteger a usuarios de redes sociales en delitos contra el patrimonio económico.

La metodología que se implementa en esta investigación consiste en el método inductivo y científico, así mismo se enmarca un parámetro de la investigación que abarca dos factores: el espacio referido a analizar el avance que ha tenido el legislador en las tipificaciones penales, en Colombia. Otro factor es el tiempo en donde se determinan los antecedentes y las medidas preventivas que se han tomado en cuanto a los delitos informáticos, desde el momento en que se inició el uso tecnológico de una forma más eficaz y constante, en Colombia esto data aproximadamente desde el año 2000, aunque el uso del internet ha estado en furor desde los últimos años.

1. HISTORIA DELITO INFORMATICO

El internet es una web (red) global de redes de computadoras enlazadas de modo que pueden compartir información sin importar el lugar, cuando se solicita información por

[53] Ley 1273 de 2009

medio del internet, esta sale de su red de origen a través de una puerta (por así decirlo) y es dirigida de puerta en puerta hasta llegar a la red local que solicita la información. El internet no tiene un control central; es por esto que se convierte en un arma de doble filo al encontrarse a la intemperie y permitir el uso irregular de sujetos con malas intenciones, referente al uso del internet encontraremos sinfines de conductas delictivas, pero aquí nos dedicaremos a la conducta delictiva a través del internet que afecta el patrimonio económico de los usuarios.

Desde la implementación del internet como una herramienta fundamental para facilitar la comunicación y diversas tareas, se han hallado ventajas y desventajas las cuales son determinadas por el uso de este. En las últimas décadas se han reportado avances para la infiltración de datos personas, como ocurrió en el año de 1980 en la ArpaNet (AdvancedResearchProjects Agency Network) del Departamento de Defensa de Estados Unidos, esto llevo que en el año de 1992 se redefiniera el concepto de delito de la cuales adoptaron recomendaciones frente al tema y para culminar vacíos para una política criminal fuerte y amplia. Allí el delito informático es entendido es *"cualquier comportamiento antijurídico no ético o no autorizado, relacionado con el procesado automático de datos y/o transmisiones de datos.*"[54] Un concepto armónico y acorde a los sistemas informáticos de la época.

La expansión del concepto de delitos informáticos acogió su concepto a mediados de los años 90 durante grana apogeo de la revolución digital y a medida que el hombre avanzado en tecnología haciendo que la era digital se acogiera a su manejo de información los delincuentes iban en su proceso de cometer sus actos criminales. Con la creación del grupo G8 se buscó la creación de políticas criminales para combatir el crimen guía por el internet. El grupo "Lyion" diseño el tratado el delito informático del cual a mediados del año 2000 fue expuesto a la opinión pública aunque no fue redefinido un término delito informático como tal.

En la década de los años noventa han sido múltiples los ataques que se han efectuado a los sistemas informáticos, intentado obtener información útil para desarrollar actos delictivos contra la sociedad, esta modalidad delictual avanza en la medida que la tecnología evoluciona.

La información es un elemento útil es la vida de la sociedad, es por eso que cada día las personas, tienden a ser confiables manejando esa información en bases de datos y sistemas operativos. Es por eso que dicha información se debe mantener en bases de datos contra rígidos sistemas de seguridad, pretendiendo reducir el riesgo de que se extraiga de forma indebida y se vulnere los derechos de las personas.

[54] Alemania, 1992, Coloquio celebrado en wurzburgo.

2. LEGISLACIÓN

Con el fin de proteger el patrimonio económico de usuarios que a través de herramientas tecnológicas manejan cuentas bancarias, se han expedidos diversas leyes que sancionan y a la vez protegen los derechos de los usuarios, así como lo es la Ley 1273 del 5 de enero de 2009, reconocida en Colombia como la Ley de Delitos Informáticos, tuvo como antecedentes jurídicos: primero, cuando mediante el Decreto 1360 de 1989 se reglamenta la inscripción del soporte lógico (software) en el Registro Nacional de Derecho de Autor, que sirvió como fundamento normativo para resolver aquellas reclamaciones por violación de tales derechos, propios de los desarrolladores de software. A partir de esa fecha, se comenzó a tener motivo jurídico para proteger la producción intelectual de estos nuevos creadores de aplicativos y soluciones informáticas.

Al mismo tiempo, se tomaron como base para la reforma del año 2000 al Código Penal Colombiano: "Capítulo Único del Título VII que determina los Delitos contra los Derechos de Autor: Artículo 270: Violación a los derechos morales de autor. Artículo 271: Defraudación a los derechos patrimoniales de autor. Artículo 272: Violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones".

El Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) en su Capítulo séptimo del Libro segundo, del Título III: Delitos contra la libertad individual y otras garantías, trata sobre la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones: "Artículo 192: Violación ilícita de comunicaciones. Artículo 193: Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas. Artículo 194: Divulgación y empleo de documentos reservados. Artículo 195: Acceso abusivo a un sistema informático. Artículo 196: Violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial. Artículo 197: Utilización ilícita de equipos transmisores o receptores. Estos artículos son concordantes con el artículo 357: Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles.

Es así como los medios de defensa que el estado ha proporcionado a través de un desarrollo normativo para proteger los derechos de los usuarios de las redes sociales, especialmente lo que se refiere a la intimidad y la seguridad, lo que dentro de los cada vez más frecuentes casos, podemos encontrar injurias, calumnias, extorsiones y repetitivos casos de vulneración a la vida íntima de los usuarios por medio de fotos y videos que según los diversos casos conocidos por la justicia pueden ser reales o falsificados pero que en cualquiera de los casos se emplean para violentar la integridad del usuario en su vida familiar, laboral y en general todo su entorno social, claramente atentando contra los derechos que la constitución y la ley penal protegen.

Para darle un desarrollo más específico a este punto, trabajaremos los delitos de forma segmentada.

2.1. Extorsión (seguridad)

Uno de los delitos más graves a ojos de la ley penal en cuanto a su connotación social, siendo esta una perturbación a la tranquilidad, seguridad e integridad de la persona, el estado ha establecido para este delito una pena de prisión considerablemente larga, lo que deja ver la relevancia que para éste tiene.

Con las facilidades que otorgan las redes sociales para proteger, suplantar o falsificar la identidad en algunos casos, encontramos que el abuso a estas ventajas es cada vez más frecuentemente aprovechado por los delincuentes.

Para el caso concreto de la extorsión la justicia se encuentra con una barrera muy fuerte la cual radica en la individualización del victimario, esto sumado a la falta de capacitación con que cuentan los investigadores de la Dijín para poder perseguir a los delincuentes que suplantan o falsifican su identidad en la red, convierte este medio un idóneo puente para el crimen. En estos casos el acervo probatorio debe ser en principio recogido por la misma víctima, lo referente a la identidad del victimario y sus demandas, como así se ha manifestado, no obstante ante la imposibilidad de hacerlo, el usuario, es decir la persona natural puede de igual forma denunciar, con la complicación de que un proceso penal sin la debida individualización del victimario inmediatamente podría considerarse congelado hasta no recaudar dicha información, lo cual deja al ciudadano con la única posibilidad de solicitar protección policial.

''En el caso de People v. Pierre, el Tribunal Supremo de Nueva York confirmó la convicción del acusado por asesinato en segundo grado. La víctima fue asesinada por no acceder a terminar su embarazo. Por medio de prueba testifical se autenticó un mensaje de voz en el celular de la víctima. El testimonio giró alrededor del reconocimiento de la voz del acusado. Además, se presentó en evidencia unos mensajes instantáneos o instant messages que el acusado le envió a la víctima y fueron autenticados a través del testimonio del cómplice quien, aunque no imprimió los mensajes, testificó que el screen name del acusado era el que aparecía en los mensajes. '' (Nueva York, 2007)

Para estos casos se aplica la norma tipificada en el Artículo 244 del código penal colombiano. El desarrollo normativo en este tema no ha avanzado, y se limita a llevar el debate a un ámbito de recolección probatoria principalmente llevado por el usuario afectado.

