



investigaciones
en construcción

Semilleros de Investigación 2019

30

ISSN 2256-232X

Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus
Vicedecanatura de Investigación y Extensión
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Sede Bogotá



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

© Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá
© Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
© Vicedecanatura de Investigación y Extensión
© Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus
© Varios
© Autores
Publicación anual
2021
ISSN: XXXX
Dolly Montoya Castaño Rectora Universidad Nacional de Colombia
Hernando Torres Corredor Decano Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Alejo Vargas Velásquez Vicedecano de Investigación y Extensión

Preparación editorial

Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus
Viviana Zuluaga Coordinadora editorial
Julieth Leal Asistente coordinación editorial
Hernando Sierra Asistente coordinación editorial
Fabio Toro Coordinador académico
Luis Miguel Solórzano Asesor administrativo y financiero
Fernando Urueta Gutiérrez Corrector de estilo
lacentraldediseno.com Diseño y diagramación
Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.
Impreso y hecho en Bogotá, D. C., Colombia.

Contenido

- 11** **El mérito en la rama judicial como garantía de calidad y efectividad de los funcionarios judiciales**
Nicolás Sepúlveda Claro, Santiago Patiño Woodcock, Gerson Eduardo Pachón Huertas, Andrés Esteban de Zubiría Sánchez, Santiago Ignacio Ospina Rico y Andrés Abel Rodríguez Villabona
- 45** **Del grafiti al arbitraje: mundos unidos por el arte**
Valentina Camargo Sánchez, Laura Sofía Prada Cardoso, Nicolás Acevedo Gonzales, Yibza Yadira Castillo Cobos, Diego Alejandro Monroy Sandoval y Fredy Andrei Herrera Osorio
- 75** **Retos y desafíos en la implementación de la reforma rural integral en Colombia: un acercamiento a la tenencia-formalización de la tierra y los programas de desarrollo con enfoque territorial 2016-2019**
Jonathan Sosa Acosta , Sergio Esteban Gaitán Segura, Manuel Alejandro Barón Romero y Kevin Jeanfrey Luna Contreras
- 107** **Representaciones sociales sobre el trabajo sexual en el barrio Santafé, Bogotá: recomendaciones para una política pública integral**
Valentina García Ríos, Lina María Patiño Ballesteros, Karen Ximena Muñoz Díaz, Adriana Munévar Cárdenas, Ginna Paola Cardozo Beltrán, José Germán Burgos Silva y Natalia Mosquera Pedreros
- 143** **Banco de perfiles genéticos en Colombia: una mirada a su eventual implementación e incidencia en las garantías de los sujetos pasivos del proceso penal**
Víctor Daniel Arévalo Grande, Juan David Castro Ramírez, Juan Sebastián Cepeda Sánchez, Laura Espinosa Botero, Sonia Daniela Patiño Ariza y María Cristina Patiño González

- 175 Transición energética en Colombia: orden
 jurídico vigente y desafíos económicos
 *Energy Transition in Colombia: Current Legal
 Order and Economic Challenges*
- 207 La cláusula aceleratoria en créditos hipotecarios
 y su afectación a derechos fundamentales
 Sebastián Bernal Torres , Mary de los Ángeles Fuentes
 Vanstralen, Juan Carlos Naranjo Vásquez y
 José Guillermo Castro Ayala
- 239 Revisión de la teoría y la práctica decoloniales
 a la luz de la interseccionalidad
 Tania Verónica Rivera Perea, Sebastián Acosta Liscano, Ariana
 Camila Hormizda Betancourt, Sol Ana María Palencia Rolón,
 Bilal Tayel Al Syoufi y Fabián Rodolfo Acosta Sánchez
- 271 Violencia en el territorio: el asesinato de líderes
 sociales indígenas en el Cauca y la relación con el
 despojo de la tierra en el marco del posconflicto
 Jonathan Pérez Verano, Daniel Santiago Ordóñez Velásquez,
 Antonia Naar Araújo y Julio Rafael Quiñones Páez
- 305 La buena fe como fundamento para la vinculación
 de partes no signatarias en el arbitraje colombiano:
 estoppel y levantamiento del velo corporativo
 María Paula Herrera Duque, Sebastián Salazar Castillo
- 335 Desarrollo alternativo y proceso de sustitución de
 cultivos de uso ilícito en el Acuerdo Final de Paz:
 una perspectiva comparada de los casos de Tumaco
 (Nariño) y El Retorno (Guaviare) 2017-2019
 Angie Juliet Ávila,
 Cristian Eduardo Bernal, Andrés Felipe
 Cortés, José Armando Tobaría y
 Marco Alberto Romero Silva

Introducción

*Porepudae. Ximus vendisitati re et idebis reperch
illaut et, que inctur, quameni
POREPUDAE. XIMUS*

NAM LA VELIBER EPUDAE DUCIPID QUISSIM aionecea iustis mos do-
lestem velit dolores quodita tureper itatur? Solore pa cum exeritibusto
dit esed quiat occuptaquis vent atquame ndaerrum esciate mporepu
dandantur re rectem ipient.

Porepudae. Ximus vendisitati re et idebis reperch illaut et, que
inctur, quameni muscius aepudan dionecepe doluptatesti autatur
iatibea tenimi, que es porumqu asperupta vero mo modici aut int qui
volupta eribusa ndiorer cimporrovid earcia conecus, ut dit, que offica-
bor rem eius si ut aut ipit aut incturibus elendamus re inveni dolum
que rehentori rectoriae velento tenecte pore debiti officia tquossum
et vollab incid quiscia cus doluptatat ut et et pa soluptatum dolest,
ilibercia porita et aligniet laut landit, est, voloreium re corunte maios
aut est, autem facientus.

Ture magniet harchillupta velictur?

Est, consequat. Optaquibus delit, ut vendi aute verfercita quunte
ommodio rrorere senimo tem aborum, vellecte et, sinullatem rerit
mi, totatem esto dolenihiciet ut rem earuptaspit eosam ullende sciati

dellamus sus ra volorem perferibuste que arum velectur moluptias enimincim quos sim quam, ommo blacesti omnitem periam ipsum ex et pos audae. Nem dolupta turibus ima qui dionsecera cus doloreped et lat alique postio. As aut rat.

Dest illandae sandel invenit alicips andignim ipsam fugit atibus, sedit qui tem esequatin custio. Et quiati ut faccust et prae. Ficae isci ommo et ipsam, sint.

Et aut ulparci libusda nonecus am et omnis simi, quis ab iscideb isimusandam hiciusa nullata tusae. Agnienda quis cum doluptas moluptiori cusda nobisque susam autatur ianturibea sit, sit, sequasi tasit, volut ullaborerio. Uptus mos et odignih itatur min eiciis el et ad maio tem faceseq uosandi cienis sundiatendes undi dolecepta sam alique vollor as maximint fugias inim evelenes nihiciumqui diasi bea nonsect iandam sendest emporum autes estrum quamus, conem nis sequiame erum non niet, et faccae quo magnatius dolut a qui num ut et maioresectio eum quis et pre et aut quae¹ idi vid et eribus repudisqui sequata tquidit expliquias ex ea qui cusi tem re lia inim volore, con nulpari quossuntiora dolupta sit ex et magni omnient excere rehenimi, siminih illacia ipsum seque parum re offici aboreped ea sa natiustrum verferum sanda ant labo. Neque is nonsequos ut pelibusam facestia venit intio. Pa dundiae. Otaqui sument quuntio cusamus et que dolupta tquamus ad quos dolorem odicips amusam aut mintibusam sim re verepres modit dolum sit latqui id es aut magnam ne doluptam reprecetur, adi utet et volorro cupta doluptis audae pos eat moluptatur aut ut dolupta temquae et, aborem re ea volest perumquid maionsenisi acit et fuga. Rehenih ilique moluptaturia audae estiost, omnimusam voloreiume laccum quasped magnihi tateces aboreprovid ullabora volorentia earume nonsequo offic tem aut estem verataquaest oditem aut odi ad quo tendam ut voluptas amet, nimusam aperest eatat.²

.....

- 1 Arciis dolut et exeribus, non prempor ibusanis dolorep rovitibustem quo toreptam atio quo blandit doluptatus quas escid expliquodit mo illessinveni que dolorem eum, explamus ratem coreperia volore modit explis mo in necatet doloriatem arunt.
- 2 Dus, qui to berit ommo il maiorru ptincti cus dolupta tenderum faciet ut quiaspedicae audanduciis sunt, autatiis sanis eles voluptae nusa ne veles re, volore quatat quunt event aliti apienis ratur? Occuptaque nis sum facipsant quiderferi accus eum susantem fuga. Ut rectatem cor mo quis ni capture cus porerciendit omnis et in et exerum quid ut qui

Dus, qui to berit ommo il maiorru ptincti cus dolupta tenderum faciet ut quiaspedicae audanduciis sunt, autatiis sanis eles voluptae nusa ne veles re, volore quatat quunt event aliti apienis ratur?

Occuptaque nis sum facipsant quiderferi accus eum susantem fuga. Ut rectatem cor mo quis ni cupture cus porerciendit omnis et in et exerum quid ut qui dolorpor modipsam fugia comnim qui quistrup-tur, ut aut aut laboreptas molupta nonsenienis dolumque il mincias magnienihil inverfe rchilit mossitiumque et omnis verum excerro vitem. Quos sedit, con corrovid quodias sendus eum asimolupta pre iumquo dolupid qui ut re por abor arum volecte moluptatur magni-minum ea in consequi ditionsequi aperspide demposamust pa periate simoditin conserepre, tenti res ut facese ne volorro vidunt resed qui commo tectionsent odi di iliquam, imuscimi, si comnis est, nempe-rovid eum explis as excestes di inctum et lam ipienet mi, ut accae aut molo bea volorestia etur?

Arciis dolut et exceribus, non prempor ibusanis dolorep rovitibus-tem quo toreptam atio quo blandit doluptatus quas escid expliquodit mo illessinveni que dolorem eum, explamus ratem coreperia volore modit explis mo in necatet doloriatem arunt.

*Vid ma ipsum sequam qui blam id ut de quidemp
orepren daernatur re officto idi ut et aut omnis
nonsecatus evenis ratiasimus.*

Que res molupta dolestios dem est, occupta none sit aut lacipsa nihillo repelis adiciis iusam ra consequere verunt.

Neque mos secaeacte aciam aliaesequi to erro et ped utatatiure sinus re as quationseque consed que nis volupta quiatus si ullatur soluptam, volore, se dolum qui dolorrum facit, occus asimporum

.....
dolorpor modipsam fugia comnim qui quistrup-tur, ut aut aut laboreptas molupta non-senienis dolumque il mincias magnienihil inverfe rchilit mossitiumque et omnis verum excerro vitem. Quos sedit, con corrovid quodias sendus eum asimolupta pre iumquo do-lupid qui ut re por abor arum volecte moluptatur magniminum ea in consequi ditionsequi aperspide demposamust pa periate simoditin conserepre, tenti res ut facese ne volorro vidunt resed qui commo tectionsent odi di iliquam, imuscimi, si comnis est, nemperrovid eum explis as excestes di inctum et lam ipienet mi, ut accae aut molo bea volorestia etur?

sapitaturia sit dolenihil eum ipissitae volore dem et haribus volupta
venihil idenimagnis dolorum natiorp oresenestrum quos vellant et
repratios dolor andi occus coreium, omnia quas aut es none nossincia
velitibusape nos rest odipicium doluptatque iuntibu scillau tatibusa
illuptae. Ihil inte eostota ditatet ullacia velecti unduciaie ommodis
aut fugitat usapis magnienis apid modi uta im sundipsust volupta te-
caerum aut quis nimus, et ererrovitios ad et accae ni imuscipidic to
quiatias derspercitin ratem doluptas iur?

Debisquis accae. Et exero moditatem vel illa volupta verora volup-
taquas ist, optatus magnis dolendi sundaecte suntorepro veruptianti
doluptatet et qui volectur, is et voloreicia volupta vendae dolestrum
ut a eicaborpore exceptatem quaspie nimoluptis qui officaeptate labo-
rrorem dolupta dolupit ulparum as nim quid qui nonessed que pror-
porepe deles mi, occulli quiae. Velectatem fuga. Nam autem nobis nis
unt et modis in reperum autem sapicab ipsame cuscil eos estotatibus
estio ent aut alibusa a ditioresed minihic iendige nturita essi bearum
erias dolupta dunt que peris andis est rem sunt int harcium et quo
quae. Nam eos comnias ut volest aut perioritates et parci et pa nim
erum re eiunt eumque sinvendi nistius.

Luptat. Uptatas et fugiae nos delentenimi, sequi voluptas eiciunt
ea eos untiur aut fuga. Ut quam, sumquam, tem estiunt, que consequi
di te culparc ienderum fuga. Arunto voluptaspis quos que non nobis
dolor aborume ndigname sa voloritia etur si beatiorem fugiamus aut
autemped que quid quiaeribus vella comniandent.

Liquae dolut il everior rumquia nderspero evel magnimus etur,
sectibus, atur? Ribea alis dolorerro magnate mporera prerectatur?
Qui iliquias soluptaquid que porerferum hil ma con cuptatur, sam
intempores ipit il is mos unt aciis nectur?

XXXX XXXXXXX XXXXXXX XXXXXXX
Bogotá, febrero del xxxx

El mérito en la rama judicial como garantía de calidad y efectividad de los funcionarios judiciales

Nicolás Sepúlveda Claro*

Santiago Patiño Woodcock**

Gerson Eduardo Pachón Huertas***

Andrés Esteban de Zubiría
Sánchez****

Santiago Ignacio Ospina Rico*****

Andrés Abel Rodríguez Villabona
Docente

Resumen

El presente trabajo analiza de forma comparada la aplicación del principio del mérito en la selección de los jueces en diferentes países de Iberoamérica. Con ese fin, contempla las diversas formas de selección para reflexionar sobre los alcances o limitaciones de Colombia respecto a la estructuración del mérito en la escogencia de los jueces. Luego de dimensionar la fundamentación y la comparación, el artículo esboza la manera como se ha desarrollado el concurso público en Colombia conforme a la estructura adoptada en la comparación con Chile, México y España.

Palabras clave: Derecho comparado, Iberoamérica, jueces, meritocracia, rama judicial.

* Estudiante de noveno semestre de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: nisepulvedacl@unal.edu.co.

** Estudiante de décimo semestre de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: spatino@unal.edu.co.

*** Estudiante de décimo semestre de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: gepachonh@unal.edu.co.

**** Estudiante de décimo semestre de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: aedes@unal.edu.co.

***** Estudiante de décimo semestre de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: siospinar@unal.edu.co.

Abstract

The present paper analyses in a comparative way the application of merit in the selection of judges in different ibero-american countries. Observing the diverse types of the selection process in order to reflect on the reach and limitations of Colombia regarding the structuring of merit in the selection of judges. Thus, after outlining the foundation and the comparisons, the paper sketches the way of how the public contest has been developed in Colombia, according to the structure adopted in the comparison with Chile, Mexico and Spain.

Keywords: Comparative law, Ibero-america, Judges, Judicial Branch, Meritocracy.

Introducción

La administración de justicia en Colombia debe afrontar varios problemas. La crisis por la que atraviesa se expresa en los escándalos de corrupción que implican a jueces y magistrados de la república, en las demoras indefinidas en las decisiones judiciales y en las consideraciones sobre una reforma al sistema judicial.

