Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana
Edición Nº 09 - Enero - Junio 2015

DISSÊRTUM

La expresión de lo justo…

Universidad de La Sabana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de La Sabana

Dirección:

Daniel Alejandro Higuera Rincón - (Derecho y Ciencias Políticas)

Subdirección:

Paula Andrea Roa Sánchez - (Derecho)

Coordinación Profesoral:

Diana María Gómez Hoyos con
el apoyo de Fabio Pulido Ortiz

Consejo Editorial:

Johan Mauricio Caldas García - (Derecho y Economía y Finanzas Internacionales)
Geraldine Bustos Zamora - (Ciencias Políticas)
Julián David Rojas Triana - (Derecho)
Clara María Quintero Franco - (Ciencias Políticas)
Luisa Fernanda Ospina Pinzón - (Derecho y Pedagogía Infantil)
Ana Milena Zambrano Diaz - (Comunicación Social y Ciencias Políticas)

Novena edición virtual: Enero-Junio de 2015
ISSN: 2344-8180.

Edición, diseño, diagramación y publicación electrónica:

Hipertexto Ltda.
www.hipertexto.com.co

Contenido

DISSÊRTUM

Universidad de La Sabana

Editorial 5

Artículos 7

9 **Political participation and representation: green Parties in colombia (2010) and france (2012)**

Luisa Fernanda Barajas García……

14 **Sudáfrica: foco de injusticia racial**

María Paula Díaz Arias……..…..

22 **Resocialización del recluso a través del trabajo: necesidad imperiosa en las cárceles colombianas**

Laura Gutiérrez Soto……....…

44 **Responsabilidad civil y daños en el derecho colombiano y common law: puntos de encuentro y diferencia**

José Fernando Márquez Gómez.....

58 **Alimentos transgénicos. Regulación internacional que afecta a la nación colombiana**

Anyury Daniela Villamil Arteaga.....
Jonnatan Felipe Fonseca Bautista.....

Editorial

La Generación XXI

Presentamos ante la comunidad académica la novena edición de la revista virtual de estudiantes *DISSÊRTUM*, después del incansable trabajo de un Consejo Editorial comprometido, un equipo lleno de nuevos propósitos y dispuesto a enfrentar el conmocionado entorno que dejó el 2015.

Hace 23 años, la revista *DISSÊRTUM* nació como iniciativa estudiantil, fresca e incluyente, que permitiera a los jóvenes investigadores dar a conocer desde un formato dinámico discusiones coyunturales y soluciones académicas a la sociedad. Hasta la fecha ese espíritu no se ha quebrantado, por lo que ha comprometido a cada investigador, estudiante, miembro del consejo, coordinadores y demás participantes de la presente edición, seguir luchando por la excelencia y la pluralidad de ideas que la academia requiere.

Es natural, que una revista académica, desarrollada por estudiantes y para estudiantes que cursan sus estudios de pregrado, busque la verdad mediante la rigurosidad científica. Es por ello que se hacen exigibles ante el agobiante panorama nacional, investigaciones con sentido social, que hagan hincapié en las diversas áreas del conocimiento relativo a las ciencias jurídicas y a las ciencias políticas. No existe mayor bandera de una juventud comprometida socialmente que hacer parte de "la expresión de lo justo". La presente edición, y sus sucesoras serán progresivamente la voz de una academia voraz y crítica ante el panorama del que no somos dueños.

Esta generación, que asume los retos de la crisis ecológica, los desafíos de la tecnología y el sosegado murmullo de la indiferencia, exige talento y disciplina para renacer desde la crisis. Como bien lo plasmó Víctor Hugo, solo viven los que luchan. Así, cada uno de los autores de la presente edición, no solo realizan pormenorizadas explicaciones de

los distintos escenarios, sino que a su vez, asumen el rol conciliador y propositivo que brillan por su ausencia en nuestras instituciones políticas, judiciales y académicas.

La novena edición, es el conjunto de las preocupaciones y necesidades de la academia joven que aborda los problemas del estado contemporáneo la justicia y el bien común; razones suficientes para que el derecho laboral, el derecho penal, el derecho privado, el derecho público y las ciencias políticas sean engranajes educativos para una transformación social, cultural y académica donde la experiencia de los tiempos pasados permita la retroalimentación en las jóvenes promesas del Derecho y la Política.

DISSÊRTUM en esta ocasión, presenta en análisis comparativo entre el partido verde en Francia y en Colombia. Como segundo tema, se plantea la reflexión desde un artículo referido a al Apartheid, y la discriminación en Sudáfrica. Como resultado de una exhaustiva investigación, esta edición presenta un desarrollo transversal entre el derecho laboral y el derecho penal a través del artículo de resocialización del recluso en los centros penitenciarios. Finamente, se hace presente el derecho privado desde la responsabilidad por daños en el *common law* y el *civil law,* cerrando esta edición con una investigación sobre la regulación internacional de los alimentos transgénicos.

Es necesario hacer el reconocimiento a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de La Universidad de La Sabana, por permitir estos escenarios de investigación y diálogo que enriquecen el aprendizaje del pregrado, y antecede a los juristas en formación que hacen parte de la generación del siglo XXI.

Estamos frente a un milenio que nos reclama, La revista virtual de estudiantes *DISSÊRTUM*, asume el reto desde un nuevo ciclo, que a toda costa buscará ***la expresión de lo justo***.

Daniel Alejandro Higuera Rincón

Director

Artículos

Political participation and representation: green parties in colombia (2010) and france (2012)

Luisa Fernanda Barajas García*

I. Abstract

The purpose of this paper is to explain why the concepts of political civil participation and representation, are relevant to explain the different electoral results in Colombia and France between the years 2010 and 2012. It will be analyzed the strategies and aims each party established in order to compete and succeed, their electoral force, and finally how two green parties, considered as an obvious minority, managed to maximize their presence within the political system or not.

II. Key Words

Colombian green party. Les Verts. Political participation. Representation. Green Wave. Electoral strategy. Coalitions.

III. Introduction

Why did the green parties of Colombia (2010) and France (2012) in their respective presidential as legislative elections, obtain inverse results in terms of political civil participation and representation? The comparative analysis centers on two green parties[2] due to the fact that they are usually kept at the margins inside a political system. These minorities differ in trying to implement ecological policies within their partisan programs; they possess few representations inside legislatures, and no victory in obtaining the executive power. The comparison between the Colombian green party with the French one "Les Verts", facilitate the analysis since France does not have a completely different way of government. These two ways share elements that bring them closer but at the same time unleash differences in the results of political decisions.

In their respective years 2010 and 2012, the countries were in year of presidential and legislative elections so the green ones structured their electoral program and tried to consolidate their parties. Nevertheless, the results were inverse. The reasons which led to different results in both cases are various but throughout the comparative analysis there would be a focus on electoral strategy and coalitions.

Political participation and representation are two important factors because they are strongly tied with the support that one has among civil society, their competitiveness, electoral force and therefore, with the presence and representation within the branches of power. The selected authors who will develop both concepts are Gianfranco Pasquino[3] and Giovanni Sartori.[4]

The study is based mainly on the two authors and their respective books; "Nuevo curso de Ciencia Política" and "Sistemas Políticos Comparados" by Gianfranco Pasquino, "Manual de Ciencia Política" by Rafael del Aguila, and "Elementos de Teoría Política" by Giovanni Sartori. Also, has an empirical resource to find out about the electoral results and articles of press.

The first part of the essay will develop the study case from an empirical perspective. The results and electoral context will be explained and described; the reader will receive information about the collected data and conclusions. The second part of the essay will analyze the comparative study from the theoretical perspective supported by the previously mentioned authors.

IV. Presidential and legislative elections: Colombia (2010) and France (2012)

Throughout this part there will be solved three empirical problems which will help to understand the relevant role of a good electoral strategy and coalitions, at the time of consolidating an electoral campaign. The statements to develop are 1) The emergence of the Colombian green movement called "The Green Wave", 2) The scanty representation of Colombia's green party 3) The unpopularity of Les Verts and their victory. All of them lead to prove the hypothesis successfully.

To begin with, in Colombia during the elections of 2010 the movement of the Green Wave emerged, in order to structure the partisan program and gather popularity. The party found itself at its maximum peak under the presidential formula Antanas Mockus[5] (president) and Sergio Fajardo (vice-president), achieving the support from civil society. This party of minority went on to the second electoral return with a result of 3'134.22 votes approximately, something that was never seen. In spite of his defeat to the candidate Juan Manuel Santos, the green party achieved the most political participation in the party's history; as also a victory upon other traditional parties in Colombia that normally suppose an electoral majority.

In the legislative elections for the senate, the green party didn't count with the luck of its campaign movement. They obtained 521.503 votes what is equivalent according to the distributing figure to only 5 seats. That is to say, the party obtained very scanty representation from what it was expected by the Green Wave.

The electoral strategy refers to the resources or plans that follow the political parties as trend to compete in the presidential campaigns. In the Colombian case, the green party had as final aim, to obtain support in the urns the day of presidential elections; therefore it emerged the movement of the Green Wave. Nevertheless, this ideological movement did not consolidate properly its environmental character as it should be expected.

On the contrary, the Colombian party adopts the position of a voters party, known as Catch-all people's party. They leave aside its initial ideolo-

gy for a wider acceptance and more immediate electoral success. The most important dimension is an organizational aspect, for what the ideological ones do not have too much weight in its political line. The green party chose rather a technocrat character more than environmental, and that's how it obtains a great political participation.

Referring to France, the green party "Les Verts" did not count with a wide acceptance among civil society but consolidate itself within the National Assembly. The postulated one to the presidency was Eve Joly who obtains 2,31% of the votes, which is equivalent to a total of 828.345 votes in the first return. She occupied the sixth place of voting and therefore did not manage to go on to the second electoral round. Its campaign did not count with a massive support of population as it happened in the case of Colombia; the political civil participation remained in the minority that corresponds to a green party.

Even though, in the legislative elections the party "Les Verts" passed of having 3 seats in its former legislature to a total of 17 deputies in the National Assembly. It was the third party with most representation, and also it was an immediate victory for the greens since it was the first time that they obtained a parliamentary group within the National French Assembly. We can see clearly as both parties obtained results in an inverse way, in Colombia there was a great political participation whereas in France, the green party obtained better representation.

Coalitions are very effective in the moment to compete inside the electoral system to reach a considerable representation. The party "Les Verts" in France is a clear example of how it is possible to obtain the proposed success. All the parties behave as vote seekers, so keeping in mind the political space where they compete; they consider the composition of its current electorate with its potential electorate. That explains how the green party in France before the elections, decided to do a coalition with the party Europe Ecologie on November 9, 2010. Their aim was not to reach the presidency, but to maximize the number of deputies in the National Assembly in order to obtain better representation of the political- environmental interests.

It is necessary to keep in mind that another reason to create coalitions between minorities parties are due to the ideological discriminates that exist inside the legislative power. Therefore, the aim of the French green party was not centering on the competition for the presidency but on the composition of the parliament, since this one is a main figure of political control and legislative labor.

V. Theoretical frame: Political Participation and Representation

Throughout this part there will be solved three problems linked to the concepts of political participation and representation, in order to understand their role at the electoral results of both green parties. The statements to develop are 1) The Colombian green party did not have a successful victory in terms of civil participation in spite the movement called "The Green Wave", 2) The French green party "Les Verts" obtained a good representation without needing a huge civil support, 3) Both concepts are relevant to any political party but they might not be reciprocal.

Firstly, political civil participation does not suppose and immediate success to a political party. "The political participation is the set of actions and conducts that point to influence in a more or less direct and more or less legal way, the decisions, as well as the same selection of power's detainers in the political system." (Pasquino, 2011: 70).

This participation relates correctly to the process of democratization when it is achieved to an extent, that is to say, when its opportunities and its efficiency grow. So according to the quote, the

political participation was successful if the individuals and groups obtained satisfaction to their own demands or needs, as it happened for the legislative elections of the French Party, in spite of having little civil support.

On the other hand, if the participation produced only an ephemeral success then we talk about a community of feelings and attempts, a sense of collaboration and identity. A clear example of this was the Colombian movement "The Green Wave" because it managed to gather masses but their interests did not grow inside the political system.

Secondly, political representation goes beyond a matter of numbers. It is about committing to a specific group of interests, even if they suppose a minority. "The electoral theory of representation is, in effect, the theory of the responsible representation: its problem is not to satisfy a requirement of similarity, but of assuring the obligation to answer." (Sartori, 2005: 266). With the previous quote it is possible to see that the political representation consists of the commitment to answer the needs of citizens and a public opinion, to canalize everything and govern. This was achieved successfully by Les Verts in France but in Colombia, it was just fulfilled the requirement of similarity.

VI. Conclusions

It was analyzed how the electoral strategy and coalitions were determinant factors that unleashed inverse results during the presidential as legislative elections of both green parties. The reader was given the collected data throughout the comparative study and the explanation on how the theoretical frame gives a well structured base to comprehend electoral decisions.

Colombia's green wave is a clear example of how to gather a massive support among society, but at the same time, none representation. The French green party "Les Verts" was the opposite case, and very unpredictable. This proves how both concepts are not often reciprocal as it is thought. So that leads us to question ourselves how the sense of collaboration and identity that society feels towards a candidate or political party, could truly be represented inside political systems?

VII. Bibliography

Aguila Tejerina, R., Gabriel, José Antonio de, Vallespín, Fernando, Taibo, Carlos, Gallego, María Teresa, García Guitián, Elena, Maiz Suárez, Ramón. (1997).*Manual de ciencia política* (Estructuras y procesos Ciencias sociales). Madrid: Trotta.

Pasquino, G., & Ferri, Clara tr. (2011). La participación política. *Nuevo curso de ciencia política* (Sección de Obras de política y derecho). México: Fondo de Cultura Económica.

Pasquino, G., & Piro, Guillermo tr. (2004). *Sistemas políticos comparados : Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia y Estados Unidos*. Buenos Arires: Prometeo Libros ; Bononiae Libris.

Sartori, G., & Morán, María Luz tr. (2005). Representación. *Elementos de teoría política* (Ciencias sociales Ensayo, 097). Madrid: Alianza Editorial.

Election results and statistics. Retrieved from http://electionresources.org/

Green party webpage. Retrieved from http://www.partidoverde.org.co/Alianzaverde.aspx

Green party webpage. Retrieved from http://eelv.fr/

VIII. (Endnotes)

* Estudiante de Ciencias Políticas, cuarto semestre. Universidad de La Sabana. Correo electrónico: luisabarga@unisabana.edu.co.

2 Is a formally organized political party based on the principles of green politics, such as social justice and nonviolence. Greens believe that these issues are inherently related to one another as a foundation for world peace. Green party platforms typically embrace social-democratic economic policies and forming coalitions with leftists. Green parties exist in nearly 90 countries around the world; many are members of Global Greens.

3 Italian political scientist (Born in 1942 in Turin). Nowadays is titular teacher of the University of Bologna and assistant teacher in the "Bologna Center" of the University Johns Hopkins of The United States.

4 (Florence, Italy on May 13, 1924).Researcher in the field of Political Sciences, possessing fundamental books such as Party and Systems of Parties and Theory of Democracy.

5 Politician, philosopher and mathematical (Bogota on March 25, 1952). Magister in Philosophy at the National University of Colombia, Licentiate in Mathematics and Philosophy of the University of Dijon. He was mayor of Bogota in two occasions, candidate for vicepresidency (1988) and the Presidency of the Republic (2006 and 2010). Member of the Green Party until June 9 of 2011.

Sudáfrica: foco de injusticia racial

María Paula Díaz Arias [1]

Resumen

Desde hace varias décadas Sudáfrica fue centro de discriminación racial, hecho avalado por el Ordenamiento Jurídico existente en aquella época. Se desarrolló un sistema llamado "Apartheid" creado por personas de raza blanca que consideraban que las personas de raza negra no debían ejercer sus derechos; este sistema permitía que se llevaran a cabo actos atroces en contra de las personas que no apoyaban dicho sistema. Este artículo pretende analizar dicho sistema desde una perspectiva jurídica, estudiando con detenimiento los conceptos de justicia y de acto injusto con sus diferentes acepciones, para con ello determinar dentro de qué concepto se enmarca este sistema.

Palabras Clave

Justicia, justicia legal, justicia distributiva, justicia conmutativa, Acto injusto, lesión del derecho, Apartheid.

Abstract

For decades, South Africa was the center of racial discrimination that was guaranteed by the legal system of the time. This approval by the Government allowed the creation of a new system called "Apartheid" which was developed by white people who felt that the black people could not exercise their rights; this new system permitted atrocities to be made to people that were against it. This article analyses this new system from a legal perspective, carefully studying the concepts of justice and unjust act with their different characteristics in order to determine the concept in which the system falls.

Key Words

Justice, legal justice, distributive justice, commutative justice, unjust act, rights injury, Apartheid.

Introducción

Durante muchos años Sudáfrica fue centro de discriminación racial, régimen en el cual la comunidad blanca estaba amparada por ley para violar los derechos de las personas de color, sin que existiese una sanción o pena por dicha conducta como se puede ver en palabras de Amenós (2009):

> El ejemplo sudafricano permite medir las desastrosas consecuencias sufridas por la humanidad, frente a un régimen ilegítimo. Un pueblo, por oprimido que esté, es titular de un derecho a la autodeterminación que le autoriza a luchar contra quien, desprovisto de legitimidad, no puede beneficiarse, de la protección del derecho internacional. Se aplican sanciones políticas y penales independientemente de sanciones económicas selectivas, se propone unidad con el impacto de recursos humanos y económicos directos, y en base a una solución pacífica internacional (no participativa, no intervencionista). (p.3)

Este trabajo se propone analizar si la situación de injusticia racial que se presenta en Sudáfrica se trata de una injusticia reflejada en dicho trato o si por el contrario en dicha conducta no hay nada reprochable.

La justicia y el acto injusto

Para analizar la injusticia y el acto injusto debemos saber primero cuál es el significado se dichas acepciones, y para ello debemos conocer la definición de justicia. La concepción de justicia ha tenido, a través de los años, varios cambios y se ha tomado con varios sentidos, empezando por la definición más antigua de justicia como lo es Dike, entendido como orden social; desde su más clásica concepción, encontramos que la justicia es el dar a cada uno lo que se le debe (primera definición clásica, según Simónides, citado en Hervada 1991), concepto que fue degenerando en varios otros sinónimos pero ninguno encajaba tan perfectamente como la definición final y más completa dada por Ulpiano, la justicia es dar a cada uno lo suyo. Kelsen (2000) propone un concepto de justicia que enmarca dentro de las siguientes líneas: "La justicia es, en primer lugar, una característica posible mas no necesaria del orden social. Recién en segundo término constituye una virtud del individuo pues un hombre es justo cuando su obrar con-cuerda con el orden considerado justo" (p.5).

El concepto de justicia, viene entonces a clasificarse en tres aspectos importantes (Bobbio, 1962) frente a los cuales se abarcan las relaciones entre los sujetos sobre los que recae o debe recaer la justicia, estos aspectos son la justicia legal, distributiva y conmutativa. La justicia legal es entendida como aquella virtud que se ve reflejada en el cumplimiento de la ley que permite que se dé un beneficio para los demás, se cumple la ley para respetar el bien común, la relación está dada entonces, entre el ciudadano actuando en pro de la comunidad.

Como segundo aspecto encontramos la justicia distributiva, entendida como la correcta repartición de los bienes según los méritos del sujeto, la comunidad debe dar un trato igual a sujetos que son iguales y dar un trato desigual a sujetos que son desiguales, la relación es entonces de la comunidad en beneficio del sujeto; y por último encontramos la justicia conmutativa aquella en la cual se debe respetar el derecho del otro por encontrarse en las mismas condiciones, ambos sujetos dan y reciben cosas, se tiene reciprocidad de obligaciones, es por esto que dicha concepción de justicia se enmarca dentro de la relación entre sujetos, entre particulares.

Ahora bien, habiendo analizado lo que es la justicia, pasaremos a analizar la injusticia y el acto injusto como conducta dañosa (De Cuto, 2006). La injusticia es, como su nombre lo indica, lo opuesto a la justicia, entendiendo que si la justicia es una virtud, la injusticia será entonces un vicio, una lesión

al derecho que pertenece al campo de la libertad y la voluntad pues para que exista efectivamente un daño causado a otro, tiene que quererse la finalidad de causar dicho daño y además tiene que ser un acto libre, no viciado con fuerza-coacción.

La injusticia como lesión de derechos

La vulneración de cualquier derecho de los seres humanos produce un desorden social, que resulta contrario a la primera acepción de justicia, de la cual hablamos anteriormente, para saber si efectivamente nos encontramos frente a la lesión de un derecho debemos tener en cuenta los siguientes aspectos (Hervada, 1991): 1) Que se haya dado efectivamente la lesión, esta debe causarse no solamente tener la intensión de ello; 2) No se lesiona el derecho de quien consiente en dicha lesión, siempre que sean derechos renunciables pues si son irrenunciables se entiende que sin importar el consentimiento, se estará causando una lesión al derecho; 3) Si el autor del acto lesivo es el sujeto damnificado, este será autor de la conducta, es decir que si el mismo es quien se causa el daño, deberá imputársele dicho daño y 4) No hay lesión si el titular del derecho se opone a que se proteja su derecho, a que no se le viole.

Dentro de la injusticia encontramos también tres aspectos importantes para su mejor comprensión (Hervada, 1991), estos son a su vez, la injusticia legal, la injusticia distributiva y la injusticia conmutativa; lo injusto legal es pues la infracción a las leyes para con ello causar un daño al bien común, si con la justicia legal se busca amparar el bien común lo que pretende la injusticia legal es alterar o dañar dicho bien, relación que se da también entre el sujeto frente a la comunidad; lo injusto distributivo es en contraposición con lo justo distributivo, la discriminación entendida como un trato desigual a iguales, justificar un daño al derecho de una persona en aspectos que resultan desmesurados, injustificables se da en el marco de la relación que existe de la comunidad para con el sujeto; por último lo injusto conmutativo referido al irrespeto a los bienes del otro, en este caso no existe el cumplimiento de obligaciones recíprocas pues se le quita un bien al otro o se interfiere con su tranquila propiedad, esta relación de igual manera se da entre sujetos.

Ahora bien, el acto injusto es el objeto de la injusticia (Aristóteles, Libro V); es la conducta propiamente dicha, que se dirige a causar un daño en cabeza de aquel sujeto que es libre y que tiene la voluntad de causar el daño, para que dicho acto se configure en su totalidad debemos tener en cuenta dos aspectos importantes que se complementan entre sí, estos son el aspecto formal y el aspecto material, entendiendo que el aspecto formal es el que tiene implícita la intención de causar el daño, mientras que el aspecto material configura la causación del daño anteriormente mencionado, sin que ello conlleve una intención de ocasionarlo; es por esto que se deben contemplar ambos aspectos para que se configure el acto injusto, pues se debe tener tanto la intención como la exteriorización de la misma, encaminada a lesionar el derecho.