En cuanto a la intimidad de la persona como usuario de las redes sociales encontramos un desarrollo más entramado y complejo con respecto de las distintas modalidades.

2.2. Injuria

Las redes sociales han facilitado transmitir ideas, fotografías, videos, audios, entre otras cosas a una inmensa cantidad de personas con un solo movimiento del ratón. Esta facilidad ha dado pie a que algunas personas abusen de este medio para vulnerar la privacidad de

otras y para levantar acusaciones deshonrosas en contra de cualquier persona que les plazca casi sin ninguna consecuencia negativa para el victimario.

En este delito, en la internet, como casi en todos los que se encuentran en esta categoría, el aspecto probatorio es tal vez el más espinoso del asunto, actualmente los funcionarios judiciales han sido progresivamente capacitados para tratar el tema de la autenticación electrónica en las redes sociales y mensajes de texto, como es un tema recientemente abordado por la justicia de nuestro país, y al no haber un desarrollo normativo en este aspecto en Colombia –delitos informáticos en redes sociales- se acude al análisis y adhesión de lo que otros países si han adelantado con respecto a esta cada vez más frecuente problemática.

Estos casos del derecho estadounidense se traen a colación en el estudio de las nuevas modalidades de prueba electrónica que se debe implementar en Colombia, máxime cuando son estos medios los más usados actualmente por la sistematización social.

Casos en los que se suben al ciberespacio fotografías de las víctimas en su mayoría en estado de desnudez o realizando actividades privadas, en los casos cuando se usan material autentico o en otros, en los cuales se falsifican y manipulan los documentos audiovisuales para relacionar a una persona con una conducta o actividad deshonrosa son muy frecuentes y son generalmente motivados por malas relaciones, celos, o represarías frente a una decisión de culminar una relación sentimental o laboral por parte de la víctima.

2.3. Intimidad y protección al menor

Otro caso más en medio de esta categoría es el de los menores de edad y el uso que pueden darle estos a las redes sociales, así como las restricciones que deben tenerse en estos casos por lo vulnerables que resultan los usuarios de estas edades ante victimarios que escogen esta población por ser los mismos más vulnerables ante sus tramas y engaños.

Si bien la red social más amplia, es decir Facebook, establece una edad mínima para la creación y administración de perfiles, estas normas son fácilmente violadas por los menores que en su afán de hacer parte del sistema social cibernético, incursionan en estas redes sin tener la madurez necesaria.

Por otra parte tenemos a padres que crean perfiles de sus menores como es el caso que se presenta en la acción de tutela T-260 de 2012 en la cual un padre de familia crea un perfil en la red social Facebook para su hija, según éste con estrictos niveles de seguridad, y con el fin de mantener contacto con ella por ser éste un padre de familia divorciado y no contar con el tiempo suficiente para compartir con ella, dicha acción fue impetrada por la hija de la menor, aduciendo el riesgo que le suponía a la menor tener datos personales y documentación como fotografías que pudieran ponerla en peligro. La corte determinó su fallo a favor de la actora, aduciendo principalmente que hay riesgo en cuanto al desarrollo personal idóneo de la menor, y concuerda con los riesgos que estas redes representan para los menores.

En los casos de las redes sociales la más significativa de las decisiones es la de prevención a la hora de proteger nuestra información personal y en el caso de los menores es imperativo una regulación más estricta.

3. CONCLUSIONES

Al finalizar este estudio llevado a cabo sobre el desarrollo normativo que tiene el estado colombiano, así como sus instrumentos jurídicos para combatir las modalidades criminales en las redes sociales, encontramos que si bien el ente investigador y acusador, como lo es la Fiscalía, ha encontrado formas de combatir a los criminales que se escudan en el anonimato que la red puede llegar a otorgar, no son estas suficientes ni las idóneas para esta tarea, no solamente hablando de herramientas de índole tecnológico o formativo, sino a lo que las normas atañen, y en gran parte a la ausencia de ellas.

Encontramos entendible que por ser una modalidad relativamente nueva, y por ser considerablemente obsoletos las herramientas que puede usar el órgano investigador, aunado con la insuficiente capacitación con respecto a esto, es difícil crearnos una expectativa satisfactoria con respecto de la lucha contra esta modalidad criminal. No obstante no es la única barrera que debe saltar nuestro sistema judicial, el poco desarrollo normativo en este tema es una bola de cañón más para el grillete que lleva ya desde que se disparó este fenómeno tecnológico y se convirtió en una carrera dispar, una carrera que al parecer siempre parece dar más facilidades al delincuente que a las autoridades.

Por ahora, se combatirá esta modalidad con las herramientas que se poseen, esperando que poco a poco, más pronto que tarde, se llegue a una regulación que cumpla con los mínimos parámetros que exige este nuevo mundo de redes y espectros electromagnéticos. Resulta imperativo concientizar a través de campañas (algo que poco a poco se está desarrollando) a los usuarios de las redes sociales para que protejan su información, sobre todo en los casos especiales de menores de edad que por muchos flancos resultan ser los más vulnerables.

BIBLIOGRAFÍA

Rincón Ríos, Jarvey. Delito electrónico en Colombia: (de Proyecto de Rovira a Ley de la República). Ley 1273 de 2009. Cali. Universidad Santiago de Cali. 2009.

Márquez Escobar, Carlos Pablo. El delito informático: conforme con el nuevo código penal: la información y la comunicación en la esfera penal. Bogotá. Leyer. 2002

http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf

http://www.certicamara.com/download/eventos/2013/0113_proteccion_de_datos_personales/Presentacion_German_Realpe-curso_proteccion_datos.pdf

http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/1334/2/Delitos%20en%20las%20Redes%20Sociales.pdf

Trend Micro (2008). Los 20 virus informáticos más importantes de la historia, sepa cuáles son.http://www.elcomercio.com.pe/edicononline/HTML/2009-01-22/los-20-virus-informaticos-mas-importantes-historia-sepa-cuales-son.html.

Colombia, Congreso de la República (2000). Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097, 24 de julio de 2000. Disponible en:http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html.

Colombia, Congreso de la República (2001). Ley 679 de 2001, por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución. Diario Oficial No. 44.509, 4 de agosto de 2001. Disponible en:http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/ley/2001/ley_0679_2001.html.

Cisco, Presentación de información diversas fuentes, 2008.http://www.dinero.com/negocios/telecomunicaciones/colombia-tiene-mejorar-seguridad-informatica_50693.aspx.

Presentación blogger, delitos informáticos, Disponible: http://delitosinformaticoslaschecks.blogspot.com/2011/11/historia-de-los-delitos-informaticos.html

Seguridad informática, Blooger, autor SMEC, Disponible: http://seguridad-informatica-smec.blogspot.mx/2012/01/historia-delitos-informaticos.html

CRITERIOS JURÍDICOS LÓGICOS Y PSICO-SOCIALES DE IDENTIFICACIÓN DE LA MENTIRA DENTRO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL ESTRADO JUDICIAL EN COLOMBIA

MARIO ANDRÉS MORALES FUENTES

Resumen:
El testimonio como tal debe su importancia a la proximidad que contiene respecto a la situación que se pretende dilucidar dentro del respectivo proceso judicial. Esto, por cuanto el testigo vio, escuchó o presenció el mismo, o por otro lado, conoce las circunstancias que lo acompañaron o las connotaciones personalísimas de quienes intervinieron en su producción.

Teniendo en cuenta la formación estrictamente técnico-jurídica que en la mayoría de los casos acompaña al Juez y los demás funcionarios encargados de efectuar la valoración de este elemento probatorio el cual guardan estrecha relación e importancia con el grado de verdad o no que entraña cada afirmación hecha por el testigo.