El Índice de Cumplimiento de la Ley o Rule of Law Index 2019 da cuenta de la situación. Este informe, publicado por la organización internacional World Justice Project, ubica a Colombia en el puesto 80 entre 126 países evaluados (Martínez, 2020). Los indicadores del cumplimiento regulatorio, justicia civil y justicia penal, muestran que Colombia se encuentra por debajo tanto de Latinoamérica como de la media global, especialmente en lo que atañe a la demora injustificada de los procesos. También se evidencia que el sistema de justicia adolece de corrupción y de insuficiente respeto por el debido proceso (World Justice Project, 2019).

En tales circunstancias, es natural que se ponga en duda las calidades de los funcionarios que integran la rama; aquellos funcionarios encargados de tomar decisiones que afectan el mantenimiento de la paz en la sociedad son objeto de cuestionamientos originados en el descontento general provocado por la aplicación de justicia en el país. Luego es preciso indagar si quienes ocupan estos cargos de trascendencia nacional son las personas idóneas para hacerlo.

En Colombia e Iberoamérica, el mérito cumple un rol fundamental en la selección de los funcionarios públicos, más aún cuando la función requiere que sean personas versadas en los problemas que deberán resolver y a quienes corresponde tener independencia para realizar adecuadamente su labor.

Lo anterior justifica la necesidad de evaluar el mérito dentro de la rama judicial en Colombia. En consecuencia, esta investigación pretendió recopilar las características más importantes en la selección de jueces y magistrados desarrollada por el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) desde 1991. Para lo cual, se evaluó la aplicación del sistema meritocrático desde una perspectiva comparada.

La respuesta requirió de un análisis de la manera en que ha sido concretado el principio meritocrático en Colombia, desde 1991, realizado de la siguiente forma: i) conceptualizar los criterios del principio meritocrático en la administración de justicia; ii) comparar la elección de los jueces y magistrados en España, México y Chile, ya que aunque son países hispanoamericanos de la misma familia jurídica, se diferencian por ser un Estado con comunidades autónomas, uno federal y uno unitario descentralizado, respectivamente; iii) analizar la aplicación del principio meritocrático en los procesos de selección realizados para proveer cargos de jueces y magistrados desde 1991.

Ahora bien, la presente investigación puede clasificarse como un estudio dogmático jurídico, pues a partir de la formulación de un problema jurídico se hará “la selección de un conjunto normativo que, por relación de unidad, regula por vía fáctica o conceptual el problema” (León *et al.*, 2018, p. 31). En este caso se indaga por la manera en que el mérito estructura, o no, la selección de jueces en Colombia, México, Chile y España. En ese orden de ideas, el método empleado fue el del derecho comparado, puesto que se pretende analizar, sistemáticamente, las diversas formas en que los ordenamientos jurídicos antes mencionados tratan la temática referenciada con el fin de establecer comparaciones para entender más certeramente nuestro derecho nacional (Morineau, 2016).

Relación entre función pública, función jurisdiccional y mérito

Analizar la aplicación del mérito dentro de la rama judicial en Colombia requiere comprender, en primer lugar, el concepto jurídico de la función pública, cuyo contenido explica el modelo de distribución de tareas propias del Estado, que son asignadas a cada una de las ramas del poder público. A partir de ello, se podrá detallar la función jurisdiccional, entendida como una especie dentro del género de la función pública, que comprende la resolución de conflictos en cabeza de los jueces, esto dentro del ámbito del derecho procesal. Estos dos conceptos apuntan al papel que cumple el mérito como modo de acceso y organización de los funcionarios dentro de la administración pública según sus capacidades y desempeño.

A su vez, el marco presentado sirve para entender la aplicación de la metodología del derecho comparado y las variables de comparación seleccionadas. Esto nos ayuda a entender los posibles avances normativos de Colombia respecto de otros países en lo relacionado con la implementación de un modelo meritocrático en la elección de jueces.

La función pública

Hablar de este asunto exige señalar el paradigma de la organización burocrática, pues es un modelo de estructuración a través del cual se administran los asuntos a cargo del Estado por medio de funcionarios, para llevar a cabo el proyecto de satisfacción de las demandas ciudadanas y del interés general (Bohórquez, 2015, p. 93). En dicho modelo, las instituciones propias de una estructura centralizada o concentrada en los poderes de las distintas ramas cumplen funciones sometidas a la ley. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, la burocracia es “una forma de organización en la que se representa el ejercicio del poder público” y en la que “en todo caso el principio fundamental es el sometimiento y subordinación a los mandatos y principios consignados de la norma fundamental” (Bohórquez, 2015, p. 111).

De modo que la burocracia comprende la ley y la Constitución como fuente de las funciones en cabeza del poder público, mediante el cual se establece la forma y los límites en los poderes ejercidos por

parte de los funcionarios. Asimismo, la burocracia está determinada por una racionalidad funcional que se orienta por valores basados en reglas propias de un estatuto profesionalizado, encargado de regular la capacidad objetiva de los servidores públicos (Rojas, 2018, p. 38).

Por lo anterior, a un modelo burocrático sometido al Estado de derecho y basado en la profesionalización de la capacidad de los servidores le interesa la forma de selección de las personas que lo integran. De ahí la importancia de señalar las discusiones relativas al mérito. Más aún cuando un paradigma posburocrático aborda cuestiones como “el sistema meritocrático, que busca que las personas que gestionen lo público (...) por sus capacidades, su experiencia y su alta vocación de servicio, se hagan meritorias de esa labor” (Sánchez, 2019, p. 23).

En ese sentido, la organización del Estado por competencias requiere de una especialización en las capacidades de cada uno de los funcionarios, tal como también lo determina la burocracia funcional; lo señala Restrepo Medina al establecer que “todas las actividades realizadas por el recurso humano de la administración pública debían ser ejecutadas por profesionales calificados dentro de un sistema jerarquizado” (Sánchez, 2019, p. 18).

Según lo establece Solano, la función pública abarca todas aquellas actividades (concretamente, procedimientos y actuaciones) que deben ser realizadas por las ramas del poder público (Bohórquez, 2015, p. 140). De estas, la función jurisdiccional es la principal actividad de la rama judicial.

Ahora bien, es servidor público, conforme lo establecen Parra Gutiérrez, Parra Mejía, Martínez y Ramírez, “la persona natural que presta sus servicios personales en forma subordinada a una entidad estatal”, en una relación “de carácter laboral” [...] en forma permanente, temporal o transitoria”, y “cuyas actividades se encuentran reguladas por un régimen normativo” (Sánchez, 2019, p. 36). De este modo, los empleados que participan de forma activa dentro de la gestión del Estado y sus organismos tienen una vinculación diferente de la establecida en materia laboral para las personas de derecho privado, pues deben ceñirse al principio de legalidad. Al servidor le corresponde cumplir la ley de una manera más rigurosa, conforme a un interés general.

Sin embargo, la legalidad no versa únicamente sobre las funciones encargadas al trabajador, sino que regula la forma de ingresar a un cargo. El mérito tiene un importante protagonismo en las fases de ingreso, ascenso y retiro, por cuanto en ellas se pone en evidencia si los aspirantes o los ya empleados públicos (...) han demostrado ser los más idóneos para ocupar el cargo (Sánchez, 2019).

El sistema de carrera es un régimen de selección basado en la idea del mérito dentro de la función pública, mediante el cual las personas acceden al cargo conforme a sus capacidades y cualidades. Con ello, se crea un grupo de sujetos diferenciados respecto de la sociedad, por las responsabilidades asumidas, enfocadas en el marco del interés general. Entre los elementos que permite identificar dicho sistema, de acuerdo con Mascott, están los siguientes:

- i) El sistema se basa en un esquema de ingreso y promoción a partir de concursos de oposición para ocupar puestos administrativos. Los concursos buscan garantizar la transparencia y objetividad de la selección del personal; ii) Precisa de un sistema de formación y capacitación permanente, diseñada de manera diferenciada para satisfacer las necesidades y requerimientos de cada organismo o institución; iii) Cuenta con un método que permite evaluar el desempeño de los servidores de carrera; iv) Provee un marco normativo con reglas claras y definidas sobre el funcionamiento del sistema en su conjunto. (Bohórquez, 2015, p. 152)

En consecuencia, el sistema de carrera y el mérito constituyen la forma que garantiza la cualificación, la idoneidad y el desempeño de los funcionarios públicos dentro de un sistema burocrático que persigue la profesionalización de sus empleados, pues solo acceden al cargo quienes por sus capacidades pueden asumirlo.

La función jurisdiccional

El término *jurisdicción* viene del latín “*iurisdictio* que proviene de las expresiones latinas *ius dicere*, que unidas de esa manera significan: decir el derecho” (Rojas, 2013, p. 35). El sistema jurídico, al no poder aplicarse de forma automática, por la redacción abstracta de las propias normativas,

requiere de un juez para “la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos” (Echandía, 2009, p. 77).

Dicha intervención se conoce como la función jurisdiccional, una función “como cualquiera otra de las funciones estatales” que “exige la presencia de agentes suyos creados específicamente al servicio de tal designio [...] quienes en últimas son llamados a cumplir o ejercitar concretamente la función” (Rojas, 2013, p. 38). De ahí que el juez tenga una función pública, tal como se definió anteriormente, por lo cual no puede inhibirse (sino conforme a las razones legales para dictar una sentencia de dicha índole), puesto que los jueces tienen la obligación de resolver las controversias que se les plantean.

De acuerdo con lo expuesto, la función pública en su dimensión general impacta la función jurisdiccional en cabeza del juez, de tal forma que la aplicación de objetivos planteados por la estructura estatal para preservar el interés general vincula al juez en la forma de resolver las controversias. Así, la aplicación de justicia no solamente debe respetar la libertad de los sujetos, sino propender por su existencia social, económica y cultural en todas las dimensiones. En consecuencia, es necesario, por lo especializado de la función, la aplicación del mérito.

Mérito

Antes de ahondar en la implementación y el manejo que se le ha dado a la meritocracia en relación con la función pública en los ordenamientos jurídicos que se van a analizar, es necesario tener un eje conceptual, para lo cual se presentarán algunas de las definiciones aceptadas por la academia y que resultan acordes con los objetivos e interpretaciones que se le han dado al término en el presente escrito.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la meritocracia ha sido analizada desde diferentes enfoques, entre los que se encuentran la ciencia política, la ciencia de la administración y la ciencia jurídica. En cuanto a las dos primeras, autores como el profesor Germán Puentes (2004) han definido la meritocracia como “un mecanismo de fortalecimiento de la legitimidad institucional a través de la selección objetiva de los servidores públicos, en contraposición a modelos de selección de personal basados en criterios políticos de reparto de la

administración pública”. Esta visión es semejante a la de la profesora Sarria (2002), quien considera que la meritocracia es “una contribución hacia la profesionalización de la administración, entendida como una verdadera profesión y no como una posición sencilla y cómoda para la ubicación individual desde el punto de vista laboral”.

Otra visión del concepto de meritocracia es la de Joan Prats Catalá (2000), quien ha entendido el término como el “resultado de un consenso constitucional surgido como alternativa al reparto burocrático que hacen los partidos políticos de los cargos y empleos públicos”.

Las anteriores conceptualizaciones permiten entender algunos de los beneficios que tiene la meritocracia en relación con los cargos públicos, ya que permite la igualdad de oportunidades para los aspirantes a los cargos, al igual que cercena las prácticas clientelistas de algunos partidos políticos que distribuyen los cargos conforme a sus propios intereses.

Por último, el mérito, en el campo jurídico, ha sido desarrollado como un principio de rango constitucional que permite que la selección de los funcionarios públicos sea realizada mediante un proceso en el cual los aspirantes demuestren ser los más idóneos y capaces para ocupar el cargo al que se han postulado. Por esto, el mérito, además de garantizar la profesionalidad de la función pública, propone hacer efectivo el principio de la igualdad en las relaciones laborales públicas en las etapas de selección, movilidad y permanencia en la función pública (Vergara, 2011).

Por lo tanto, el punto de partida para el desarrollo del trabajo está dado por la definición bajo la cual se entiende la meritocracia como un principio de rango constitucional, sin que esto excluya la importancia que revisten las demás perspectivas enunciadas anteriormente.

El mérito en la selección de jueces y magistrados en Hispanoamérica: análisis comparado

A continuación, se presentarán las características que engloban los requisitos y procedimientos de mayor relevancia para el ingreso a

la rama judicial en Chile, México, España y Colombia. Se enfatizará el rol que cumplen el mérito y la carrera judicial en las respectivas legislaciones en lo concerniente al acceso a cargos de jueces y magistrados.

Por lo que se refiere al derecho comparado, vale la pena recoger los niveles y subniveles de comparación, lo cual permite determinar el alcance del método comparativo que debe ser aplicado. Respecto a ello, puede tomarse en cuenta los criterios señalados por Pegoraro y Rinella (2006). En primer lugar, se establece que el marco de referencia es del tipo ideal-jurídico, pues consiste en evaluar la estructura meritocrática teórica planteada en el primer capítulo, en lo referente a los elementos del sistema de carrera, como marco ideal que debe ser aplicado. En un segundo aspecto, la comparación resulta ser interna, por cuanto evalúa países que comparten una familia jurídica común, esto es, el *civil law*; un común denominador histórico y regional. Estos países son España, Chile, México y Colombia. En un tercer punto, el estudio es restringido, por cuanto mira estrictamente la estructura del mérito regulado en cada uno de los ordenamientos, y sincrónico, por cuanto mira codificaciones vigentes. Por último, el ámbito de análisis es el de la microcomparación, por cuanto se mira el establecimiento del mérito en particular (Pegoraro y Rinella, 2006, pp. 47-78).

Cabe aclarar que las variables utilizadas en el análisis se refieren en específico a: i) la forma de acceso y el procedimiento para llenar las vacantes en el poder judicial; ii) si el mérito es contemplado en cada legislación como un elemento que condiciona, facilita o impide la movilidad en los distintos cargos; y iii) cómo se gobierna la judicatura en los países de la comparación, y qué organismo es el encargado de la selección de jueces y magistrados.

Chile

La República de Chile es un Estado unitario, democrático y presidencialista con una administración funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, con los poderes del Estado divididos en tres ramas: ejecutiva, legislativa y judicial (Constitución Política de Chile, 1980).

La rama judicial tiene su consagración en el capítulo VI de la Constitución Política de Chile (1980), al afirmar que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley” (art. 76). Sin embargo, su regulación se da mediante el Código Orgánico de Tribunales, ley 7421 de 1943, el cual consagra cuáles son los tribunales, desde la más alta corte hasta el menor de los jueces que tendrá Chile, la forma en que se compondrán, cuáles son los requisitos que la persona que va a acceder a ellos debe cumplir y, sobre todo, el proceso que se debe surtir para la composición de estos.

En primer lugar, para poder entrar a formar parte del poder judicial en Chile, es necesario: “(i) Tener un título de abogado; (ii) Ser chileno; y (iii) No estar afecto a las incapacidades del artículo 256 del Código Orgánico de Tribunales” (ley 7421, 1943, art. 252).

Con la observancia de estos requisitos, la persona interesada se puede acercar a la Academia Judicial de Chile, que es una corporación de derecho público, para acceder al programa de formación que posteriormente la habilitaría para ser juez o funcionario de la rama judicial (ley 19346, 1994). Esto último es necesario para ser admitido en el proceso de selección, el cual inicia con una etapa de preselección a través de una serie de exámenes de conocimientos jurídicos.

Los cuarenta postulantes con las notas más altas del proceso anterior serán citados a entrevistas personales, y los que queden aprobados pueden pasar a tomar el curso de formación para el cual se dio todo este proceso. Dicho proceso tiene una duración de seis meses, y en caso de que lo aprueben, los candidatos quedan habilitados para postularse a una vacante del poder judicial. Sin embargo, un abogado ajeno al poder judicial que ya haya aprobado el curso no puede optar por cualquier cargo vacante en el poder judicial.