El acto injusto y el Apartheid

En Sudáfrica durante la década de los 40´s, se presentó uno de los sucesos más aberrantes de toda la historia, el respaldo jurídico del Apartheid (Chossudovsky, 1997), no es posible hablar de sus inicios ya que desde la colonia de dichas tierras se venían presentando conductas racistas hacia las personas de color que habitaban estos territorios; el apartheid era un movimiento que se desarrollaba en el marco de violación a los derechos de las personas de raza negra de Sudáfrica, en el año 1948 se otorga un respaldo legal a este movimiento, evitando que personas de raza negra ejercieran

sus derechos; varias leyes evitaban que existieran matrimonios interraciales, que existieran conversaciones entre personas de diferentes razas, la educación de las personas de color, resultaba siendo "pobre" al lado de la educación para personas blancas, se eliminó el derecho al voto para las personas de raza negra, los lugares públicos se dividían en "para blancos" y "para negros", cualquier persona que no estuviera de acuerdo con el apartheid debía ir presa o ser sancionada severamente por dicha conducta.

Como la ley permitía que existiese una discriminación dentro de Sudáfrica por motivos de raza, las personas blancas eran libres de atentar contra la dignidad e integridad de las personas negras, estas conductas no eran castigadas o reprendidas y no se veían como malas pues se justificaban en el hecho de que los negros no eran parte de Sudáfrica, pues solo los blancos podían ser acreedores de dichas tierras. Desde 1948 los presidentes que llegaban a gobernar el territorio sudafricano eran promotores del apartheid, uno tras otro defendía la idea de una Sudáfrica libre de negros, creando más leyes que restringieran los derechos de dichas personas al máximo y con ello lograr que la población de raza negra en Sudáfrica disminuyera considerablemente.

Durante 1950 y 1960 la población negra decidió marchar pacíficamente para hacer valer sus derechos como parte de la población sudafricana, salieron a las calles a protestar por las condiciones en las que se encontraban pues era claramente visible la discriminación de la que estaban siendo objeto (Chossudovsky, 1997) ; posteriormente se dieron marchas violentas que permitieron que los promotores del apartheid respondieran de igual o peor manera sin incurrir en ninguna sanción ni pena, pues la ley permitía dichas conductas en contra de los negros, estas marchas fueron el detonante para que la comunidad internacional se diera cuenta de lo que estaba sucediendo al interior de Sudáfrica, sin embargo el gobierno de turno trató de ocultar al máximo lo que estaba sucediendo evitando a toda costa que la comunidad internacional se inmiscuyera en asuntos de índole nacional.

Posteriormente desde los años 70´s-90´s las marchas aumentaron y los grupos "rebeldes" que iban en contra del apartheid crecían cada vez más lo que permitía que el gobierno tomara medidas extremas para evitar que los negros lograran su cometido, eliminar la discriminación y reafirmar los derechos que anteriormente les habían sido arrebatados (Rodríguez, 2003), dichas medidas permitían la tortura para obtener información de los grandes líderes de estos grupos, permitían el homicidio a personas de raza negra y permitían que se violentaran los lugares que eran exclusivos para los negros.

Poco después, en 1993-1994 se dieron diálogos entre el presidente de turno y el promotor de la abolición del apartheid Nelson Mandela, durante esta época los actos violentos hacia las personas de color aumentaron extremadamente, pero ellos seguían luchando por la promoción de sus derechos y la no violación de los mismos; poco después se otorgó el derecho al voto de nuevo para las personas negras, haciendo uso de este derecho lograron elegir a Nelson Mandela como nuevo presidente de Sudáfrica y con ello disminuyó el impacto del apartheid en dicho territorio.

Para saber si la violación a los derechos de las personas negras en Sudáfrica es un acto injusto y por ende una injusticia, debemos tratar de enmarcar dichos hechos dentro del concepto de injusticia y del acto injusto; iniciando porque las personas de raza negra son efectivamente personas también, el hecho de ponerlas en un nivel inferior a las personas de raza blanca, atenta totalmente contra la dignidad de estas, solamente por este hecho de atentar contra el derecho inherente que tiene toda persona a ser tratada dignamente, sabemos que es una lesión al derecho y por ende se configura la injusticia en su totalidad; sin embargo, analizaremos cada situación avalada por las leyes para saber si efectivamente se puede hablar de acto injusto.

Matrimonio interracial

El primer hecho que mencionamos fue la prohibición de contraer matrimonio entre personas de diferente raza (Rodríguez, 2003), entendiendo que una persona de raza negra no podía casarse con una persona de raza blanca, esta prohibición se enmarca dentro de una lesión al derecho de la libertad, puesto que toda persona es libre de contraer matrimonio con quien dicha quiera según sus creencias y tradiciones.

La ley no puede imponer una forma de actuar que viole en todo sentido un derecho tan importante como es el de la libertad, y aquellas personas que cumplen con los mandatos estipulados por esta son consideradas como coautores de la lesión al derecho, enmarcamos esta conducta dentro de los 4 aspectos que nos permiten saber si es o no una lesión al derecho, entendiendo que primero es una lesión efectiva no es solo la intención de causar dicha lesión, segundo en este caso claramente podemos observar que las personas de raza negra no están consintiendo en la lesión o vulneración de su derecho a la libertad, tercero las personas negras no tienen culpa alguna del acto lesivo y cuarto, dichas personas no se oponen a que se ejerzan acciones que eviten la violación a su derecho libre para contraer matrimonio, es por eso que en este caso vemos que efectivamente se configura una lesión al derecho hablándose entonces de un acto injusto.

Educación con discriminación

Por otra parte aun cuando se daba educación para toda la población sudafricana, este derecho se otorgaba en menor calidad a las personas negras, pues se pensaba que no eran dignas de recibir una educación de la misma calidad que la que se le daba a personas blancas; en este aspecto se ve claramente la vulneración a varios derechos, empezando por el derecho a la igualdad que se supone es inherente a todas las personas, el hecho de evitar que una parte de la población tenga una educación de alta calidad, permite aseverar que nos encontramos frente a la lesión de un derecho, entendiendo que se causa efectivamente y no hay consentimiento sobre dicha vulneración; podríamos decir que nos encontramos frente a una injusticia distributiva, ya que la ley misma es la que promueve la lesión a este derecho y genera una discriminación entre sujetos de igual condición, pues la diferencia de raza no es sinónimo de desigualdad.

Por otro lado el derecho que se vulnera es el de el libre acceso a la educación, entendiendo que las personas de raza negra no podían acudir libremente a una educación de mayor calidad, pues esto estaba prohibido por ley; en este caso vemos claramente que existe una lesión puesto que se evita que las personas ejerzan libremente sus derechos, violando con ello la dignidad y libertad de dichas. La lesión se configura como resultado de una intención plasmada en la ley que genera una conducta que va en contra del bien común, pues con ello se busca que parte de la población sudafricana, que en este caso era el 70% de habitantes de dicho territorio, fuera privada de ejercer libremente su derecho a acudir a una educación de mejor calidad, generando con ello que la mayoría de población fuera iletrada, generando un daño directamente al país.

Privación del derecho al voto

También vemos que las leyes y gobernantes sudafricanos evitaron a toda costa que las personas de raza negra ejercieran su derecho al voto (Rodríguez, 2003), siendo uno de los derechos más importantes para poder hacer efectivos los otros derechos, pues si se tiene voz se puede decidir sobre el curso del país, pero en este caso al no tener voz, las personas

negras no podían elegir a un presidente que propendiera por otorgarles derechos y garantías, por ende seguían estando en un círculo vicioso, pues al no poder votar llegaban al poder presidentes que restringían en mayor medida que el anterior los derechos de estas personas; vemos claramente que se trata de una lesión efectiva del derecho, que se hace sin el consentimiento de las personas de raza negra que por ende conlleva a tratarse de una injustica, que se enmarcaría en este caso de una injusticia distributiva por cuanto es la comunidad, los gobernantes, quienes plasman sus intenciones en la ley restringiendo los derechos de las personas negras y con ello generando una discriminación hacia estas personas, promoviendo el trato desigual respecto de personas que son iguales.

La autoría en este caso resulta ser un poco confusa, puesto que quienes están encargados de hacer las leyes serían considerados como autores de la lesión, pero las personas que ponen en práctica la ley podrán ser consideradas como coautoras o autores; para ello debemos entender que la autoría se refiere aquellos sujetos que ejercen influencia causal en la acción injusta, según Javier Hervada, específicamente quien ejecuta materialmente; podríamos decir entonces que son coautores todos los sujetos que participan en el proceso para que se configure efectivamente el injusto, lo que nos lleva a deducir que los ejecutores de la ley serán entonces coautores por cumplir con un mandato superior.

La tortura como mecanismo de control

La última conducta reprochable en el caso concreto avalada por la ley, es la práctica de torturas y homicidios a personas de cualquier raza que estuvieran en contra del apartheid, incluso personas blancas podían ser torturadas para evitar que siguieran con sus ideales. Es claro que se trata de una conducta que lesiona los derechos de la mayoría de la población sudafricana, primero se incurre en una falta grave que viola la integridad de las personas, se toma la vida de una persona y se hace con ella lo que a bien se tenga sin tener en cuenta que por el solo hecho de ser persona se deben respetar todos los derechos en cabeza de esta.

Se habla entonces de una lesión efectiva de varios derechos como son, la vida, dignidad e integridad, en este caso el acto generador es lo que causa directamente la lesión del derecho y se trata de una acto voluntario y libre por parte del sujeto perpetuador. En este caso podríamos hablar entonces de dos tipos de injusticia, tanto la injusticia conmutativa como la injusticia distributiva; injusticia conmutativa por cuanto se trata de una lesión que es causada por sujetos en las mismas condiciones, en el caso concreto son los mismos ciudadanos quienes se encargan de golpear y violar la integridad y dignidad de las personas solo por el hecho de ser negras, e incluso se encargan de hacer daño a personas blancas que apoyaban a los de raza negra, generando así un irrespeto a los derechos del otro y de los otros.

Por otra parte se puede hablar de una injusticia distributiva puesto que la ley es la que avala dichos comportamientos, creando una desigualdad y discriminación hacia personas de diferente raza; en este caso encontramos que en su mayoría eran las fuerzas de seguridad las que violaban en mayor parte los derechos de las personas negras, lo que nos lleva a decir que se trataría entonces de una coautoría por existir una subordinación entre el sujeto perteneciente a las fuerzas de seguridad y el gobierno, le lesión al derecho se causa en estricto cumplimiento de órdenes superiores, sin que esto afecte la voluntad y libertad de quién cometió dichos actos injustos.

Finalmente hay que analizar si en el caso concreto existió algún tipo de reparación por la lesión o lesiones que se causaron por la comisión de actos injustos, según esto, podemos ver que fueron más de 4 décadas en las que los derechos de las personas de color se violaron desmedidamente, la solu-

ción llego por fin en 1994 cuando pudieron ejercer su derecho al voto y por ello ganó las elecciones el señor Nelson Mandela, que puso límite a dichas agresiones, aun cuando estas se seguían viviendo, fueron menores a las que se vivieron anteriormente. Con la llegada de Mandela al poder, se pudo enjuiciar a varios de los hombres pertenecientes a las fuerzas de seguridad y a grupos radicales del apartheid, sin embargo lo único que se ha podido hacer por parte del estado sudafricano es que estos sujetos reconozcan la autoría de los hechos atroces que cometieron, pidan perdón y conduzcan a los familiares de las víctimas a las fosas en las que se encontraban enterradas estas.

La reparación es pues, el restablecer al sujeto que fue víctima de la lesión, en la posesión del bien que fue lesionado o de otro equivalente, se reconoce y respeta lo que se le lesionó anteriormente, promoviendo que el autor o coautor de la lesión reconozca que causó un daño y haga lo posible por enmendarlo; hablamos entonces de reparaciones dentro de los tres tipos de justicia, la reparación en la justicia legal, estará dada por enmendar el daño que se causó a la sociedad con el incumplimiento de la ley, esa reparación será entonces el cumplimiento de una pena o sanción en cabeza del autor de la lesión, con el cumplimiento de la pena se restablece el orden social justo.

Por otra parte encontramos la reparación en la justicia conmutativa, entendiendo que se debe reparar el daño que se causó al bien ajeno, entonces se efectuará dicha reparación en la devolución o reintegración del bien que ha sido lesionado, sin embargo dentro de esta reparación encontramos un aspectos que nos permiten entenderla de mejor manera, como es la compensación entendida como la retribución del bien lesionado por otro que sea de igual equivalencia o se dará una indemnización en caso de que el bien sea imposible de reparar o restituir; finalmente encontramos la reparación de la justicia distributiva se efectúa en la correcta repartición de los bienes, se enmienda la lesión al repartir de mejor manera los bienes o compensándolos por otros de igual calidad.

En el caso concreto podemos observar que si bien se enjuició a los sujetos que cometieron los actos injustos y estos actualmente están cumpliendo con sanciones y penas, no se logró en total medida la reparación referida a la justicia conmutativa y distributiva, que como vimos anteriormente, fueron los dos tipos de justicia que más se lesionaron con las conductas de dichos sujetos; se dio entonces una reparación de justicia legal sin que ello conllevara a reparar y compensar directamente los derechos de las personas de raza negra que habían sido lesionados por estas personas, no se dio indemnización alguna por haber quitado la vida a tantas personas, no se dio una compensación sobre los derechos violados ni nada parecido.

Conclusión

Podemos concluir entonces que aun cuando claramente se visualiza las comisión de varios actos injustos que conlleva a tratarse de una injusticia en total medida, no existió ni existe hasta el día de hoy una reparación que permita poner a las víctimas y perjudicados por estas lesiones, en igual manera a como se encontraban antes de dichos sucesos, actualmente estas personas siguen luchando porque el gobierno sudafricano reconozca la violación de los derechos y otorgue una compensación o indemnización de los mismos, pero esto ha sido inútil pues después de casi 40 años, las personas de raza negra, víctimas y perjudicados por el apartheid siguen en las mismas condiciones, encontrándose en total desprotección e indiferencia por parte del gobierno de este país.

Bibliografía

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V, VIII Y IX, 1566.

José AMENÓS, "*Política y Apartheid: La discriminación racial en África*", *Fundación Psicología y Cristianismo*, Nº 26 (2009). op. cit., pp. 5 y 6.

Norberto BOBBIO, *Nature et fonction de la philosophie du droit, Archives de philosophie du droit,*Editorial Universidad Nacional del Sur, trad. De Néstor Montezanti, 1962, pp. 1 a 11.

Michael CHOSSUDOVSKY "*El apartheid se traslada al África Subsahariana*" en *Revista del Sur*, No. 65, (1997).

Aldo Luis DE CUNTO, *La antijuricidad y la responsabilidad por acto ilícito. En: Revista lecciones y ensayos,* Nº 82 (2006), *op. Cit., p*p. 51y 52.

William GUTHRIE, *Los filósofos griegos*, México, Fondo de Cultura económica, 2010, p. 137

Rafael HERNÁNDEZ, *Concepto de filosofía del derecho*. En Anuario de filosofía del derecho, 1993, pp.175 y 186.

Javier HERVADA, *Lecciones de filosofía del derecho*, Pamplona. (1991)

Hans KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, op. cit., p. 5.

Friedrich NIETZCHE, *La filosofía en la época trágica de los griegos*, Madrid, Valdemar.

Manuel OSSORIO, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, (1988), p. 498.

Maximiliano RODRÍGUEZ, "*El apartheid sudafricano. Un caso particular del desarrollo del imperialismo*" En: Rebelión África, 2003.

Notas

1 Estudiante de Derecho, noveno semestre. Universidad de La Sabana.
Correo electrónico: mariadiari@unisabana.edu.co

Resocialización del recluso a través del trabajo: necesidad imperiosa en las cárceles colombianas

Laura Gutiérrez Soto*

Resumen

En el presente artículo se discute si existe o no un verdadero, efectivo y coordinado control de la función rehabilitadora y resocializadora de los centros de reclusión. Además, se evidencia la importancia del trabajo como medio de resocialización y se analiza la relación laboral que hay en las cárceles, las excepciones a este régimen y la obligatoriedad de la seguridad social para los reclusos. De igual forma, se ejemplifica cómo sería un buen modelo de cárcel y se enseñan ciertas herramientas que deben ser adquiridas a lo largo del cumplimiento de la pena y que son necesarias para una vida estable en libertad.

Abstract

In this article it is discussed whether or not there is a real, effective and coordinated control of the rehabilitation and resocialization function of prisons. In addition, it is analyzed the importance of work, the exceptions to this regime and mandatory social security for inmates; all this works as evidence as a means of rehabilitation and employment there in prisons. Similarly, it exemplified what it would be a good model in prison and certain tools to be acquired during the execution of the sentence and that are necessary for a stable life in freedom are taught.

Introducción

Uno de los grandes inconvenientes del sistema penitenciario colombiano, como expresa el profesor D´ Alós, catedrático en Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, es la falta de coordinación entre el sistema judicial, el penitenciario y los servicios sociales (Arg., s.f.). Una persona que ha salido de la cárcel, por ejemplo, puede recurrir siempre a los servicios sociales para conseguir trabajo, ayuda económica, vivienda y estudio, entre otros beneficios; pero el sistema no le hace ningún tipo de seguimiento ni le presta ayuda de ninguna clase. Hacerlo supondría "crear un sistema que no tenemos, y que no hemos tenido nunca" (Arg., s.f.), lamenta el profesor Joan Queralt de la misma Universidad.

Cabría preguntarse ¿Es posible una verdadera resocialización y rehabilitación de los reclusos? ¿Es posible que los reos lleguen a tener una vida sana cuando salgan de la cárcel? ¿Cómo proteger el bien común al dejar salir a estas personas que ya han demostrado ser un daño para la sociedad, pero que han pagado por esto? La respuesta común a quienes han delinquido, ha sido siempre la cárcel. Muchos, sin embargo, desconocen o ignoran que la penitenciaria no es sólo para privar de la libertad a los condenados, sino que también tiene el deber de ayudarles en su rehabilitación y prepararlos para la reinserción en la sociedad, tanto en el ámbito emocional, como en el ámbito laboral y educativo, a fin de que no reincidan en la delincuencia cuando recuperen su libertad.

El problema que se discute en el presente documento, es si existe o no un verdadero, efectivo y coordinado control de la función rehabilitadora y resocializadora de los centros de reclusión. Vicente Garrido señala que "los programas iniciados dentro de prisión deben apoyarse en el exterior con una supervisión terapéutica estrecha. Que no solo se les vigile sino que se les ayude a no sentirse personas despreciables y puedan encontrar un ambiente de reinserción" (Sahuquillo, 2012).

En este documento se enfoca el debate en la preparación laboral de los reos y en las realidades a las que se enfrentan una vez hayan salido del centro penitenciario. De igual forma, se analiza cómo es la relación laboral dentro de las cárceles y la protección social que reciben los internos en materia de salud, pensiones y riesgos laborales.

"Cuando la pena se alarga más de siete años, afirma Julián Ríos - profesor de Derecho Penitenciario de la Universidad de Comillas, España- las dificultades de todo tipo empiezan a ser intensas" (Sahuquillo, 2012). Para este investigador, la reinserción debe basarse en tres elementos: el individual, el social, y el laboral o de capacitación para el trabajo. Estos medios son indispensables para facilitar la reinserción. Muchas veces, al salir de la prisión, el convicto tropieza con el mismo entorno que dejó y que de alguna manera le indujo al delito. Es vital, en consecuencia, que cuando salga de la cárcel cuente con apoyo familiar, vivienda, trabajo, entre otros, para reincorporarse a la sociedad.

Capítulo 1

Marco General

Para poder analizar correctamente el tema de las condiciones laborales en las cárceles y la reinserción laboral de los reos, es necesario determinar qué se procura con este artículo y es necesario ver cómo son las condiciones actuales en la vida penitenciaria, utilizando estadísticas como medio de ilustración.

¿Qué se pretende demostrar?

Con el presente artículo jurídico se pretende evidenciar que hay una mala formación en las cárceles que impide que las personas recuperen sus vidas y que, por el contrario, facilita que vuelvan a la vida de delincuencia. Además, se busca que la sociedad tome conciencia de que las personas que han estado en prisión son capaces de volver a una vida normal con el debido acompañamiento de los programas de reinserción social y una adecuada formación laboral o educativa, al igual que con una estabilidad en seguridad social.

Condiciones de los reos

Es común oír que las cárceles están sobrepobladas y con malas condiciones sanitarias. El Informe Estadístico de diciembre 2014 del INPEC evidencia unas cifras relevantes y alarmantes. En dicho documento se registran 113.623 (73,8%) personas recluidas en los ERON (Establecimiento de Reclusión de Orden Nacional), 36.086 (23,4%) en domiciliaria y 4.289 (2,8%) con control y vigilancia electrónica (INPEC, Enero 2015, pág. 14). De esta población, 105.675 (93,0%) hombres y 7.948 (7,0%) mujeres (INPEC, Enero 2015, pág. 23).

En cuanto a las actividades de trabajo, estudio y enseñanza, se ha visto reflejada así: el 77,8% (88.447) participa en alguna de estas actividades; el 47,6% (42.078) realiza trabajos en las áreas industrial, artesanal, agropecuaria y de servicios administrativos, al interior de los establecimientos de reclusión; el 50,5% (44.669) y el 1,9% (1.867) se desempeña como instructores dentro del establecimiento (INPEC, Enero 2015, pág. 32).

Los delitos más frecuentes son:

Homicidio 16,8% (28.538)

Hurto 16,3% (27.687)

Tráfico de armas 14,5% (24.590)

Tráfico de estupefacientes 13,6% (23.141)

Concierto para delinquir 7,5% (12.765) (INPEC, Enero 2015, pág. 30).

Los ERON se ven afectados por el fenómeno de la sobrepoblación. En diciembre de 2014, se registró una sobrepoblación del 52,9% con un total de 40.612. Este informe desarrolló la siguiente tabla que ilustra el hacinamiento por regiones:

Variable	Central	Occidente	Norte	Oriente	Noroeste	Viejo Caldas	Total
Capacidad	29.246	14.489	7.756	7.331	8.485	10.567	77.874
No. Internos	34.452	23.725	13.890	12.552	15.266	13.738	113.623
Sobrepoblación	5.206	9.236	6.134	5.221	6.781	3.171	35.749
Índice de hacinamiento	17,8%	63,7%	79,1%	71,2%	79,9%	30,0%	45,9%

Fuente: CEDIP – DICIEMBRE 2014

Algunos motivos por los cuales hay tanto nivel de delincuencia, además del factor histórico del conflicto armado, son (Fabra, 2010):

FACTOR	DESCRIPCIÓN
Inmigración	Gran tasa de desempleo. Falta de vivienda y alimentación.
Monomarentalidad	Necesidad de responder por sí mismo y los que están a su cargo.
Drogodependencia	Necesidad de conseguir satisfacer su adicción. Pobreza que ello conlleva. Irresponsabilidad consigo mismo y sus dependientes.
Pobreza	Económica, social, cultural.
Historia de delincuencia	Normalmente influenciados por el ambiente familiar y social.