Siendo el derecho una ciencia social y por tanto eminentemente dinámica y por obvias razones de indispensable acercamiento a las condiciones del individuo y el ambiente que lo circunda, se hace necesario otorgar al Juez el convencimiento de la urgente necesidad de ir más allá del estricto análisis jurídico, y observar los entornos psicológicos y sociales que acompañan al declarante en tanto que en muchas ocasiones es su dicho el que determina el grado de certeza o no que alcance el operador jurídico, jugando a veces a " adivinar " la confiabilidad de lo expuesto dentro de un testimonio.

Palabras clave:
Testimonio, Mentira, Valoración, Elemento, Probatorio.

Abstract:
The testimony as such must its importance to the proximity which contains the situation it is intended to clarify within the respective judicial proceedings. This, as the witness saw, heard or witnessed it, or on the other hand, knows the circumstances that accompanied it or the personal connotations of those involved in its production.

Taking into account the strictly technical training which in the majority of cases it accompanies the judge and other officials responsible for carrying out the valuation of this evidentiary element which keep close relationship and importance with the degree of truth or not involved in every statement made by the witness. As the right to a social and therefore eminently dynamic and science for obvious reasons of indispensable approach to the conditions of the individual and the environment that surrounds it, it is necessary to give the judge the conviction of the urgent need to go beyond the strict legal analysis, and

observe social and psychological environments that accompany the declarant while on many occasions is their saying that determines the degree of certainty or that does not reach the operator legal, sometimes playing to "guess" the reliability of the above within a testimony.

Key words:
Testimony, element, evidence, valuation.

INTRODUCCION

El objetivo de este texto se contrae a determinar los criterios jurídicos y psico-sociales de identificación de la mentira dentro de la prueba testimonial en el estrado judicial. En el Sistema Penal Colombiano se tienen como elementos probatorios: a) La prueba testimonial donde esta incluida la confesión; b) el dictamen pericial, c) la inspección judicial la cual puede ser o no con reconstrucción de los hechos y d)la prueba documental.

1. ¿QUÉ ES UNA PRUEBA TESTIMONIAL?

Jurídicamente hablando se puede decir que "*la prueba testimonial es aquella que se presenta dentro de los procesos en general y que busca favorecer a una de las partes desinteresadamente*", también es señalado como, "*un relato verbal o escrito de un hecho, verificado por aquellos quienes lo vieron u oyeron, en torno a la prueba testimonial"*.

En un estrado judicial, la prueba testimonial cobra gran importancia dentro del proceso en general, pues si bien es cierto, que lo que nos compete en este momento es abordarla desde el proceso penal, no se puede dejar de lado que dicha prueba reviste gran relevancia dentro de los procesos civiles, administrativos, entre otros, ya que un testimonio puede ser la respuesta en un correcto y eficiente desarrollo de un proceso donde las pruebas escasean, contar con quienes presenciaron o escucharon un hecho en particular, puesto que ellos –los testigos– poseen la información y se debe obedecer atendiéndolos a fin de cumplir con los procedimientos legales con el propósito de darle curso *al principio de buena fe* el cual permite inferir que dichas personas están dándole el manejo adecuado a la información de la que fueron testigos.

2. ¿QUÉ ES EL TESTIMONIO?

Al respecto, el Código de Procedimiento Penal Colombiano, en su artículo 383 señala la obligación de rendir testimonio de la siguiente forma "*Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales*".

Para definir lo que es un testimonio, existen diferentes conceptos, por ejemplo, el Dr. Davis Echandía, el testimonio *"es un medio de prueba que consiste en la declaración*

representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace un juez con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza". Según Tulio Enrique Liebman, *"El testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para dar conocimiento de los mismos a otros".*

Para el tratadista Jairo Parra Quijano, "*el testimonio es un medio de prueba que consiste en el relato que un tercero le hace al Juez, sobre el conocimiento que tiene de hechos en general".* También puede definirse como: *"la declaración que realiza un tercero, ajeno a la controversia, sobre algo que ha percibido, de manera directa, por cualquiera de sus cinco sentidos".* Ese tercero es llamado: "testigo" y es testigo a quien le constan los hechos y quien no tiene ninguna relación jurídica-procesal con las partes. Por tanto, no es testigo quien no tuvo percepción directa del hecho que se busca verificar.

2.1 Objeto del testimonio

El testigo siempre puede emitir *juicios de valor* sobre la forma como percibió los hechos que van a ser narrados, o simplemente conoce, o si debe limitar su declaración a la simple disposición objetiva de los hechos percibidos sin adicionar apreciaciones subjetivas, es uno de los tradicionales problemas que ha tratado de resolver la doctrina mediante la creación y defensa de varias tesis, así:

a) Tesis No. 1: El objeto del testimonio son los hechos

Una buena parte de la doctrina se inclina por que a los testigos no debe permitírseles narrar nada distinto de la forma como objetivamente ocurrieron los hechos, pues admitirles juicios de valor, implicaría que incluso pudieran referirse a la inocencia o responsabilidad de los procesados, y a la existencia o inexistencia de la infracción penal investigada, lo cual se aparta de la concepción tradicional del testimonio.

Con relación al tema, se ha señalado que cuando el testigo emite juicios de valor respecto de los hechos percibidos está desplegando actividades, encomendadas exclusivamente a los peritos, también se suele fundamentar la prohibición de emitir juicios de valor en la diversidad de actividades que están atribuidas dentro de un proceso al testigo y al juez, señalando que mientras en testigo deba limitarse a transmitir al funcionario el conocimiento que tuvo de unos hechos, a este último se le ha confiado la misión de emitir juicios de valor sobre todo el material probatorio que ha sido aportado a un proceso.

b) Tesis No. 2 Objeto del testimonio son los hechos y los juicios de valor

Existe disparidad de criterios en relación con el contenido de los juicios de valor, que puedan ser admitidos dentro del testimonio, en efecto, para algunos el testimonio comprende no solo los hechos percibidos, si no igualmente los deducidos por el testigo, ya que lo que interesa al funcionario judicial es el conocimiento de unos hechos y no la forma como han sido obtenidos por el testigo, siendo entonces indiferente si llegaron al testigo por percepción o deducción. Esta es la más genérica concepción doctrinaria pues admite dentro del testimonio cualquier clase de juicios de un valor que los testigos quieran transmitir.

Como dicha amplitud puede transmitir los testimonios en narración de simples apreciaciones personales se ha procurado hacer algunas distinciones entre los juicios de valor que debe ser tolerado al testigo y aquellos que deben ser inadmitidos.

Sobre los Juicios de Valor

Se ha dicho entonces que tales juicios de valor solo se admitirán cuando sean necesarios para aclarar la percepción del testigo o para explicar su conocimiento de los hechos o simplemente para el mayor entendimiento de la narración, lo cual constituye un criterio tan amplio como el criticado, en cuanto deja en manos de cada funcionario judicial la apreciación de cuando los juicios de valor son o no necesarios dentro del testimonio, análisis que además no podrá llevarse a cabo sino después de que cada uno de dichos juicios sea proferido por el deponente, vale decir que, después de que se han convertido en parte del testimonio.

Se ha precisado también que los juicios de valor son admisibles en los testimonios, siempre y cuando ellos no supongan conceptos sobre la responsabilidad del procesado, distinción que en la práctica resulta casi imposible de hacer; en efecto, cuando un declarante señale que el sindicado conducía en estado de ebriedad, ese solo juicio de valor podría suponer la responsabilidad del sindicado en un homicidio culposo, de la misma manera que la manifestación de un testigo en el sentido de que el vehículo conducido por el procesado iba a mayor velocidad de la que le permitida puede significar la deducción de la responsabilidad por las lesiones personales culposas.

Son dos ejemplos con muy diferentes clases de juicios de valor y sin embargo, con fundamento en ambos es posible deducir la responsabilidad a un sindicado, lo que muestra la dificultad que existe para precisar qué clase de juicios de valor tienen que ver con la responsabilidad de una persona. En el fondo, puede decirse que todo juicio de valor emitido por un testigo tuene cuando menos la potencialidad de ser usado por el funcionario judicial para reducir la responsabilidad, lo que supondría el contrasentido máximo de dicha tesis.