Para comprender lo anterior, se debe de tener en cuenta que, en Chile, el poder judicial se divide en dos escalafones, el primario y el secundario. Únicamente el primero es relevante para el presente trabajo, ya que en este se encuentran los responsables de la administración de justicia, mientras que en el escalafón secundario se ubican los defensores públicos y los funcionarios de carácter administrativo.

El primer escalafón se divide en siete categorías, la primera de las cuales es la de mayor importancia y la séptima la de menor. Los abogados ajenos al poder judicial solo pueden optar por entrar a los cargos de categoría 5 o inferior, y para esto deben postular su hoja de vida ante el tribunal que esté tratando de suplir la vacancia.

Por el contrario, cuando aquel que quiere competir por un cargo sea un funcionario de la rama judicial, solo puede hacerlo por un cargo en la misma categoría o en la inmediatamente superior, para lo cual hay que tener en cuenta dos variables: la primera es el denominado “escalafón judicial” de antigüedad, que está conformado por la combinación del escalafón primario con el secundario, y organiza a los funcionarios en razón del tiempo que llevan prestando sus servicios al Estado. En segundo lugar, los funcionarios del escalafón primario, a excepción de los ministros y el fiscal judicial de la Corte Suprema, son calificados anualmente atendiendo a la conducta como funcionarios y al desempeño observados en ese período por los miembros del escalafón superior; verbigracia, la Corte Suprema, en pleno, calificará a los ministros de las cortes de apelaciones (ley 7421, 1943, art. 273).

En lo que respecta a la calificación, el artículo 277 bis de la ley 7421 (1943) afirma que esta “deberá fundarse en antecedentes objetivos y considerar [...] lo siguiente: responsabilidad, capacidad, conocimientos, iniciativa, eficiencia, afán de superación, relaciones humanas y atención al público, en consideración a la función o labor que corresponda realizar y magnitud de la misma”.

Esto lleva a que, según el puntaje definitivo obtenido, el calificado pasa a conformar una de las siguientes listas: sobresaliente, muy buena, satisfactoria, regular, condicional y deficiente. De allí surgen dos cuestiones: i) entre mejor sea la ubicación en la lista, mayor la prioridad para conformar las ternas o listas para cargos vacantes; y ii), según la ley 7421 (1943):

El funcionario que figure en lista Deficiente o, por segundo año consecutivo, en lista Condicional, una vez firme la calificación respectiva, quedará removido de su cargo por el solo ministerio de la ley. En tanto no quede firme la mencionada calificación, el funcionario quedará de inmediato suspendido de sus funciones. (art. 278 bis)

Con lo anterior, y siempre que se cumpla el precepto del artículo 280 de que “No podrá ser promovido a una categoría superior el funcionario que tenga menos de tres años de servicios en su categoría” (ley 7421, 1943), un funcionario, a excepción de aquellos que figuren en la lista de condicional o deficiente, se podrá presentar para integrar la lista para suplir un cargo. La última precisión es la de que, cuando haya “igualdad de lista calificatoria, preferirán los oponentes por orden de su categoría y, a igualdad en esta, deberá considerarse el puntaje de la última calificación y la antigüedad en el cargo, entre sus otros antecedentes” (ley 7421, 1943, art. 281).

Ya en lo que respecta a la formación de la lista y la elección del funcionario, se tiene que:

La formación de las listas, ternas o propuestas deberá hacerse por el tribunal respectivo con asistencia de la mayoría absoluta de los miembros de que se componga. Las elecciones se harán en votación secreta y por mayoría absoluta de los presentes. En caso de empate por dos veces, decidirá el voto del que presida. (ley 7421, 1943, art. 282)

Y finalmente, en lo más alto del escalafón de la rama judicial está la Corte Suprema, la cual, aparte de ser el órgano de cierre de toda la rama, “tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación” (Constitución Política de Chile, 1980, art. 82); con la excepción del Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales, ya que la organización judicial chilena considera que estos no hacen parte del poder judicial.

La Corte Suprema se compone de veintiún ministros, los cuales serán nombrados por el presidente de la república, quien los elegirá de una nómina de cinco personas propuesta por la misma corte en acuerdo con el Senado. Este último decidirá la nómina de candidatos en una sesión especialmente convocada para este efecto, lo cual exige asimismo que estos sean definidos por los dos tercios de sus miembros en ejercicio (Constitución Política de Chile, 1980, art.78).

Como requisitos habilitantes se tiene: i) ser chileno; ii) tener el título de abogado; iii) si se es abogado ajeno al poder judicial, se debe

haber ejercido por lo menos quince años la profesión de abogado, y iiib) si se es abogado retirado del poder judicial, es necesario haberse retirado voluntariamente y con calificaciones para ser considerado en lista de méritos; y iv) un requisito especial, no de la persona en sí, sino de la corporación, es que cinco de los miembros de la Corte Suprema deben ser abogados extraños a la administración de justicia, y aparte de cumplir con el requisito iiia, tener una trayectoria destacada en la actividad profesional o universitaria.

Cuando el cargo por suplir dentro de la Corte Suprema sea de alguien que deba provenir del poder judicial, la nómina se formará exclusivamente con integrantes de esta y “deberá ocupar un lugar en ella el ministro más antiguo de Corte de Apelaciones que figure en lista de méritos” (Constitución Política de Chile, 1980, art. 78). El resto de puestos se llenarán de acuerdo con los merecimientos de los candidatos.

Entretanto, cuando el cargo que se encuentre vacante sea de uno de los cinco que deba ser ocupado por un abogado ajeno al poder judicial, la lista debe estar formada únicamente por personas con esta cualidad. Además del cumplimiento de los requisitos anteriormente mencionados, estas personas deben también pasar por un concurso público de antecedentes.

A partir de todo lo anterior, se puede ver que el mérito tiene una gran importancia para mantenerse en la carrera, puesto que hay listas que pueden generar la remoción del cargo, y que, sin embargo, al competir por un cargo, este mismo mérito no tiene tanta importancia en el ascenso o en la escalada, una vez que ya se haya entrado en la rama, pues, al final, la decisión seguirá consistiendo en la elección de cualquiera de los candidatos.

México

Los Estados Unidos Mexicanos, según su Constitución política, son “una República representativa, democrática, laica y Federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, art. 40), donde el supremo poder de la federación se divide en legislativo, ejecutivo y judicial, y el ejercicio de este último se deposita

en la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Electoral, los tribunales colegiados y unitarios de circuito y los juzgados de distrito. La administración, vigilancia y disciplina de la rama judicial de la federación, exceptuando a la Suprema Corte de Justicia, le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura Federal (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

El artículo 97 de la constitución (1917) establece que “los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca la ley”. Además, se instituye que durarán en sus cargos seis años, al cumplirse los cuales pueden ser ratificados o promovidos por la misma entidad, para lo cual se tendrán en cuenta el desempeño y el grado académico del servidor, así como los diversos cursos de actualización realizados.

Según el artículo 107 de la ley orgánica, para ser magistrado de circuito se requiere:

Ser ciudadano mexicano por nacimiento [...], mayor de treinta y cinco años, gozar de buena reputación, no haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de la libertad mayor de un año, contar con título de licenciado en derecho expedido legalmente y práctica profesional de cuando menos cinco años, además de los requisitos previstos en esta ley respecto de la carrera judicial. (Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, 1995)

Para ser designado como juez de distrito, el artículo 108 de la misma ley establece que se requieren los mismos requisitos que para ser magistrado, salvo la edad mínima, que se disminuye a treinta años. Así, en concreto, el artículo 110 de la ley orgánica establece que la carrera judicial es menester para acceder a los cargos de magistrados de circuito federal y juez de distrito federal.

En consonancia con lo anterior, el artículo 112 menciona que: “el ingreso y promoción para las categorías de magistrado de circuito y juez de distrito se realizarán a través de concurso interno de oposición y oposición libre” (Congreso de la Unión, 1995). Mientras que para acceder a los cargos señalados entre los numerales III y X se requerirá

un examen de aptitud (del III: secretario general de acuerdos de la Suprema Corte de Justicia hasta el X: actuario del poder judicial de la federación).

Los concursos internos de oposición son aquellos que se realizarán para integrantes del poder judicial de la federación tal como lo señala el artículo 113 de la ley mencionada, donde se establece que en los concursos de oposición internos para llenar las vacantes de magistrado, únicamente podrán participar jueces de distrito y magistrados de salas regionales del Tribunal Electoral; y en los concursos que busquen la plaza de un juez de distrito podrán participar los que se encuentran enumerados en el artículo 110 de la misma ley desde la fracción III a la IX (del III: secretario general de acuerdos de la Suprema Corte de Justicia hasta el IX: secretario de juzgado de distrito). Mientras que, para los individuos ajenos al poder judicial de la federación, se requerirán concursos de oposición libre, lo cual no excluye la posibilidad de que funcionarios pertenecientes a la carrera judicial federal puedan participar en estos concursos (Angulo, 2012).

Las reglas generales según las cuales se rigen los concursos antes mencionados son las enumeradas en el artículo 114. Se pueden compilar así:

- a. Una convocatoria emitida por el Consejo de la Judicatura Federal en donde se señale si se trata de un concurso de oposición libre o interno de oposición, así como la categoría, el número de vacantes sujetas a concurso, el lugar y el día en que serán llevados a cabo los exámenes, entre otros aspectos. (Congreso de la Unión, 1995, art. 114, numeral I)
- b. Presentación de los exámenes por parte de los sujetos inscritos, exámenes cuyo contenido estará condicionado por las materias relacionadas con la plaza; pasarán a la siguiente etapa quienes obtengan los resultados más altos, teniendo en cuenta que el número de seleccionados ha de ser mayor al número de vacantes (Congreso de la Unión, 1995, art. 114, numeral II). Esta etapa ha consistido en términos generales en preguntas de opción múltiple y, para el 2010, constaba de mínimo cien preguntas (Angulo, 2012).

- c. Quienes cumplan con los requerimientos anteriores resolverán casos prácticos mediante la redacción de sentencias. Posteriormente, se procede a la realización de un examen oral y público ante un jurado en el que se cuestiona a los individuos sobre las funciones de los magistrados de circuito o del juez de distrito, así como sobre otras materias relacionadas con el cargo. Aquí, la calificación se determinará por el promedio de los puntos que cada miembro del jurado le asigne al sustentante. (Congreso de la Unión, 1995, art. 114, numeral III)
- d. Terminados los exámenes orales, se levanta un acta final y el presidente del jurado declarará quiénes son los concursantes que resultaron vencedores; posteriormente informará al Consejo de la Judicatura Federal para que se realice el nombramiento respectivo. (Congreso de la Unión, 1995, art. 114, numeral IV)

Resulta importante señalar que, según los artículos 116 y 117 de la misma ley, las preguntas en los cuestionarios (punto b), los casos prácticos y el examen oral (punto c) serán elaborados y calificados por un comité integrado por un miembro del Consejo de la Judicatura Federal, que estará presidido por un magistrado de circuito o juez de distrito, dependiendo del caso, y por un miembro del comité académico del Instituto de la Judicatura Federal (Congreso de la Unión, 1995).

Con relación a los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) establece en sus numerales 2, 11 y 12 respectivamente que: i) la Suprema Corte estará compuesta por once ministros; ii) estos permanecerán en su cargo por quince años y solo podrán ser removidos de él en razón del título IV de dicha Constitución y por el vencimiento del término de su periodo; iii) ninguna persona que hubiese sido ministro podrá ser nombrada para un nuevo periodo salvo que se hubiese desempeñado en el cargo de manera provisional.

Los requisitos para ser electo ministro de la Suprema Corte, según el artículo 95 del mismo instrumento normativo, son los siguientes: i) ser ciudadano mexicano de nacimiento; ii) tener por lo menos 35

años el día de la designación; iii) poseer con mínimo diez años de anterioridad el título de abogado al momento de la designación; iv) no haber sido condenado por delito que amerite una pena mayor a un año; v) haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación; vi) no haber sido secretario de Estado, fiscal general, senador, diputado federal, ni titular del poder ejecutivo de alguna entidad federativa durante el año previo al día de su designación (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

Es de particular relevancia resaltar el último inciso del artículo 95, donde se establece que

Los nombramientos de los Ministros deberán recaer *preferentemente* entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, énfasis nuestro)

Para entender el uso de la palabra *preferentemente*, es útil referirse al modo de elección de los ministros expuesto en el artículo 96 de la Constitución, donde se establece que el presidente de la república someterá una terna a consideración del Senado, entidad que, mediante el voto favorable de dos terceras partes de los miembros de la corporación y en un plazo improrrogable de treinta días, elegirá a quien cubrirá la vacante. Si no es elegido en los treinta días, el presidente designará al individuo que cubrirá el cargo. Pero si todos los miembros de la terna son rechazados, el presidente presentará una nueva terna en los términos de la primera, y en caso de ser rechazados nuevamente, el presidente designará de esta última terna a quien ocupará la vacante.

Para concluir este acápite, es menester resumir algunas de las características relevantes de lo expuesto. i) Para acceder a los cargos de magistrados de circuito o jueces de distrito, no es necesario hacerlo por la carrera judicial, pues los concursos de oposición libre permiten esa posibilidad; ii) si bien el mérito es un elemento relevante en los concursos de oposición libre e internos, en sí mismo no es un criterio que condicione la movilidad de los cargos; iii) no existe una norma

imperativa que estipule que el mérito ha de ser un criterio fundamental para elegir a los ministros de la Suprema Corte de Justicia.

España

España es un Estado social y democrático de derecho (Constitución de España, 1978, art. 1) que “garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y las regiones que la integran” (Constitución de España, 1978, art. 2). Su Constitución resalta la importancia del poder judicial y, para ello, delega al legislador el deber de expedir la ley orgánica del poder judicial (Constitución de España, 1978, art. 122), denominada “Ley Orgánica 6 de 1985”, la cual faculta al Consejo General del Poder Judicial para que escoja a los jueces y magistrados y desarrolle las funciones administrativas propias de la rama.

Los requisitos mínimos para ser nombrado juez son: i) tener nacionalidad española; ii) ser mayor de edad; iii) no tener edad de jubilación ni alcanzarla durante el tiempo que dure el proceso selectivo hasta la toma de posesión; iv) tener el grado en derecho; y v) no estar incurso en ninguna causal de inhabilidad física o psicológica, entre otras (Congreso de España, 1985, arts. 301-303). Esos requisitos están basados en el mérito y la capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional. Con lo anterior se busca garantizar que el proceso de selección se dé con objetividad y transparencia, además de introducir una visión de igualdad frente a los ciudadanos que reúnan las condiciones y aptitudes necesarias.

La misma ley 6 de 1985, en su artículo 301, numerales 1 y 2, menciona las garantías que el proceso de selección da para el ingreso a la carrera judicial y que deben ser presupuestos básicos del mérito. Entre ellas están la objetividad y transparencia, la igualdad en el acceso de todos los ciudadanos que reúnan las condiciones y aptitudes necesarias, así como la idoneidad y suficiencia profesional de las personas seleccionadas para el ejercicio de la función jurisdiccional, lo anterior sin dejar de lado que el sistema permite el ascenso de jueces y magistrados.

Los candidatos que cumplan con los requisitos mencionados en los párrafos anteriores deberán pasar por dos pruebas más para poder

hacer parte de la lista de elegibles. Dichas pruebas se encuentran establecidas en el artículo 301, que afirma que “el ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de juez se producirá mediante la superación de oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial” (Congreso de España, 1985).