La población reincidente (individuos que luego de haber sido condenados, han vuelto a ser privados de la libertad y se encuentran en condición de condenados por delinquir nuevamente) a cargo del INPEC es del 12% (18.464), el 92,7% son hombres y el 7,3% mujeres.

Población y vida en la cárcel

"Muchas de las personas que están en prisión tienen un perfil muy claro de pobreza y exclusión" (Arg., s.f.), lamenta PACO CRISTÓBAL, coordinador del equipo de inclusión de Cáritas. "La prisión te va haciendo menos persona; un muro alto, una puerta que se cierra con ruido... Son unas condiciones muy duras" (Arg., s.f.), sostiene el autor. Por esto, "la sociedad tiene que tener la conciencia de que los presos deben volver a ella y de que esta los necesita. Y para ello deben potenciarse los medios legales que faciliten esa incorporación y reduzcan la estancia en prisión" y "prevenir es infinitamente más barato y efectivo" (Arg., s.f.), señala Ríos.

A continuación se mencionan unos factores notables para contextualizar la situación penitenciaria en Colombia.

Para todas las personas que ingresan al sistema penitenciario, su rehabilitación se ve entorpecida por las siguientes dificultades del sistema carcelario (Fabra, 2010, pág. 7):

FACTOR	DESCRIPCIÓN
Masificación, ubicación y tamaño	Genera sobrepoblación y condiciones indignas en las cárceles.
Falta de recursos humanos y materiales	Se satisface lo plenamente necesario y básico. No se busca garantizar los mínimos.
Incremento de la penalidad	Alargamiento de condenas y baja implantación de la libertad condicional.
Priorización de las necesidades internas de control por delante de la función resocializadora	Genera que en varios casos recaigan en los delitos.
Deficiencia de programas sociales y comunitarios	Poca implementación del servicio comunitario como forma alternativa o de reducción de la pena.
Escasez de programas de preparación laboral y educativa.	Muy pocos programas que no alcanzan para los reclusos y que son de baja calidad.

Dadas las anteriores consideraciones, se deben tener en cuenta los siguientes elementos claves para la inserción social y laboral (Fabra, 2010, pág. 9):

FACTOR	DESCRIPCIÓN
Vivienda	Digna para el ex-reo y su familia. Condiciones básicas.
Formación	Durante el cumplimiento de la pena y luego de haberla cumplido. Mejorar las habilidades sociales y laborales.
Trabajo	Asegurar que las personas no recaigan en la delincuencia. Eliminar la exclusión laboral y social. Buscar la inserción laboral.
Recursos económicos	Incentivar el inicio de una nueva vida al tener algunos medios para su sustento.
Familia	Talleres y formación para las familias durante el cumplimiento de la pena y un control posterior.
Salud	Buscar la protección de la salud aun si no han logrado cotizar.
Adicciones	Tratamientos posteriores a la pena.

Vale aclarar que todos estos elementos no se pueden tratar por separado, sino que debe haber un trabajo coordinado que los lleve a vivir una vida normal en libertad. Por eso debe ser integral, continuo y eficiente.

Teniendo en mente las cifras anotadas, los factores que entorpecen el sistema penitenciario y los elementos claves para la reinserción social, ahora es menester ver cuál es la normatividad vigente respecto al tema.

Capítulo II

Fundamento jurídico

Sobre el particular, se menciona la normatividad vigente y las máximas que el Estado busca proteger y defender.

Internacional

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 9 señala que "*nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado*". Luego, el artículo 23.1 dice que "*Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo*" (ONU, s.f.).

De igual forma, el artículo 29 establece que "*toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad (…) En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática*".

El Pacto de San José (OEA, s.f.), en el artículo 6, numeral 3 dice que "*No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente*". Luego, el artículo 7 numeral 2 expresa que "*Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas*".

El artículo 2 del Convenio 29 de la OIT sobre trabajo forzoso (OIT, s.f.), consagra que no se consid-

era trabajo forzoso u obligatorio *"cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado"* (artículo 2, literal c).

Constitucional

En el preámbulo de la Constitución Política, se reconoce el derecho al trabajo y se señala que el Estado debe defender la justicia, entre la que se incluye la función de sancionar a quienes perturben la sociedad: *"(…) con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes (…) el trabajo, la justicia, (…), dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo"*.

El artículo 25 consagra que *"el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas"*. De igual forma, en el artículo 48 *"se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social"*. Luego, el artículo 34 prohíbe *"las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación"*.

Legal

El Código Penitenciario y Carcelario en su artículo 10 establece que *"el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario"* (Congreso de la República).

De igual forma, se instituye en el mismo ordenamiento:

> *"**Artículo 79. OBLIGATORIEDAD DEL TRABAJO.-** El trabajo en los establecimientos de reclusión es obligatorio para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. Los procesados tendrán derecho a trabajar y a desarrollar actividades productivas. No tendrá carácter aflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria. Se organizará atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión. (…)".*
>
> *"**Artículo 84. CONTRATO DE TRABAJO.-** "La Subdirección de Desarrollo de Habilidades Productivas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) coordinará la celebración de los contratos de trabajo de las personas privadas de la libertad con los establecimientos penitenciarios o con los particulares a efectos del desarrollo de las actividades y programas laborales"* (Antes: Sociedad "Renacimiento"[1]).
>
> *"**Artículo 86. Remuneración del trabajo, ambiente adecuado y organización en grupos.-** El trabajo de los reclusos se remunerará de una manera equitativa. Se llevará a cabo dentro de un ambiente adecuado y observando las normas de seguridad industrial.*
>
> (…)

Teniendo la normatividad clara, podemos preguntarnos ¿Por qué es importante la resocialización de los reos? ¿Qué se busca con esto? ¿Por qué el trabajo es un medio de resocialización?

Capítulo III

Importancia del trabajo como medio de resocialización

El trabajo es algo inherente al ser humano; es difícil imaginarse una sociedad sin que las personas trabajen. La formación que se adquiere por medio del trabajo es subestimado, pues su capacidad de transformación en los individuos se ve en los valores y habilidades que se adquieren. Tal

es su importancia que los centros de reclusión lo han adoptado como el medio idóneo para que una persona logre resocializarse y vuelva a la sociedad que una vez decepcionó con su conducta lesiva.

Según el INPEC, la resocialización es una *"técnica de tratamiento clínico que pretende cambiar la conducta del interno. Volver a socializarse, lo que significa aprender las expectativas sociales e interiorizar normas de conducta. Resocializarse es volver a valer como ser social conforme quiere la sociedad, esto implica reconocimiento. La técnica que se maneja es el cambio de actitud y de valores. Se confunde con el cambio de delincuente en un buen interno(a)"* (INPEC, Enero 2015, pág. 11).

La Corte Constitucional en la sentencia T-429 de 2010 consideró que *"la condición de persona privada de la libertad como consecuencia de una sanción penal, sin importar el delito cometido, no acarrea la pérdida de la dignidad humana, aun cuando determinados bienes jurídicos le sean suspendidos y otros limitados. Esto se relaciona directamente con la proporcionalidad de la pena, que a la vez se encuentra delimitada por los fines resocializadores del castigo"* (Sentencia T-429 de 2010).

Triple dimensión del trabajo

La sentencia T-865 de 2012 reitera la triple dimensión del trabajo: *"es un valor fundante del Estado Social de Derecho; es un derecho constitucional fundamental y; es una obligación social"*. Primero, es un valor fundante del Estado Social de Derecho ya que limita ciertas actuaciones del legislador y de los empleadores. Segundo, es un derecho constitucional porque es una directriz que orienta tanto las políticas públicas como las medidas legislativas para fortalecer las condiciones dignas y justas en el desarrollo de las actividades laborales. Tercero, es un derecho y un deber social que cuenta con una protección estatal y ayuda al desarrollo individual, familiar y de toda la sociedad. "A partir de lo anterior, le corresponde al Estado *"desplegar una serie de actuaciones positivas – políticas de empleo – para generar suficientes oportunidades de trabajo"*, pues deben los gobiernos orientar todos sus esfuerzos a garantizar el derecho al trabajo en condiciones de dignidad y de justicia" (Sentencia T- 865 de 2012).

Al ser el trabajo un derecho y una obligación social, los reos no pueden ser privados de la posibilidad de trabajar, ni mucho menos pueden ser la excepción a esta regla. Incluso, por el hecho de haber vulnerado en alguna forma el orden de la sociedad con más razón deben trabajar, para en cierta forma puedan redimirse en la sociedad. Esta obligación no nace sólo por estar estipulado en la Constitución Política y su largo desarrollo jurisprudencial, sino por su gran valor terapéutico y con capacidad de resocialización.

El Título VII del Código Penitenciario y Carcelario, modificado por la Ley 1709 de 2014, ya mencionado, regula específicamente lo referente al trabajo carcelario. Determina en el artículo 79 que el trabajo "en los establecimientos de reclusión es un medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización". Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en el artículo 10, numeral 3 que *"el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados"* (OEA, Organización de Estados Americanos, 1966). Por esto, el trabajo no puede ser solamente para ocupar el tiempo, sino que debe potenciar las cualidades de los internos y prepararlos para su vida en libertad.

Trabajo como elemento esencial para la resocialización

En la sentencia T-009 de 1993, la Corte Constitucional discutió la importancia del trabajo como elemento esencial para la resocialización del preso. Se dijo:

> "El trabajo (…) concurre a integrar el núcleo esencial del derecho a la libertad, pues tiene la virtud de reducir el término de du-

> ración de la pena a través de la redención. (…) impone a las autoridades penitenciarias el deber de procurarles, en la medida de las posibilidades, una actividad laboral, como fórmula de superación humana, pero también como medio para obtener la libertad.
>
> (…)
>
> *La importancia del trabajo durante el tiempo de reclusión, no sólo ayuda a alcanzar el fin de la resocialización del individuo sino que también fomenta el valor de la paz y refuerza la concepción del trabajo como un valor fundante de la sociedad. (…)*
>
> *El trabajo (…) ofrece al infractor la posibilidad de rehabilitarse mediante el aprendizaje y la práctica de labores económicamente productivas, las cuales pueden abrirle nuevas oportunidades en el futuro y conservar así la esperanza de libertad (…)"* (Sentencia T-009 de 1993).

El trabajo, además de mantener a los reos ocupados mientras cumplen la pena y ser un elemento de reducción de la misma, enseña muchos valores, tales como respeto, paz, perseverancia, responsabilidad, tolerancia, trabajo en grupo, honestidad, autonomía, entre otros. Todos de igual importancia para la vida en libertad. Muchas veces los reos caen en la delincuencia por falta de estos valores. Por esto, la cárcel no es sólo un lugar limitado al cumplimiento de la pena, sino también donde se les deben enseñar estos valores, entre otros, porque por algún motivo no los recibieron adecuadamente a lo largo de sus vidas.

Modelo educativo y laboral

El modelo educativo que se plantea el INPEC en la población de internos, son "*procesos que le permitan ampliar sus marcos de comprensión para darle la posibilidad de pensarse la vida de otra manera, atendiendo a la condición de existencia del sujeto, lo cual conlleva a considerar otros ordenamientos y disposiciones de actos de conocimiento que superan las prácticas escolares tradicionales de acceso y de relación con lo académico*" (INPEC, s.f.).

La misión del INPEC es transformar al interno para que sea una persona diferente y útil a la sociedad, con la certeza de que no recaiga en sus actuaciones ilegitimas. Se busca ofrecer la posibilidad de que cambie su modo de pensar, de ser y de actuar, orientado a una formación cívica. El objetivo del tratamiento penitenciario, estipulado en el artículo 142 del Código Penitenciario y Carcelario, es "preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad".

Valverde señala que se debe propiciar un "encuentro terapéutico sanador" (Molina, 1993) con aquel que se encuentra en prisión. Cada reo es diferente y lo mismo el delito que cometió. Por esto, el trato dentro y fuera de las cárceles no puede ser masificado, sino que debe ser individualizado y humano. De igual forma, por esto se debe romper la rutina, para hacerles ver que no están "perdiendo el tiempo" en la cárcel porque todos los días son monótonos, sino que cada día aprendan algo nuevo, hagan algo que les sea útil en el futuro.

Dificultades

La preocupación de los reos sobre qué van a hacer una vez estén en libertad es abrumadora. El trabajo en la cárcel a veces no es suficiente para prepararlos a la vida profesional, porque no siempre se trabaja en lo que les gusta; y el oficio para el cual están preparados, no lo pueden desarrollar siempre. Por esto, es necesario que, en lo posible, el trabajo que se les asigne y en el cual se pueda capacitar sea en algo de su interés personal y que reciba la información de necesidad general como es el conocer sus derechos, deberes laborales, etc.

Hay ocasiones en las que las personas han pasado tanto tiempo en la cárcel, que ya no saben qué sería de sus vidas si estuvieran en libertad, a lo que se le denomina el fenómeno de estar "institucionalizado". Están tan acostumbrados a la rutina y a la vida dentro de la cárcel, que no se imaginan trabajando en otra cosa. A veces, esta realidad es

tan fuerte, que no se acostumbran a la vida exterior y recaen en la delincuencia, en su vieja vida, o terminan suicidándose, lo que parece común en las personas mayores.

Trabajo dentro del marco de sujeción y subordinación

En la sentencia T-865 de 2012, la Corte aseguró que el trabajo realizado en las cárceles se desempeña dentro del marco de la situación especial de sujeción y subordinación en la que se encuentran, por lo que su desarrollo no es estrictamente igual al de quienes están en libertad (Sentencia T- 865 de 2012). Agregó que a pesar de que la igualdad es un derecho fundamental estipulado en el artículo 13 de la Constitución Política, y este es reiterado en el Código Penitenciario que prohíbe toda forma de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar o por causa de la opinión política o filosófica de los reclusos, se abre la posibilidad de realizar algunas distinciones, ya sea por motivos de seguridad o de resocialización o bien para el cumplimiento de la sentencia y de la política penitenciaria. Esta es una de las limitaciones a las que se ven sometidos y que implica la especial relación de subordinación. Sin embargo, es completamente prohibido utilizar estas medidas de diferenciación y convertirlas en medidas discriminatorias, desproporcionadas o arbitrarias. Por el contrario, toda diferenciación que se haga debe estar justificada, no sólo legalmente, sino también razonablemente. Por ejemplo, a pesar de ser obligatorio el trabajo para los condenados, no están obligados "*los mayores de 60 años, las mujeres durante los tres meses anteriores al parto y el mes siguiente, así como los que padezcan una enfermedad que los inhabilite para ello*" (Sentencia T- 865 de 2012).

Debido al gran valor del trabajo como medio terapéutico, no será permitido que se aplique como "*carácter aflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria*". Por esto, "*se organizará atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión*", según el Código Penitenciario y Carcelario (artículo 79), modificado por el artículo 55 de la Ley 1709 de 2014.

Este trabajo será remunerado de manera proporcional y en un ambiente que cuide todas las normas legales de protección al trabajador y las precisadas en el reglamento interno de cada centro de reclusión. Esta población no es excepción para que en caso de accidente laboral gocen de las indemnizaciones establecidas por la ley, lo señala el mismo Código en su artículo 86.

Deber del Estado y la posibilidad real de resocialización

La Corte Constitucional en la sentencia T-1190 de 2003 sobre el estrecho nexo existente entre la posibilidad real de resocialización de los reclusos, la legitimidad misma del sistema penal y el papel activo que le corresponde desempeñar al Estado en el cumplimiento de sus obligaciones, expresó:

> "*(…) surgen verdaderos deberes jurídicos positivos del Estado. Tales deberes se encuentran estrechamente ligados a la garantía de la funcionalidad del sistema penal, que viene dada por la posibilidad real de la resocialización de los reclusos, a partir del aislamiento en condiciones cualificadas de seguridad y de existencia vital de la población carcelaria. Deberes positivos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad del sistema penal y ante cuya inadvertencia éste último resulta convertido en una mera sombra de los valores y principios propios del Estado social de derecho*" (Sentencia T-1190 de 2003).

Años después, en 2012 precisó:

> "*Por consiguiente, no puede el Estado soslayar sus obligaciones con el argumento de falta de recursos presupuestales. Es deber del Estado conseguir los recursos económicos suficientes para la efectiva resocialización de los reclusos tal como lo dispone la Ley 65 de 1993. (…) No es, por tanto, suficiente combatir los delitos con políticas de se-*

guridad, es preciso diseñar un sistema que logre disuadir a los delincuentes de tal forma que encuentren una motivación distinta al crimen para sus vidas y puedan participar libres en la vida social aportando de manera creativa, constructiva y solidaria todo lo que son capaces de aportar (…)" (Sentencia T- 865 de 2012).

Salario y redención de la pena

Se podría llegar a cuestionar ¿para qué darle al recluso una remuneración económica si dentro del Centro de reclusión no le es permitido utilizar dinero?[2] La respuesta está en el artículo 88 del Código Penitenciario y Carcelario, que crea la figura del "estímulo al ahorro", que está en cabeza del Director de cada Centro de reclusión y del asistente social, quienes *"procurarán estimular al interno para que haga acopio de sus ahorros con el fin de atender, además de sus propias necesidades en la prisión, las de su familia y sufragar los gastos de su nueva vida al ser puesto en libertad"*. Además de comenzar a ahorrar para su vida en libertad, es vital tener en cuenta que muchas veces siguen con la obligación pecuniaria de reparar a las víctimas y de pagar multas, lo que sería imposible de saldar si no reciben una retribución económica por las actividades que desarrollan dentro del presidio.

De igual forma, el artículo 59 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 93 de la ley 65 de 1993 señala que:

> *"El Gobierno Nacional creará y reglamentará los estímulos tributarios paro aquellas empresas públicas y privadas, o personas naturales que se vinculen a los programas de trabajo y educación en las cárceles y penitenciarías, así como también incentivará la inversión, por parte de estas empresas, en los centros de reclusión con exoneración de impuestos o rebaja de ellos, al igual que a las empresas que incorporen en sus actividades a pos-penados que hayan observado buena conducta certificada por el Consejo de Disciplina del respectivo centro de reclusión".*

Uno de los grandes beneficios, además de ser un medio terapéutico, es que se da la posibilidad que se redima una parte de la pena. El artículo 82 del Código dice:

> *"(…) A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo.*
>
> *El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad constatará en cualquier momento, el trabajo, la educación y la enseñanza que se estén llevando a cabo en los centros de reclusión de su jurisdicción y lo pondrá en conocimiento del director respectivo."*

Tipo de relación laboral en las cárceles y sus excepciones

La relación laboral de los reclusos, es distinta a la de un trabajador común. Como se sabe, hay varios derechos que son limitados en la vida carcelaria; por ejemplo, la libertad personal se suspende, se limita la libertad de locomoción. Hay otros derechos que permanecen intactos como la vida, la dignidad humana y el debido proceso. El trabajo es un derecho que no se suspende pues sigue siendo una obligación tanto del recluso como del Estado. Sin embargo, por la condición especial en la que se encuentra, hay ciertas limitaciones.

La Corte Constitucional recordó en 1993:

> *"Las garantías laborales consagradas en la Constitución protegen también al preso, quien no pierde su carácter de sujeto activo de derechos y deberes por el hecho de encontrarse privado de la libertad. Si las normas laborales son aplicables a los reclusos con las limitaciones del régimen carcelario, con mayor razón deben serlo las disposiciones constitucionales" (Sentencia T-009 de 1993).*

Contrato y actividades laborales

El artículo 84 del Código Penitenciario y Carcelario, modificado por el artículo 57 de la Ley 1709 de 2014, establece sobre el contrato de trabajo que *"La Subdirección de Desarrollo de Habilidades Productivas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) coordinará la celebración de los contratos de trabajo de las personas privadas de la libertad con los establecimientos penitenciarios o con los particulares a efectos del desarrollo de las actividades y programas laborales"*

Las actividades laborales de los reclusos están enmarcadas en la especial condición de subordinación a la que están sometidos, pero esto no es estrictamente una relación laboral. El mismo artículo 84 señala que son *"programas de trabajo todas aquellas actividades dirigidas a redimir pena que sean realizadas por las personas privadas de la libertad"*. Empero, esto no impide que desarrollen estas actividades en condiciones dignas y justas o que se reprima u obstaculice el derecho de los reclusos a rehabilitarse o resocializarse, a disminuir su pena y, en cierta medida, a gozar del producto de su trabajo. Por esto mismo, en ninguna parte está estipulado que no se deba o no se pueda remunerar el trabajo de los reos. Esta remuneración está sujeta a la disposición presupuestaria del Estado; es imperativo que se vele por una remuneración justa y mayor cantidad de posibilidades de empleo.

Excepciones al régimen laboral

El trabajo dentro de las cárceles sigue el modelo educativo del INPEC debido a su importancia como medio de resocialización, de lo que ya se aludió. Sin embargo, es necesario conocer qué ha mencionado la Corte Constitucional sobre el trabajo en las cárceles y qué excepciones tiene al régimen laboral. En la sentencia C-394 de 1995 la Corte señala: *"En manera alguna puede pretenderse que dentro de un establecimiento carcelario tenga plena vigencia el régimen laboral que rige para el común de los trabajadores; sería inconcebible, por ejemplo, para los reclusos el que se garantizara el derecho a constituir sindicatos o asociaciones (Art. 39 C.P.) o el derecho a salir de vacaciones* (Sentencia C-394 de 1995).

Y añade la Corte:

> *Sin embargo, el caso concreto de los contratos de trabajo (…) consiste en una prestación de servicios de naturaleza civil, en el cual no existe propiamente relación de subordinación, más aún cuando no se configura un contrato de trabajo entre el interno y un patrono, ni se dan, por ende, los elementos que tipifican dicho contrato ya que, como lo establece claramente el artículo 84, los internos no pueden contratar directamente con particulares. En la eventualidad de que se configurara la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, habría lugar al pago de un salario proporcional equivalente al número de horas trabajadas, con base en el salario mínimo legal vigente. Por lo demás, en los casos en que un recluso trabajare al servicio de otro bajo alguna de las modalidades permitidas legal o reglamentariamente, dicha relación deberá regirse por las normas laborales vigentes".*

Aunque concretamente los derechos laborales no se suspenden, la pena privativa de la libertad conlleva limitación de ciertos derechos fundamentales, pero siempre con el fin de cumplir la pena y lograr la resocialización del recluso, y no hay duda en que el trabajo es de los mejores medios para conseguir este fin. Por esto, cualquier limitación adicional ha de ser tenida como *"un exceso y, por lo tanto, como una violación de [los derechos del recluso]. La órbita de los derechos del preso (…) es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias"* (Sentencia T-596 de 1992).