2.3. Clases de testimonio

Existen diferentes clases de testimonio, las cuales han sido clasificadas por los diversos tratadistas y expertos en la materia, no obstante, hay ciertas clases de testimonios que prevalecen entre ellos tales como las que menciona el Dr. Yesid Reyes Alvarado en el libro titulado “la prueba testimonial”, por lo cual a continuación se hará una descripción de las clasificaciones otorgadas por el autor a fin de establecer la importancia que tiene dentro de este trabajo el hacer un recuento de lo que se ha considerado es una prueba testimonial en la legislación actual.

2.3.1. Testimonio según la edad

Cuando se hace referencia a la influencia que la edad supone a la hora de rendir un testimonio, se alude a los cuidados que el funcionario debe tener al momento de valorar, las declaraciones tanto de los menores como de aquellos que reciben el calificativo de ancianos.

Esta referencia exclusiva a lo que se podría denominar "los extremos de la humana existencia" hacen pensar en que existe una rara presunción de infalibilidad en los testigos, que no pueden ser encasillados en una de esas teorías mientras aquellos que son considerados menores o ancianos se consideran poco dignos de credibilidad, con fundamento en algunas consideraciones que sobre este aspecto se han hecho a nivel doctrinal, las cuales son materia de este proyecto, se observan en muchos procesos como se lleva a cabo valoraciones idénticas respecto de todos los testigos que responden a una de las dos categorías mencionadas, como si fuera deseable retornar a un sistema de tarifa legal probatoria, dentro del cual estuviera establecido como regla general absoluta que no puede darse crédito a los testimonios rendidos por personas que puedan ser consideradas como " niños o ancianos".

a) El testimonio de niños o menores: La crítica fundamental que se hace a los testimonios rendidos por menores, es la de que ellos son seres con escaso desarrollo intelectual, por lo cual sus razonamientos son inmaduros y con notable tendencia a la ficción, buena parte de la doctrina afirma que estos testimonios no merecen credibilidad y quienes los rinden se consideran malos testigos.

Un gran número de juristas otorgan poca credibilidad al testimonio de los menores por la poca capacidad para distinguir entre la verdad y la mentira, conceptos que se diferencian hasta cuando se abandona la etapa de la niñez. De otro lado, se menciona como principales causas de la falta de sinceridad del menor, el temor a un castigo, la mentira defensiva, la satisfacción de un vicio, la presión de la sugestión y la mentira sugerida a través de preguntas.

Pero, quiénes son considerados menores? Uno de los aspectos más problemáticos de esta tesis es de lo que debe ser entendido por menor, porque algunos países establecen legislativamente que esa calidad está por debajo de los 7 años (EEUU), otros 5 años (Inglaterra) y la Legislación Civil Colombiana señala que se es mayor de edad a los 12 años. Este criterio se mide a través de una tabla que determina el Cociente Intelectual (CI) de las personas de acuerdo a su edad.

Con relación al CI, los psicólogos han tratado de medirlo y determinarlo de manera cuantitativa teniendo en cuenta los factores que conforman la inteligencia. Para ello, estos profesionales utilizan las pruebas de Coeficiente de inteligencia para determinar el nivel que alcanza una persona en habilidades como comprensión y razonamiento. Estas pruebas constan de ciertas preguntas y tareas, usualmente verbales y de desempeño, que son indicadores del funcionamiento intelectual en estas áreas. El test califica qué tan bien puede desempeñar su trabajo una persona en relación a otros individuos. El desempeño de los niños en estas pruebas puede predecir con bastante precisión su desempeño en diversas áreas. El desempeño de un niño se evalúa con base en su edad. (Papalia, 2003 pág. 227).
Otro aspecto importante a tener en cuenta junto con el aspecto intelectual o cognoscitivo en un niño cuando es testigo es el aspecto moral. Al respecto, psicólogos como Piaget y Kohlberg realizaron múltiples estudios a considerar.

Según Piaget, entre los siete y once años el niño se encuentra en la etapa de las *Operaciones Concretas y* puede utilizar símbolos o representaciones mentales para realizar operaciones –actividades mentales- . En esta etapa los niños son menos egocéntricos que antes y más hábiles en tareas que exigen razonamiento lógico, tales como la conservación. Sin embargo, su razonamiento aun se halla muy limitado con el aquí y el ahora.

El niño que atraviesa este estadio procesa la información de una manera más ordenada que el niño del estadio anterior. En este estadio el niño analiza percepciones, advierte pequeñas, pero a menudo importantes diferencias entre los elementos de un objeto o acontecimiento, estudia componentes específicos de una situación y puede establecer una diferencia entre la información relevante y la irrelevante en la solución de problemas.

Existen conductas características en este estadio en el que se encuentran los niños analizados, ellos son capaces de hacer: (i) Conservar de un modo constante, (ii) Clasificar y ordenar cosas rápida y fácilmente, y (iii) Son capaces de experimentar de un modo cuasi-sistemático.

Se producen también cambios en las conductas egocéntricas, imitativas y repetitivas del estado preoperatorio. A partir de las nuevas habilidades del niño para descentrar, seguir transformaciones o invertir operaciones, se desarrolla, poco a poco, una capacidad de conservar de modo constante en tareas cada vez más complejas[55].

Según Piaget, el desarrollo moral se da en dos etapas: La primera, la moralidad heterónoma, se caracteriza por la rigidez moral; la segunda, moralidad autónoma, se caracteriza por flexibilidad moral. Para el autor, todos los individuos comparten las funciones de adaptación y organización. Por esta razón se denominan invariantes; Todos aprendemos a través de los procesos de adaptación y organización, pero cada persona desarrolla una estructura cognitiva.

De acuerdo con Piaget y Kohlberg, el desarrollo moral coincide con el desarrollo cognoscitivo. El desarrollo moral se ve influido por el nivel de madurez del niño, las destrezas para asumir el rol social y la interacción con adultos y otros niños.

De otro lado Kohlberg define la moralidad como un sentido de justicia, amplía el punto de vista de Piaget para incluir seis etapas de razonamiento moral organizado en tres niveles: Moralidad pre convencional, moralidad convencional y moralidad post convencional.

Tabla No. 1 Juicio Moral de Kohlberg vs Perspectiva Social

JUICIO MORAL	PERSPECTIVA SOCIAL
I. PRE-CONVENCIONAL: los niños responden a las figuras de autoridad y a las reglas establecidas. Por lo general, juzgan la conducta en términos de la magnitud de sus	PERSPECTIVA INDIVIDUAL CONCRETA

[55] Enciclopedia de la Psicopedagogía. Editorial Océano Centrum. Pag 90. 2001 Barcelona España.

consecuencias o del poder físico que puede mostrarse en la distribución de recompensas y castigos. En este nivel el individuo adopta una *perspectiva individual concreta*, consiste en pensar en su propio interés y en el de los otros individuos por los que debe velar o preocuparse.	
II CONVENCIONAL: los individuos responden principalmente a grupos sociales, tales como la familia, los iguales, la comunidad, grupos étnicos a los que pertenecen. Se piensa que el respeto y la lealtad a estos grupos, a sus reglas, costumbres y necesidades, dirigen el *juicio moral* y la conducta a este nivel. El individuo básicamente define y unifica sus características en su *perspectiva social.* El individuo convencional subordina las necesidades del individuo al punto de vista y las necesidades del grupo o la relación común	PERSPECTIVA DE MIEMBROS DE LA SOCIEDAD
III POST-CONVENCIONAL: se caracteriza por juicios morales basados en principios universales interiorizados, tales como "Todas las personas han sido creadas iguales": En este nivel superior del desarrollo moral, estos principios son más importantes que la influencia de las figuras de autoridad convencionales, los grupos sectarios y los intereses propios. *La perspectiva post-convencional es prioritaria a la sociedad,* es la perspectiva de un individuo que se ha comprometido moralmente y respeta las normas en que debe basarse una sociedad buena y justa. Esta perspectiva permite juzgar a una sociedad concreta o a un conjunto de prácticas sociales.	PERSPECTIVA ANTERIOR A LA SOCIEDAD.