Es importante reseñar que la Escuela Judicial es protagonista dentro del proceso de selección de los jueces, así como en la formación continua de los mismos. Los cursos impartidos poseen una gran carga práctica en los juzgados a los cuales se está aplicando. De ese modo, se produce una adaptación de los candidatos a las formas propias de la rama judicial y de los juzgados, así como un entendimiento profundo de las dinámicas que se manejan en dichos juzgados, lo que genera un menor tiempo de adaptación en el caso de que los candidatos logren formar parte de la rama.

Adicionalmente, el capítulo v de la ley orgánica define cómo se dará la provisión de plazas en juzgados, audiencias y tribunales, así como el ascenso y la promoción de estos. El artículo 326 hace una mención al mérito y lo establece como pilar en la escogencia de los cargos. En su primer numeral, aclara aspectos de la elección de presidentes de sala y magistrados de tribunal diciendo que

El acceso de estos últimos cargos se realiza por convocatoria abierta, reglada por el Pleno del Consejo General del Poder, en donde se establecerán los méritos a tener en consideración en la elección, diferenciando las aptitudes de excelencia jurisdiccional de las gubernativas [...] La convocatoria señalará pormenorizadamente la ponderación de cada uno de los méritos en la valoración global del candidato [...] la propuesta contendrá una valoración de su adecuación a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (Congreso de España, 1985)

Una vez determinada la elección de los presidentes de las distintas cortes, la ley prosigue en el artículo 329 refiriéndose a la provisión de cargos en los juzgados, que se resolverá a favor de “quienes, ostentando la categoría necesaria, tengan mejor puesto en el escalafón” (Congreso de España, 1985). Si bien está redactado de forma amplia, este criterio

se encuentra respaldado en el proceso de selección definido en el artículo 301. Esta generalidad se ve pormenorizada en razón de la especialidad de los cargos por proveer. Un ejemplo de esto se encuentra en la elección para los cargos en los juzgados de menores, los cuales se resolverán a favor de quienes, siendo magistrados al momento de la convocatoria y “acreditando la correspondiente especialización en materia de menores en la Escuela Judicial, tengan mejor puesto en su escalafón” (Congreso de España, 1985, art. 329, numeral 3). Pero a su vez se permite que dichos cargos sean cubiertos por “magistrados que hayan prestado al menos tres años de servicio, dentro de los cinco anteriores a la fecha de la convocatoria, en la jurisdicción de menores” (Congreso de España, 1985, art. 329, numeral 3). Esto denota una alta movilidad en los cargos judiciales y una facilidad a la hora de demostrar el mérito, ya sea en lo académico o lo laboral.

Respecto de las altas cortes, como las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia, es importante señalar que la ley orgánica contiene reglas especiales que se deben tener en cuenta con respecto a las diferentes plazas por cubrir, que son tres en total. La primera plaza “se cubrirá por un jurista de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional en la comunidad autónoma, nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial sobre una terna presentada por la Asamblea legislativa” (Congreso de España, 1985, art. 330), lo cual denota una visión de equilibrio de poderes, dada la participación de la asamblea legislativa; “las restantes plazas serán cubiertas por magistrados nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial entre los que lleven 10 años en la categoría y en el orden jurisdiccional civil o penal y tengan especiales conocimientos en derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma” (Congreso de España, 1985, art. 330). Esto último, teniendo en cuenta las variables que existen en la especificidad de las normas de cada comunidad autónoma.

El proceso de selección de los jueces y magistrados está basado en el mérito, lo que garantiza una movilidad y flexibilidad a los jueces y magistrados de cortes inferiores. La ley 6 de 1985, en su artículo 311, habla acerca de las vacantes a magistrados y la disposición de dichas

vacantes, teniendo en cuenta tanto a los que hacen parte de la rama como a quienes desean ingresar. Esto hace que, de cada cuatro vacantes, dos sean exclusivas para el ascenso de los jueces que ocupen los mejores escalafones en su categoría; la tercera se otorgará a los jueces, pero por medio de pruebas selectivas en los diferentes órdenes; por último, la cuarta vacante se proveerá por concurso entre abogados con más de diez años de ejercicio profesional y de reconocida competencia.

Las pruebas practicadas para proveer las vacantes de magistrados serán exámenes especializados en los términos del artículo 312 que consistirán “[...] en la realización de estudios, superación de cursos, elaboración de dictámenes o resoluciones y su defensa ante el Tribunal, exposición de temas y contestación a las observaciones que el Tribunal formule o en otros ejercicios similares” (Congreso de España, 1985). Con ello se deja en claro una voluntad de escogencia de los abogados más capaces para proveer dichos cargos.

Ahora bien, el órgano que administra la rama judicial en España es el Consejo General del Poder Judicial, el cual “es un órgano constitucional, colegiado, autónomo, integrado por jueces y otros juristas, que ejerce funciones de gobierno del Poder Judicial con la finalidad de garantizar la independencia de los jueces en el ejercicio de la función judicial” (Consejo General del Poder Judicial, 2019), y entre cuyas funciones está la selección de algunos cargos dentro de la rama. El artículo 122 de la Constitución de España (1978) define y conforma el Consejo General del Poder Judicial. En el numeral 2 establece la creación del estatuto y régimen de incompatibilidades y las funciones que los miembros de dicho consejo tendrán en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.

El numeral 3 define que el Consejo General del Poder Judicial estará conformado por veinte miembros, de los cuales doce serán jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, cuatro deberán escogerse de un grupo propuesto por el Congreso de los Diputados y cuatro, de un grupo propuesto por el Senado. Los propuestos deberán ser juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

Estos numerales definen las calidades de los jueces y magistrados e introducen un control por parte del poder legislativo a este órgano, pero dicho control no llega a ser excesivo.

Para concluir, los órganos judiciales de bajo y mediano orden tienen instituido el sistema de mérito para formar parte de estas, con un alto grado de movilidad interna, es decir que se puede ascender dentro de la jerarquía judicial, mientras que en los órganos de cierre se ve cierta inclinación a la representación popular de estos órganos, tanto directa como indirectamente. El Consejo del Poder Judicial es un órgano facilitador en estas dinámicas.

Otro punto que debe ser resaltado es el papel preponderante que se le da a la Escuela de Jueces a la hora de dar las bases tanto a todos los abogados que buscan ser jueces como a los jueces ya establecidos, lo que permite un mejor acoplamiento y adaptación a las formas de la rama judicial y por último la naturaleza del concurso en la medida que permite el ingreso en una lista de espera para acceder a los cargos de juez que hace que los concursos tengan una vocación de permanencia más alta, lo cual genera una búsqueda permanente de mostrar el mérito en dichos concursos.

Colombia

Colombia es una república unitaria y descentralizada (Constitución Política de la República, 1991, art. 1) que cuenta con una división tripartita de poderes. En particular, el poder judicial tiene fundamento constitucional principalmente en el título VIII de la Constitución política de 1991 y en el acto legislativo 01 de 2017: el primero es el título correspondiente a la rama judicial y el segundo introduce la jurisdicción especial para la paz. Como lo establece la Constitución política en su artículo 152, la rama judicial cuenta con una ley estatutaria de la administración de justicia (Congreso de la República, 1996), aunque también se encuentran otras leyes relativas a la administración de justicia, como la ley 1957 de 2019.

En el país, para optar por los cargos de juez y magistrado se deben cumplir los requisitos del artículo 127 y del 128 de la ley 270: se debe ser colombiano de nacimiento, ciudadano y contar con pleno goce de

derechos; tener título de abogado conforme la ley; no tener causales de inhabilidad o incompatibilidad; y tener dos años de experiencia profesional, para optar a juez municipal, o tener ocho años de esta experiencia, en el caso de optar a juez de circuito o magistrado de tribunal (Congreso de la República, 1996).

Conforme el artículo 125 de la ley 270, son funcionarios judiciales los magistrados, jueces y fiscales (Congreso de la República, 1996). Para la elección de jueces y magistrados corresponde un concurso de méritos, según el artículo 164 de la ley estatutaria (Congreso de la República, 1996). Este concurso de méritos es abierto, puesto que pueden aspirar a los cargos tanto particulares como servidores públicos, y tiene como objetivo configurar un “registro de elegibles”, por medio de una etapa de selección y de calificación del mérito de los aspirantes. Ya conformado el registro, este tiene una vigencia de cuatro años, en los cuales el aspirante puede, en debido caso, actualizar su información y obtener una recalificación. Para finalizar, cuando se presenta una vacante en un cargo, se conforma una lista de candidatos de, al menos, cinco aspirantes, del registro de elegibles, y los consejos seccionales o el CSJ procede a seleccionar al aspirante (Congreso de la República, 1996).

Colombia cuenta con una calificación integral de servicios judiciales que, según el último informe del 2018 del CSJ presentado al Congreso de la República, “ha ascendido de un promedio nacional de 82.23 puntos en 1996 a un promedio nacional de 90.46 puntos en la calificación del último período consolidado” (p. 69). Sin embargo, esta calificación de servicios no influye en los concursos de méritos, pese a evaluar aspectos como la calidad, la eficiencia, la organización del trabajo y las publicaciones que realice el funcionario, de acuerdo con el artículo 170 de la ley 270 (Congreso de Colombia, 1996). Además, dicha evaluación se realiza cada año para los jueces y cada dos años para los magistrados (Congreso de la República, 1996, ley 270, art. 172).

Lo anterior llevaría a concluir que el mérito no es tenido en cuenta a nivel estructural como sistema de movilidad dentro de la rama judicial; sin embargo, según el artículo 172 de la ley 270 (Congreso de la República, 1996), una calificación insatisfactoria de un funcionario conduce al retiro del cargo.

Los procesos de selección y de administración de la rama judicial corresponden a los consejos seccionales de la judicatura, en el orden regional, y al CSJ, en el nacional. Este último es el máximo órgano de gobierno y administración de la rama judicial, y está conformado por seis magistrados, de los cuales dos son elegidos por la Corte Suprema, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado (Constitución Política de la República, 1991, art. 254). Estos magistrados deben cumplir con los requisitos del artículo 255 de la Constitución de 1991:

Para ser miembro del Consejo Superior de la Judicatura se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta y cinco años; tener título de abogado y haber ejercido la profesión durante diez años con buen crédito. Los miembros del Consejo no podrán ser escogidos entre los magistrados de las mismas corporaciones postulantes.

Por su parte, los magistrados de los consejos seccionales deben cumplir los mismos requisitos que un magistrado de tribunal; sin embargo, para aspirar al Consejo Seccional deben contar con especialización en ciencias administrativas, económicas o financieras y experiencia superior a cinco años en esos campos (Congreso de la República, 1996, ley 270, art. 84).

Ahora, la administración de justicia se divide en jurisdicciones y órganos especiales. Respecto a estos cabe destacar, por el objeto de este proyecto, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, la jurisdicción constitucional, la jurisdicción especial para la paz y la jurisdicción ordinaria, cada una con su respectivo órgano de cierre.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo

Esta jurisdicción, según el artículo 11 de la ley 270, está compuesta en orden por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos (Congreso de la República, 1996). El Consejo de Estado es el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y, según el artículo 34 de la ley 270, está

integrado por treinta y un (31) magistrados, elegidos por la misma Corporación para los periodos individuales que determina la Constitución Política, de listas de superiores a cinco (5) candidatos, que reúnan los requisitos constitucionales, por cada vacante que se presente, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. (Congreso de la República, 1996)

Estos magistrados deben cumplir con los requisitos señalados en el artículo 232 de la Constitución política, es decir: ser colombiano de nacimiento y ciudadano; ser abogado; no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, salvo por delitos culposos o políticos; tener quince años ejerciendo la profesión de abogado, bien sea en la rama judicial, como particular o docente universitario de establecimiento reconocido (Congreso de la República, 1991).

La jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional está compuesta por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en tanto acciones de nulidad por inconstitucionalidad, y todos los jueces y corporaciones, cuando resuelven acciones constitucionales. Sin embargo, se puede decir que el único órgano exclusivo de esta jurisdicción es la Corte Constitucional, la cual es integrada por nueve magistrados electos por la cámara alta del Congreso en tres tríadas enviadas por la Presidencia de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Congreso de la República, 1996, ley 270, arts. 43 y 44). Para ser magistrado de la Corte Constitucional se exigen los mismos requisitos del ya mencionado artículo 232 superior.

La Jurisdicción Especial para la Paz

La jurisdicción especial para la paz se encuentra fundamentada en el Acuerdo de Paz, el acto legislativo 01 de 2017, y en la ley estatutaria 1957 de 2019. El artículo 72 de dicha ley menciona que los órganos de la jurisdicción especial para la paz son la Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, el

Tribunal para la Paz, la Sala de amnistía o indulto, la Sala de definición de situaciones jurídicas, para los casos diferentes a los literales anteriores o en otros supuestos no previstos y la Unidad de Investigación y Acusación (Congreso de la República, 2019).

Respecto de las calidades de los magistrados en esta jurisdicción especial, el acto legislativo 01 de 2017 en su artículo 7 indica que se deben cumplir los requisitos del artículo 232 SUPERIOR para ser magistrado del Tribunal para la Paz y se deben cumplir los mismos requisitos del magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial para los miembros de las salas (Congreso de la República, 2017). Mientras tanto, la selección la lleva a cabo un comité de escogencia (Congreso de la República, 2017, art. 7).

La jurisdicción ordinaria

La jurisdicción ordinaria encuentra fundamento en el capítulo 2 del título 8 de la Constitución política y el capítulo I del título III de la ley 270 (Congreso de la República, 1996). Según estos, la jurisdicción ordinaria se compone de los siguientes órganos: la Corte Suprema de Justicia, como órgano máximo (Congreso de la República, 1996, ley 270, art. 15); los tribunales superiores del Distrito Judicial; y los juzgados, las células básicas de la administración de justicia.

La Corte Suprema de Justicia se compone de veintitrés magistrados, divididos en distintas salas y escogidos por la misma corporación, “previa audiencia pública, de lista de diez elegibles enviada por el Consejo de Gobierno Judicial tras una convocatoria pública reglada de conformidad con la ley” (Constitución Política de la República, 1991, art. 231), habiendo cumplido los requisitos del artículo 232 superior.

Avance del mérito en las convocatorias públicas en Colombia

Como ya se indicó, el CSJ ha sido el encargado del sistema de selección de funcionarios y empleados de carrera de la rama judicial en Colombia,

con excepción de la Fiscalía General de la Nación¹. Dicho sistema tiene un componente meritocrático en la elección, que se concreta en el sistema de ingreso de funcionarios y empleados a los cargos de carrera, y comprende las etapas sucesivas de concursos de méritos, conformación del registro nacional de elegibles, elaboración de listas de candidatos, nombramiento y confirmación, según lo establece el artículo 162 de la ley 270 de 1996. Es así que desde 1994 y hasta 2018 el CSJ ha realizado veintisiete convocatorias o concursos de méritos para la provisión de los cargos de la rama judicial.

Las reglas generales para los concursos de méritos destinados a la selección de funcionarios y empleados de carrera de la rama judicial se encuentran en el título VI del capítulo II de la ley 270 de 1996 y el acuerdo 034 de 1994 del CSJ. En la ley 270 de 1994 se establece que el concurso es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de conocimientos, destreza, aptitudes, experiencia y condiciones de personalidad de los aspirantes, se determina su inclusión y ubicación en el registro nacional de elegibles (artículo 164). Se realizará en todo caso previa convocatoria pública y abierta, e inscripción en debida forma de los aspirantes.