Tipos de relaciones que rigen el trabajo penitenciario

Al igual que en toda relación de trabajo, debe mediar la voluntad de las partes.

En la sentencia T 865 de 2012 ya citada, la Corte Constitucional dijo:

> *"La Comisión de Expertos de la OIT señaló que*

el trabajo penitenciario debe entenderse como trabajo forzoso si la fuerza de trabajo de los reclusos es cedida a particulares, salvo que medie voluntad de la persona privada de la libertad para realizarlo y se cumplan determinadas condiciones laborales. Así, la Organización indicó que "(…) el trabajo penitenciario efectuado por cuenta de empresas privadas podría ser compatible con esas disposiciones del Convenio en los casos en que los reclusos trabajan en condiciones comparables a una relación de trabajo libre (…)". Esto exige, además del consentimiento del recluso, los elementos esenciales en cualquier relación laboral como "(…) la aplicación de la legislación laboral, el pago de salario normal y la cobertura de seguridad social". (Sentencia T- 865 de 2012)

La sentencia T-429 de 2010 diferenció los dos tipos de relaciones que pueden regir el trabajo penitenciario:

"Por una parte, se encuentra la administración indirecta, modalidad que se presenta cuando un particular contrata con el Estado para que éste facilite los recursos físicos, pero manteniendo bajo su cargo el control del proceso productivo y debiendo vincular mano de obra reclusa. Esta modalidad, como ya se dijo, conlleva que las condiciones laborales que rigen la situación concreta se asemejen al trabajo libre. Por ello, la remuneración pecuniaria que reciben los reclusos no puede ser inferior al salario mínimo y no depende directamente del presupuesto del Estado, sino que debe ser pactada en el mismo contrato con el particular.

La segunda, denominada administración directa, se presenta cuando es el establecimiento penitenciario el que pone a disposición de los internos los recursos necesarios para adelantar las labores y controla directamente el desarrollo del proceso productivo. En este caso, las bonificaciones sí dependen del presupuesto asignado para tal fin, y las mismas no tienen que ser equivalentes a un salario mínimo. Como quiera que ninguna de las normas analizadas, determinan cómo habrá de fijarse el monto de las bonificaciones, es preciso enfatizar que sólo existen dos condiciones establecidas por las disposiciones analizadas. La primera – artículo 86 del CPC – contempla que habrá de ser equitativa, y la segunda – artículo 14 del Convenio 29 de la OIT – establece que al menos una parte deberá ser pecuniaria" (Sentencia T-429 de 2010).

Una de las fallas de la legislación nacional en materia laboral de los reclusos es que sólo estipulan que la remuneración debe ser "equitativa". Esto lleva al problema de que no se establece de cuánto debe ser la bonificación del trabajo que presenta esta población privada de la libertad. Este concepto puede llevar a abusos, pues ¿qué es equitativo? ¿Qué porcentaje debe ser pecuniario? De igual forma, no debería estar sujeto al "presupuesto asignado" pues ya se mencionó anteriormente que el trabajo es un derecho y un deber social, además el salario es un derecho irrenunciable y, por lo tanto, no se les puede pagar menos de lo que corresponde.

En la misma sentencia continuó haciendo referencia a la necesidad de crear criterios de equidad en esta materia:

"si las bonificaciones fueran demasiado altas, podrían causar dificultades presupuestales para que el Estado generara oportunidades de trabajo, (…) Sin embargo, la remuneración tampoco puede conllevar a una precaria "salarización" que acarree la explotación institucionalizada del recluso, pues esto sería contrario a la dignidad humana. Por lo mismo, bastaría entonces (…), que se fijen criterios de equidad para determinar el monto de las mencionadas bonificaciones, que en todo caso, dado que el tratamiento penitenciario es un sistema progresivo, deben aumentar paulatinamente según la persona se vaya resocializando. Lo anterior, teniendo en cuenta además que en otras disposiciones del mismo Código, se consagra también el estímulo al ahorro, el resarcimiento a la víctima y la ayuda económica a la familia, previsiones que en su

conjunto reclamarían la percepción de ingresos mínimamente suficientes por parte del individuo privado de la libertad".

De este análisis de la Corte Constitucional, se concluye que son las entidades competentes, como el INPEC, las cuales deben determinar la "equidad" de estas remuneraciones, evitando a toda costa que el trabajo dentro de la cárcel se convierta en una explotación laboral. En esta misma sentencia, la Corte defiende que siendo conscientes de las dificultades presupuestales del Estado, es necesario implementar políticas que aseguren el pago debido a los reos, tal como un sistema rotativo.

Entre estas medidas se encuentra la de la jornada laboral. La ya mentada sentencia T-865 de 2012 dijo:

> *"Según el artículo 100, el trabajo, el estudio o las labores de enseñanza que se tienen como fundamento para la redención de pena no se llevarán a cabo durante los días domingos y festivos. "En casos especiales, debidamente autorizados por el director del establecimiento con la debida justificación, las horas trabajadas, estudiadas o enseñadas, durante tales días, se computarán como ordinarias. Los domingos y días festivos en que no haya habido actividad de estudio, trabajo o enseñanza, no se tendrán en cuenta para la redención de la pena" (Sentencia T- 865 de 2012).*

Seguridad social dentro y fuera de las cárceles

La seguridad social protege a los individuos de las contingencias derivadas por la salud, la vejez y los riesgos inherentes a la actividad laboral.

Para la OIT, la seguridad social *"es la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia"* (OIT, Oficina Internacional del Trabajo).

El artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, señala:

> *"Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.*
>
> *(…)*
>
> *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (…).".*

Nos preguntamos, ¿cómo se aplica la seguridad social a los reclusos?

Salud

Obviamente la salud es de gran importancia para la persona interna en una cárcel, durante el tiempo que estén cumpliendo su sentencia; pero además es vital para fundamentar su vida en libertad. Esto sólo se puede lograr con una efectiva cotización a raíz del trabajo que desempeñe en la cárcel.

El Decreto 1141 de 2009 (Ministerio de Salud y Protección Social), que fue modificado por el Decreto 2496 de 2012[3] (Ministerio de Salud y Protección Social),señala en el artículo segundo que la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la población reclusa a cargo del INPEC se realizará por el Régimen Subsidiado *"a través de una o varias Entidades Promotoras de Salud Públicas o Privadas, tanto del Régimen Subsidiado como del Régimen Contributivo, autorizadas para operar el Régimen Subsidiado, que determine la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios SPC. Dicha afiliación beneficiará también a los menores de tres (3) años que convivan con sus madres en los establecimientos de reclusión"*. Se hace la aclaración, en el parágrafo 2, que la población reclusa que ya se encuentre afiliada al Régimen Contributivo o regímenes exceptuados conservará su afiliación mientras cumpla las condiciones de dicho régimen.

Ahora, ¿cómo funciona el régimen de salud en las cárceles? Al igual que las personas en libertad,

los reclusos tienen el mismo derecho al acceso a todos los servicios de salud. El artículo 104 del Código Penitenciario y Carcelario modificado por el artículo 65 de la Ley 1709 de 2014, consagra que:

> *"Las personas privadas de la libertad tendrán acceso a todos los servicios del sistema general de salud de conformidad con lo establecido en la ley sin discriminación por su condición jurídica. Se garantizarán la prevención, diagnóstico temprano y tratamiento adecuado de todas las patologías físicos o mentales. Cualquier tratamiento médico, quirúrgico o psiquiátrico que se determine como necesario para el cumplimiento de este fin será aplicado sin necesidad de resolución judicial que lo ordene. En todo caso el tratamiento médico o la intervención quirúrgica deberán realizarse garantizando el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad. Estos servicios se prestarán en la Unidad de Atención Primaria y de Atención Inicial de Urgencias en Salud Penitenciaria y Carcelaria que debe haber en cada centro de reclusión".*

De esta misma forma, el artículo 66 de la Ley otorga al Ministerio de Salud y Protección social y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) la obligación de diseñar un modelo de atención en salud especial, integral diferenciado y con perspectiva de género para la población privada de la libertad. Este modelo debe tener en cuenta la atención médica tanto dentro como fuera del centro de reclusión. La USPEC tiene la especial labor de adecuar la infraestructura de las unidades de atención primaria.

El parágrafo 1 de este artículo crea el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, el cual se financia con los recursos del Presupuesto General de la Nación. Este Fondo tiene como objetivos administrar los recursos, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, llevar los registros contables y estadísticos y velar por el pago oportuno al Fondo por parte de las entidades deudoras.

Esta asistencia médica tiene en especial consideración a las personas portadoras del VIH, enfermedades infectocontagiosas o con enfermedades en fase terminal, para evitar discriminación y propagación de la enfermedad, dependiendo del caso, según el artículo 67 de la Ley. Si el INPEC lo considera necesario, podrá crear pabellones especiales para estos reclusos. De igual forma, se protege especialmente a los que están diagnosticados con alguna enfermedad mental transitoria o permanente, caso en el cual se ordenará traslado a establecimientos especiales, de acuerdo con el artículo 68 de la Ley.

A pesar de toda esta realidad normativa, en la práctica no funciona así. Es evidente, la estrecha relación que hay entre una mala atención de salud con la cuestión de la sobrepoblación carcelaria y malas adecuaciones de infraestructura. La atención en salud es precaria. Hay muy pocas personas atendiendo el problema de salud y muchas personas que lo necesitan. Los presupuestos de salud deben estar estudiados sobre el cupo real de internos en cada centro de reclusión, pero como es bien sabido, hay una crisis de sobrepoblación en las cárceles. Esto lleva a que los estudios que se realicen sobre cantidad de personal, medicamentos y servicios está hecho para una población mucho menor a la que realmente hay en los Centros de reclusión. Como consecuencia, gran parte de la población queda desprotegida y recibe escasos y/o malas atenciones de salud que pueden generar que no se atienda una enfermedad a tiempo o no se le dé el tratamiento necesario.

Además, la cuestión de las enfermedades contagiosas es realmente preocupante en las cárceles. Debido a la sobrepoblación, el limitado espacio y el poco control que hay sobre la salud de cada recluso, no resulta difícil el contagio y la propagación de las enfermedades.

La misión real de un Centro de reclusión es el de resocialización y cumplimiento de la pena. Por consiguiente, tiene la obligación inherente de cuidar la salud de los reos, pues sería inau-

dito que una persona ingrese en buenas condiciones de salud y salga con alguna enfermedad terminal, contagiosa o incluso sin vida por mala atención médica. Sabiendo la realidad carcelaria actual, es necesario que el Estado tome medidas más estrictas sobre la atención médica en los Centros de reclusión.

Es relevante destacar la crítica generalizada y popular sobre la lentitud de los procesos penales, que lleva a que muchas personas se encuentren en estos Centros de reclusión sin tener una sentencia ejecutoriada. Por este mismo motivo, al ser esta una realidad del país que parece que no va a cambiar pronto, es ineludible tomar medidas que mejoren la atención de salud de los presos, tales como el incremento y buen manejo del presupuesto asignado con el fin de aumentar y mejorar el personal médico, los medicamentos y las instalaciones. Llevando estas medidas a la realidad, se puede brindar a los reclusos unas condiciones realmente dignas para cumplir su tiempo en prisión, al igual que se podrá controlar e incluso evitar enfermedades contagiosas que afecten a la población carcelaria y, por consiguiente, disminuir las muertes o erradicarlas.

Ahora bien, el Estado y el INPEC deben prestarle atención al servicio de urgencias ya que es claro que la vida carcelaria conlleva muchos riesgos. Esto en el sentido de que no sólo se ven afectados por enfermedades infecciosas sino también por actos violentos por armas corto-punzantes, armas de fuego o contacto físico con otros internos. El hecho de que los reclusos tengan acceso a armas es inimaginable, por lo que la principal y más urgente medida debe ser la de generar un mayor control sobre lo que se puede o no tener en posesión en estos Centros.

La educación de los reos influye directamente en su bienestar. Se les debe educar sobre el comportamiento que se espera de ellos, lo cual implica no lastimar a los otros reclusos. Mientras estas medidas se llevan a cabo, y aun después de su implementación, se requiere dotar a los centros de atención, con los equipos, personal y medicamentos precisos para abastecer a la población y satisfacer sus necesidades.

Pensiones

El sistema de pensiones busca asegurar una estabilidad económica asegurando unos ingresos periódicos para cuando, ya sea por edad o incapacidad, deje de trabajar la persona. Adicional, busca la estabilidad para la familia en caso de muerte del trabajador.

El Ministerio de Justicia señaló que desde las cárceles los internos podrán cotizar a pensión (INPEC, 2014). Según el Ministerio:

> *"Para promover las actividades laborales para toda la población carcelaria, el Ministerio de Trabajo deberá coordinar las políticas que fomenten la participación y cooperación de la sociedad civil y de la empresa privada, a través de convenios. (…) La Ley estipula que los internos que trabajen deberán estar afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales y de Protección a la Vejez, en la forma y con la financiación que el Gobierno determine".*

Ya el parágrafo del artículo 84 modificado por el artículo 58 de la Ley 1709 de 2014, señala que las personas privadas de la libertad, que desarrollen actividades derivadas del trabajo penitenciario, deben estar afiliadas al sistema de protección a la vejez.

El trabajo es un derecho y un deber social; el derecho a la pensión lo tienen todas las personas que trabajen. Por esto, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la "*edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia* , según el Acto Legislativo 01 de 2005. De igual forma, ninguna pensión podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, salvo los beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo

(BEPS), a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

A pesar de que esta medida es muy beneficiosa para los reclusos, dado que cuando salgan en libertad puedan tener un ingreso económico periódico, la realidad es otra: no hay casi empleos para los reclusos dentro de los centros penitenciarios. Evidentemente, si no hay trabajo, no pueden cotizar para pensiones. Aunque la situación ha empezado a mejorar con la implementación del programa de teletrabajo en las cárceles del país, para las mujeres (Ministerio del Trabajo).

Riesgos laborales

Los riesgos laborales buscan proteger al trabajador en los casos en que sufra una lesión durante el desarrollo de sus funciones o tareas.

Los trabajos realizados en los Centros de reclusión pueden ser de orden público, agrícola o industrial. De igual forma, los riesgos laborales son inherentes a cualquier actividad; sin embargo, dependiendo de la labor que se desempeñe, varía el grado de riesgo. Los Centros de reclusión no son la excepción. Por esto, llevan el mismo riesgo que el de las personas en libertad que desarrollan estas mismas labores, lo que implica que deben estar protegidos por alguna entidad en caso de accidente o enfermedad laboral.

El parágrafo ya mencionado del artículo 84 de la Ley que modificó el Código Penitenciario y Carcelario, también consagra el derecho de los internos que cumplan actividades penitenciarias, a la afiliación a riesgos laborales.

> *Más adelante este mismo artículo indica que "El trabajo de los reclusos (…) se llevará a cabo dentro de un ambiente adecuado y observando las normas de seguridad industrial. La protección laboral y social de los reclusos se precisará en el reglamento general e interno de cada centro de reclusión. En caso de accidente de trabajo los internos tendrán derecho a las indemnizaciones de Ley (…)".*

Un buen modelo de cárcel, y un buen sistema penitenciario, busca el bienestar en la salud de sus presos durante su estancia en el Centro de reclusión como por fuera de ella. Pretende que puedan estar protegidos en salud, pensiones y riesgos laborales, no solo porque la ley lo demanda sino porque son las garantías básicas que cualquier persona que trabaje debe poseer. Sin embargo, esto debe tener un seguimiento a cada recluso para cuando adquieran su libertad. Es vital que sigan trabajando en su vida libre para poder seguir siendo eficientes a la sociedad y, así, recuperar la confianza de la misma. Igualmente, para que puedan seguir cotizando tanto para beneficio propio como de su familia.

Modelo de cárcel

Hace más de un siglo, en 1895, escribía Émile Durkheim: *"contrariamente a las ideas corrientes, el criminal ya no aparece como un ser radicalmente insociable, como una especie de elemento parásito, de cuerpo extraño e inasimilable introducido en el seno de la sociedad; es un agente regular de la vida social"* (Yela, 2008, pág. 3). Pero, ¿es esto cierto? En la sociedad colombiana todavía se mira y trata distinto a alguien que estuvo en la cárcel. Es difícil verlo como una persona regular que logró reinsertarse. Peor aún, muchos creen que al haber estado en la cárcel, salió "peor de como entró".

Es importante resaltar que, aunque nuestras cárceles tienen tantas dificultades, sí se puede llegar a un modelo de cárcel en el que se asegure una verdadera resocialización. Un ejemplo de resocialización, sucede en la cárcel de Punta de Rieles en Uruguay (Actualidad.rt, 2014).

En Colombia, muchos reos sienten que no son importantes ni para sus familias ni para la sociedad, idea que se les reafirma al estar en la cárcel haciendo cuestiones improductivas. Pero la Cárcel de Punta de Rieles en Uruguay se ha vuelto famosa porque rompe este paradigma. Los presidiarios viven como si estuvieran en un pueblo, trabajan

y hasta tienen su propia radio. En esta cárcel se busca la **resocialización sin violencia.** Todos los reos tienen alguna labor que es vital para el funcionamiento de la cárcel.

Rolando Arbesún, director de la prisión, explica que *"nos gusta pensarla más como **un pueblo,** que tenga una dinámica de vida lo más parecido posible al exterior (…) Eso implica un volumen de trabajo bastante importante, actividades muy importantes, pero también mucha presencia del afuera, del mundo externo de la prisión dentro de Punta de Rieles. Porque si uno está preparando a estos hombres para que vivan en libertad, hay que prepararlos en un escenario que se parezca lo más posible dentro de las limitaciones de lo que se pueda hacer en una prisión"* (Actualidad.rt, 2014).A veces en los presidios, las personas pierden parte de su humanidad al estar en condiciones degradantes e inhumanas. El objetivo de este establecimiento penitenciario, no es sólo preparar al interno para la vida exterior, sino **humanizar la cárcel**. Por esto, es común advertir labores de voluntariado en la cárcel, buscando también romper el miedo de la sociedad a los reos.

Goffman y los hermanos Caballero, sostienen que si se reducen las actuaciones tan extremas en las cárceles y se cambian por un trato más flexible, humano e inclusivo de los reos, cuando salgan de nuevo al mundo no se sentirán diferentes. De igual forma, si se planean salidas o actividades en el exterior, no perderán contacto del todo con ese mundo y así todavía se sentirán partícipes de la sociedad; en cierto modo, se debe hacerles ver que son necesarios para así crearles expectativas reales de volver a sus vidas. Ideas para promover el contacto con el exterior son permisos de salida para compartir con sus familiares, limitar la sanción de aislamiento, crear equipos de trabajo a los que se les permita trabajar afuera de la prisión, ampliar los medios de comunicación de ellos con el mundo exterior, etc. (Yela, 2008, pág. 4).

El director del INPEC, en 2012 manifestó en una entrevista *"hay algunos que no quieren salir porque tienen trabajo en la cárcel. Un interno puede recibir hasta dos salarios mínimos y con eso mantiene a su familia y se está educando"* (Édgar, 2012). Lo contrario a esta realidad colombiana la señala Arturo Correa, que trabaja en un comercio de alimentos elaborados en la Cárcel de Punta de Rieles, quien opina que *"de esta forma nosotros podremos **reintegrarnos a la sociedad sin problemas**, sin tener apremios económicos. Porque para quien está privado de la libertad como yo, que llevo 13 años detenido, se torna muy difícil salir a la calle y poder conseguir un trabajo"*. Son dos opiniones totalmente opuestas.

Es decir, la labor de esta cárcel de Uruguay, rompe el recelo a salir de la cárcel, pues la formación que reciben los reclusos los prepara realmente para lo que les espera en el exterior.

Para la ex-ministra de Justicia en Colombia, Ruth Stella Correa, uno de los objetivos primordiales del proyecto de ley que busca modificar el Código Penitenciario y Carcelario, es que la totalidad de las personas recluidas tengan acceso a programas de estudio y trabajo que les brinden posibilidades laborales una vez estén en libertad.

Sin embargo, vale destacar la parte laboral de La Baldea en el municipio de Risaralda - centro penitenciario de mujeres-, que gracias al éxito del programa de resocialización, siete empresas privadas contratan a las internas de ese establecimiento para la confección de ropa. En cuanto a materia educativa, uno de los mejores ICFES de 2012 de Risaralda, lo obtuvo una de las internas (Ministerio de Justicia, 2013).

"Volcar parte de los recursos que se invierten en cárceles a programas de resocialización, incrementará la seguridad en los municipios": Ministerio de Justicia (Ministerio de Justicia, 2013)

"Por eso es tan importante invertir en las cárceles como una forma de garantizarles a los colombianos ciudades más seguras" (Ministerio de Justicia, 2013), concluyó la exministra.

Una de las fallas del sistema penitenciario, es que los reclusos no son preparados para la vida

después de la reclusión, no sólo en cuestión de aptitudes, sino también psicológicamente.

En el artículo "Y después de la cárcel ¿Qué? (dificultades y retos a la hora de salir de la cárcel)" se defiende que los avances de cada reo dependen de los programas que la penitenciaría les preste, enfocados a las capacidades e intereses de cada persona y contando con los medios necesarios. En este artículo, se propone esta intervención a medio plazo:

- Desarrollo de un trabajo remunerado con lo que podrá adquirir mayor confianza en sus capacidades de rendimiento y de previsión-ahorro.
- Entrenamiento en habilidades sociales y expresión emocional para encajar noticias y sentimientos de distinto signo, aprendiendo a no eliminar sino canalizar los sentimientos.
- Actividades gratificantes y descubrimiento de momentos de bienestar:
  - Redefinición de ocio a través de talleres. Despertar curiosidad e interés por lo que le rodea aprendiendo a disfrutar de lo pequeño y cercano.
  - Empeño en sorprender la rutina con pequeños cambios: decoración de la celda, corte de pelo, comenzar a escribir un diario, etc.
  - Proyecto de introspección.
- Intención de conexión progresiva con el exterior: salidas, leer periódicos. Sentirse miembro activo y con cierta capacidad de responsabilidad y de aportación a la comunidad.
- Asunción crítica de la realidad y entrenamiento en resolución de conflictos.
- Distribución del tiempo
- Trabajar en la autonomía.
- Replanteamiento de la libertad interna diferente a la libertad externa (Yela M. , 2009, pág. 12).