Los tres niveles del conocimiento moral, el termino niveles nace de la búsqueda de una construcción única y unificadora que englobe las principales características de cada estadio, Kohlberg formula el concepto de perspectiva socio-moral: Este concepto hace referencia al punto de vista que adopta al definir los hechos sociales y los valores socio-morales o deberes: El marco social referido en la familia y el grupo de pares principalmente, es importante para el funcionamiento y desarrollo del individuo y de su juicio moral. En correspondencia con lo anterior y con los tres niveles de juicio o razonamiento moral se dan estos tres niveles de perspectiva social.

Mientras que la investigación de Piaget se centró en los niños de doce años y de menos edad, los estudios de Kohlberg abarcaron sujetos de todas las edades, incluyendo adultos. Al igual que Piaget, Kohlberg observo casi exclusivamente el componente cognitivo del desarrollo moral y considero este ultimo como un proceso ordenado, en el que una persona pasa a través de una serie de estadios.

Los estadios de Piaget y Kohlberg están relacionados directamente con el CI; es decir, es probable que los sujetos con CI relativamente altos tengan un juicio moral y den explicaciones más elaboradas que los que tengan CI más bajos.

En el Sistema Penal Colombiano se tienen como elementos probatorios: a) La prueba testimonial donde está incluida la confesión; b) el dictamen pericial, c) la inspección judicial la cual puede ser o no con reconstrucción de los hechos y d)la prueba documental.

2.4. ¿Impedimentos para ser testigos?

Desde los orígenes mismos de la prueba testimonial se establecieron limitaciones que tendían a impedir que cierta clase de personas tuvieran la oportunidad de rendir declaración, y por ello suele conocerse con el nombre de "sistema tradicional" a la corriente que propugna por el mantenimiento de incapacidades para testimoniar. Aun cuando entre quienes defienden esta tesis no hay completo acuerdo sobre cuáles han de ser las mencionadas incapacidades, pueden citarse como las más importantes aquellas referidas a problemas sensoriales afecciones mentales y factores etareos.

En este orden de ideas el código de procedimiento penal colombiano ha señalado unos artículos los cuales consagran ciertas excepciones el articulo *385,* señala las .Excepciones constitucionales como*:*

> *"Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.*
> *El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho."*
> *Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:*
> *a) Abogado con su cliente;*
> *b) Médico con paciente;*
> *c) Psiquiatra, psicólogo o terapista con el paciente;*
> *d) Trabajador social con el entrevistado;*
> *e) Clérigo con el feligrés;*
> *f) Contador público con el cliente;*
> *g) Periodista con su fuente;*
> *h) Investigador con el informante.*

Por otro lado el Artículo 386, señala los Impedimentos del testigo para concurrir:

> *"Si el testigo estuviere físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audio, video u otro sistema de reproducción a distancia, esta se realizará en el lugar en que se encuentre, pero siempre en presencia del juez y de las partes que harán el interrogatorio.*
> *El testigo que no permaneciere en el lugar antes mencionado, injustificadamente, incurrirá en arresto hasta por quince (15) días, previo trámite sumario y oral, o en multa entre diez (10) y cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes"*

2.5. Capacidad para testimoniar

Según el tratadista Jairo Parra Quijano, las legislaciones de todos los pueblos, en todos los tiempos han establecido reglas que limitan el derecho que tiene todo ciudadano a ser testigo y la facultad que tiene la justicia de utilizar a las personas para averiguar la verdad. La existencia de causales de incapacidad propias del sistema de la prueba legal. El derecho moderno entre tanto, adopta el principio de la soberanía judicial en la apreciación de la prueba. Actualmente las causales que inhabilitan para testimoniar; otras permiten poner en duda la veracidad de las declaraciones.

Los sistemas que se conocen son los siguientes:
Sistema tradicional: es propio del derecho Justiniano, donde son incapaces para testimoniar los infames, los condenados en juicio público, los apostatas los heréticos, los esclavos, etc.
Sistema que propugna por que eliminen todos los motivos de incapacidad e inhabilidad: según este sistema todas las personas pueden ser testigos, correspondiendo al órgano jurisdiccional, juzgar y valorar las declaraciones en cada caso, esto es concreto.

Sistema que no establece en principio personas incapaces de declarar: existen en este sistema personas que pueden excusarse de prestar o rendir la declaración:
El prometido de una parte.
El cónyuge de una parte aunque el matrimonio no subsista.
Los parientes de una parte en línea directa de consanguinidad, afinidad o por adopción.
Los ministros del culto.
Las personas a las que por su cargo profesión u oficio se confíen hechos sobre los que estén obligados a guardad secreto por la naturaleza de los mismos.

Sistema latino: las incapacidades establecidas por el derecho tradicional se transforman en motivos de sospecha, como claramente lo establecen los artículos 217 y 218 del C de PC. Colombiano. La ley 105 de 1941 establecía inhabilidades que en el actual código de procedimiento civil, se transformaron en motivos de sospecha quedando ubicados dentro de esta última tendencia en un sistema de prueba libre, es por lo menos contradictorio que el código establezca inhabilidades para testimoniar; lo lógico debió ser consagrar el segundo de los sistemas estudiados. Si el juez es quien aprecia las pruebas. Art 187 del código de procedimiento civil, como en verdad se dispone, es natural que toda persona pueda y deba declarar como testigo, ya que cualquier deposición puede ayudar a formar la convicción del juez así sea únicamente en contraste con lo declarado por otra persona y teniendo en cuanta las circunstancias específicas.

3. METODOLOGÍA

El diseño utilizado para esta investigación es descriptivo y exploratorio ya que pretende abordar el problema planteado de una manera global, sin recurrir a reduccionismos, esto es, decir como es y como se manifiesta determinado fenómeno. Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de las personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. Miden y evalúan diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a investigar. Desde el punto de vista científico

describir es medir. Esto es, en un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para así –valga la redundancia- describir lo que se investiga.

Los estudios descriptivos miden de manera más bien independiente los conceptos o variables a los que se refieren. Se centran en medir con la mayor precisión posible, en esta clase de estudios el investigador debe ser capaz de especificar quienes deben estar incluidos en la medición.

La investigación exploratoria y descriptiva, requiere de considerable conocimiento del área que se investiga para formular las preguntas específicas que busca responder.

La investigación exploratoria pretende profundizar más acerca de un tema poco conocido o desconocido totalmente, esto es con el fin de abordar puntos que no fueron abordados anteriormente, pudiendo obtener resultados tanto positivos como negativos pero siempre importantes para la investigación. (Hernández, Fernández y Baptista, 2003 p. 117).

La descripción puede ser más o menos profunda, pero en cualquier caso se basa en la medición de uno o más atributos del fenómeno[56]

BIBLIOGRAFIA

Diccionario de la Pedagogía y Psicología. 1999. Editorial Cultura SA Madrid España. Pág. 11

GOLDFRIED, Marvin R. De la terapia cognitivo conductual a la Psicoterapia de Integración, Ed Desclle de Brouwer, bilbao, 1996.

Hernández Sampieri y otros. Metodología de la Investigación. Mc-Graw Hill.1998 pagina 60-61

KOHLBERG, L. Psicología del desarrollo moral, Biblioteca de Psicología, Bilbao, 1992, pág. 6)

KOHLBERG L. Psicología Del Desarrollo Moral. Editorial desclee de Borolwer.1992. Bilbao. España.

Psicopedagogía. Editorial Océano.2001.pag 131.