La convocatoria es norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección de funcionarios y empleados de la rama judicial aspirantes a ocupar en propiedad cargos de carrera. La convocatoria deberá contener, según lo establece el artículo 10 del acuerdo 034 de 1994 del CSJ: a) la denominación de los cargos para los cuales se abre el concurso; b) los requisitos y calidades que se exigen y los documentos aportados para acreditarlos; c) la fijación de las fechas límites y los sitios en los que se realizará el proceso de inscripción; d) el establecimiento de las etapas del concurso, el puntaje máximo asignado a cada uno de los factores que en él intervienen y el puntaje mínimo que se requiere para aprobarlo; e) la determinación de la fecha y de los lugares de realización del

.....

1 Según lo establece el artículo 159 de la ley 270 de 1996, la Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, la permanencia y el ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman.

examen de conocimientos; f) el señalamiento de cargos vacantes y de cargos provistos en provisionalidad.

Posteriormente a la convocatoria viene la fase de inscripción, que es el acto por medio del cual el interesado manifiesta su interés de participar en el concurso y acredita los requisitos exigidos para el cargo al cual aspira. Cada aspirante solo podrá inscribirse para una categoría de los cargos en concurso. La Sala Administrativa del CSJ, con el apoyo operativo de los consejos seccionales de la judicatura y las direcciones seccionales de administración judicial, verificará que los aspirantes acrediten los requisitos mínimos señalados en la respectiva convocatoria.

El concurso de méritos comprende dos etapas:

1. La etapa de selección, que tiene como objetivo la selección de los aspirantes que harán parte del registro nacional de elegibles. Está conformada por las siguientes fases sucesivas y tiene efecto eliminatorio para quien no logre superar cualquiera de ellas, en el orden de su realización:

- 1.1. La evaluación de conocimientos y la realización de otras pruebas de aptitud que se podrán establecer en la convocatoria según el cargo al cual se aspira. Es así que se realizan pruebas de conocimiento que tienen por objetivo evaluar los conocimientos básicos para el desempeño del empleo e identificar el nivel de cada aspirante dentro del grupo al cual pertenece, según cargo y especialidad.

En este sentido, el artículo 18 del acuerdo 034 de 1994 del CSJ, en el parágrafo primero, establece que

las pruebas en el concurso de cargos para funcionarios, evaluarán los conocimientos jurídicos de la especialidad que el concursante haya seleccionado [...], y determinarán la capacidad de manejo crítico y aplicación práctica de la normatividad. En todo caso, las pruebas de conocimiento de cualquier especialidad deberán tener un componente de Derecho Constitucional Colombiano, equivalente al veinte por ciento de la prueba.

Las pruebas de conocimientos serán escritas y podrán consistir en preguntas abiertas sobre casos concretos o realizarse en forma de test.

1.2. El curso de formación judicial tiene por objeto garantizar a los nuevos funcionarios y empleados el adecuado conocimiento de la rama judicial y la destreza y las aptitudes profesionales específicas que requiera el desempeño del cargo al que aspiran en particular, así como de los deberes, derechos y garantías que les son propios.

2. La etapa clasificatoria, que tiene como objetivo establecer un orden según los méritos demostrados por cada concursante. En esta etapa se le asigna a cada persona un lugar dentro del grupo de personas que, habiendo concursado para una misma clase de cargo y especialidad, hubieran superado la etapa de selección e ingresan por tanto al registro nacional de elegibles.

La clasificación, según lo establece el artículo 26 del acuerdo 034 de 1994 del CSJ, contempla los siguientes factores:

- i) La calificación satisfactoria obtenida en cada una de las fases de la etapa de selección.
- ii) La calificación que obtenga el aspirante en la entrevista.
- iii) La evaluación de la experiencia posterior al término mínimo reglamentario.
- iv) La consideración de los estudios de postgrado y de las publicaciones del aspirante.

Tratándose de empleados, el factor de clasificación tiene en cuenta la capacitación obtenida con posterioridad al tiempo previsto como requisito reglamentario.

Después de eso, se realiza la entrevista personal, que tiene por objeto “determinar cuál o cuáles aspirantes tienen mayor posibilidad de éxito en el desempeño del cargo para el que están concursando y ubicar cada uno de ellos según las condiciones y características mostradas en relación con las exigencias del cargo” (CSJ, 1994, acuerdo 34, art. 27). Además, se evaluará la experiencia adicional en cargos relacionados, el ejercicio de la profesión independiente y la experiencia

como docente, así como estudios y publicaciones, lo que tiene una puntuación fijada por el acuerdo 034 de 1994.

Para terminar la etapa clasificatoria se publican los puntajes y se elabora el registro de elegibles según orden de puntaje, como lo establece el artículo 37 del acuerdo 034 de 1994 del CSJ:

Dentro de los 10 días siguientes a la publicación de los listados de inscritos en el Registro Nacional de Elegibles, los aspirantes deberán expresar los distritos o municipios de su elección. Si no hay manifestación expresa se entenderá que el aspirante es elegible para cualquiera.

Conclusiones

El análisis de la información encontrada permite hacer observaciones en relación con los siguientes puntos:

1. En Colombia, frente al ingreso de jueces y magistrados de tribunal, se cumple el criterio meritocrático, ya que los concursos de méritos destinados a la selección de estos funcionarios judiciales realizados por el CSJ tienen una estructura que garantiza la transparencia e igualdad de acceso. No obstante, la experiencia mexicana evidencia que el mérito puede ser evaluado en términos distintos de los conocimientos en exámenes escritos, como las aptitudes para ocupar los cargos o la redacción de sentencias, por lo que podría ser beneficioso para Colombia modificar la forma en que se llevan a cabo los concursos, incorporando un ítem que permita evaluar, en específico, las capacidades prácticas de los aspirantes para el análisis de problemas jurídicos y la redacción de sentencias. Adicionalmente, en España existe un sistema de formación en el acceso a la rama judicial similar al colombiano, pero con un mayor protagonismo de la escuela judicial, que brinda capacitación a los candidatos no solo en temas teóricos sino también prácticos. Esa capacitación se realiza en los juzgados, lo que lleva a considerar que sería bueno que en Colombia se diera mayor protagonismo a la formación práctica de los nuevos jueces.

Mientras que en Chile es necesario que todos los funcionarios tomen un curso previo que los habilita para formar parte en los concursos para vacantes de la rama judicial, este curso tiene por requisito que se presenten una serie de exámenes teóricos y entrevistas, que sirven como filtros. Si bien en Colombia hay cursos para funcionarios, la experiencia chilena permite señalar que implementarlos previamente podría ayudar a establecer mayores filtros para el ingreso, lo cual facilita que los individuos más idóneos sean los que ocupen los cargos.

2. Falta en Colombia, y de igual forma en México, que el mérito se aplique en el ascenso de jueces y magistrados, dado que, para acceder a estos cargos, se requiere ser seleccionado por un concurso público, sin que exista ascenso interno. Mientras tanto, en Chile, la ubicación en listas de calificación superior, en razón del desempeño obtenido por el funcionario judicial, le permite al juez tener prioridad en la conformación de listas para suplir cargos superiores dentro del escalafón judicial, aunque ello podría llegar a limitarse por la influencia de la antigüedad del juez en la selección de las listas. Por otro lado, en España se permite la movilidad interna de los jueces que demuestren conocimientos en el área del cargo, pero también se permite que candidatos externos participen en la convocatoria. Eso genera un sistema mixto de selección en el que, para muchos cargos, una parte debe ser de jueces de carrera y otra de juristas ajenos a la rama judicial. En todo caso, valdría la pena investigar sobre la eficacia de estas normatividades.
3. De manera similar, en Colombia, México y Chile, una calificación insatisfactoria puede dar lugar al retiro del funcionario, lo que permite que el principio meritocrático no se restrinja a la selección, sino que se extienda a las áreas de calificación y sanción.
4. Si bien en Colombia existe un control frente al ingreso y la salida efectivos de procesos, tanto para altas cortes como para tribunales y magistraturas, con respecto a los primeros

consideramos valioso proponer que, del mismo modo en que los jueces y magistrados no pertenecientes a las altas cortes de Colombia, México, Chile y España están sujetos a una calificación de desempeños que afecta su ascenso o permanencia, debería el respectivo órgano encargado del gobierno judicial establecer una calificación para los magistrados de las altas cortes. Aunque no condicionara la permanencia de un individuo en el cargo, dicha calificación sí debería ser tomada en cuenta en caso de que ese mismo individuo pretenda acceder a otro cargo perteneciente de una alta corte, no como un criterio obligatorio que podría desnaturalizar la forma de ingreso a tal cargo, sino, por lo menos, como un instrumento utilizado por los encargados de realizar los nombramientos para hacer una valoración de los postulados con los suficientes insumos y respaldar su elección de un sujeto y no otro, de una manera medianamente objetiva, en el mérito, como una variable que necesariamente ha de incidir en la selección de tales cargos. En este punto sería importante referirse a la entidad que podría ser la encargada para realizar tal calificación, la cual, a nuestro criterio, ha de ser la misma que los eligió.

Referencias

- Angulo Jacobo, L. F. (2012). *Estudio sobre la selección y designación de los jueces constitucionales de primera instancia*. México: Universidad Panamericana. Recuperado de: <http://biblio.upmx.mx/tesis/137674.pdf>.
- Bohórquez Méndez, M. Á. (2015). *La implementación de la meritocracia en Colombia, (1938-2010)*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/29644/1/T35932.pdf>.
- Congreso de España. (1985). *Ley Orgánica del Poder Judicial (ley orgánica 6 de 1985)*. Madrid, España.
- Congreso Nacional de Chile. (1994). *Crea Academia Judicial (ley 19346 de 1994)*. Recuperado de <http://bcn.cl/1vcss>.
- Congreso de la República de Colombia. (1996). *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (ley 270 de 1996)*. Bogotá, Colombia.

- Congreso de la República de Colombia. (2017). Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones (acto legislativo 01). Recuperado de: <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/actolegislativondego1de4deabrilde2017.pdf>.
- Congreso de la República de Colombia. (2019). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (ley estatutaria 1957 de 2019). Bogotá, Colombia.
- Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (1995). Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Ciudad de México, México.
- Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa. (1994). Por el cual se dictan reglas generales para los concursos de méritos destinados a la selección de funcionarios y empleados de Carrera de la Rama Judicial (acuerdo 034 de 1994). Bogotá, Colombia.
- Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa. (2018). Informe al Congreso de la República. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/5597675/Informe+al+Congreso+de+la+República+2018.pdf/6a849034-ebc4-438c-af14-e2a18960f1f5>.
- Constitución de España. (1978). Recuperado de: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.
- Constitución Política de Chile. (1980). Recuperado de: <http://bcn.cl/1uva9>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). Recuperado de: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>.
- Constitución Política de la República de Colombia. (1991). Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Echandía, H. D. (2009). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Segunda edición. Bogotá, Colombia: Temis.
- León Molina, J. E., Prieto Salas, M. A., Jiménez Triana, J. C., y Alarcón Peña, A. (2018). *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Martínez Sánchez, W. A. (2020). La verdadera crisis de la rama judicial. *El Nuevo Siglo*. Recuperado de: elnuevosiglo.com.co/articulos/01-2020-la-verdadera-tesis-de-la-rama-judicial.

- Morineau, M. (2016). *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*. México: UNAM.
- Pegoraro, L. y Rinella, A. (2006). *Introducción al derecho público comparado*. México: UNAM. Recuperado de: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10747>.
- Rojas Cárdenas, J. (2018). *Análisis de la implementación de la carrera administrativa desde la autonomía universitaria: caso universidad del Tolima*. Ibagué, Tolima, Colombia: Universidad del Tolima. Recuperado de: <http://repository.ut.edu.co/bitstream/001/2489/1/T%200966%20001%20CD5940%20TESIS%20APROBADA%20BIBLIOTECA%20JENNIFER%20ROJAS%20CA%CC%81RDENAS.pdf>.
- Rojas Gómez, M. E. (2013). *Lecciones de derecho procesal* (tomo I: *Teoría del proceso*). Bogotá, Colombia: Escuela de Actualización Jurídica (ESAJU).
- Sánchez Vargas, N. (2019). *La gerencia pública y el sistema de mérito en el empleo público en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/1806>.
- World Justice Project. (2019). *Rule of Law Index*. Recuperado de: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/ROLI-2019-Reduced.pdf>.

Del grafiti al arbitraje: mundos unidos por el arte*

Valentina Camargo Sánchez**

Diego Alejandro Monroy
Sandoval*****

Laura Sofía Prada Cardoso***

Fredy Andrei Herrera Osorio
Profesor tutor

Nicolás Acevedo Gonzales****

Yibza Yadira Castillo Cobos*****

Resumen

El presente trabajo de investigación pretende hacer un análisis sobre la arbitrabilidad en Colombia de los derechos surgidos para el autor de un grafiti realizado sobre un inmueble sin el consentimiento de su propietario. Para tal efecto, se define el grafiti como una obra de arte, sobre la cual recaen derechos de propiedad intelectual y, en general, protecciones judiciales y constitucionales. En ese sentido, la presente investigación, en primer lugar, expondrá los derechos que surgen para el autor de una obra bajo las circunstancias descritas, para lo cual se realizará: i) un recuento del derecho a la propiedad en Colombia, ii) una síntesis de los derechos de autor y su alcance, iii) la conceptualización de las obras conocidas como grafitis y iv) la identificación de los derechos surgidos para el autor del grafiti, señalando la pugna con los derechos de propiedad sobre los inmuebles. En segundo lugar, se analizará la arbitrabilidad de los derechos identificados en el acápite primero; de forma preliminar se expondrá el concepto de arbitrabilidad y su desarrollo normativo en Colombia, posteriormente se

.....

* Este artículo contó con el apoyo y los aportes de María Fernanda Jiménez Sanabria, abogada de la Universidad Nacional de Colombia, correo electrónico: mafejimenez@unal.edu.co, y Oscar Alejandro Delgado Díaz, abogado de la Universidad Nacional de Colombia, correo electrónico: oadelgdod@unal.edu.co.

** Estudiante de novena matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico vcamargos@unal.edu.co.

*** Estudiante de novena matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico lspadac@unal.edu.co.

**** Estudiante de décima matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico niacevedogo@unal.edu.co.

***** Estudiante de séptima matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico yycastillo@unal.edu.co.

***** Estudiante de séptima matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico damonroys@unal.edu.co.

desarrollará la arbitrabilidad de los derechos de autor sobre un grafiti en nuestro país. En síntesis, este ensayo procura dilucidar el marco jurídico de protección sobre los grafitis, por medio del reconocimiento de aquellas obras que puedan considerarse pasibles de cuidado, entendiendo que el arte moderno comprende obras mucho más amplias y dinámicas.

Palabras clave: Arbitrabilidad, arbitraje, derechos de autor, grafiti, obra artística, propiedad intelectual.

Abstract

This research work intends to make an analysis of the arbitrability in Colombia of rights for the author of a graffiti made on a property without the consent of its owner. For this purpose, graffiti should be understood as an artwork, upon which intellectual rights rely on and, in general, judicial and constitutional protections. In the first place, the present investigation will expose the rights that arise for the author of a work under the circumstances described. In this regard, it will expose: i) an explanation of the property right in Colombia, ii) a synthesis of author rights and its scope, iii) the conceptualization of artworks known as graffiti and iv) identification of rights for the author of graffiti, pointing out the struggle with property right of the owners. Second, it will be analyzed the arbitrability of the rights identified in the first section. The concept of arbitrability and its normative development in Colombia will be presented in a preliminary way; subsequently the arbitrability of author rights on graffiti in our country will be developed. In summary, this essay seeks to reveal the legal protection framework to which graffiti belong, through the recognition of the artworks subjects of legal care, understanding that modern art includes wider and more dynamic pieces of art.