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que no todos los que hayan cometido algún delito deben ir a la cárcel, pues existen penas alternativas tales como la detención domiciliaria y la libertad condicional, dependiendo del delito por el cual hayan sido condenados. Muchas personas creen que la solución para evitar la criminalidad es aumentar las penas. No obstante, a veces entre más tiempo estén en prisión es más probable que aumente la criminalidad. Por esto, es más eficiente poco tiempo en prisión pero que sea un tiempo que marque la diferencia en materia de educación, trabajo y formación de los reos. Igualmente, entre más tiempo pase una persona en la cárcel, más difícil será su resocialización, ya que no estará tan motivado por recuperar su libertad, y, por el contrario, se va a ir "instalando" cada vez más en la prisión.

De igual forma, para que el esfuerzo que se haga en materia de educación, trabajo y formación sea eficaz, debe desempeñarse en un ambiente adecuado y seguro. La Ley 1709 de 2014 busca reducir el hacinamiento carcelario y mejorar las condiciones de vida en las cárceles. Es indispensable que para que una persona aprenda y se esfuerce por mejorar, haya espacios de estudio y, como mínimo, un poco de espacio personal para dormir en unas condiciones dignas.

Además de esta preparación psicológica necesaria durante y después de cumplir la sentencia, se requiere contar con herramientas básicas que permitan una real readaptación a la vida en libertad.

Preparación para una vida estable en libertad

Cuando a un reo se le acerca la fecha de salir en libertad, necesita ayuda para llegar a un ambiente seguro. Esta ayuda le debe ser brindada tanto psicológicamente como materialmente, es decir, contar con unas bases para poder volver a trabajar y estar con la familia.

Lo siguiente, resulta una propuesta muy interesante que aparece en *lifestyle,* la cual me permito desarrollar así:

En primer lugar, a la persona se le debe ayudar a encontrar un empleo remunerado, que esté acorde con sus aptitudes, le brinde cercanía a su familia y los ingresos básicos para mantenerse a sí mismo y a su familia. Por ejemplo, en Estado Unidos existe la Red Nacional H.I.R.E. que educa a los ex presidiarios sobre sus derechos legales, les ayuda a prepararse para el proceso de selección y entrevista en las diferentes empresas, etc. Así mismo, esta Red lucha para cumplir la ley que en muchos Estados es aplicable, en la cual se les prohíbe a los empleadores denegar empleos a candidatos, solamente por sus antecedentes criminales (Lifestyle).

En segundo lugar, debe mantenerse una formación constante al individuo en proceso de resocialización. Esta formación puede ser terminar el bachillerato, conseguir una Carrera técnica o profesional o adquirir destrezas en algún arte u oficio de su interés. Esta formación debe ser personal, con apoyo psicológico. Con esto se pretende que alcance el nivel de educación que los demás miembros de la sociedad tienen.

En tercer lugar, debe existir ayuda con la vivienda, en caso que no tenga familia a dónde llegar. Para esto, el Estado puede tener una base de datos con lugares económicos que en parte lo paguen los ex presidiarios y en parte lo pague el Estado –temporalmente-, hasta que la persona sea autosuficiente.

En cuarto lugar, debe haber entrenamiento y descubrimiento de sus vocaciones. Cuando a un reo se le acerca la fecha de salir en libertad, es imprescindible que se instruya en lo necesario para mantenerse en la sociedad exterior. Por ejemplo, aprender sobre el régimen laboral actual, para ue así pueda hacer exigibles sus derechos, o en general ilustrarse sobre los asuntos de su interés personal, que pueden haber cambiado a lo largo del cumplimiento de su pena.

Finalmente, es necesario que cuenten con una protección en materia de salud, pensiones y riesgos laborales para hacer posible su nueva vida en libertad. Sin estas mínimas garantías va a ser imposible que una persona se reintegre a la sociedad.

Conclusiones

El trabajo es esencial al derecho a la libertad, ya que puede reducir el término de duración de la pena pero además prepara a la persona y lo capacita para su vida una vez terminada la condena. Sin embargo, no hay un verdadero, efectivo y coordinado control de los programas dentro de los centros de reclusión y fuera de estos. Los reos se forman y trabajan dentro de la cárcel en ámbitos específicos que muchas veces no satisfacen sus necesidades una vez estén en libertad.

Como bien se expresó en el texto de este documento, el Código Penitenciario y Carcelario establece la obligatoriedad del trabajo en los establecimientos de reclusión como medio para la resocialización. Todos los reos deben tener la posibilidad de trabajar en algo de su gusto y para lo cual tengan aptitudes, pero además, deben contar con una adecuada formación en valores. A pesar de las diferencias existentes por las condiciones de sujeción y subordinación a las que están sometidos, también se les debe asegurar una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la labor desempeñada. Se debe empezar a hacer sentir al reo como miembro importante y necesario en la sociedad, desde la cárcel, otorgándole labores que exijan su compromiso y sean necesarias para el desarrollo diario de la vida en prisión.

Debemos empezar a cambiar la mentalidad generalizada de que toda persona que haya estado en la cárcel es mala, inútil o peligrosa. Hay que abrir la mentalidad y dejar de estar culpando al sistema carcelario y empezar a reflexionar sobre cómo se puede actuar día a día para crear una sociedad más inclusiva, resocializadora, dadora de

segundas oportunidades que generen esperanzas a muchas personas que realmente están dispuestas a cambiar y volver a ser partícipes de la vida en comunidad.

El Estado y los particulares pueden empezar a desarrollar Redes de ayuda a las personas que están a punto de cumplir la sentencia y listas para volver a la vida exterior. Ayudándoles a encontrar empleo, vivienda, educación, entre otros. Además, se pueden crear diferentes convenios o relaciones con empresas públicas y privadas, centros de educación y otros que estén dispuestos a apoyar a esta población que desesperadamente busca la ayuda de otros para salir adelante.

Es imperativo velar por el derecho a la seguridad social de los reos, lo que va íntimamente relacionado con el derecho y obligación social del trabajo. La salud, la pensión y los riesgos laborales lo que buscan es permitir que el individuo se desarrolle plenamente tanto en el ámbito social como laboral, con un mínimo de garantías.

Finalmente, a pesar del hacinamiento en las cárceles, es evidente el gran esfuerzo del Derecho Internacional, el Estado Colombiano y de los centro de reclusión por fortalecer el trabajo dentro de las cárceles buscando brindar mayores oportunidades de formación a los reos para su futura vida en libertad.

Referencias bibliográficas

Ministerio de Salud y Protección Social. (s.f.). *Decreto 2496 de diciembre 6 de 2012 "Por el cual se establecen normas para la operación del aseguramiento en salud de la población reclusa y se dictan otras disposiciones".*

Actualidad.rt. (25 de Diciembre de 2014). Uruguay: Nuevo concepto de cárcel permite a los presos volver a una vida sin violencia. .

Arg., M. I.-I. (s.f.). *Derecho Penitenciario.* Obtenido de http://www.derechopenitenciario.com/noticias/noticia.asp?id=4328

Congreso de la República. (s.f.). Ley 65 de 1993. Código Penitenciario y Carcelario, modificado por la Ley 1709 de 2014.

Édgar, A. (2012). *"Hay presos que no quieren salir porque tienen trabajo en la cárcel": director del Inpec.* Obtenido de http://www.kienyke.com/historias/hay-presos-que-no-quieren-salir-porque-tienen-trabajo-en-la-carcel-director-del-inpec/

Fabra, N. (2010). Fundación Instituto de Reinserción Social IReS. 7. España.

INPEC. (s.f.). Obtenido de Servicios de Información al Ciudadano: http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/ServiciosDeInformacionAlCiudadano

INPEC. (2014). ABECÉ de la Ley 1709 de enero 20 de 2014. 1. Bogotá.

INPEC. (Enero 2015). *Informe Estadístico Diciembre 2014.* Bogotá D.C. .

Lifestyle. (s.f.). *Ayuda para los presos que están siendo liberados de la cárcel.* Obtenido de http://www.ehowenespanol.com/ayuda-presos-liberados-carcel-lista_437499/

Ministerio de Justicia. (2013). *"Volcar parte de los recursos que se invierten en cárceles a programas de resocialización incrementará la seguridad en los municipios": Minjusticia.* Obtenido de http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/1

Ministerio de Salud y Protección Social. (s.f.). *Decreto 1141 de abril 1 de 2009 "Por el cual se reglamenta la afiliación de la población reclusa al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".*

Ministerio del Trabajo. (s.f.). *Mujeres privadas de la libertad a teletrabajar.* Obtenido de http://www.mintrabajo.gov.co/marzo-2015/4289-mujeres-privadas-de-la-libertad-a-teletrabajar.html

Molina, J. V. (1993). El proceso de inadaptación social. Madrid: Popular.

OEA. (1966). *Organización de Estados Americanos*. Obtenido de Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=189&lID=2

OEA. (s.f.). *Organización de Estados Americanos*. Obtenido de Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

OIT. (s.f.). *Oficina Internacional del Trabajo.* Obtenido de Hechos concretos sobre la seguridad social: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

OIT. (s.f.). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de Convenio 29 de 1930 sobre Trabajo Forzoso: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029

ONU. (s.f.). *Organización de Naciones Unidas*. Obtenido de Declaración Universal de Derechos Humanos: http://www.un.org/es/documents/udhr/

Sahuquillo, M. R. (17 de mayo de 2012). La cárcel despues de la cárcel. pág. 6.

Sentencia C-394 de 1995 (Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.).

Sentencia T- 865 de 2012 (Corte Constitucional, M. P. Alexei Julio Estrada).

Sentencia T-009 de 1993 (Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Sentencia T-1190 de 2003 (Corte Constitucional, M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

Sentencia T-429 de 2010 (Corte Constitucional, M. P. Juan Carlos Henao Pérez).

Sentencia T-429 de 2010 (Corte Constitucional, M. P. Juan Carlos Henao Pérez).

Sentencia T-596 de 1992 (Corte Constitucional, M. P. Ciro Angarita Barón).

Yela, M. (2009). *Y después de la cárcel ¿Qué? (dificultades y retos a la hora de salir de la cárcel).*

Yela, M. y. (2008). El Psicólogo en Instituciones Penitenciarias: Teoría y Práctica. Madrid: FOCAD.

Notas

* Estudiante de Derecho, octavo semestre. Universidad de La Sabana.
Correo electrónico: lauragutso@unisabana.edu.co

1 Congreso de la República, Código Penitenciario y Carcelario, artículo 90. SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA "RENACIMIENTO".- Autorízase al Gobierno Nacional para constituir una sociedad de economía mixta que adoptará la denominación "Renacimiento", cuyo objeto será la producción y comercialización de bienes y servicios fabricados en los centros de reclusión. El Gobierno Nacional mantendrá más del cincuenta por ciento (50%) del capital accionario.

La empresa dedicará parte de sus utilidades a los programas de resocialización y rehabilitación de internos. En los estatutos de la sociedad se determinará la parte de las utilidades que deben invertirse en estos programas.

2 Congreso de la República, Ley 1709 del 20 de enero de 2014 (que reforma el Código Penitenciario y Carcelario), artículo 58 que modifica el artículo 89 de la Ley 1093 de 1993. Manejo de dinero. "Se prohíbe el uso de dinero en el interior de los centros de reclusión (…) La administración de la remuneración será realizada conjuntamente entre la persona privada de la libertad y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec)… (…)".

3 Este Decreto deroga el 1141 de 2009.

Responsabilidad civil y daños en el derecho colombiano y common law: puntos de encuentro y diferencia

José Fernando Márquez Gómez*

Introducción

En el siguiente ensayo se abordarán las nociones generales y específicas de la responsabilidad civil, comparándola con la responsabilidad penal en el régimen colombiano. Posteriormente, se diferenciara la responsabilidad pública y privada, se expondrán algunas tesis para abordar el estudio de la responsabilidad patrimonial, se diferenciará entre la responsabilidad contractual y extracontractual, se mencionarán y desarrollaran los conceptos que hacen parte del daño y su reparación. Para efectos de este ensayo, se utilizara tanto doctrina nacional e internacional y se explicarán varios aspectos de los *torts* en los sistemas de tradición jurídica de *common law*, para finalmente comparar ambos sistemas.

Abstract

The next paper took the general and especific tort´s concept, contrasting with the penal responsabilitie in Colombia. Secondly, we announce the differences between the public, and private responabilitie and explain some thesis to clarify the economic responsabilitie. In this sense, the present paper make use of national and international academy threatments, and explain some aspects of the torts in the common law to finally compare both systems.

Keywords

Torts, responsabillitie, private law, common law.

Deslinde del concepto de responsabilidad

La responsabilidad, tanto como el acto y el negocio jurídico, es una fuente muy amplia de obligaciones surgida del hecho ilícito. Jorge Cubides, citando a los hermanos Mazeaud, expone que "Una persona es civilmente responsable cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro" (Cubides, 2009). Otros autores empiezan el estudio del vocablo responsabilidad de la siguiente manera: "En sentido estricto, se dice responsable al sujeto que no ha cumplido su obligación y está sujeto a las acciones del acreedor, que reclama la indemnización. Esta es la acepción que comúnmente se da al concepto, en cuanto concierne al deber de reparar el daño jurídicamente atribuible que ha sido causado por el incumplimiento." (Albertini, Ameal, & Cabana, 2009). Entonces, se puede decir que la responsabilidad civil es, en sentido llano, responder por un perjuicio causado a otro.

Diferencia entre responsabilidad civil y penal

Según Alberto Tamayo Lombana, la responsabilidad civil y penal son fáciles de diferenciar. Empieza diciendo que los dos tipos de responsabilidad presuponen una conducta, sea acción u omisión, la cual causa un perjuicio. La diferenciación se hace en el siguiente punto: "El punto preciso de la distinción lo marcan dos elementos: la naturaleza del bien jurídico lesionado y las consecuencias que trae esa lesión. Si la conducta del responsable afecta únicamente el interés privado de la víctima, estamos ante un caso de responsabilidad civil. La consecuencia en tal caso es la de obligar el autor a repararlo y la victima cuenta con la acción indemnizatoria. Si la conducta lesiona el interés general de la comunidad, se configura la responsabilidad penal, que trae como consecuencia una sanción penal, provista de una acción pública de la que es titular solo el Estado." (Tamayo Lombana, 2005).

Samuel Yong hace una diferenciación más detallada entre ambos tipos de responsabilidad. En cuanto a la capacidad, en la responsabilidad penal son responsables las persones mayores a 14 años, en cambio en el terreno de responsabilidad civil son responsables las personas mayores a 10 años. En materia penal, el hecho debe estar tipificado como delito, en cambio, en materia civil, el hecho puede o no estar tipificado como delito. La responsabilidad penal es personalísima, es decir que solo se responde por actos propios, en contraposición de la responsabilidad civil, en la cual se puede responder por hechos propios o ajenos. La responsabilidad penal se extingue con la muerte del responsable, en cambio la responsabilidad civil por su carácter indemnizatorio se hereda. Ambos tipos de responsabilidad difieren en el objeto, el cual en el campo penal es sancionar o castigar al culpable y en materia civil se quiere restituir el equilibrio económico reparando el perjuicio causado. La culpa penal se aprecia en concreto, es decir, la conducta como tal y la culpa civil se aprecia e abstracto, como se puede ver en el caso de la tridivisión de las culpas. El juez competente para conocer la responsabilidad penal es el juez penal, al cual se acude para pedir una sanción y es posible pedir una restitución a través de un incidente de reparación integral. Por último, en el ámbito de las formas de imputación, en terreno penal la imputación es subjetiva, ya que se valora la intencionalidad del sujeto (dolo o culpa); en cambio en materia civil, puede tener tanto aspectos objetivos, como el daño material, se puede valorar también los aspectos subjetivos. Además de la responsabilidad penal y civil, se encuentran también otros tipos como la administrativa, laboral, fiscal, disciplinaria, etc. Sin embargo, toda materia de la responsabilidad jurídica se regula por principios generalísimos que dominan por entero el campo del derecho. (Yong Serrano, 2012).

Concepto y diferencias entre la responsabilidad pública y privada

Para hacer la diferenciación entre la responsabilidad pública y privada, se definirá la responsabilidad, que es la obligación que recae sobre una persona pú-

blica o privada, que por su acción u omisión causa un daño material o inmaterial a otra persona de manera antijurídica. Los daños pueden generarse por el incumplimiento de una obligación preexistente, como lo es el caso de la responsabilidad contractual, o por la lesión de un interés legítimo en desarrollo de una actividad humana donde no ha existido previamente una relación jurídica, este es el caso de la responsabilidad extracontractual. Este daño puede surgir de una actividad pública cuando el daño se deriva de una función pública o privada, cuando el daño se deriva del desarrollo de una actividad particular (Yong Serrano, 2012).

Ya habiendo definido la responsabilidad pública y privada, se procederá a hacer la diferenciación entre estos tipos de responsabilidad. En primer lugar, la responsabilidad pública, el causante del daño es un órgano del poder público o un particular con funciones públicas, la jurisdicción competente para conocer estos casos es la contencioso-administrativa, se aplican las normas de derecho público (Código Contencioso Administrativo) y el daño es originado de una función pública administrativa, legislativa o judicial. En cambio, en la responsabilidad privada el daño es causado por un particular, conoce la jurisdicción ordinaria, se aplican las normas de derecho privado (Código Civil y Código de Comercio) y el daño es el resultado del ejercicio del interés privado (Yong Serrano, 2012).

Tesis para abordar el estudio de la responsabilidad patrimonial

En el estudio doctrinario de la responsabilidad patrimonial se han dado varias tesis, las cuales serán explicadas de la siguiente manera (Yong Serrano, 2012):

1. Tesis dualista o clásica: Esta tesis plantea que el estudio de la responsabilidad contractual y extracontractual debe realizarse por separado ya que entre ellas hay diferencias irreductibles.

    a) Deben estudiarse por separado ya que la ley y el contrato tienen una oposición extrema.

        i. En la responsabilidad contractual el contrato constituye una garantía para las partes, debido a que son estas la que deciden las pautas del contrato.

        ii. En la responsabilidad extracontractual, las controversias las resuelve la ley ya que esta responsabilidad surge de delitos y cuasidelitos, esto supone que no hay un vínculo jurídico preexistente.

    b) También se diferencian por el plano jurídico en el que actúan

        i. La responsabilidad contractual se relaciona con el efecto de las obligaciones ya que esta es la consecuencia del incumplimiento de una obligación.

        ii. La responsabilidad extracontractual se relaciona con las fuentes de las obligaciones, es decir con la ley, ya que aquí la obligación de reparar se origina en el delito y cuasidelito y no de un vínculo jurídico anterior.

2. Tesis de la unidad: Esta tesis tiene 3 razones por las cuales la responsabilidad contractual y extracontractual no deben estudiarse por separado:

    a) La responsabilidad siempre será de naturaleza delictual, así se trate de una obligación legal o de una contractual, toda lesión causada por un tercero o un deudor es un delito. Para determinar que la responsabilidad efectivamente es un delito, los seguidores de esta teoría utilizan la premisa "incumplir un contrato es cometer un acto ilícito".

    b) No existe una cualidad esencial que distinga la ley del contrato, porque la ley y el contrato tienen una fuente común. Para Granmoulin la ley es un contrato de alcance amplio y el contrato es una ley especial.

    c) Ambas responsabilidades crean la obligación de reparar el daño. Tanto la ley como el contrato surgen de una obligación anterior, en la obligación contractual es cumplir el contrato y en la extracontractual, cumplir la ley.

3. Tesis ecléctica: En esta tesis, se trata de conciliar la tesis dualista con la tesis de la unidad. Para los seguidores de esta tesis, efectivamente la responsabilidad contractual es diferente a la extracontractual, sin embargo, estas diferencias no son fundamentales sino accesorias. En esta tesis las dos responsabilidades desempeñan roles complementarios debido a que las dos son fuentes de obligaciones. Esta teoría plantea una única solución para determinar la responsabilidad en términos generales. En primer lugar debe existir un perjuicio, en segundo lugar una causa y finalmente, un vínculo entre la causa y el prejuicio.

4. Tesis de la unicidad: Esta tesis analiza la responsabilidad desde el punto de vista del daño. La obligación de indemnizar el daño en la responsabilidad contractual y extracontractual es la misma, en las dos se debe reparar el daño ocasionado.

En Colombia, el legislador adopta la posición planteada por la tesis dualista.

Diferencias entre responsabilidad civil contractual y extracontractual

La responsabilidad se divide en contractual y extracontractual. La responsabilidad contractual resulta de la inejecución parcial o total, o de la ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada de un contrato válido. Presupone por lo tanto la existencia de un contrato válido celebrado entre las partes y el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de alguna de las obligaciones estipuladas en él.

El segundo tipo de responsabilidad civil, la extracontractual o delictual (delictual propiamente dicha y cuasi delictual), se da en ausencia de un contrato. Resulta de un hecho cualquiera. (Tamayo Lombana, 2005).

Jorge Cubides la define como responsabilidad concreta y abstracta de la siguiente manera: "La responsabilidad concreta (contractual) consiste en la necesidad de reparar los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de los actos jurídicos (contratos y manifestaciones unilaterales de voluntad). Se considera concreta porque del acto jurídico en particular se deriva la responsabilidad correspondiente.

La responsabilidad abstracta (extracontractual) se entiende ajena al acto jurídico, es decir, ajena a la manifestación de voluntad intencionalmente dirigida a la producción de efectos jurídicos. Es la responsabilidad propia del hecho jurídico y consiste en la necesidad de indemnizar los daños causados a la persona o propiedad de otro como consecuencia de una conducta imputable." (Cubides, 2009).

La responsabilidad civil contractual y extracontractual se diferencian de la siguiente forma. En la responsabilidad contractual se necesita ser mayor de edad y estar mentalmente sano para contratar, en cambio en la responsabilidad extracontractual, desde los 10 años se puede responder. En el campo de la acción a instaurar, en la responsabilidad contractual se instaura una acción contractual y en responsabilidad extracontractual se instaura una acción extracontractual. En la extensión de la reparación, el deudor solo responde por los perjuicios que pudieron preverse al momento de celebrar el contrato, en caso de estar ante la responsabilidad contractual, en cambio, en la responsabilidad extracontractual, la reparación es integral, puesto que comprende todo el daño sufrido por la víctima. En la responsabilidad contractual, el acreedor debe constituir en mora al deudor, en cambio en la responsabilidad extracontractual, no es necesario requerimiento alguno para exigir pago en mora. En la responsabilidad contractual las clausulas excluyentes o limitativas de responsabilidad pueden pactarse con algunas restricciones, pero en materia extracontractual no surtirán efecto alguno. Si lega haber un conflicto de leyes en el tiempo, en materia contractual, el contrato, sus consecuencias y efectos se regirán por la ley que las partes acuerden, en cambio en la responsabilidad extracontractual, si hay materia delictual, la cuestión queda sometida a la ley del lugar donde se produjo el hecho ilícito. Desde el punto de vista de la culpa, en materia con-

tractual, se admite graduaciones, ya que no todo tipo de culpa hace incurrir en responsabilidad al obligado, en contraposición a la materia extracontractual en la que no se permite dosificar la pena. Por último, en cuanto a la solidaridad, en materia contractual no se responde solidariamente, excepto si así se pacta, lo ordena la ley o surja del testamento, en cambio en la responsabilidad extracontractual, si el delito o culpa es cometido por varias personas, cada una de ellas responde solidariamente (Yong Serrano, 2012).