Psicología del desarrollo Moral. 1996. Pag 169

Páginas en Internet
www.psiconet.com.co
http://www.adaptacioninadaptacionsocial.com.articulos.html

[56] Hernández Sampieri y otros. Metodología de la Investigación. Mc-Graw Hill.1998 pagina 60

LA RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA: UN PROBLEMA DE EDAD O DE COMPRENDER LA ILICITUD

Mónica Andrea Bravo Bohórquez
mariaca2367@hotmail.com

Resumen:
El presente artículo se propone a determinar que otro factor se puede establecer en Colombia para que responda penalmente un adolescente, que no sea exclusividad de un limite de edad, y así analizar los problemas que se presentan por el limite cuantitativo, que no permite conocer si por debajo de este no hay conocimiento de ilicitud. Mediante una investigación que relaciona las diferentes teorías psicológicas y el sistema de responsabilidad penal en los adolescentes, se pretende determinar, que si bien el sistema de responsabilidad penal para adolecentes en Colombia se ha basado solamente en la edad, esto ha producido consecuencias no deseadas en los adolescentes de edades inferiores.

Palabras clave:
Comprensión de la ilicitud, responsabilidad penal, culpabilidad, imputabilidad, inimputabilidad, adolescente

Abstract:
This article proposes to determine what other factor can be establish in Colombia for adolescent respond criminally , this can be no a exclusivity of a limit of age, and also analyzing the problems that Colombia have with this quantitative limit, and them if a adolescent is below of age, can reveal if they have knowledge of illegality. Through research linking different psychological theories and the system of criminal responsibility for adolescents, It is for show that while the system of criminal responsibility for adolescents in Colombia was based only on age, this has produced an unintended consequences in adolescents with lower ages.

Key words:
undersatnding of the wrongfulness, criminal responsability, culpability, punishable, unpunishable, adolescents.

INTRODUCCIÓN

Como consecuencia del aumento en el circulo vicioso de aprehender, dejar en libertad y volver a detener al menor infractor en Colombia, bajo el llamado el Sistema de Responsabilidad Penal en los adolescentes y sus procedimientos especiales, creados con ocasión a la adopción de instrumentos internacionales en materia de juzgamiento de menores, el presente artículo pretende analizar si más allá de un criterio cuantitativo, como lo es la edad, debe realizarse en para cada proceso un análisis de la comprensión de la ilicitud del actuar del adolescente que ejecuta una acción delictual, para determinar su

responsabilidad penal dentro del proceso, esto, con el fin evitar y disminuir la reincidencia, aumento y uso de los adolescentes que cometen conductas delictivas, a partir de la aplicación de un sistema de responsabilidad divergente.

La presente investigación entonces tiene por objeto, establecer si en Colombia a los adolescentes él solo límite de edad les genera responsabilidad penal, sin tener en cuenta en qué momento el adolescente tiene la suficiente madurez sicológica para comprender la ilicitud de su actuar, con base en el análisis de las teorías existentes respecto a la responsabilidad penal de los adolescentes y su capacidad psicológica; el estudio de la comprensión de la ilicitud para generar responsabilidad penal en nuestro país; y por último, determinar si en el Sistema de Responsabilidad del adolescente determinado por ley 1098 de 2006, se tiene como aspecto fundamental el criterio cualitativo del desarrollo mental para imputar responsabilidad penal el adolescente.

Esta temática que se abarcará desde estrategias metodológicas basadas en la recepción de diferentes documentos de instituciones, *publicaciones* en revistas, jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se define el objeto principal del sistema de responsabilidad penal en los adolescentes, y finalmente la doctrina referente al tema de Responsabilidad Penal en los adolescentes con base a los argumentos de algunos autores como lo son Eugenio Raúl Zaffaroni, Jean Piaget, John Santrock, Erik Homberger Erikson, a través de los cuales se vislumbra la idea de que [1]"las condiciones de la personalidad del sujeto aprueban la actuación, lo que permite discernir entre lo justo e injusto y dirigir sus acciones conforme a ello", dándole de esta forma prevalencia a la comprensión de la ilicitud, como juicio de reproche al adolescente.

1. TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES

Actualmente, alrededor del mundo existen diversas teorías con relación a la responsabilidad penal de los adolescentes a partir de su capacidad psicológica. En lo que respecta a nuestro país, existe un límite cronológico, es decir, una edad determinada para adquirir responsabilidad penal en los jóvenes, comprendida entre las edades de 14 a 17 años, edades en las que se ha determinado que existe una capacidad de discernimiento que permite al Estado comprobar la concurrencia, en algunos casos, de dolo en el actuar reprochable del joven, adquiriendo por tanto culpabilidad en su proceder. Esto sin realizar un análisis perentorio sobre las circunstancias que rodean la madurez emocional e intelectual del adolescente para determinarse libremente sin que exista presión de diversos ámbitos familiares, sociales o culturales, frente al respectivo proceso que se adelanta en su contra.

Sobre este tema, algunos tratadistas legales han considerado, que "la capacidad psíquica de culpabilidad, el requerimiento o exigencia de comprensión de la antijuridicidad, no se agota en ella, puesto que también es necesario que el autor tenga la capacidad psíquica necesaria para adecuar su conducta a esta comprensión, añadiendo que la incapacidad de adecuar la comprensión a la antijuridicidad se verifica en supuestos en que el agente sufre

un estrechamiento, en el ámbito de la autodeterminación es decir de tomar sus propias decisiones lo que hace imposible el requerimiento razonable de un comportamiento conforme a derecho" (Zaffaroni, Eugenio, 1999).

Por su parte el tratadista Frías Caballero, Jorge ha indicado que la capacidad de culpabilidad es "un conjunto de condiciones bio-psicológicas emergentes de la concreta personalidad del agente en el momento del hecho, es la aptitud o capacidad personal para comprender lo injusto o antijurídico del hecho y para dirigir las acciones conforme a esa comprensión".

De otro lado, de forma más profunda y ligado a la sicología el Autor Shaffer, D.R, ha estimado que "el concepto de culpabilidad ha de concebirse como un concepto más complejo del que forman parte la imputabilidad, el dolo, la culpa y las circunstancias en que el sujeto actúa. Y a objeto de determinar de qué manera incide la Psicología Evolutiva en el campo de la culpabilidad juvenil, debe señalarse que esta especialidad psicológica, ya puesta de manifiesto juega un papel muy importante en la determinación de la "medida de la culpabilidad" del adolescente, por ser ella la rama de la Psicología que estudia, científicamente, el desarrollo psicológico tanto del niño como del adolescente y en qué medida estos sujetos comprenden la realidad social donde transcurre su vida".

Así, desde el ámbito sicológico y desarrollo del menor, el epistemólogo y psicólogo Jean Piaget afirma que: "Entre los once y los doce años aproximadamente, tiene lugar una transformación fundamental en el pensamiento del niño que marca su final con respecto a las operaciones construidas durante la segunda infancia: el paso del pensamiento concreto al pensamiento 'formal' o, como se dice con un terminó bárbaro pero claro, hipotético deductivo".

Tanto como Santroch, Jhon, psicólogo en la educación ha percibido que "permite comprender el momento en que el adolescente inicia su experiencia en el campo de las "operaciones lógicas", "reflexiona sobre la realidad" y se representa "acciones posibles" , pero estas "acciones posibles" se encuentran determinadas fuertemente por el Yo, marcadas por un "egocentrismo intelectual" que hace su aparición en el adolescente y que es tan fuertemente determinante en su conducta que le permite desarrollar comportamientos totalmente transgresivos de la realidad y que pueden comprometer punitivamente la comprensión de sus acciones frente al universo social".

Por último, Erikson Homberger Erikson, en el año 1993, observo que "el principal riesgo de esta etapa es la confusión de identidad la cual explica la naturaleza volátil y caótica de muchos de sus comportamiento, también considera al pandillismo y la intolerancia de diferencias como defensas contra la confusión de identidad".

Según la doctrina traída a colación, desde un ámbito sicológico y legal respecto a la responsabilidad penal de los adolescentes a partir de su capacidad psicológica, el ambiente social en que se desarrolla, el ámbito de la autodeterminación y las edades del adolescente, son solo herramientas que permiten crear un patrón de comportamiento para instituir

criterios en el limite cronológico existente, y a través del cual se supone, se desarrolla en el joven la capacidad para comprender la antijuridicidad de lo actuado y la toma de sus propias decisiones.