Keywords: Arbitration, art work, copyright, graffiti, intellectual property.

Introducción

En el marco de las dinámicas sociales actuales, existen artistas urbanos que expresan su forma de pensar, sus sentimientos y opiniones usando su creatividad para realizar obras sobre distintos bienes de los cuales no son propietarios. Esto genera problemas entre el propietario del bien y los derechos del autor de la obra. Un ejemplo de este choque es el caso del artista conocido como Banksy, quien realiza sus obras sobre bienes que no son de

su propiedad, lo que no obsta para que grandes casas de arte las hayan subastado y hayan llegado a obtener hasta doce millones de dólares por ellas (Banksy: la provocadora obra, 2019). Esto da cuenta de la importancia y el valor del trabajo artístico. Sin embargo, el artista no recibe contraprestación alguna por la explotación de sus derechos. Así, existen multiplicidad de escenarios en los que se saca provecho de la creatividad de los autores, pero no se respetan sus derechos.

Esta investigación pretende dar respuesta a un interrogante que se produce ante el auge de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en específico, el arbitraje, y es el siguiente: ¿Los derechos que surgen para el autor de una obra grafiti realizada sobre un inmueble sin el consentimiento de su propietario son arbitrables en Colombia? Este cuestionamiento surge en el marco de un evidente estado de inseguridad jurídica generado por el choque entre el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la propiedad privada y el derecho sobre las creaciones intelectuales.

En ese sentido, el arbitraje, en cuanto mecanismo alternativo de resolución de conflictos de única instancia y más expedito y especializado que el sistema judicial, permite dar una solución que tome en cuenta los aspectos técnicos al considerar una obra como tal y los aspectos jurídicos sobre la ponderación de derechos entre el propietario del soporte y el autor de la obra, y que ayude a evitar que, por demoras del sistema, se vulneren derechos y la única vía sea la indemnización. Esta investigación sostiene que el arbitraje concilia consecuencias positivas en la resolución de los conflictos que se han señalado y busca dilucidar la posibilidad, bajo la normatividad colombiana, de arbitrar los derechos que se encuentran en pugna.

Con este objetivo, se hará un análisis del discurso desde la perspectiva de la doctrina y las decisiones judiciales, en el contexto de una investigación cualitativa basada en un método deductivo analítico, y se estudiará la normatividad colombiana y las decisiones judiciales que, a pesar de no tratar el tema en específico, dan un marco de interpretación sobre la existencia y el alcance de estos derechos y su arbitrabilidad. Con esto se espera informar y proteger a los autores y sus obras artísticas aclarando sus derechos;

además, se espera brindar una herramienta para que el operador jurídico reduzca el margen de movilidad propio de la ponderación de derechos.

Derechos de los autores de grafitis realizados sobre inmuebles sin el consentimiento del propietario

Derecho a la propiedad privada

Colombia es un Estado social de derecho en el que la propiedad privada se protege desde la Constitución (1991, art. 58). La Corte Constitucional (2006) ha definido la propiedad privada como “el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporeal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella”.

El centro de gravedad de la propiedad privada es la libertad, por lo que las definiciones de este concepto se caracterizan por señalar el poder que tiene el propietario para disponer y gozar de la cosa arbitrariamente, según su criterio, el cual es equivalente a obrar con entera libertad (Valencia, 2001, p. 118). En ese sentido, el Código Civil en su artículo 669, dispone que “el dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”. El texto tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia C-595 de 1999, al considerar que este derecho, a pesar de implicar los atributos de goce y disposición, debe armonizarse con los demás derechos y, por ende, puede ser limitado legal y jurisprudencialmente.

Los límites a la propiedad privada han sido señalados desde la Constitución, la cual, en el mismo artículo que consagra el derecho, señala su función social y su función ecológica y, además, dispone la posibilidad de que, en virtud de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, el interés privado debe ceder. Entonces, se tiene que el derecho de propiedad también puede ponderarse con otros derechos.

Derechos de autor

Los derechos de autor son aquellos que poseen los creadores sobre sus obras literarias y artísticas (OMPI, 2019); en Colombia están regulados por la ley 23 de 1982 y la decisión andina 351 de 1993. Esta normatividad reconoce en favor del autor dos tipos de derechos: los morales y los patrimoniales. Los primeros permiten que el autor actúe para preservar y proteger los vínculos que lo unen a sus obras. Los segundos permiten a los titulares de derechos percibir una retribución económica por la utilización de sus obras hecha por terceros (OMPI, 2016).

Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. [...] Por tal razón, los derechos morales de autor deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre. Por su parte, los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor, aunque no se consideran fundamentales, merecen también la protección del Estado. (Corte Constitucional, 1998)

Entonces, todos los autores tienen derechos morales fundamentales sobre sus obras, lo cual implica que son derechos inherentes al ser humano, que no pueden ser cedidos ni renunciados. Por el contrario, los derechos patrimoniales, por su contenido económico, sí tienen tales facultades.

Conceptualización del grafiti

El término *graffiti* no es una categoría homogénea y sobre la que haya unanimidad, sino que connota una dualidad: arte y vandalismo. Sin embargo, el grafiti corresponde, independientemente de la visión que se adopte, a una expresión visual que se plasma, generalmente, en inmuebles, ya sean de uso público o privado.

Los grafitis se caracterizan por ser una comunicación visual, que involucra la utilización de un espacio público o privado sin autorización del propietario. Incluso la *Enciclopedia británica* encuentra la dualidad mencionada, al entender el grafiti como “una conducta antisocial realizada con el objetivo de obtener atención o como una forma de sentir adrenalina, pero también como una expresión de arte” (Curry y Decker, 2006).

En principio, la finalidad de estas manifestaciones visuales era obtener respeto y reconocimiento. Así lo entendió Lee, en el diario *The New York Times*, al asegurar que, en un primer momento, lo que buscaban los jóvenes de Michigan y Nueva York era poner su firma en las estaciones del subterráneo para ser reconocidos y admirados. Esta es la teoría adoptada por Alexiou (2017), al afirmar que el objetivo fundamental es alcanzar el respeto.

Derechos de autor sobre los grafitis en Colombia

Normatividad y doctrina: escenarios restringidos a la autorización

Teniendo en cuenta lo anterior, conviene establecer un marco legal general que permita esbozar ciertas nociones y protecciones que brinda la propiedad intelectual en el régimen legal colombiano, particularmente frente a los grafitis. Como un primer punto, es relevante tener en cuenta las disposiciones contenidas en el artículo 671 del Código Civil, en concordancia con el artículo 61 de la Constitución política (1991), en donde se pone de manifiesto la protección que merece esta clase de propiedad.

Asimismo, según establece la ley 23 de 1982, los autores de obras artísticas gozan de una protección especial sobre sus obras (art. 1) y de manera consecuente en su artículo 2 enlista las obras que son merecedoras de la referida protección, entre las que se encuentran los grafitis, por cumplir con las características allí enunciadas. Derivado de lo anterior, se hace una descripción de los derechos que corresponden a dichas obras en la sección primera y segunda del capítulo II de la citada ley. Como último punto por resaltar de este instrumento legal, se tiene que en el artículo 9 se menciona que la

creación intelectual es el título originario de la protección legal que se le da al autor, por lo que las formalidades simplemente brindan una mayor seguridad jurídica.

Ante este panorama, es evidente que la legislación colombiana contempla una serie de derechos y prerrogativas en favor de las obras provenientes del intelecto y que se expresan de manera artística. Sin embargo, algunos escenarios relacionados con la propiedad intelectual no se incluyen dentro de las disposiciones normativas relacionadas con el tema, situación que se presenta con el tema del presente documento, ligado a los derechos del autor de un grafiti sobre un soporte o inmueble que no son de su propiedad, caso que implica una fuerte tensión entre el derecho de propiedad del dueño del inmueble y los derechos tanto patrimoniales como morales del autor de la representación artística.

Esto también se relaciona con posiciones de antaño, enunciadas por doctrinantes como Alfonso Barragán (1979), quien ha asegurado que la propiedad intelectual, al ser un derecho real principal, otorga un poder exclusivo e inmediato sobre una cosa incorporeal y debe ser respetado por todo el mundo (p. 88). Lo anterior presupone la autorización para realizar una obra de este tipo y deja de lado claramente las situaciones en las cuales se realizan grafitis en inmuebles cuyos propietarios desconocen la realización de la obra o simplemente no otorgan la autorización necesaria para ello. Es entonces cuando aparece la tensión entre los derechos del creador y los del dueño del soporte artístico.

Asimismo, es importante considerar que los derechos aquí en disputa no se circunscriben al campo económico o patrimonial, por cuanto se ha establecido tanto en normativa nacional como internacional que la transferencia realizada por parte del autor de los derechos patrimoniales que se deriven de la creación protegida por el régimen de la propiedad intelectual no incluye la disposición de los derechos morales contenidos en el artículo 30 de la ley 23 de 1982 (Jaramillo, 2014, p. 238).

A continuación, presentaremos un caso paradigmático relacionado con el tema de investigación de este documento y que, particularmente, hace referencia a la tensión que eventualmente puede

surgir entre el autor de una obra artística, que para el caso concreto es un grafiti y el propietario del soporte o inmueble sobre el cual se encuentra la creación.

Jurisprudencia: la teoría del respeto mutuo

En Colombia, los casos por infracción al derecho de autor son limitados y se caracterizan por el conflicto en torno a obras literarias y musicales; sin embargo, la jurisprudencia poco se ha desarrollado en torno a las obras artísticas, en especial a los murales o grafitis. Es de resaltar el caso más importante hasta la fecha, el proceso de Gabriel Antonio Calle Arango contra el Centro Comercial San Diego P.H.

En un breve resumen de los hechos, el centro comercial encargó al reconocido artista Calle Arango la elaboración de un mural en una de las paredes del edificio cuyo fin sería plasmar “la cultura, pujanza y tradición de la raza antioqueña” (DNDA, 2016, p. 1). La obra se finalizó en 2006. Para el año 2013, el artista recomendó a las directivas del centro comercial la restauración de la obra, debido al deterioro por el paso de los años y las condiciones ambientales.

Dicha petición fue negada por el centro comercial, pues este no invertiría dinero en la restauración, razón por la cual le corresponde solo al artista restaurarla. Tiempo después, ese mismo año, el centro comercial borró la obra del muro donde se encontraba. Afirmó que el muro donde estaba “se encontraba derruido y amenazaba ruina, por lo que fue necesario intervenirlo de forma inmediata” (DNDA, 2016, p. 2).

La decisión del juez se concentró en explicar en qué momento nacían en la vida jurídica los derechos de autor, profundizó en los derechos morales, en especial el derecho de integridad, y determinó la existencia de la infracción y el surgimiento de la responsabilidad civil. Sin embargo, el punto que se precisará a continuación es el debate que surge entre los derechos del titular del muro y los derechos del titular de la obra.

Ante este conflicto de derechos, surgió la teoría del respeto mutuo, la cual consiste en que, ante una obra artística, cuya característica es que existe materialmente sobre un soporte que

puede o no ser propiedad del artista, los derechos intrínsecos del bien y los derechos de autor deben convivir en respeto mutuo. Se señaló que el titular del derecho de dominio no debe afectar los derechos de autor, y el autor debe solicitar autorización antes de usar el soporte (DNDA, 2016, p. 7).

De este aparte de la sentencia, es posible concluir varias premisas como, por ejemplo, la imposibilidad de que surjan derechos de autor cuando no existe consentimiento por parte del dueño del soporte para la realización de la misma. Igualmente, la autorización del dueño del soporte no solo faculta al artista para la elaboración de la obra, sino que limita sus derechos sobre el bien de soporte.

La autorización se convierte en un elemento esencial dentro de la relación de derechos cuyos titulares son el artista y el dueño del soporte. Así lo deja claro el juzgador, cuando analiza las pruebas en busca de la autorización del dueño del soporte, para luego dar razón de la existencia de los derechos en cabeza del autor:

En la presente causa se encuentra acreditado, que para la realización de dicho mural el señor Calle Arango contó con la autorización respectiva de los propietarios del soporte material, es decir, el Centro Comercial San Diego P.H., otorgó el permiso correspondiente para que se plasmara la obra sobre su fachada occidental, como se puede acreditar de la cuenta de cobro, más los comprobantes de transferencias bancarias obrantes en los folios 143 a 146 del expediente. (DNDA, 2016, p. 7)

En conclusión, la decisión de la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) prioriza la autorización del dueño del soporte para la elaboración de un grafiti, hasta el punto de que no nacerían los derechos de autor con la elaboración de la obra. Sin embargo, existe otra interpretación y es que la autorización limita los derechos sobre el soporte, pero no decide sobre la existencia de los derechos de autor, de tal forma que, ante la inexistencia de la autorización, el propietario del soporte conserva todas las facultades sobre el bien, incluso la de destruirlo. Al no existir una limitación, la obra que está en el soporte correría la suerte de este, sin que el autor pudiese evitarlo.

Derechos reconocidos a los propietarios de grafitis e inmuebles en decisiones judiciales

Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras de arte en Colombia han sido protegidos a lo largo del tiempo, tras numerosas reivindicaciones nacionales e internacionales, mediante ley, sentencias judiciales y constitucionales, laudos arbitrales, doctrina, convenios y decisiones de la Comunidad Andina (CAN).

Para empezar, resulta relevante mencionar las decisiones que Colombia ha adoptado en el marco de convenios internacionales; a saber, en la medida en que es miembro de la CAN, creada mediante el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969, ha reconocido varios textos aquí adoptados por países como Bolivia, Ecuador y Perú. Entre estas resoluciones se encuentra la decisión 351 tramitada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en 1993, que reconoce:

Artículo 1.- Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino. (Decisión 351, 1993)

En este sentido, el objetivo de la decisión queda claro; se trata, pues, de proteger efectivamente a los autores en relación con sus obras, independientemente de su destino, género o forma de expresión. Así, los grafitis y murales resultan protegidos por esta decisión, que, en virtud de la sentencia C-1490 de 2000, hace parte del bloque de constitucionalidad en Colombia. Además, la decisión define términos tales como *autor*, *artista* y *obra*, a saber:

Autor: Persona física que realiza la creación intelectual.

Artista intérprete o ejecutante: Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.

Obra: Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

De lo anterior, es válido concluir que los autores de grafitis y murales son considerados autores de sus obras, según la ley en Colombia, y son protegidos por la misma. La norma reconoce los derechos de orden moral y patrimonial en cabeza de los autores, como el de conservar la obra inédita o divulgarla, oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor y obtener una participación en las ventas de su obra, entre muchos otros.

Los referidos a las garantías morales son inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables, hasta tanto muera el autor, y subsisten para sus herederos por un tiempo determinado. Los derechos patrimoniales, por su parte, comprenden la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento y en general el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte.

Asimismo, la decisión 351 (Régimen Común Andino sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos) establece en su artículo 11, inciso c, que el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

Adicionalmente, Colombia es parte contratante del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el cual dispone en su artículo 6 bis que, con independencia de los derechos patrimoniales del autor, este conservará la paternidad de la obra y la facultad de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la obra que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

En este sentido, la interpretación prejudicial (IP) 47 de la CAN establece que

en principio nadie puede modificar una obra sin autorización del autor, sin embargo [...] este derecho a la integridad no es absoluto, por lo que en caso de conflictos con otros derechos como el de propiedad corresponde evaluar las circunstancias de cada caso a efecto de ponderar los derechos en conflicto [...] y buscar una solución equilibrada que permita la máxima protección de ambos derechos.