Elementos de la responsabilidad

Albertini, Ameal y Cabana definen los elementos de la responsabilidad así: "La responsabilidad generadora del deber de indemnizar exige la concurrencia de cuatro presupuestos:

1. El incumplimiento objetivo, o material, que consiste en la infracción al deber, sea por el incumplimiento de la palabra empeñada en un contrato, sea por el deber general de no dañar.

2. Un factor de atribución de responsabilidad, esto es, un factor suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor. Tal factor de atribución puede ser subjetivo (culpabilidad) u objetivo.

3. El daño, que consiste en la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento jurídicamente atribuible.

4. Una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño; es decir, que pueda predicarse del hecho que es causa (fuente) de tal daño." (Albertini, Ameal, & Cabana, 2009).

Jorge Cubides explica estos factores como propios de la responsabilidad abstracta o extracontractual diciendo que la responsabilidad civil tiene tres elementos: la imputabilidad, el daño y la existencia de un nexo causal.

Explica primero la imputabilidad, que consiste en la atribución de responsabilidad por dolo, culpa o riesgo.

La imputabilidad por dolo, la define como la intención maliciosa de causar daño, siendo la falta más grave del derecho civil y del ordenamiento jurídico en general, causando un perjuicio y debiéndolo reparar. (Cubides, 2009).

La imputabilidad por culpa, a diferencia del dolo, no hay en la voluntad del agente la intención positiva de causar daño a otro. Se trata de una conducta negligente, descuidada, sin intención de dañar, es la falta de diligencia debida. Esta culpa se puede apreciar por dos sistemas: la apreciación de la culpa en concreto y en abstracto, que a su vez corresponden a dos diferentes conceptos del error de conducta. En la apreciación en concreto la culpa se establece comparando la conducta del agente en las circunstancias que se produjo el daño con su conducta normal. El agente es comparado consigo mismo; la culpa se establece analizándolas conductas con la llamada "ecuación personal de cada uno", vale decir, con la forma habitual de cada persona. En la apreciación de la culpa en abstracto la conducta del agente es confrontada con la de un modelo ideal, con un arquetipo que en nuestro derecho de origen romano y francés ha sido el buen padre de familia. (Cubides, 2009).

En cuanto a la graduación de esa culpa, existen 3 grados: la culpa grave, la culpa leve y la culpa levísima. La culpa grave, negligencia grave o culpa lata consiste, en concordancia con el art. 63 del Código Civil, en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. En materia civil equivalen al dolo. La culpa leve, descuido ligero o descuido leve, consiste en la falta de diligencia que un hombre juicioso, un buen padre de familia emplea en sus negocios ordinarios. Se incurre en culpa levísima cuando no se observa el cuidado propio de las personas más diligentes en sus negocios más importantes. El dolo no se presume, salvo en unos casos donde la ley lo establece (ocultación de un testamento en el art. 1025 C.C. o apuesta a sabiendas del resultado en el art. 2284). Por lo tanto, tanto en materia civil como en materia comercial si no se presume el dolo, debe probarse (Cubides, 2009).

En la responsabilidad contractual, Jorge Cubides afirma que el art. 1604 C.C. establece "una especie de presunción de culpa y dispone para desvirtuarla la probanza de la diligencia debida.". En materia de responsabilidad extracontractual se rige por la presunción de buena fe, que impone la carga de la prueba a quien alegue el dolo o la negligencia del otro. Al igual que en materia de responsabilidad civil extracontractual, en materia comercial también se rige la prueba del dolo y la culpa por el principio de buena fe (Cubides, 2009).

El responsable por culpa, según el art. 1616, debe resarcir los perjuicios que se previeron o se podían prever al tiempo del contrato. El responsable por dolo debe resarcir los perjuicios previstos, previsibles e imprevisibles. Esta regla también tiene aplicación en materia extracontractual (Cubides, 2009).

Por último la imputabilidad por riesgo, es la cual, debido a la realización de ciertas y determinadas actividades, calificadas como peligrosas, se produce un daño. Esta responsabilidad no deriva del dolo o de la culpa sino que se origina en la mera ocurrencia del daño consecuente a una actividad peligrosa. En materia probatoria, se presume la culpa solo por el hecho de realizar la actividad peligrosa, exonerándose a la víctima de probar la conducta indebida. Al agente de esta conducta indebida le corresponde desvirtuar esta presunción alegando caso fortuito o fuerza, de la intervención de un elemento extraño o de un hecho culposo de la propia víctima. La fuerza mayor o caso fortuito es el imprevisto irresistible, cuya ocurrencia desborda las capacidades del humano. La culpa exclusiva de la víctima se da cuando el perjuicio se genera por entero a la conducta negligente de la víctima. El último elemento de exclusión de responsabilidad por riesgo es el elemento extraño, el cual según Jorge Cubides, no tiene la claridad deseada. (Cubides, 2009)

Ya habiendo abordado el primer elemento de la responsabilidad que es la imputabilidad, se pasará a examinar el daño, segundo elemento de la responsabilidad.

El daño es una aminoración del patrimonio que se produce en la esfera de interés de uno de los contratantes o en la de un tercero con quien no había relación jurídica preexistente. Se diferencia del perjuicio en cuanto el daño es la lesión sufrida como tal o el aspecto material que recae sobre una cosa y el perjuicio es el efecto, la prolongación del daño que causa un menoscabo patrimonial. (Yong Serrano, 2012). Jorge Cubides lo define como "El detrimento o demerito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos.".

El daño tiene varias clasificaciones, entre las cuales cabe destacar:

1. Daño material (Yong Serrano, 2012): Se da en los eventos donde se lesionan bienes o intereses que pueden medirse económicamente, en dinero.

    a) Daño emergente: Se presenta cuando un bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima.

    b) Lucro cesante: Se presenta cuando un bien económico que debería ingresar en curso normal de los acontecimientos no ingresó ni ingresará al patrimonio de la víctima.

2. Daño inmaterial (Yong Serrano, 2012): Aquellos bienes que por su naturaleza no son evaluables en dinero, se indemnizan a manera de compensación en forma económica para hacerle a la víctima más soportable el daño.

    a) Perjuicio estético: Es aquel menoscabo que debe resarcirse a manera de compensación por el atentado infligido a la armonía física de la víctima.

    b) Perjuicio sexual: Los que deben resarcirse cuando generan a la víctima la imposibilidad total o parcial de mantener relaciones sexuales o procrear.

    c) Perjuicio psicológico: Se debe resarcir por la perturbación del equilibrio espiritual preexistente.

    d) Perjuicio moral: Es el dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico, ocasionado a raíz del daño, su valor lo establecen los jueces de acuerdo a los límites indemnizables y puede ser transmisible.

e) Daño a la vida en relación: Esla pérdida de goces y alegrías que se pueden esperar de una existencia normal, puede ser físico o personal, es de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial y puede ser sufrido por la víctima o terceros que resulten afectados.

3. Daño directo: Es el efecto nocivo inmediato y próximo del hecho imputable (Cubides, 2009).

4. Daño indirecto: Aquel que, si bien depende en últimas del hecho del agente, se produce como consecuencia del daño directo, de modo mediato o concausal (Cubides, 2009).

5. Daño presente: Es el daño que ya ocurrió, su reparación no genera mayores discusiones (Yong Serrano, 2012). El daño es presente al momento del fallo o su liquidación (Velásquez Posada, 2011)

6. Daño futuro: Es el daño que necesariamente ha de sobrevenir como consecuencia de determinadas circunstancias que lo hacen inevitable. Es indemnizable siempre y cuando pueda probarse que seguramente se producirá, es por esta razón que el daño eventual no es reparable, porque como es incierto, es irreparable (Yong Serrano, 2012). El daño futuro es aquel que todavía no existe, pero su existencia futura no ofrece dudas al operador jurídico (Velásquez Posada, 2011).

Respecto al daño futuro, existe un tipo de daño llamado la "pérdida de oportunidad", en la cual el verdadero daño es la pérdida de una oportunidad, ya que esta se ha perdido por el hecho de un tercero. En estos casos, la indemnización debe equivaler al porcentaje correspondiente a la oportunidad que efectivamente se tuvo (Yong Serrano, 2012).

Ya que se han visto las diferentes clasificaciones doctrinarias del daño, se expondrán las características comunes del daño resarcible, que ha de ser cierto, personal y antijurídico (Velásquez Posada, 2011).

La certeza significa que exista y se pueda probar, es decir, que debe conllevar a un conocimiento seguro y claro de su existencia, con el fin de establecer si se ha producido o producirá un perjuicio material o inmaterial en una persona, para que pueda existir la reparación (Yong Serrano, 2012).

En segundo lugar, el carácter personal del daño es una de las condiciones necesarias para exigir la indemnización de los perjuicios generados por un daño. Este no es un problema ontológico del daño sino un problema de legitimación en la causa (Velásquez Posada, 2011). Por lo tanto, solo quien sufre el perjuicio puede pedir la reparación, pero, en concordancia con el art. 2342, están legitimados para demandar el dueño o poseedor de la cosa, sus herederos, el usufructuario, habitador o usuario si se ha constituido algún derecho real y el tenedor de la cosa (Yong Serrano, 2012) .

La última característica del daño es la antijuridicidad, la cual puede ser penal o civil. Para el desarrollo de este ensayo solo se estudiará la antijuridicidad civil, la cual puedo o no estar tipificada. Esta se da cuando una persona sufre un perjuicio el cual no está obligado a soportar, sea patrimonial o extrapatrimonial. Se diferencia de la culpa en el aspecto que la antijuridicidad es un juicio sobre el acto, constituye un juicio de reproche sobre una conducta en la medida que ella vulnera sin derecho intereses social y jurídicamente tutelados. En cambio, la culpa es un juicio sobre el autor, apunta hacia la persona en cuanto muestra voluntad de actuar en sentido diverso al obligado. La antijuridicidad se puede concebir formalmente; es decir, cuando la acción de hacer u omitir aparece expresamente prohibida por la ley; o se puede concebir materialmente, que se da cuando la acción tiene una determinada manera de ser o materia que la vuelve contraria a derecho. Hay dos corrientes que examinan la antijuridicidad civil las cuales son la concepción subjetiva, usada en el régimen civil colombiana, y la concepción objetiva. La primera afirma que el fundamento de la obligación de reparar no se encuentra en el daño causado a la víctima, sino en el comportamiento del autor del perjuicio. En cambio, la concepción objetiva afirma que la antijuridicidad del daño no es más que la lesión o violación del derecho patrimonial ajeno (Yong Serrano, 2012).

Visto ya todo el concepto que encierra el daño, se pasará a explicar el último aspecto que hace parte

de la responsabilidad, que es el nexo de causalidad. Esta significa la relación entre el daño y el hecho que lo causa. Esta causalidad puede ser física, la cual pertenece al mundo de la naturaleza, es una cuestión de hecho donde no se tienen en cuenta valoraciones de tipo normativo; o jurídica, la cual pertenece al mundo del derecho y apunta a determinar quién es la persona jurídicamente responsable del hecho dañoso (Yong Serrano, 2012). Para ilustrar esta diferencia, se dará un ejemplo; la causa de la muerte de una persona puede ser un paro respiratorio, pero la causa jurídica puede ser que un tercero omitió el cuidado de la persona (Velásquez Posada, 2011).

Como el nexo causal es un elemento objetivo, ya que alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa, su prueba corresponde a la parte actora, salvo en los casos que se presume. Hay ocasiones donde la prueba del nexo causal se dificulta, por razón de no poderse determinar el causante del hecho perjudicial. En eventos donde han participado en la producción del daño dos o más personas, la responsabilidad por los daños compete a todos solidariamente a menos que cada uno de ellos se exonere probando la inexistencia de un vínculo de causalidad (Yong Serrano, 2012).

Para el estudio del nexo de causalidad, se han propuesto varias tesis que serán explicadas a continuación:

1. Tesis de la equivalencia de condiciones: De acuerdo con esta teoría, en la concurrencia de factores no es posible distinguir entre las varias condiciones que concurren para producir un daño, cual es más causa que otra. Para esta teoría será causa de un perjuicio cuanto acontecimiento concurra a su realización (Velásquez Posada, 2011).

2. Teoría de la causa próxima Esta tesis afirma que la causa del daño es únicamente aquella condición que se halla temporalmente más cercana al resultado, las otras son meras condiciones. Utiliza siempre la fórmula conditio sine qua non, para establecer cuando existe nexo de causalidad entre una condición y un resultado (Yong Serrano, 2012).

3. Teoría de la causa eficiente: Para esta teoría, no todas las condiciones o antecedentes de un acontecimiento tienen la misma eficacia en la producción de este, ellas no son equivalentes, por lo tanto, otras serán más eficientes que otras (Yong Serrano, 2012).

4. Teoría de la causalidad adecuada: Para esta teoría, un acontecimiento no puede considerarse causa de un perjuicio por la mera circunstancia de haberse comprobado que, sin ese acontecimiento, el perjuicio no se habría realizado. Solo se podrán considerar como las causas de un perjuicio los acontecimientos que normalmente deben producirlo, se requiere que la relación entre el acontecimiento y el perjuicio sea adecuada y no meramente fortuita (Velásquez Posada, 2011).

5. La causalidad como imputación: Esta teoría explica que el nexo de causalidad consiste en seleccionar entre los diferentes factores que rodean la producción de un hecho aquel que pueda ser considerado como propio, imputable, para un hombre. Esta imputación es posible cuando el hecho puede ser visto como la realización de la voluntad del sujeto que actúa (Velásquez Posada, 2011).

6. Teoría de la imputación objetiva: Esta teoría expone que no se puede tener del nexo causal una concepción puramente natural, pues el nexo causal es también un proceso de imputación normativa, pero no solo un proceso de imputación normativa. La previsibilidad del resultado complementado con el análisis del incremento ilícito del riesgo ordinario constituye el nexo de causalidad para atribuir responsabilidad civil al agente.

Como se ha visto a través del estudio de estas teorías, el nexo causal requiere una imputación por un hecho que causa un resultado dañoso, esta imputación se puede hacer:

a) Por el hecho propio

b) Por el hecho ajeno: En la medida o grado en que se es responsable del cuidado y mane-

jo de la persona que ha causado el daño; y la responsabilidad solo cesa si se prueba la imposibilidad de impedir el hecho dañoso (Cubides, 2009).

c) El hecho de las cosas: En el Código Civil se prevén responsabilidad de un agente por el hecho de las cosas. Algunos contemplados por los artículos 2350 a 2356. Por ejemplo, el dueño de un edificio es responsable por los daños que ocasione la ruina acaecida por no haber hecho las reparaciones necesarias, pero no responderá si la ruina se debe a caso fortuito o si proviniere de un vicio de construcción o del suelo. El dueño de un animal es responsable por todos los daños que cause, salvo que se haya soltado o extraviado sin la culpa del dueño ni del dependiente de su guarda o servicio (Cubides, 2009).

Responsabilidad civil en el *common law*: los *torts*

El derecho de responsabilidad civil inglés, por lo tanto de todos los países con tradición jurídica del *common law* es un derecho de "*torts*", que procede del latín *torquere*, que se traduce como tuertos o entuertos, es decir, actos sin razón ni derecho para ello. Los *torts* son la invasión de un interés personal o real, que puede producirse también por la violación de una regla legal (Diez-Picazo, 1999).

Los *torts* son males civiles reconocidos por la ley como motivo de una demanda. Estos errores resultan en una lesión o daño que constituye la base para una reclamación por el perjudicado. Mientras que algunos agravios son también delitos punibles con penas de prisión, el objetivo principal del derecho de daños (*torts)* es proporcionar alivio de los daños ocasionados y disuadir a otros de cometer los mismos daños. La persona lesionada puede demandar por una orden judicial para impedir la continuación de la conducta ilícita o por daños y perjuicios monetarios. Entre los tipos de daños y perjuicios que la parte lesionada puede recuperar son: pérdida de la capacidad de ingresos, dolor y sufrimiento, y los gastos médicos razonables. Se incluyen las pérdidas presentes y futuras esperadas. Hay numerosos *torts* específicos, incluyendo la culpa (*trespass)*, asalto *(assault)*, agresión (*battery*), negligencia (*negligence),* responsabilidad de productos *(products liability),* y la imposición intencional de angustia emocional. Los *torts* se dividen en tres categorías generales: *torts* intencionales (por ejemplo, golpear intencionalmente a una persona); *torts* negligentes (por ejemplo, provocando un accidente por no obedecer las reglas de tránsito); y *torts* de estricta responsabilidad (por ejemplo, la responsabilidad por la fabricación y venta de productos defectuosos. Los *torts* intencionales son aquellas injusticias que el acusado sabía o debería haber sabido que ocurriría a través de sus acciones o inacciones. Los *torts* negligentes ocurren cuando las acciones del acusado eran irrazonablemente inseguras. Los *torts* de responsabilidad objetiva o estricta responsabilidad no dependen del grado de cuidado por parte del demandado, sino que se establecen cuando una acción particular causa daños. También hay áreas separadas de derecho de daños (*torts)*, incluyendo molestia, difamación, invasión de la privacidad, y una categoría de *torts* económicos. La Ley de responsabilidad civil (*tort law)* es la ley estatal creada a través de los jueces (common law) y por las legislaturas (ley estatutaria). Muchos jueces y los estados utilizan la *Restatement of Torts* como una guía influyente. La *Restatement of Torts* es una publicación preparada por el American Law Institute, cuyo objetivo es presentar una declaración ordenada de la ley general de los Estados Unidos. (Cornell, 2014)

Steven Emanuel destaca dos características fundamentales de los *torts* (Emanuel, 2001):

› No es contractual: A diferencia del derecho contractual, no se basa en la idea de consentimiento

› Indemnizatorio: El propósito de la tort law es compensar al demandante por el daño irracional al que ha sido sometido. Este daño irracional es medido generalmente desde un punto de vista de utilidad social. De hecho, determinar

si la conducta del demandado fue negligente, la utilidad social de esa conducta juega un rol de suma importancia. También, las cortes tratan de conseguir una eficiencia económica. Esto significa que las cortes tratan de imponer al demandado un incentivo para asegurar que los costos incurridos por su proceso o actividad litigiosa no sobrepasen su beneficio.

Ya habiendo definido y dado algunas características principales, se entrarán a explicar los diferentes tipos de responsabilidad, o diferentes tipos de *torts*:

a) Battery: Lesión personal causada por un golpe o contracto corporal a la víctima (Emanuel, 2001). Aplicación directa e intencional de fuerza física sobre otro sin justificación legal (Velásquez Posada, 2011).

b) Assault: Se da cuando se tiene la firme intención de retener, dañar o causar una lesión; se amenaza a la víctima (Velásquez Posada, 2011).

c) False imprisonment: Es definido como la retención ilegal a una persona contra su voluntad. Cualquiera que sea ilegalmente privado de su libertad para ir donde le plazca tiene la acción de reclamar perjuicios bajo esta forma de tort (Velásquez Posada, 2011).

d) Infliction of mental distress: Se configura cuando se producen daños psicológicos o emocionales por causa de actos injustos (Velásquez Posada, 2011).

e) Intentional interference with property: Comprenden tanto la situación en que intencionalmente se entra a la propiedad ajena sin permiso o permanece en ella sin derecho a estar allí o la situación en que se pone un objeto dentro de la propiedad ajena sin autorización del dueño o se rehúsa retirarlo. También incluyen de la posesión de bienes muebles cuando estas interferencias son intencionales y afectan el uso o disfrute de la posesión de bienes muebles (Velásquez Posada, 2011).

f) Negligence (Velásquez Posada, 2011): Puede consistir en la manera de cometer un acto o en un tort independiente y separado. Hay negligence cuando el demandad no tiene intención de causar el resultado dañoso, y el daño se ha producido por falta de cuidado o prudencia en su comportamiento. Ocurre cuando la conducta realizada supone un irrazonable riesgo sobre otro. Los requisitos para que se constituya negligence son:

   a. El demandado tenía un debe de cuidado especifico establecido en el derecho

   b. Ese deber fue incumplido

   c. Como consecuencia de ese incumplimiento, el demandante sufrió daños

g) Mal practice: Dentro de la responsabilidad por negligencia se encuentra la denominada mala práctica profesional, aplicable a toda profesión u oficio (Velásquez Posada, 2011).

h) Strict liability (Velásquez Posada, 2011): Se configura cuando el daño es causado por actividades que per se son anormalmente peligrosas, así la conducta del responsable haya sido en extremo cuidadosa. Se ha denominado de responsabilidad objetiva porque no hay elemento intencional de negligencia y culpa. Para determinar cuál actividad es anormalmente peligrosa las Cortes han determinado los siguientes factores:

   a. Alto grado de riesgo de causar algún daño a otros

   b. El daño que resulta debe ser probablemente grave

   c. El riesgo no puede ser eliminado con un cuidado normal

   d. La actividad no es común La actividad no es apropiada para el lugar donde se realiza

   e. Importancia para la comunidad

i) Animales domésticos: Los propietarios de animales domésticos en principio no son responsables de los daños que causen a las personas, excepto si el propietario sabe que al animal le gusta atacar a las personas o lo ha hecho antes. En caso de los daños a la propiedad se condena al propietario a pagar los daños causados por el animal, excepto si son perros o gatos, ya que se considera que estos animales no hacen daños graves al traspasar la propiedad y por costumbre, son libres de deambular por la comunidad (Velásquez Posada, 2011).

j) Animales fieros o salvajes: Generalmente es responsable por los daños que cause a las personas, pues se considera que son instintivamente peligrosos y difíciles de domesticar. Es un strict liability tort (Velásquez Posada, 2011).

k) Selling of a defective product (Velásquez Posada, 2011): Es loa denominada responsabilidad por los productos defectuosos que contemplan los estatutos del consumidor. Hay lugar a responsabilidad civil cuando estos causan lesiones personales o daño a las cosas. Están clasificados en:

a. Defectos en la elaboración del producto

b. Defectos en el diseño del producto

c. Falta de instrucciones o advertencias de uso o instalación

Una vez visto toda la clasificación de los *torts* o daños civiles, se pasará a estudiar el concepto de daño en el *common law*.