Ahora, ante la pregunta de si *¿En Colombia, la sola comprensión de la ilicitud podría generar responsabilidad penal para los adolescentes?* es menester aclarar que es la comprensión de la ilicitud y de donde proviene, partiendo del concepto de Responsabilidad penal en Colombia.

Según el Código Penal Colombiano, en su artículo 9 se estipula que será responsable aquella persona que realice una conducta punible, entendiendo esta, como todo acción humana comisiva u omisiva de quien tuviere el deber jurídico de evitar un resultado típico, es decir, que se encuentra descrito en nuestra legislación penal de manera inequívoca, expresa y siendo claras las características del tipo penal, así mismo está conducta deberá ser antijurídica, entendiéndola como aquel actuar contrario a derecho, *y por ultimo culpable, por cuanto no puede ser castigado por su actuar si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer.* Actuando bajo cualquier modalidad, ya sea dolosa, culposa o preterintencional en los casos expresamente señalados por la ley.

De igual forma se ha establecido que *las conductas realizadas por un sujeto inimputable serán punibles cuando esta sea igualmente típica, antijurídica y no haya existencia de causal de ausencia de responsabilidad.*

Por lo que en nuestra investigación analizaremos los conceptos de Culpabilidad, Inimputabilidad e Imputabilidad para determinar la responsabilidad penal en los adolescentes.

2. CULPABILIDAD EN COLOMBIA Y LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE ELLA

En Sentencia de la Corte Constitucional C-077 de 2006, el M.P: Jaime Araujo Renteria, estableció una distinción "En la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones sicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable.

En este orden de ideas no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción.

Esta clase de Derecho, inspirado por la filosofía liberal y fundada en la dignidad humana, ha sido acogido por los regímenes políticos democráticos y encuentra fundamento en varios preceptos de la Constitución colombiana, entre ellos el Art. 29. Por sus fundamentos filosóficos y políticos, la responsabilidad derivada de esta última concepción del Derecho Penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisión de la conducta"

Bajo esta orientación hallamos que actualmente en nuestro Estado se sanciona a través del principio de culpabilidad, a partir del entendido de que ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino, es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer, es decir, por personas imputables.

Figuras de Imputabilidad e Inimputabilidad las cuales provienen de los artículos 1 y 13 de la Carta Política colombiana, desde el principio de igualdad, estableciendo la prohibición de un trato igual, en materia punitiva, entre las personas que pueden comprender la ilicitud de su comportamiento designándola como imputable, y aquellos individuos que no pueden hacerlo como un inimputable.

Por su parte la Corte Constitucional amplio este concepto al mencionar que:

> "los imputables, son las personas que al momento de realizar el hecho punible tienen la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no solo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluya la responsabilidad objetiva en materia punitiva (C.P. art 29) [57]".

Y a los inimputables los describió como "los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez sicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas sino medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación tutela y rehabilitación[58]".

Así las cosas concibiendo que la imputabilidad involucra la actuación de una conducta típica, antijurídica y culpable por parte de un individuo consiente de la ilicitud de su acción, por lo cual es responsable penalmente y acreedor a una pena. Y la inimputabilidad implica la realización de una conducta punible por parte de una persona que al momento de cometer el ilícito no comprendía que el mismo era contrario a la ley, ya sea por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares, por lo cual, su conducta es típica y antijurídica pero no culpable, y a causa de ello es responsable

[57] Corte Constitucional, M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia: Abril 24 de 2002 (C-297)
[58] Ibídem

penalmente pero no se hace acreedor a una pena sino a una medida de seguridad con la finalidad de lograr una rehabilitación y protección.

Frente a lo ya dicho nos encontramos ante la pregunta de ¿los menores de edad en Colombia son catalogados como imputables o inimputables?

Sobre ello, debemos aclarar que el legislador, en la Ley 1098 de 2006, estipuló que se entenderá por menor de edad todas las personas menores de 18 años, de igual forma, en ultimo inciso del artículo 33 del Código Penal, estableció que "los menores de dieciocho (18) años de edad estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil" el cual ha sido instituido bajo la Ley 1098 de 2006, en los artículos 139 y ss.

No obstante, la anterior disposición bajo concepto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dispuso que "no puede interpretarse en el sentido de que los menores de 18 años y mayores de 14 son imputables ante la ley penal y que las otras poblaciones especiales menores de edad solo son las inimputables, por cuanto, se trata de un sistema penal especial para personas inimputables como lo es todo menor de 18 años[59]".

Tal como se expreso la Corte Constitucional con la entrada en vigencia del Código de Infancia y Adolescencia, en sentencia C-578 de 2002, en referencia al artículo 26 del Estatuto de la Corte Penal Internacional:

> "con relación a la exclusión de los menores de 18 de la competencia de la Corte Penal Internacional, la Corte observa que la norma es coherente con las normas constitucionales que protegen especialmente a los niños o menores de edad y, en el ámbito nacional, le otorgan un tratamiento especial como INIMPUTABLES sujetos a medidas de seguridad y no a penas, cuando son encontrados responsables por los jueces nacionales de la comisión de un delito…
>
> *Concluyendo de esta manera, que los menores de edad son INIMPUTABLES, a partir de un criterio cronológico, como lo es la estipulación de una edad determinada, de un derecho penal de autor bajo el entendido de la baja peligrosidad del sujeto, y por tanto, no pueden ser responsables penalmente ni acreedores a una pena bajo el Sistema de Responsabilidad del adolescente determinado por ley 1098 de 2006. Ello sin tener en cuenta la madurez sicológica del menor para tener conciencia de la ilicitud de sus actos e imputarles responsabilidad alguna en el Sistema Penal de adultos. Todo ello con base a la existencia de una "política- criminal que se fundamenta: por una parte, en la necesidad de una intervención diferenciada para los menores, adoptando una interpretación favorable al sujeto, por cuanto se presume que hasta ese momento este no ha alcanzado la madurez suficiente para hacerle responsable como si fuera adulto..."*[60]

[59] http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000144_2014.htm
[60] CERVELLÓ DONDERIS. Vicenta y COLÁS TUREGANO, Asunción. Op. cit., PP 35

Cumpliendo esta intervención diferenciada una de las finalidades preventivas de la ley 1098 de 200 y, atiende de forma cuidadosa al nivel de desarrollo físico y mental de cada menor acusado sin desconocer la ley penal, esto a partir del Bloque de constitucionalidad, desde el cual se pretende proteger los derechos y garantías de los niños menores de edad, con ocasión a las Reglas de Beijin, la Convención de los Derechos del Niño, la Reglas de las de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad que han sugerido al Estado colombiano, la disposición de un Sistema de Responsabilidad Penal diverso en el que profesionales propendan por las diversas garantías de los menores, protección de derechos básicos y satisfacción de las necesidades de la sociedad.

Resolviendo de esta manera nuestro problema jurídico de si ¿la sola comprensión de la ilicitud podría generar responsabilidad penal, en nuestro país, para los adolescentes?

A lo que se responde claramente de forma negativa, hoy en día para la existencia de Responsabilidad Penal se requiere primero la coexistencia de una edad determinada, toda vez que el menor de 14 años no será responsable penalmente, asimismo no se requerirán demás presupuestos como lo es la tipicidad y antijuridicidad bajo la premisa que los menores de 18 años no son juzgados penalmente como personas mayores de edad, si ello fuera así, estarían sometidos al mismo régimen penal de los adultos, es por lo anterior, que en el mismo artículo 33 del Código Penal, referente a las personas inimputables, se estableció la necesidad de crearles a los adolescentes un Sistema de Responsabilidad Penal Especial teniendo en cuenta su condición mental, toda vez, que su capacidad de decisión y raciocinio se encuentra en desarrollo.