Sin embargo, la IP 47 establece que “si se trata de una obra elaborada sin autorización del propietario del soporte material, esta será posible de ser eliminada a sola voluntad del propietario del soporte material”. Lo que significa que en el marco de interpretación de la CAN el derecho de integridad tendrá que ceder ante los derechos de propiedad privada. Lo anterior fundamenta la postura que dichos derechos de propiedad privada —siendo la obra consentida o no— deben ceder ante el mencionado derecho de integridad, mediante un ejercicio completo de ponderación.

Ahora bien, en específico, la única norma nacional que se refiere a este tema es el decreto 75 de 2013, “Por el cual se promueve la práctica artística y responsable del grafiti en la ciudad y se dictan otras disposiciones”. Este decreto, expedido por la Alcaldía de Bogotá, expresa en sus considerandos la lucha que este trabajo ha venido exponiendo. Es así como se habla de las regulaciones en materia de espacio público que prohíben tanto su uso sin autorización de la administración como la contaminación visual que para algunos puede generar. De otro lado, se citan normas como el acuerdo distrital 482 de 2011, que ordena la reglamentación de los espacios autorizados para realizar grafitis y reconoce su valor para el desarrollo artístico y cultural de la sociedad. Allí, se define como grafiti

toda forma de expresión artística y cultural temporal urbano, entre las que se encuentran las inscripciones, dibujos, manchas, ilustraciones, rayados o técnicas similares que se realicen en el espacio público de la ciudad, siempre que no contenga mensajes comerciales, ni alusión alguna a marca, logo, producto o servicio. (Acuerdo Distrital 482 de 2011)

A pesar de que se considera al grafiti como una forma de arte y cultura, todo lo que hace el decreto es estipular prohibiciones para su desarrollo, centrándose en bienes públicos tales como vías, edificios donde la administración presta sus servicios y mobiliario del sistema de transporte.

En el ámbito internacional, al realizar un estudio de derecho comparado, se tiene que la regulación estadounidense presta gran utilidad para graficar cuán problemático es el asunto. La Federal Visual Artists Rights Act (VARA) otorga tutela a los creadores de

graffiti a fin de evitar su copia o reproducción no autorizada, pero en ocasiones la jurisprudencia la niega, como es el caso fallado por la corte de distrito Southern District of New York sobre un grupo de seis artistas que demandó la intención de eliminar una exhibición de arte en un jardín comunitario, compuesto por varias esculturas y murales, los cuales habían sido establecidos sin permiso de los propietarios en la ciudad de Nueva York.

La demanda se basó en el respeto de la integridad de la obra, a lo cual la corte afirmó que “no se aplica a obras de arte que se coloquen ilegalmente en la propiedad de otros, sin su consentimiento, cuando dicha obra de arte no pueda ser eliminada del sitio en cuestión”, ya que las partes podrían congelar efectivamente el desarrollo de lotes vacantes colocando obras de arte allí sin permiso (Lerman, 2013).

De otro lado, vale la pena destacar algunos casos que evidencian el reconocimiento de los derechos de los autores de los grafitis a la luz de las nuevas tendencias de la moda (Molano, 2015), como el de David Anasagasti contra American Eagle Outfitters en la Corte Federal de Nueva York, o Maya Hayuk contra Coach por la utilización de uno de sus murales en materia publicitaria.

Asimismo, el caso del artista Revok contra la multinacional sueca H&M es un claro exponente del reconocimiento empresarial y social que tienen estas obras artísticas. Revok demandó a H&M por el uso indebido de uno de sus murales en los diseños que produce la marca; la empresa, como medio de defensa, decidió contrademandar alegando que la obra era un acto de vandalismo y, por tanto, al ser ilegal, no generaba ningún tipo de derechos. Tras distintas presiones mediáticas realizadas por los consumidores y diferentes personalidades, la empresa retiró voluntariamente la demanda y llegó a un acuerdo con el artista (Muñoz y Zuluaga, 2018). En consecuencia, debido al éxito de los métodos alternativos de solución de conflictos, no existen decisiones judiciales que puedan ser usadas como precedentes para la resolución de casos futuros ni como una regla de conducta para los artistas y aquellos que pretenden usar sus obras.

Otro caso ocurrió en la municipalidad metropolitana de Lima, en el Festival Internacional de Arte Urbano Latido Americano, donde diferentes artistas realizaron murales a lo largo del centro

de la ciudad, esto con permiso del alcalde Luis Castañeda Lossio. Cuando se cambió de gestión municipal, decidieron eliminar los murales, lo que constituyó una clara violación a los derechos morales de autor (Solórzano, 2015). En este caso, el tribunal concluyó que los autores eran titulares de derechos morales sobre sus obras aun cuando no eran dueños del soporte en el que las plasmaron.

Adicionalmente, el caso del mural de 5Pointz, ubicado en un conocido edificio en Nueva York, reflejó los derechos y garantías existentes en cabeza de los artistas dueños de los grafitis que lo componen. En este caso, el edificio que contenía el mural fue demolido por los propietarios con la finalidad de construir un lujoso conjunto de apartamentos. El mural allí expuesto era altamente reconocido, social y turísticamente, motivo por el cual los artistas propietarios de dichas obras acudieron a las cortes estadounidenses a exigir una indemnización por el daño causado a sus piezas de arte. Así, veintiún artistas representaron a los más de 1500 autores (provenientes de numerosos países) del mural, que fue demolido y, en el año 2017, interpusieron la demanda argumentando la vulneración a sus derechos como artistas, reconocidos por la misma ley federal estadounidense. El juez Frederic Block argumentó que, de haberse realizado mayores esfuerzos, muchas de las obras allí contenidas hubieran podido salvarse. En este sentido, se condenó a los responsables a pagar una indemnización de US\$ 6,7 millones, como compensación por los daños sufridos por la demolición, en tanto los autores del mural fueron considerados titulares de derechos intelectuales de sus obras (5Pointz, la “capilla sixtina”, 2018).

El anterior recuento de normatividad y casos, relacionados con los derechos de los autores de grafitis, permite deducir que la regla general es considerar que los grafitis son obras de arte creadoras de derechos de autor efectivamente protegidos o al menos indemnizados cuando la obra es ampliamente reconocida social y culturalmente o se ha realizado con la autorización del propietario. El estado de cosas sugiere que existe inseguridad tanto para los artistas como para los propietarios, pues el estándar es tan subjetivo como lo es el arte en sí mismo.

Arbitrabilidad

Concepto actual y desarrollo jurisprudencial

La característica que le permite a un conflicto ser sometido a arbitraje se conoce como arbitrabilidad y ha sido ampliamente debatida por los legisladores, los jueces y los doctrinantes, pues los árbitros, a pesar de estar dotados de funciones jurisdiccionales, continúan siendo particulares y el Estado se reserva para sí mismo, a través de la rama judicial, la resolución de ciertos conflictos atendiendo a la importancia y el impacto social que estos puedan tener.

La doctrina ha definido el concepto de arbitrabilidad como “la calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto sometido a ellos a través del pacto arbitral” (Salcedo, 2005) o como “la posibilidad de someter a árbitros una determinada controversia” (Silva, 2005). Así, la arbitrabilidad se refiere a las materias que, según las legislaciones propias de cada país, son susceptibles de ser arbitrables o no. En razón de esto, cada Estado se pronuncia sobre aquellos campos en los que solo sus cortes nacionales tienen jurisdicción, así como sobre los derechos de los que, en efecto, disponen las partes para llevar a arbitraje.

Las limitaciones a las materias objeto de arbitraje se relacionan, en gran medida, con los asuntos que se consideran de orden público y los que expresamente sean condicionados por el legislador. El orden público de cada país determina la arbitrabilidad de determinados derechos, y constituye la soberanía del Estado mediante su aparato jurisdiccional. En la medida en que son las legislaciones nacionales las que determinan las materias que pueden ser objeto de la jurisdicción arbitral, algunos autores han afirmado que el problema de la arbitrabilidad es “un factor de política legislativa” (Arfa, 2001, pp. 73-78), y han llegado a afirmar, incluso, que esta materia “ataña a las convicciones fundamentales de cada jurisdicción” (Fouchard, Gaillard y Goldman, 1999, p. 357).

Si bien los criterios de arbitrabilidad se desarrollan en el ámbito nacional, algunas legislaciones internas han coincidido en la no arbitrabilidad respecto a algunos asuntos particulares, relacionados

con temas de patentes, leyes sobre la competencia, insolvencia, sobornos, corrupción y fraude.

No obstante, según autores como Redfern y Hunter (2015), la no arbitrabilidad no constituye un principio absoluto, en la medida en que los derechos patrimoniales que se derivan de asuntos no arbitrables pueden resultar pasibles de ser arbitrados. De hecho, autores como Talero (2008) han llegado a afirmar que “el derecho arbitral contemporáneo denota cómo la arbitrabilidad es la regla, mientras que sus restricciones son la excepción” (124), siguiendo doctrinas como la del caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth*, en donde se afirma la viabilidad de llevar a arbitraje materias que tradicionalmente no eran arbitrables en Estados Unidos.

Por ejemplo, en relación con los contratos cuya legalidad está en duda —bajo los términos del *antitrust law*—, países como Estados Unidos han tenido pronunciamientos divididos respecto a su arbitrabilidad, puesto que algunas decisiones han establecido que toda vez que las leyes de competencia afectan el orden público, las controversias que surjan respecto a estas deberían ser resueltas por las cortes nacionales (*American Safety case*, 1968), mientras que otras decisiones —la gran mayoría— aceptan la arbitrabilidad en la materia, y trasladan el control de legalidad de los laudos arbitrales en sede de reconocimiento, en la medida en que no se ejecutarán los laudos que desconozcan el orden público nacional en materia de competencia (*Mitsubishi case*, 1985).

Otro asunto objeto de debate se relaciona con las controversias que versan sobre sobornos, corrupción y fraude. En principio, es claro que dichos asuntos son materia de orden público nacional e internacional, y deben ser conocidos por las cortes nacionales. Sin embargo, actualmente el paradigma ha cambiado, puesto que los tribunales arbitrales se pueden pronunciar acerca de la ilegalidad del contrato por temas de corrupción y sobornos, conservando jurisdicción y competencia para hacerlo, dado que incluso si se anula el contrato, la cláusula arbitral sería a todas luces vinculante, en virtud del principio de separabilidad. El debate actualmente se encuentra en los poderes oficiosos o no del árbitro para declarar

la corrupción y el fraude, dado su deber de expedir laudos ejecutables (Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015).

En temas de gobierno corporativo, la arbitrabilidad de las mismas es distinta de una legislación a otra. Por ejemplo, en Rusia (Maximov vs. Novolipetsk Metallurgiche Kombinat, 2012) las disputas corporativas son materia de jurisdicción especial de las cortes nacionales, mientras que, en el Reino Unido, estas son perfectamente arbitrables.

De mayor relevancia para la investigación es el caso de las patentes, dado que, si bien su otorgamiento suele estar reservado al Estado, los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual y el *copyright* son arbitrables.

Por otra parte, cabe anotar que la figura de la arbitrabilidad ha sido estudiada desde dos vertientes: la primera se conoce como arbitrabilidad subjetiva, entendida como “la capacidad de la persona para someterse al arbitraje” (Salcedo, 2005, p. 113); mientras que la segunda es llamada arbitrabilidad objetiva y se refiere a “las controversias, que, según el legislador, pueden ser sometidas a solución mediante arbitraje” (Vásquez, 2019).

Es importante resaltar que la arbitrabilidad *objetiva* de la controversia se constituye como un elemento de la validez material del pacto arbitral. Esto significa que, si en un caso en concreto se estableciera que una materia no es arbitrable, el pacto arbitral sería nulo (Talero, 2008, p. 124).

En suma, la arbitrabilidad incide en la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de ciertos temas y la validez del pacto arbitral. Sin embargo, en materia comercial, la mayoría de asuntos son arbitrables. La no arbitrabilidad radica, en su mayoría, en temas de derechos penales y de familia, en los que las legislaciones nacionales son especialmente proteccionistas y reservan exclusivamente la jurisdicción a sus cortes nacionales.

Marco normativo de la arbitrabilidad

Aterrizando la anterior conceptualización en el contexto colombiano, vale la pena rescatar la evolución normativa que ha experimentado la arbitrabilidad, entendiéndola desde la perspectiva

de las restricciones que, tanto el legislador como los jueces, han impuesto a las materias que pueden ser sometidas a arbitraje.

En primer lugar, se destaca que el arbitraje es un mecanismo de administración de justicia reconocido en el ámbito constitucional. El constituyente así lo declaró en el artículo 116 superior, relativo a las autoridades que administran justicia en el país, pues en el inciso cuarto señaló que

los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de *árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad*, en los términos que determine la ley. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 116, énfasis nuestro)

De esta manera, se evidencia que la primera aproximación colombiana a las materias arbitrales se fundamenta en la autonomía de las partes, ya que son ellas las que deciden someter determinados asuntos a este mecanismo, habilitando así la competencia de los árbitros.

El desarrollo legislativo de la normativa constitucional se dio, inicialmente, a través de la ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuyo artículo 13 establece: “Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso”.

Las dos vertientes de la arbitrabilidad, objetiva y subjetiva, ya mencionadas, fueron desarrolladas por la Corte Constitucional aun cuando no existía el estatuto arbitral. Ahora bien, respecto a la arbitrabilidad subjetiva, la Corte Constitucional, en sentencia SU-174 de 2007, señaló que la arbitrabilidad subjetiva se refiere a quienes pueden hacer uso de este mecanismo, que, en Colombia, son todas las personas con capacidad dispositiva. De otro lado, la corte indicó que la arbitrabilidad objetiva se refiere a las materias que pueden someterse a este mecanismo de resolución de conflictos, las cuales solo

pueden ser materias de naturaleza *transigible*, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad.

En segundo lugar, se trae a colación el estatuto de arbitraje nacional e internacional de Colombia, el cual fue expedido por el Congreso de la República mediante la ley 1563 de 2012, que define el arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos que se refieren a *asuntos de libre disposición o a aquellos que la ley autorice*.

Desde el otro punto de vista, respecto a la arbitrabilidad objetiva, el Estatuto de Arbitraje reafirma la tendencia de la ley 446 de 1998, la cual estableció que los únicos asuntos que podrían ser materia de arbitraje son los susceptibles de transacción; adicionalmente, amplió el concepto afirmando que todo asunto es susceptible de arbitraje, excepto aquellos en los que la ley expresamente señale lo contrario (Restrepo, 2014).

Los límites arbitrales más claros y expresamente concebidos en las normas nacionales son los relacionados con el estado civil de las personas, con asuntos laborales sobre derechos ciertos e indiscutibles y con la impugnación de actos o decisiones de la asamblea de accionistas o juntas de socios en las sociedades comerciales.

En ese sentido, diversas sentencias de la Corte Constitucional han señalado dichas restricciones: por ejemplo, en la sentencia C-242 de 1997, se indicó que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas; en la sentencia C-294 de 1995, se expusieron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”, al tenor del artículo 16 del Código Civil, las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces, o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer; además, en la sentencia C-330 de 2000, se limitó la arbitrabilidad del conjunto de derechos mínimos de los trabajadores. Con todo ello, se tiene que de manera general la jurisprudencia ha sostenido que los derechos arbitrables son aquellos que son transigibles y por tanto de libre disposición, es decir, los derechos a los cuales las partes pueden renunciar parcial o completamente.