El profesor Obdulio Velásquez Posada se encarga de explicar el concepto de daño en este régimen jurídico. Este expone que:

"En toda acción fundada en la negligencia se requiere la existencia de un daño actual, a diferencia de los casos de *intentional torts*. Una vez los daños físicos han sido probados, estos pueden ser cobrados por la víctima. Estos daños incluyen:

› Pérdidas físicas directas: El valor de toda función corporal dañada

› Pérdidas económicas: gastos médicos, reparaciones, etc.

› Daño moral: Sufrimientos recibidos por el daño causado

› Daños hedonísticos: Aquellos daños que hacen perder cierta calidad de vida que no tengan consecuencias económicas

› Daños futuros" (Velásquez Posada, 2011)

Otro tipo de daños usados en el *common law* son los daños punitivos *(punitive damages)*, que se han establecido con el propósito de castigar al causante del daño cuando su conducta puede calificarse como maliciosa o culpa grave (Velásquez Posada, 2011). El pago de estos daños tiene varias funciones mencionados por Jesús Alberto Buitrago (Buitrago Duque, 2007):

› Proteger a la sociedad

› Punir graves conductas

› Prevenir la reiteración de conductas

› Proteger el equilibrio de mercado

En el campo de los *torts* también se reconocen algunas inmunidades entre familiares. Estas inmunidades han sido abolidas en muchos estados de EE.UU. de forma total o parcial, por lo tanto, solo prosperan en caso de *intentional torts* (Velásquez Posada, 2011).

Si un trabajador ocasiona un daño dentro del ámbito de su trabajo, el empleador es responsable de los daños, solidariamente con el trabajador y se aplica a todos los tipos de *torts*. La excepción es un contratista independiente (Velásquez Posada, 2011).

En el campo de la ausencia de responsabilidad existen varios supuestos que exoneran de responsabilidad en los *intentional torts* (Emanuel, 2001) (Velásquez Posada, 2011):

- Consentimiento
  - Consentimiento expreso
  - Consentimiento implícito
  - Incapacidad
  - Exceso en el ámbito del consentimiento
- Legítima defensa propia
  - Defensa de terceros
  - Defensa a la propiedad
  - Recuperación de la propiedad
  - Estado de necesidad
  - Arresto
  - Justificación: Excusa razonable bajo la valoración del juez

Comparación, análisis crítico y conclusiones

Ya explicadas las nociones generales de ambos sistemas jurídicos, se procederá a compararlos, analizar sus puntos de encuentro y divergencia, para posteriormente concluir con la opinión personal del autor.

Como ya se ha podido evidenciar a lo largo del trabajo, tanto el sistema jurídico colombiano, de tradición franco-germánica o continental y los países de tradición anglosajona, insular o de *common law* tienen serias diferencias, que parten de la base de la producción del derecho. Por un lado, la tradición jurídica continental está fundada en la base de la producción del derecho mediante un único legislador, el cual genera la mayoría de normas generales y abstractas, aplicables a los casos en concreto. Por otro lado, en la tradición jurídica del *common law*, propia de los países con influencia de la Gran Bretaña generan derecho de una forma totalmente diferente. Bajo este sistema jurídico, eminentemente inductivo, los casos particulares son los que generan unas normas generales, aplicables por todos los jueces, y son estos mismos operadores jurídicos los cuales, de alguna forma, crean derecho mediante su actuar.

Es por las anteriores razones que en el sistema de *common law*, el concepto de responsabilidad es notablemente más específico, debido a que constantemente, bajo el actuar de los jueces en cada caso particular, se crean o reafirman las formas de responsabilidad que provienen desde la *Lex Aquilia* y las XII Tablas, del derecho romano. Esto hace que el derecho, que es en su esencia dinámico, pueda avanzar conforme cambia la sociedad y el actuar de la misma.

Por otro lado, en la tradición jurídica continental, como el concepto de responsabilidad y su aplicación en los casos en concreto está limitado al criterio del legislador, y su reforma es mucho más difícil que en el sistema de *common law*, el concepto, las clases y la aplicación de la responsabilidad civil en nuestro sistema jurídico puede tener loa debilidad de estar desactualizado, y no contemplar muchos problemas, ya que puede no contemplar una variedad de casos en los cuales, aunque haya una actuación que genere daños y perjuicios, por la rigidez propia del sistema jurídico continental no sea regulada.

Aunque ambos sistemas sean diferentes, tienen varios puntos de encuentro y bifurcación. Uno de los puntos de encuentro más notables es que ambos sistemas hacen una diferenciación entre la responsabilidad penal y civil; las cuales tienen objetos totalmente diferentes y por lo tanto la consecuencia de la imputación de una u otra responsabilidad variará en la condena y la restitución del mal generado a una persona o la sociedad. Es notorio también que ambos sistemas se adhieren a la tesis dualista para el estudio de la responsabilidad, debido a que en ambos sistemas se diferencia entre el sistema de responsabilidad contractual y extracontractual. De hecho, como una particularidad del sistema anglosajón, una característica esencial del sistema de responsabilidad del *tort law*, es ser esencialmente no contractual, como lo fue explicado por Steven Emanuel anteriormente en este escrito. Un punto importante de bifurcación entre ambos sistemas es que en el sistema continental, propiamente el colombiano, es que debe haber un daño cierto, personal y antijurídico

para que haya lugar a un caso de responsabilidad civil. En cambio, en el *common law* en caso de dolo, así no haya daño, puede haber lugar a indemnización (Velásquez Posada, 2011). En el campo de la imputabilidad como elemento de la responsabilidad civil, el sistema anglosajón, a diferencia del sistema colombiano, no hace la tridivisión de las culpas; en cambio, este sistema se encarga de clasificar los torts en intencionales, por negligencia o por responsabilidad objetiva, los cuales pueden hacerse similares a la imputación por dolo, culpa y riesgo en nuestro sistema jurídico. Es decir, para el sistema hay una sola culpa o negligencia, que no es clasificada como grave, leve y levísima; pero se asemeja en la imputación por dolo, culpa y riesgo. En cuanto al daño, en el sistema colombiano se hace meramente una distinción doctrinaria entre cada clase de daño; en cambio, en el sistema de *common law* esta distinción de daños o *torts*, tiene suma importancia, debido a que bajo este régimen jurídico, los diferentes tipos de *torts* tienen diferentes consecuencias jurídicas, por la diferencia entre los daños infligidos. En cuanto al nexo de causalidad, en ambos regímenes se necesita para poder imputar el hecho dañoso al agente causante del daño. Una semejanza que es importante resaltar es que en ambos regímenes jurídicos, la imputación por hecho propio, ajeno y de las cosas son valoradas para establecer un nexo de causalidad. En cuanto a las causales de ausencia de responsabilidad, el sistema anglosajón es algo más extenso, debido a que se puede dejar al arbitrio del juez si fue justificado el daño infligido a otra persona, en cambio en el sistema colombiano solo se cubren tres causales objetivas para eximirse de responsabilidad civil.

A través de este ensayo se ha estudiado las nociones de responsabilidad civil en los regímenes jurídicos colombiano y de los países con tradición de *common law*. Aunque es notoria la diferencia entre ambos sistemas, en las raíces de ambos se encuentra un ancestro común, que es el derecho romano, del cual ambos sistemas provienen. Por lo tanto, se puede concluir que en esa diferencia entre sistemas, la esencia de ambas concepciones de responsabilidad provienen de la *Lex Aquilia,* es por esto que las diferencias no son del todo sustanciales. Por la anterior razón el sistema colombiano se ve en cierto sentido atrasado frente al sistema de responsabilidad de la tradición anglosajona, que pudiéndose ejemplificar con la comparación entre los casos contemplados por la responsabilidad por riesgos colombiana y los *strict liability torts,* los cuales son notoriamente más actualizados. Por lo tanto, aunque se arguya que "El sistema romano haya permitido construir un sistema con una fuente unidad formal" (Velásquez Posada, 2011), se necesita que haya una cercanía a la realidad y flexibilidad en la aplicación jurídica a los casos de responsabilidad propia del *common law* para que las situaciones dañinas no contempladas por nuestro sistema puedan ser juzgadas, tal y como se hace con los diferentes *torts* en los países del *common law*; sin cerrarse a la idea que son dos sistemas jurídicos totalmente diferentes, ya que a lo largo de este ensayo se ha demostrado que hay significativos puntos de encuentro para que esta actualización en el derecho de responsabilidad civil colombiano sea posible y viable.

Bibliografía

Albertini, A., Ameal, O., & Cabana, R. (2009). *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Buitrago Duque, J. A. (2007). *El Daño Punitivo En La Responsabilidad Civil.* Pereira.

Cornell, L. (12 de 11 de 2014). *Cornell Law*. Obtenido de Cornell Law: http://www.law.cornell.edu/wex/tort

Cubides, J. (2009). *Obligaciones.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Diez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños.* Madrid: Civitas.

Emanuel, S. (2001). *Torts.* New York: Aspen Publishers Inc.

Tamayo Lombana, A. (2005). *La responsabilidad civil contractual y extracontractual.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Velásquez Posada, O. (2011). *Responsabilidad Civil Extracontractual.* Bogotá: Temis.

Yong Serrano, S. (2012). *Introducción a la responsabilidad pública y privada.* Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Notas

* Estudiante de Derecho, séptimo semestre. Universidad de La Sabana.
Correo electrónico: Josemago@unisabana.edu.co

Alimentos transgénicos. Regulación internacional que afecta a la nación colombiana[1]

Anyury Daniela Villamil Arteaga*
Jonnatan Felipe Fonseca Bautista **

Resumen

Los alimentos transgénicos son el avance de la tecnología. Hoy en día se constituye en una alternativa efectiva frente al hambre mundial y presenta grandes beneficios en el ámbito macroeconómico y de la propiedad intelectual.

Este artículo pretende hacer un enfoque en la normatividad colombiana que regula a los biotecnológicos y vegetales modificados, con el fin de demostrar que existe un sin número de aspectos negativos afectando principalmente a agricultores.

Palabras Clave

transgénicos, obtentor, biotecnología, seguridad-alimentaria, variedad-vegetal.

Abstract

Transgenic foods are the advancement of technology. Today it constitutes an effective alternative to world hunger and has great benefits in the macroeconomic environment and intellectual property.

This article aims to focus on the Colombian law that regulates biotech and modified plants, in order to demonstrate that there are a number of negative aspects affecting mainly farmers.

Key Words

transgenic, plant breeders, biotechnology, food-safety, variety-plant.

I. Metodología

Para lograr las metas establecidas en el proyecto, primero, se recopiló la legislación existente en esta temática: los transgénicos en Colombia; a partir de esto se indagó sobre los diferentes puntos de vista que tienen expertos acerca de la exposición, téngase en cuenta: pros y contras ya establecidos.

Por último se contextualizarán los documentos y normatividad que Colombia mantiene en cuanto a los transgénicos, de esta manera se logró establecer qué consecuencias le otorga esta reglamentación a la nación.

II. Planteamiento de la Problemática

¿Qué consecuencias trae consigo la regulación de los productos transgénicos en el comercio y en la seguridad alimentaria de Colombia?

A partir del momento en que comienza a regir el Tratado de Libre Comercio, Colombia quedó obligada a modificar su normatividad para cumplir con el proyecto que daría amplitud a su comercio y mercado en el exterior. En éste se reguló lo relacionado al manejo de productos transgénicos, con enfoque en el sector de producción agrícola. El dilema que trae consigo esta nueva reglamentación es acerca de la forma en que afecta a la población colombiana, en aspectos económicos como de seguridad alimentaria.

Objetivo general

Identificación de consecuencias tras modificaciones en normatividad para productos transgénicos Colombianos.

III. Estado del Arte

Entre los textos que se ha dado reflexión en cuanto al tema de biotecnología en la producción agrícola, está, el escrito de *"progreso" biotecnológico y pobreza.* A partir de este texto se da una mirada ética de las consecuencias que trae la biotecnología. Para Pfeiffer (2011)

> *"(…) la ciencia está al servicio de la tecnología que es manejada por el poder, Todo aquel que investiga debe tener muy en claro que está siendo cómplice de los poderes que utiliza la ciencia para intimidar, controlar, ofuscar, explotar y oprimir, olvidando unos de los principios éticos fundamentales que es el respeto al otro (…)".*

Con este punto de vista se puede analizar en el caso de productos transgénicos, que las grandes industrias no tienen interés del efecto que estos lleguen a tener en el ser humano, en la economía o en comercio. Lo que importa es tan solo lograr el objetivo de la investigación sin mirar sus consecuencias, en especial las que lleguen a causar algún perjuicio en la persona.

En el caso de los países latinoamericanos existe una perspectiva un tanto diferente a la que tienen los países desarrollados, que es la que anteriormente ya se vio.

> *"los latinoamericanos seguimos conservando la imagen de una tecnociencia liberadora del mal y el sufrimiento. El desarrollo tecnológico es aceptado en general como algo inevitable y no como el resultado del ejercicio de la libertad, pero mientras para muchos países desarrollados esto es un problema y la respuesta ético-política es intentar poner límites al frenesí en que se ve*

envuelta la tecnología, entre nosotros el "progreso" científico es adoptado sin reservas tanto por los políticos y los economistas como por los mismos científicos. La razón que se aduce es la mejora de los niveles de producción, muchas veces planteada como condición de sobrevivencia" (Pfeiffer, 2011, p. 117)

La diferencia entre la perspectiva que tienen los países latinoamericanos y los países desarrollados consiste en que para el punto de vista de los primeros, este desarrollo es algo aceptado con la justificación de que este eleva sus niveles de producción, y esta justificación se da por el hecho que los países latinoamericanos, considerados como subdesarrollados quieren alcanzar el nivel de los desarrollados. Mientras que para estos últimos países, ya comienza a entrar una discusión ética, sobre la cual ven la importancia del aspecto humano y la influencia que llega a tener el adelanto tanto científico como tecnológico en este. Y piensan que hay que poner una serie de restricciones para poder salvaguardar en principio ético de la ciencia, que consiste en el respeto al otro.

Enfocándonos en la temática de productos transgénicos, se puede ver que este asunto, es igual a todas las áreas relacionadas con los biotecnológicos, pues de la misma forma sus estudios avanzan sin poder prever el peligro. Solo se da importancia a crear nuevas variedades sin aún entender por completo como se da ese proceso genético que se da manera muy apresurada. Y Aún más sin mirar que consecuencias llegue esto tener. Pfeiffer, (2011) dice: "*el pensamiento científico, al ser esencialmente crítico, es riesgoso. Sin embargo deberíamos establecer cuándo, en cuestiones que atañen a la biotecnología, ese riesgo se convierte en peligro*"

A pesar de todo ello la ciencia sigue con su camino, y tanto la política como la economía Latinoamérica le ofrecen su apoyo. Sin ver aquellas amenazas que puede traer aquellos artículos obtenidos mediante la transgénesis, pues la mayor meta de estos países, es seguir el camino y modelo que les estableció el capitalismo con su mayor consecuencia que es la globalización. Pfeiffer, (2011) "*Los científicos, por confesión propia, no conocen bien y no entienden la transferencia horizontal de genes, solo saben que la técnica da resultado. También por confesión de los científicos sabemos que se desconocen con certeza los efectos de los transgénicos sobre el medioambiente e incluso sobre la salud humana*"

En esto se ve la ética que tiene las políticas de gobierno tanto en la protección de estas variedades como en la de la salud humana de su población. La justificación de la transgénesis es dar fin al hambre mundial con mayor producción de alimento en el mundo, pero Pfeiffer no ve solo esta meta, pues, por el contrario, existen otras que van más ligadas al beneficio de las grandes productoras. Y lo justifica con el hecho de que aparte de producir aquella semilla, es necesario que se implemente los productos adversos que ellos crean, para que esta pueda germinar. Y con ello obtener más ganancias. (Pfeiffer, 2011)

IV. Normatividad en Relación a Transgénicos de Colombia

Para dar alcance al desarrollo de este proyecto es fundamental conocer la normatividad que Colombia tiene respecto al manejo y elaboración de productos transgénicos. Dando inicio con el CONPES 113 de política nacional sobre seguridad alimentaria y nutricional, la cual es una política que busca:

"la disponibilidad de alimentos, el acceso y el consumo oportuno y permanente de los mismo en cantidad y calidad e inocuidad por parte de las personas, bajo condiciones que permitan su adecuada utilización biológica para llevar una vida saludable y activa" (CONPES 113, 2008, P.3)

Para su desarrollo, la política de seguridad alimentaria gira alrededor de 5 ejes los cuales se dividen en 3 dimensiones, las cuales son:

"1) Desde la perspectiva de la dimensión de los

medios económicos, donde se encuentra los ejes de disponibilidad y acceso; luego está la 2) desde la perspectiva de la dimensión de calidad de vida y fines del bienestar, donde están los ejes de consumo y aprovechamiento y finalmente la 3) aspectos relacionados con la calidad e inocuidad de los alimentos, en donde se encuentra en eje de Calidad e inocuidad." (CONPES 113, 2008, P.7).

Tomando la primera dimensión, que es la de los medios económicos.

> *"Se habla de la disponibilidad de alimentos, que se refiere a la oferta o el suministro de estos mismos, y sus mayores problemas son la distribución interna y el comportamiento de la producción de estos. Este último problema radica sobre la eficiencia en el uso de factores productivos, la eficiencia en la innovación tecnológica en los sistemas productivos y en la capacidad que tenga el país de enfrentar los riesgos climáticos" (CONPES 113, 2008).*

Es en la parte de la eficiencia en el uso de los factores productivos y, donde el CONPES 113 comienza a tener parte en el tema de productos transgénicos. Ya que en estos dos ítems se puede hablar 1) de recursos genéticos, entre los cuales se llega hablar de la semilla certificada, que está directamente relacionada con todo lo que es tema de derechos del obtentor.

La otra dimensión del CONPES que llega a tener parte en el tema de transgénicos, es el eje transversal de calidad e inocuidad. Ya que con este se mirara si a la siguiente normatividad que se analizara da importancia y manejo a este tema. Por último se analizó los principios y objetivos del CONPES 113, entre los principios se encontró el de respeto a la identidad y diversidad cultural, que trata del

> *"derecho de los pueblos a producir sus alimentos respetando la identidad cultural y la diversidad de los modos de producción, de consumo y la comercialización agropecuaria, fortaleciendo los mercados locales. No significa autosuficiencia plena o la desaparición del comercio agroalimentario internacional, sino que defiende la opción de formular aquellas políticas y prácticas comerciales que mejor sirvan a los derechos de la población a disponer de una producción agropecuaria nutritiva, sana, y ecológicamente sustentable." (CONPES 113, 2008, P.28).*

Luego están los objetivos, entre los que está el general. El cual dice:

> *"Garantizar que toda la población disponga, acceda y consuma alimentos de manera permanente y oportuna, en suficiente cantidad, variedad, calidad e inocuidad." (CONPES 113, 2008.P.28)*

Para el desarrollo del objetivo principal del CONPES, se establecieron una serie de objetivos específicos entre los que localizo dos que deben de tener influencia en el desarrollo de la diferente normatividad de productos transgénicos, estos son:

> *"a) Promover e incentivar la producción nacional de alimentos de la canasta básica de manera sostenible y competitiva, que permita garantizar el suministro permanente y estable de los alimentos a la población colombiana y participar en el comercio exterior. b) Asegurar la calidad y la inocuidad de los alimentos" (CONPES 113, 2008, P.28 Y 29).*

Dando análisis a la información tomada de este CONPES, se puede deducir que su meta está en la disponibilidad de alimentos, pero siempre y cuando se respete el tema de la calidad y la inocuidad de estos, que va muy ligado a que el producto debe ser adecuado y provechoso para la salud de la persona, sin traer consecuencias perjudiciales presente o futuras en ella. Además de ello, incentivando el comercio, que sin alguna especificación, entran no solo las grandes empresas, sino que también las pequeñas. Y por último permitiendo la producción de los alimentos, respetando la diversidad cultural, por lo que se toma el respeto a las culturas indígenas en su forma de producción agrícola.

Ahora pasando a la siguiente normatividad el UPOV del 91, reglamentación que se aprobó en Colombia, por medio de la ley n° 1518, del 13 de abril del 2012, se logró observar que para este hay cuatro aspectos sobre los cuales debe girar la aprobación de una variedad. Estos son las novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad, las cuales el UPOV 91 las define como:

> *"Articulo 6. Novedad. La variedad será considerada nueva si, en la fecha de presentación de la solicitud de derecho de obtentor, el material de reproducción (…) de la variedad no ha sido vendido o entregado a terceros de otra manera, por el obtentor o con su consentimiento, a los fines de la explotación de la variedad.*
>
> *(…)*
>
> *Artículo 7. Distinción. (…) si se distingue claramente de cualquier otra variedad cuya existencia en la fecha de presentación de la solicitud, sea notoriamente conocida.*
>
> *(…)*
>
> *Artículo 8. Homogeneidad (…) si es suficientemente uniforme en sus caracteres pertinentes, a reserva de la variación previsible habida cuenta de las particularidades de su reproducción sexuada o de su multiplicación vegetativa.*
>
> *Artículo 9. Estabilidad (…) si sus caracteres pertinentes se mantienen inalterados después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas (…) "(UPOV 91, 1991)*

Dando análisis a las características que debe tener una variedad para certificar el derecho de obtentor, ninguna de estas contiene las características que establece el CONPES 113 del 91 de calidad e inocuidad de los productos, por lo cual se puede deducir que no es tan importante para los gobiernos si la producción transgénica es apta para el consumo humano y que no presente riesgo para la salud de la persona.