En efecto, el menor de edad será inimputable para todos los efectos penales dentro del Sistema de Responsabilidad penal para los adultos, pero esta inimputabilidad por minoría de edad no implicará necesariamente la exclusión de la sanción, ya que de todas maneras el menor de 18 y mayor de 14 años podrá ser sometido a otras sanciones penales, diferentes de la pena prevista para los adultos, pero obtendrá sanciones.[61]

Por consiguiente determinando que al ser los menores de 18 años inimputables no se encuentran excluidos del derecho penal, sino:

> "del derecho penal de culpabilidad, pues su consideración como inimputable en realidad genera su asignación a otro sistema igualmente punitivo pero sin las limitaciones al menos formales propias del derecho penal ordinario, como son, entre otros, el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad. Se recurre ahora, para justificar la intervención penal en este ámbito, a la noción de peligrosidad, la cual por su vaguedad no alcanza a constituir ninguna garantía para el individuo y antes que un límite se erige más bien en un pretexto que facilita la intervención penal."[62].

[61] SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). Op. cit. págs. 162 a 170. En igual sentido, AGUDELO Betancur, Nódier (1984). Inimputabilidad y responsabilidad penal. Editorial Temis. Bogotá. págs. 47-49.
[62] SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). Inimputabilidad y Sistema Penal. Temis. Bogotá. pág.105

Con esto entendiendo que los mayores de 18 años y menores de 14 años, adquieren Responsabilidad Penal en el Estado colombiano, pero el cual se encuentra regulado por profesionales adecuados a la justicia de menores con el fin de proteger por sus garantías e interés superior del menor.

Así como, los menores de 14 años no serán juzgados, declarados responsables penalmente ni privados de la libertad por delito, ya que a ellos se les aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de defensa.

Encontrando como base fundamental de este Sistema Penal para adolescentes a partir de un criterio cronológico, como una "responsabilidad se ha de traducir en la adopción de medidas de tipo judicial y administrativo que sean apropiadas en su naturaleza, características y objetivos a la condición de los menores en tanto sujetos de especial protección, que se orienten a promover su interés superior y prevaleciente y el respeto pleno de sus derechos fundamentales, que no obedezcan a un enfoque punitivo sino a una aproximación protectora, educativa y resocializadora, y que sean compatibles con las múltiples garantías reforzadas de las que los menores de edad son titulares a todo nivel por motivo de su especial vulnerabilidad" Como lo expresó M.P. Humberto Antonio Sierra Porto en Sentencia el C-684 de 2009.

3. CONCLUSIONES

Para que una persona sea considerada madura psicológica tiene que tener la capacidad psíquica para adecuar su conducta a la comprensión de esta misma y así poder valorar una acción, como el fruto de una decisión.

Los menores de edad son INIMPUTABLES, a partir de un criterio cronológico, como lo es la estipulación de una edad, sin tener en cuenta la madurez sicológica del menor para tener conciencia de la ilicitud de sus actos e imputarles responsabilidad alguna en el Sistema Penal de adultos.

El Sistema de Responsabilidad Penal de los Adolescentes toma como base la condicional mental del sujeto, pues, parte de la premisa de que el menor de edad no tiene aún madurez en su condición mental, toda vez, que su capacidad de decisión y raciocinio se encuentra en desarrollo, por cuanto, este no puede valorar su accionar como fruto de su propia razón.
La inimputabilidad por minoría de edad no implica necesariamente la exclusión de la sanción para el adolescente, por cuanto, de todas maneras el menor de 18 y mayor de 14 años podrá ser sometido a otras sanciones penales, es así que no queda en la impunidad sus acciones, pero sin desconocer la especial protección que merecen.

BIBLIOGRÁFIA

HUERTAS DÍAZ, O. (2013). "El sistema de responsabilidad penal para adolescentes: la expansión de lapunibilidad en el neopunitivismo colombiano". En: Revista Guillermo de Ockham 11(2). pp. 69-78..

Importancia de la evaluación e intervención psicológica en el nuevo sistema de responsabilidad penal para la infancia y adolescencia por Juliana Giraldo Isaza, Universidad CES

Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility, Dr Don Cipriani, Ashgate Ltd, 2013, 252 paginas.

Constitución Política de Colombia, Editorial Legis, 2010.

Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia.

WEBGRAFÍA

http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000144_2014.htm2.1. El sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes

http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-365-12.htm

http://cdigital.udem.edu.co/TESIS/CDROM62552011/08.Capitulo2.pdf

http://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/hermesoft/portalIG/home_1/recursos/tesis/contenidos/tesis_septiembre/05092007/desarrollo_psicologico_en_el_e.pdf

http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S003474502005000500005&script=sci_arttext

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-370-02.htm

POLÍTICA EDITORIAL

La Revista Estr@dos es una publicación especializada de la Facultad de Derecho y el Centro de Investigaciones Socio Jurídicas Laureano Gómez Serrano de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, que semestralmente presenta a la comunidad académica y a la sociedad en general artículos de investigación científica, artículos de reflexión y de revisión que constituyen obras originales e inéditas producto de investigación, formación para la investigación y reflexión en torno a la indagación jurídica, socio jurídica y de disciplinas afines al derecho.

En la revista se tendrán en cuenta las siguientes formas de participación teniendo en cuenta las directrices de Colciencias (2006):

Artículos de investigación científica: Entendidos como documentos que presenta resultados originales de proyectos de investigación. Su estructura generalmente supone una introducción, la descripción de la metodología, los resultados y las conclusiones.

Artículos de reflexión: Presenta los resultados de proyectos de investigación desde la perspectiva analítica, interpretativa o creativa del autor.

Artículo de revisión: Presenta resultados de investigación dando cuenta de los avances y las tendencias del desarrollo en el campo científico. Presenta una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

Documentos de reflexión no derivados de investigación: Presenta la reflexión del autor sobre temas relevantes para el derecho y las disciplinas afines.

Reseña bibliográfica: Deberá tener una extensión no mayor a 4 páginas, desde una perspectiva crítica o descriptiva.

Para la publicación de los textos se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a. La Revista partirá de la consideración de que todo autor o autora que participe en la publicación presenta un texto que no ha sido publicado previamente, ni que ha sido presentado a otra convocatoria de publicación y que la presentación del texto en la convocatoria supone su autorización para que sea publicado.

Todos los textos que se presenten en la convocatoria serán sometidos a evaluación y a revisión por parte del Comité Editorial, lo cual supone que ante la sugerencia de modificaciones la aprobación para su publicación estará sujeta a la verificación de las mismas.

Todo texto debe cumplir con lo siguiente:

Resumen en español e inglés (Máximo 200 palabras)
Palabras clave en español e inglés (Máximo 5)
Bibliografía que incluya todas las citas dentro del artículo.

Las referencias bibliográficas tienen que hacerse de acuerdo con las normas de citación (APA 6ª. edición) o ICONTEC.

En la primera página se debe hacer la correspondiente referencia a pie de página sobre el autor y sus calidades académicas e investigativas. Igualmente señalar, si es el caso, el proyecto de investigación del cual procede el artículo y la institución que financia dicho proyecto. Debe dejarse clara la filiación institucional del autor y los datos de correspondencia. En el caso de los trabajos cuyos autores sean estudiantes, deberá indicar el proceso de investigación formativa del cual es origen el trabajo que se presenta.

La extensión máxima de los trabajos no debe ser mayor a 30 páginas tamaño carta, letra Times New Roman 12, a espacio sencillo y debe ser presentado en un procesador de palabras compatible con Word.

Los autores y autoras cuyos trabajos sean aprobados deberán enviar una comunicación escrita en la que autoricen la publicación de su artículo.

El contenido del mismo es responsabilidad exclusiva de los autores.

Los interesados en participar deberán enviar sus artículos al correo: revistraestrado@unab.edu.co

unab
Universidad Autónoma de Bucaramanga
de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

ACREDITACIÓN INSTITUCIONAL DE ALTA CALIDAD

unab
Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Laureano Gómez Serrano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

E-mail: revistraestrado@unab.edu.co