En cuanto al alcance mínimo de la protección del material vegetal, del UPOV 91, se encuentran la de producción o reproducción, preparación a los fines de la reproducción o la multiplicación, la oferta en venta, la venta o cualquier otra forma de comercialización, exportación, importación y la posesión para cualquiera de los fines mencionados. Este quiere decir, que la protección del material vegetal no solo se da en la comercialización de su variedad, sino que también a su reproducción comercial (UPOV 113, art 14.1), Pero claramente esta norma tiene una excepción, la cual se encuentra en el Art, 15,2 de esta reglamentación. El presente artículo dice:

> *"Art. 15.2 (excepción facultativa). No obstante lo dispuesto en el art. 14, cada parte contratante podrá restringir el derecho de obtentor respecto de toda variedad, dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, con el fin de permitir a los agricultores utilizar a fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayas obtenido por el cultivo, en su propia explotación, de la variedad protegida o de una variedad cubierta por el artículo" (UPOV DEL 91, art. 15.2)*

Con esta excepción se limita un poco el derecho del obtentor, para así los agricultores gozar de un poco más de libertad. De hecho, en la ley 1518 del 2012, se habla un poco de esta libertad y en que se aplica. Ley 1518 (2012): *"permite a los países excluir la semilla de granja del alcance del derecho del obtentor y adoptar soluciones sobre la cuestión que se adapten específicamente a las circunstancias de sus agriculturas nacionales."*

Además de ello, El art 14.2 de este UPOV, otorga en ciertos casos el derecho al obtentor sobre la cosecha. Este establece

> *"(…) Se requerirá la autorización del obtentor para los actos mencionados en los puntos i) y vii) del párrafo 1) a) realizados respecto del producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y partes*

de plantas, obtenido por utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida, a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación ha dicho material de reproducción o de multiplicación" (UPOV 1991, ART. 14.2)

Claramente este derecho solo aplica en el momento que el material vegetativo para la reproducción de la cosecha se halla obtenido de manera no autorizada. A parte de eso al solicitar el derecho del obtentor, este adquiere una serie de derechos sobre otras variedades que lleguen a tener una ser de características no diferenciales de su variedad. Finalmente el UPOV 91, tiene serie de excepciones en cuanto a la implementación de la variedad, entre las cuales están: "Actos realizados en un marco privado con fines comerciales, a título experimental, realizados a los fines dela creación de nuevas variedades." (UPOV 91, Art. 15)

Ahora tomando la decisión 345 del 93, sobre el régimen común de protección a los derechos de los obtentores del régimen de variedades vegetales que se dio en el acuerdo de Cartagena. Se puede ver que esta normatividad busca reconocer un derecho al obtentor, derecho que se desarrolla protegiendo las variedades vegetales, que estas llegan a desarrollar, claramente imponiendo una serie de restricciones a otras personas ya sean naturales o jurídicas en la explotación más que todo comercial de la variedad.

Tocando el tema de las restricciones que impone la decisión 345 del 93, esta impone una serie de limitaciones muy semejantes al UPOV 91 con son *"la producción, reproducción, multiplicación o propagación del material vegetal; la preparación con fines de reproducción, multiplicación o propagación; la oferta en venta; la venta o cualquier otro acto que implique la introducción en el mercado, la exportación, la importación, etc."* (Decisión 345 del 93, Art 24)

A comparación del UPOV 91, la decisión 345 en su artículo 26, también contiene una excepción sobre la cual el agricultor tiene un privilegio para la reproducción y producción de una variedad. "***Art. 26.*** *No lesiona el derecho del obtentor quien reserve y siembre para su propio uso, o venda como materia prima o alimento obtenido del cultivo de la variedad protegida."* (Decisión 345 del 93, art 26).

En cuanto a la ampliación del derecho del obtentor a la cosecha, es la misma que hay en el UPOV del 91. Es decir que se da sobre:

"los actos indicados en los diferentes literales del Art 24, respecto al producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y partes de plantas, obtenido por el uso no autorizado del material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida. A menos que el titular hubiese podido razonablemente ejercer su derecho exclusivo en relación con dicho material de reproducción o multiplicación" (Decisión 345 del 93, Art. 24)

En cuanto a las variedades que llega a englobar el derecho del obtentor, este se da, sobre todas aquellas variedades que no se diferencian de una manera notable de la variedad protegida y aquellas variedades Respecto a ello la decisión 345 del 93, Art 24 literal i, dice lo siguiente:

" (…) Confiere a su titular el ejercicio de los derechos previstos en los literales precedentes respecto a la variedades que no se distinguen claramente de la variedad protegida , (…) y respecto de las variedades cuya producción requiera el empleo repetido de la variedad protegida."

Con ello se puede ver que el derecho del obtentor otorgado por la decisión 345 del 93, no solo se limita a la protección en cuanto al uso comercial de la variedad, sino que en exceptuados casos esto se amplía a la cosecha que esta puede llegar a producir, a variedades que lleguen a ser muy semejantes a ella y a variedades que llegan a ser de manera principal derivadas de ella. Por lo cual llega a ser un poco más restrictivo la comercialización y uso de esta para los agricultores.

Por otra parte la legislación colombiana tiene el decreto número 4515 del 2005, por el cual se

busca reglamentar todo el tema de manejo y reproducción de organismos vivos modificados. Lo que se puede ver por medio de este decreto, es el tema de la bioseguridad, la cual es según esta normatividad.

> *"el conjunto de medidas y acciones que se deben tomar para evaluar, evitar, prevenir mitigar, manejar y/o controlar los posibles riesgos y efectos directos o indirectos, que puedan afectar la salud humana, el medio ambiente y la biodiversidad, la productividad agropecuaria, como consecuencia de la investigación, introducción, liberación, movimiento transfronterizo y producción de organismos vivos" (Decreto 4525 del 2005, Art. 3)*

Entre los procesos sobre bioseguridad que implemente este decreto, se encuentra la de evaluación y gestión de riesgo. La cual determina cada uno estos peligros, "Evaluando caso por caso, teniendo en cuenta criterios e instrumentos de acuerdo con los avances técnicos y científicos disponibles, que se presenten en la materia." (Decreto 4525 del 2005, Art 16) En la evaluación de riesgo se identifican los riesgos y su magnitud; se identifica y valora los potenciales efectos directos e indirectos sobre la salud humana, el ambiente y la biodiversidad, la producción o productividad agropecuaria y cuando se requiera, los potenciales efectos socioeconómicos que puedan derivarse. Etc.

Respecto a lo anteriormente dicho se puede ver que existe una especie de conflicto entre lo dicho con el decreto 4525 del 2005 y el manejo de los productos transgénicos a los cuales se les da reglamentación y protección por medio del UPOV 91, la decisión 345 del 93 y el decreto 970 del 2010. Pues la transgénesis es un proceso que tiene demasiado desconocimiento, como llega a decir Pfeiffer (2011):

> "*Los científicos, por confesión propia, no conocen bien y no entienden la transferencia horizontal de genes, solo saben que la técnica da resultado. También por confesión de los científicos sabemos que se desconocen con certeza los efectos de los transgénicos sobre el medioambiente e incluso sobre la salud humana, simplemente porque ha transcurrido muy poco tiempo desde que estos procedimientos son usados como para que los organismos vivos con los que tratan hayan podido manifestar reacciones. Resultado: los efectos de estas reacciones son hasta ahora imprevisibles dado que hay muchas variables que no se conocen"*

Con esto se quiere decir que la transgénesis es un proceso tan incierto, que no se puede prever qué consecuencias tanto buenas como negativas puede llegar a traer, es decir, el conflicto con el que se encuentra el decreto 4525 con la demás normatividad que regula y protege las variedades vegetales y los derechos del obtentor, consiste en que no existe una precaución, ni protección suficiente para poder evitar esas futuras malas consecuencias, o en caso de darse remediarlas en un tiempo muy breve.

Ahora terminando este punto se pasa a tocar la resolución 970 del 2010, La cual tiene por objeto:

> *"Reglamentar y controlar la producción, acondicionamiento, importación, exportación, almacenamiento, comercialización, transferencia a título gratuito y/o uso de la semilla sexual, asexual, plántulas o material micropropagado de todos los géneros y especies botánicos para siembras de cultivares obtenidos por medio de técnicas y métodos de mejoramiento convencional, incluyendo dentro de estos, la selección de mutaciones espontáneas o inducidas artificialmente y por métodos no convencionales como los organismos modificados genéticamente a través de ingeniería genética, con el fin de velar por la calidad de las semillas y la sanidad de las cosechas." (Resolución 970 del 2010, art. 1)*

Con esta normatividad se puede ver una gran limitación en cuanto a desarrollo de los pequeños agricultores, pues esta normatividad incita al hecho obligatorio de usar la semilla certificada y de paso registrar todo lo respectivo al uso de esta, para poder implementarla. Ejemplo de ello se

puede ver en esta misma resolución, en su artículo 12, apartado 2.1 de, donde establece:

> *"2.1 Productores de Semilla*
>
> *2.1.1 Cumplir con los requisitos específicos de calidad de las semillas durante los procesos de producción, acondicionamiento y comercialización.*
>
> *2.1.2 Producir únicamente semillas de especies autorizadas.*
>
> *2.1.3 Responder por la calidad de la semilla para los parámetros genéticos, fisiológicos, sanitarios, industriales, culinarios y otras características complementarias que involucren una especie o cultivar"(Resolución 970 de 2010, Art 12, apartado 2.1)*

V. Evaluación del Riesgo

La evaluación del riesgo valora y compara las pruebas científicas sobre los riesgos en cuestión con los de otras actividades posibles[4]

> *"El concepto aparentemente sencillo de evaluación de riesgos es, de hecho, bastante complejo y se basa en un juicio, además de la ciencia. Se puede infraestimar el riesgo si no se identifican y caracterizan adecuadamente algunos peligros, si la probabilidad de que ocurra el peligro es mayor de lo previsto o si sus consecuencias son más graves que lo previsto. La probabilidad asociada con un peligro depende también, en parte, de la estrategia de gestión que se utiliza para controlarlo"5*

De esta manera se ubica que los riesgos podrán ser diversos, aunque lo que se busca actualmente es demostrar los riesgos que en principio se originen por la transformación genética que se le ha asignado a cada alimento. Es complejo llegar a cambiar lo que apuntan estudios sobre la calidad y seguridad de estos alimentos, ya que han sido considerados apropiados los métodos con que prueba la inocuidad; y un número significante de investigaciones reconocen que no se sabe lo suficiente sobre los efectos a largo plazo de tales alimentos[6]

La Organización de la Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura hace referencia a las principales preocupaciones relativas a la inocuidad de los productos transgénicos y los alimentos de ellos derivados consisten en la posibilidad de un aumento de alérgenos, toxinas u otros compuestos nocivos; la transferencia horizontal de genes, especialmente de genes resistentes a los antibióticos, y otros efectos no deseados. (FAO/OMS.2000)

A raíz de la inconformidad nacen Principios para el análisis de riesgo de alimentos obtenidos por medios biotecnológicos modernos, y algunos principios para la evaluación del riesgo.

¿Pero cómo se realiza la evaluación del riesgo?

> *"Se aclara que el análisis de riesgos incluye una evaluación de la inocuidad para determinar si existe un peligro o preocupación nutricional de otra índole en cuanto a la inocuidad y, en caso afirmativo, reunir información sobre su carácter y gravedad (…) La comparación debe determinar similitudes y diferencias entre ambos. La evaluación de la inocuidad debe a) tomar en consideración tanto los efectos intencionales como los no intencionales, b) identificar los peligros nuevos o alterados y c) identificar los cambios de interés para la salud humana que se producen en los nutrientes claves"7*

VI. Gestión del Riesgo

Esta se basa en la evaluación del riesgo y tiene en cuenta varios factores, como valores sociales y la economía. Los encargados de esta gestión evaluarán la inocuidad de las diferencias identificadas, teniendo en cuenta los efectos no intencionales derivados de la modificación genética.

El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Miológica en su artículo 16 sobre la Gestión del Riesgo y en su numeral primero hace un llamado para mantener mecanismos, medidas y estrategias adecuadas para regular, gestionar y controlar los riesgos determinados con arreglo a las disposiciones sobre evaluación del riesgo del Protocolo mencionado, relacionados con la utilización, la manipulación y el movimiento transfronterizo de organismos vivos modificados. (Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2000)

VII. Debate. La Implementación de los Productos Transgénicos

En cuanto al debate que se llega a tener por la implementación de los productos transgénicos, se ha analizado, el poder que las grandes industrias fabricantes de este producto, han logrado obtener por medio de las diferentes ganancias que han alcanzado gracias a sus productos. Según el libro, el comercio de los productos transgénicos: el estado del debate internacional (2001): *"el 100% del mercado de las semillas transgénicas es controlado por cinco multinacionales. Estas empresas, además, controlan el 60% del mercado de pesticidas."* (Larach, 2001)

Esto quiere decir que la producción de semillas transgénicas no solo es una industria, sino que es un imperio que ha tomado poco a poco más poder, incitando a los consumidores a implementar su producto, del cual aún no tienen certeza que consecuencias llegue a tener en el futuro en cuanto a la salud de la persona y en el medio ambiente en el que esta convive. La ambición de estas empresas de obtener una serie de ganancias, se ve reflejada en el vivo ejemplo que *"la multinacional basa su campaña a favor de los productos transgénicos destacando las pequeñas cantidades que se requieren de pesticidas y herbicidas en la producción. Sin embargo, la multinacional no publicita que es ella misma la mayor productora de estos productos químicos para la agricultura."* (Larach, 2001, p.22)

Con esto se evidencia la cultura ética de estas multinacionales, pues, la persona que hace compra de sus semillas se obliga a adquirir los demás productos necesarios para el cuidado de esa variedad vegetal. Es decir que la persona no está aplicando una libre autonomía, sino que de manera inconsciente, está obedeciendo a una manera impuesta de lo que debe y no debe comprar. Otra medida optada por las multinacionales para lograr la dependencia del consumidor sobre estas semillas y adquirir más dividendos, fue la creación de la Semilla Suicida, que de una u otra manera viene afectando negativamente a los pequeños agricultores, ya que estos no podrán volver a sembrar el fruto de aquella semilla, como si lo realizaban cuando contaban con sus propias obtenciones; que les demostraba un aumento de ingresos y una disminución de gastos.

Respecto a lo anteriormente dicho Larach (2001) se expresa:

> *"La tecnología no ha tenido buena acogida entre los agricultores, pues les impide a éstos ahorrar semillas después de sus cosechas. Además, existe un aumento en la dependencia de los abastecedores al tener que comprar anualmente estos insumos en los laboratorios de semillas y al impedir la comercialización e intercambio de las restantes semillas con otros agricultores como se acostumbraba hacer con las tradicionales"*

En cuanto a la seguridad alimentaria por una parte llega a considerar que la transgénesis, es la solución que tanto había buscado para darle fin a su mayor problemática que es acabar con el hambre del mundo,

> *"científicos y productores a favor de la producción de alimentos transgénicos estiman que deben darse las facilidades a los países menos desarrollados en acceder a los avances científicos y a la aplicación de las nuevas herramientas biotecnológicas. Esto les ayudaría a disminuir su dependencia en la importación de alimentos básicos; les garantizaría según los expertos enfren-*

tar la hambruna en las zonas más deprimidas del mundo, pues la tierra y el agua disponible no son, hoy día, suficientes para abastecer de alimentos a la población actual (…)" (Larach, 2001, p. 26)

Lo que no estiman es que para darle desarrollo a estas variedades los agricultores deben implementar los diferentes productos adversos que permiten el buen desarrollo del cultivo, y que si no se aplicara este moriría. Es decir que aumentaría costos en cuanto a tecnología en la implementación de cultivos para personas que no tienen suficientes recursos, además de ello no se analiza la carencia de recursos que tienen las sociedades para comprar aquellos productos. Finalmente Larach, (2001) insinúa: "*si bien la biotecnología ofrece un mayor rendimiento en las producciones transgénicas es sólo una parte del camino para afrontar la hambruna. Las principales razones de la existencia de la crisis de alimentos en el mundo se encuentran en la carencia de ingresos de los países para comprar alimento*s"

Finalizando, con esto se puede analizar la ética que rodea la biotecnología respecto al mundo y al ser humano. Y lo que le importa a las grandes industrias son las ganancias en vez de la calidad e inocuidad de un producto para salvaguardar la salud del consumidor.

VIII. Conclusiones

La ciencia avanza a un ritmo en el cual la ley se encuentra en desventaja, y aunque esto va más allá de señalar al legislador como responsable por razones de relaciones diplomáticas, es importante reconocer que actualmente no existe regulación biotecnológica acorde a estudios científicos donde se revise qué calidad de vida se están llevando los consumidores finales.

En cuanto a la normatividad implementada por Colombia respecto a los derechos del obtentor, se puede ver que hay una serie de limitaciones en cuanto al desarrollo de la tarea del agricultor puesto que el derecho otorgado al obtentor está en la gran mayoría de actividades comerciales y en ciertos casos tiene expansión de este derecho sobre la cosecha y otras variedades limitando aún más la labor del agricultor.

Es evidente la necesidad social de una política pública donde se demuestre el impacto social, los efectos que conlleva seguir produciendo transgénicos y preguntarnos sobre la responsabilidad Estatal ante acciones y omisiones con la población agrícola colombiana.

IX. Referencias bibliográficas

Aboites, G., & Félix, G. (2011). Centroamérica: uso de semillas genéticamente modificadas e incremento del ingreso de los agricultores. Obtenido de http://repositorio.cepal.org/handle/11362/26050

Bueno, D. (s.f.). ¿Para qué sirven los transgénicos? Obtenido de http://books.google.com.co/books?id=3idgGRTd2Y4C&pg=PA401&dq=bibliograf%C3%ADa%2Btransg%C3%A9nicos&hl=es

García, M., & Lacouture, H. (2003). Implicaciones Jurídicas de los Alimentos Trangenicos en Colombia.

Giraldo , A. (2011). *Cultivos Transgenicos: Entre Los Riesgos Biológicos Y Los Beneficios Aambientales Y Económicos.* Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-548X2011000300016

Grupo Semillas. (s.f.). Reglamento interno para el control del territorio, la biodiversidad y el conocimiento tradicional, y frente a la introducción de semillas y alimentos transgénicos.

Larach, M. (2001). El comercio de los productos transgénicos: el estado del debate internacional. Obtenido de http://repositorio.cepal.org/handle/11362/4327

Ministerio de Agricultura. (31 de 03 de 2008). *MinAgricultura.* Obtenido de MinAgricultura: https://www.minagricultura.gov.co/Normatividad/Conpes/conpes_113_08.pdf

Nemoga, G. (s.f.). Distinción entre Recursos Biológicos y Genéticos en la Legislación Colombiana. Obtenido de http://www.portalces.org/ADB/DP/COL/DISTINCIONES_RECURSOS_BIOLOGICOS_GENETICOS.pdf

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. (s.f.). Recuperado el 16 de Julio de 2015, de http://www.fao.org/docrep/006/y5160s/y5160s10.htm

Pfeiffer, M. (2011). Obtenido de http://www.scielo.org.co/pdf/pebi/v15n2/v15n2a03

Prieto, D. (s.f.). Política de Semillas en Colombia. Obtenido de http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11726/1/Pol%C3%ADtica%20de%20Semillas%20en%20Colombia.pdf

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. (2000). *Protocolo de Cartagena sobre la Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica.* Montreal.

Solbrig, O. (2006). Obtenido de http://repositorio.cepal.org/handle/11362/2406

Uribe, M. (s.f.). Medicamentos biológicos y biosimilares: Reglamentación por el derecho a la salud. Obtenido de http://www.bdigital.unal.edu.co/39898/1/6702398.2013.pdf

Notas

1 Artículo resultado de la investigación "Alimentos transgénicos. Regulación internacional que afecta a Colombia" que hace parte de la línea Política Económica, de la Universidad Militar Nueva Granada, bajo la dirección de la Dra. Clara Lucía Guzmán Aguilera.

* Estudiante de Derecho, cuarto semestre. Universidad Militar Nueva Granada.
Investigadora para el grupo de investigación de políticas GIPP.
Correo elctrónico: danielavillamilarteaga@gmail.com

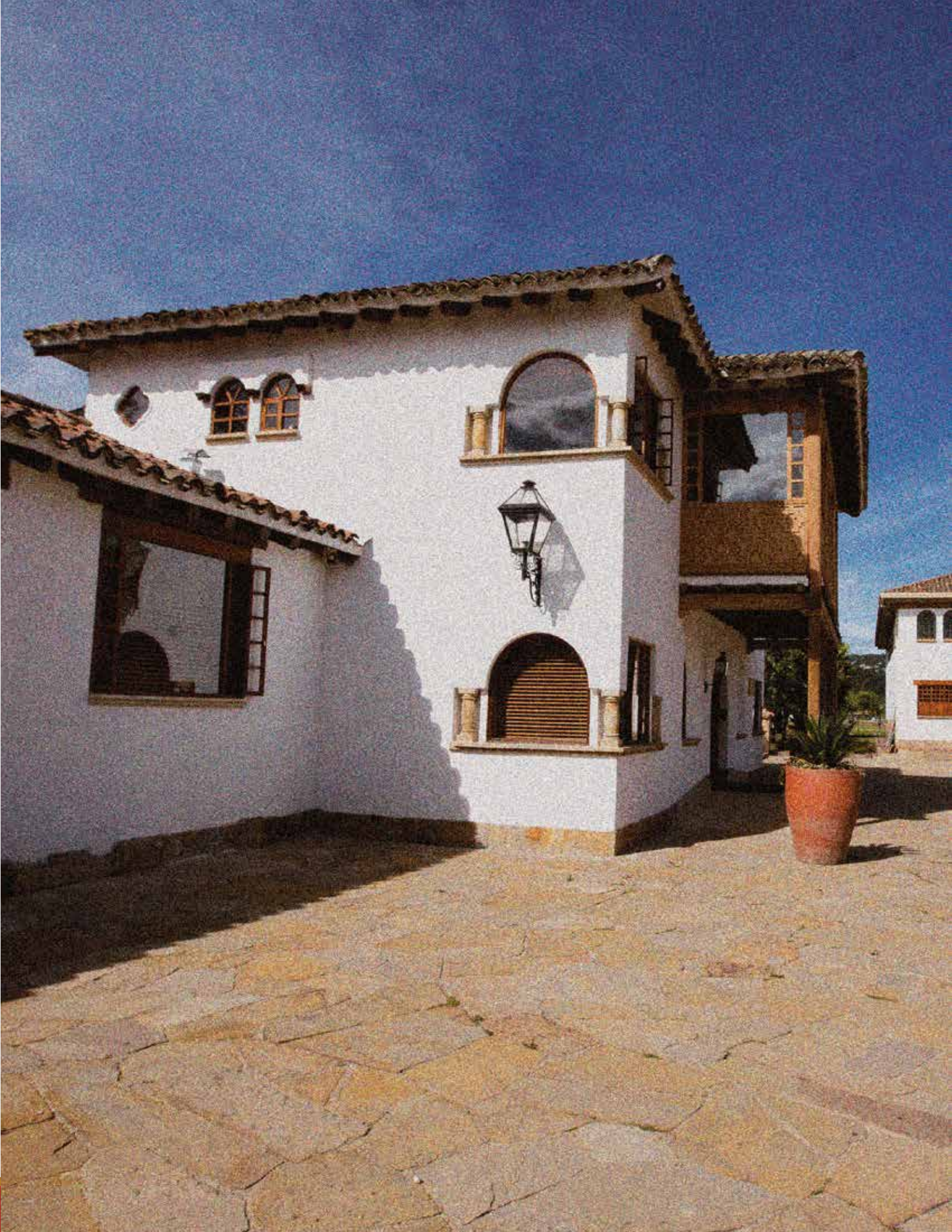
** Estudiante de Derecho, séptimo semestre. Universidad Militar Nueva Granada.
Investigador para el grupo de investigación de políticas GIPP.
Correo elctrónico: felipefonsseca@outlook.com

2 Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura

3 Ibídem

4 Ibídem

5 Ibídem



Universidad de
La Sabana