En el ámbito internacional, Colombia ha ratificado la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958, cuyo artículo 5, numeral 2, hace referencia a la arbitrabilidad objetiva y establece la posibilidad de que la autoridad del país en el que se pida reconocimiento y ejecución lo deniegue por no ser susceptible de solución por vía arbitral. Asimismo, la Ley Modelo de la CNUDMI señala en el artículo 1, numeral 5, que no afectará las demás leyes del Estado que señalen determinadas controversias como no susceptibles de arbitraje.

En conclusión, la legislación y la jurisprudencia no son los únicos medios para determinar la arbitrabilidad objetiva de una controversia. Además de ellos, se encuentra el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada, principal fundamento jurídico para que las partes decidan someter un asunto al arbitraje, el cual es el sustento de las relaciones jurídicas y, salvo norma de orden público, es el que debe prevalecer.

La arbitrabilidad de los derechos de autor derivados de un grafiti

La arbitrabilidad en relación con la propiedad intelectual puede establecerse como un campo bastante indefinido. Esto es así porque existen varias teorías y posiciones respecto a la posibilidad de dirimir conflictos que versen sobre propiedad intelectual ante tribunales arbitrales, atendiendo a la filosofía jurídica en que se fundamentan dichos derechos inmateriales.

Teniendo en cuenta lo anterior, en varios países se ha regulado la arbitrabilidad objetiva de los derechos de autor. Ejemplo de ello han sido Bélgica, Estados Unidos y Suiza, que permiten acudir a arbitraje en temas relacionados con la propiedad intelectual; por otra parte, Sudáfrica niega la posibilidad acudir al arbitraje en temas relacionados con patentes.

A partir de esto, surgen cuatro posiciones destacadas en la doctrina que se derivan del comportamiento y la regulación dada por parte de los Estados respecto a la naturaleza del derecho de autor y la disponibilidad o no de los derechos que este abarca. La función de esta clasificación se fundamenta en la concepción monista o dualista del derecho de autor, es decir, en si existen derechos

morales y patrimoniales de manera separada o si estos existen bajo un solo conjunto indivisible (Parella, 2014, pp. 78-79).

i) En la primera posición se encuentra la negativa a la arbitrabilidad de los derechos de autor, posición fundamentada en la teoría monista según la cual los derechos morales y los de carácter patrimonial no se pueden separar; esto tiene como consecuencia que el autor está imposibilitado para disponer de sus derechos, incluso los económicos (Parella, 2014, p. 79). La segunda y tercera posición son conciliadoras, ya que tienen como base la teoría dualista del derecho de autor, y se enfocan en los derechos morales (pues consideran que los conflictos derivados de derechos patrimoniales sí son arbitrables). En este punto, se separan las dos posiciones.

ii) La posición más conservadora considera que la naturaleza de los derechos morales impide la arbitrabilidad de los mismos, en todos sus aspectos (Parella, 2014, p. 80). Siendo esto así, ordenamientos jurídicos de Estados como Chile, Colombia, Corea del Sur, Croacia, Emiratos Árabes Unidos, Holanda, India, Irlanda, Israel, Italia y Rusia señalan que no se puede acudir a arbitraje para debatir y controvertir conflictos relacionados con la invalidez de los derechos de propiedad intelectual, de naturaleza moral.

La justificación de lo anterior es de carácter constitucional, pues en estos países pertenecientes a la tradición jurídica del *civil law* se construyó la regulación de propiedad intelectual en torno al *droit d'auteur* (Parella, 2014, p. 78). Con esto, a diferencia del *copyright*, la teoría francesa considera la creación original de un ser humano como una extensión de su ser, por lo que la obra tiene una protección *sui generis*, pues de dicha creación surge de inmediato y sin necesidad de reconocimiento una serie de derechos inmateriales sobre la misma.

En el caso de Francia, se excluye el arbitraje sobre pretensiones relacionadas con la validez de los derechos morales, debido a que esto se encuentra catalogado como un tema de orden público. Si bien estos derechos son otorgados por autoridades administrativas (en el caso de la propiedad industrial), desde la perspectiva de la doctrina francesa se ha dicho que son arbitrables las pretensiones relativas a la propiedad industrial basadas en relaciones contractuales menos las que configuren delitos y sean del conocimiento del derecho penal (Smith et al., 2006).

Por su parte, en Colombia la teoría francesa es la base de la protección a los derechos de autor, tanto así que son considerados derechos fundamentales al hacer parte de la integridad y personalidad del autor. A raíz de ello, la consideración de estos como derechos fundamentales los convierte en irrenunciables, lo que deriva en un impedimento para que los mismos puedan transigirse en caso del surgimiento de una controversia sobre estos (Corte Constitucional, 1998; García, 2002).

Siguiendo esta línea, en la medida que los derechos en controversia se consideren fundamentales, los mismos tienen entonces un interés especial para el Estado, de lo cual se deriva el deber de garantizar dichos derechos de manera uniforme, eficiente y efectiva. Por lo tanto, estas tres características impiden que las controversias sean tratadas por particulares, incluso con funciones jurisdiccionales (temporales), pues está de por medio la responsabilidad del Estado frente a sus ciudadanos.

Para cerrar la explicación de esta postura, dentro de la misma se considera que la controversia respecto al derecho moral incluye también sus consecuencias patrimoniales, de tal forma que ninguna es arbitrable; este punto la distancia de la tercera postura.

iii) De otro lado, la tercera posición afirma la posibilidad de dirimir las consecuencias patrimoniales derivadas de la infracción de derechos de autor. Esta posición es la que se utiliza frente a la propiedad industrial. Por ejemplo, las marcas también son susceptibles de arbitraje en lo relacionado con titularidad, alcance, violación, licencia, acuerdos de comercialización de aceptación y tolerancia para que los signos distintivos compitan en el mismo mercado siempre que las marcas eviten confusiones en el consumidor (Rengifo, 2009).

Sin embargo, frente a este punto, cabe anotar que, respecto a conflictos de validez de patentes, marcas o diseños industriales, la legislación colombiana no permite la competencia de los tribunales arbitrales. El ordenamiento jurídico le otorga competencia al Consejo de Estado para conocer de estas controversias. Esta tercera posición es reciente y se fundamenta en la disponibilidad, por parte del autor, de la indemnización derivada de la infracción al no hacer parte del derecho moral en sí (Parella, 2014, pp. 80-81).

iv) La cuarta posición corresponde a la arbitrabilidad total de las controversias de derechos de autor, lo que se ha considerado como el fin de la inarbitrabilidad. Este punto de vista encuentra su fundamento en la concepción de que no hay una disponibilidad del derecho moral, sino una autonomía privada de la voluntad respecto al lugar en donde debe conocerse la controversia (Parella, 2014, p. 81).

Relación entre el orden público y los derechos de propiedad intelectual

Ahora bien, avanzando en la posibilidad de llevar ciertos temas al arbitraje, es conveniente tener en cuenta que el concepto de orden público es interdisciplinar y está condicionado por la evolución de la misma sociedad. Esto lo hace un concepto mutable desde el punto de vista temporal, por lo cual es difícil encontrar un consenso entre la doctrina y la jurisprudencia sobre esta materia.

La jurisprudencia indica que el concepto de orden público se refiere a “sucesos del mundo fenomenológico de un punto de partida empírico que parte de la ocurrencia de hechos concretos, perceptibles y, en consecuencia, verificables, que objetivamente generan una alteración de las condiciones de seguridad y tranquilidad requeridas para el ejercicio de los derechos” (Corte Constitucional, 2010). De ello se deriva la concepción del orden público como un concepto *incierto, indeterminable, variable y no perdurable*.

Es menester recordar que en el ámbito internacional se han encontrado tres tipos de orden público, a saber:

- * Nacional: relacional con principio de moralidad y justicia de un Estado
- * Internacional: mismos principios aplicados a supuestos con elementos extranjeros
- * Transnacional: responde a un conjunto de principios jurídicos que no pertenecen al sistema jurídico de ningún Estado en particular (Gandía, 2014)

La relación entre arbitrabilidad y orden público se evidencia en el contenido de la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de la CNUDMI, en donde se destacan tres momentos en los

que el orden público influye en la arbitrabilidad de las pretensiones: i) al momento de determinar la materia susceptible de arbitraje; ii) al momento de hacer un control sobre un laudo arbitral, especialmente en el recurso de anulación; finalmente, iii) en el proceso de reconocimiento del laudo arbitral.

Debido a las diferencias entre los ordenamientos jurídicos la problemática se centra en la determinación de los conceptos de arbitrabilidad y orden público. Si nos remitimos a la normatividad el artículo 1.5 de la Ley Modelo, no hay concepto autónomo ni concreto de las materias de arbitrabilidad. Esto deja a cada normativa interna dicha tarea, de modo que un tribunal nacional puede declarar la improcedencia de determinado laudo conforme al artículo 8.1 de la Ley Modelo.

Una materia es arbitrable en virtud de sus características intrínsecas; sin embargo, suelen confundirse con las restricciones de orden público. La inferencia de la inarbitrabilidad de determinadas pretensiones está atada a algunas normas de orden imperativo (Mareminskaya, 2007).

El laudo que es atacado por el orden público está siendo objeto del mecanismo de control *ex post*. También la inarbitrabilidad puede operar *ex ante* si se utiliza el argumento de que el árbitro nunca debió haber avocado conocimiento para pronunciarse de fondo sobre determinado asunto (Mereminskaya, 2007),

En dicho control *ex ante*, se puede ejercer desde la excepción de inarbitrabilidad por razones de orden público cuando estas tienen que ver con disputas relativas a propiedad intelectual. Entre los argumentos que apoyan dichas excepciones están los siguientes:

- ✱ *Soberanía estatal*: Los derechos de propiedad intelectual son monopolio conferido por el Estado al particular, de manera que este es el único facultado para pronunciarse sobre la invalidez del derecho.
- ✱ *Derecho de exclusividad*: La propiedad intelectual crea derecho de exclusividad, esto es, el Estado crea el derecho que posee efectos *erga omnes*, a diferencia de los particulares, que no crean estos derechos; asimismo, esta exclusividad se relaciona con el derecho de la competencia, que en gran parte tiene un contenido estrechamente ligado al orden público.

- ✱ *Interés general:* El derecho de la competencia tiene un interés general ya que busca el fomento, crecimiento, innovación y promoción de la creatividad, interés que se ve en riesgo al permitir que árbitros diriman la controversia.
- ✱ *Entidades judiciales:* Estas entidades detentan la competencia exclusiva de resolver sobre la validez de ciertas decisiones o materias en particular. En Colombia, el Consejo de Estado es el facultado para conocer de dichas acciones (en materia de propiedad industrial), así como la rama judicial en su jurisdicción ordinaria-civil y la Dirección Nacional de Derechos de Autor en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (en materia de derecho de autor).
- ✱ *Limitación al poder de los árbitros:* Los laudos tienen efectos *inter partes*; las decisiones sobre la validez de derechos de propiedad intelectual no pueden quedar solo en la esfera de las partes implicadas, ya que son derechos de propiedad, por lo cual deben ser oponibles a terceros, de modo que un laudo con estos efectos no es el indicado.

Adicionalmente, existen otros dos argumentos que defienden la inarbitrabilidad de ciertas pretensiones. El primero, que hace referencia a la igualdad, aduce que una de las partes predomina sobre la relación contractual por determinadas razones; el segundo, que la controversia debe ser resuelta por la jurisdicción penal debido a la posible ocurrencia de un delito cuyo bien jurídico tutelado es algún derecho de propiedad intelectual.

Adicionalmente, se ha expuesto que en el derecho de autor no es necesario discutir la validez del derecho, dado que este surge al momento de la creación de la obra. Sin embargo, se ha debatido sobre la inarbitrabilidad de las disputas relacionadas con los derechos morales desde la perspectiva de la jurisprudencia internacional, como en el caso resuelto por la Corte Suprema de Canadá en 1987: *Desputeaux vs. Editions Chouette junto con L'Heureux*. Allí se argumentó que los aspectos patrimoniales fundamentan la arbitrabilidad, por lo que no se optó por tomar una decisión exclusivamente de orden público que interfiriera en el funcionamiento del arbitraje; además, se adujo que, a falta de legislación respecto

de la competencia, ello no equivalía a un juicio sobre la inarbitrabilidad de una determinada materia y que el efecto del laudo, al ser *inter partes*, no afectaba de ninguna manera los derechos de terceros y por ello no se podía predicar que el mismo generaba una afectación general.

De otro lado, los argumentos que apoyan la arbitrabilidad de dichos derechos, de acuerdo con García y Lamb (2008), son los siguientes:

- ✱ *Control estatal superfluo*: El control realizado por las autoridades suele ser superfluo y poco especializado; además, hay países como Suiza y Bélgica en los que los laudos tienen efectos *erga omnes*.
- ✱ *Libre disposición de los derechos de propiedad intelectual*: El particular, al tener el monopolio otorgado por el Estado, puede disponer de su propiedad; se recuerda la necesidad de un acuerdo arbitral para así someterse a los árbitros.
- ✱ *Limitación del interés general respecto de derechos de propiedad intelectual*: Las garantías de fomentos de innovación, creatividad y proceso se deben a la existencia de dichos derechos. No deben alterarse ni comprometerse si el titular decide entrar en una disputa que comprometa la validez de los mismos ante el arbitraje.
- ✱ *Efecto inter partes del laudo arbitral*: Los efectos del laudo solo afectan a las partes y no a terceros.

Conclusión

La concepción del grafiti es variada y heterogénea; hace referencia a una conducta o una expresión, a una forma de expresar opiniones. El origen del grafiti indica su propia esencia; ahí está la expresión de la opinión del autor, lo que lo clasifica en grafiti-arte o grafiti-vandálico, sin negar la evidente conexión entre ambas concepciones. Así pues, el grafiti puede ser definido como una forma de expresión de la personalidad de una o varias personas sobre un soporte normalmente ajeno que suele ser un bien inmueble, con o sin autorización de su propietario.

De otro lado, el derecho de autor protege las creaciones del intelecto humano. La obra es una expresión de la personalidad del autor, y es su originalidad lo que le provee protección. Este derecho *sui generis* es incluso más relevante que la simple propiedad, por cuanto está protegido por la carta magna y también por tratados internacionales. Por eso, se vería a simple vista su preeminencia sobre los derechos de propiedad de cosas materiales.

A partir de lo anterior, surge el problema que se pretende resolver, esto es, la relación del derecho de propiedad y el derecho de autor en el caso de un grafiti que se crea sobre un bien inmueble ajeno sin autorización. La jurisprudencia colombiana ha abordado este problema por medio de la teoría del respeto mutuo, según la cual se debe respetar la situación jurídica de cada derecho, y para que eso ocurra resulta clave el consentimiento o la autorización.

Aunque existe una abstracción entre la obra y el soporte, es claro que al tratarse de obras artísticas (como lo es el grafiti) el soporte y la obra se vuelven casi inescindibles. La suerte de la obra es la suerte del soporte, y por tal razón adquiere tanta relevancia el tema. La creación de un grafiti genera derechos respecto de la obra para el autor, pero están limitados por los derechos del propietario del soporte cuando no exista autorización. De existir autorización, los derechos del propietario del soporte se verán limitados por los derechos en cabeza del autor.

De otro lado, el análisis de la arbitrabilidad de los derechos de autor en el contexto colombiano debe tener en cuenta dos dimensiones: la ley arbitral y la naturaleza de los derechos de autor. Desde la perspectiva de la ley arbitral, la arbitrabilidad objetiva está limitada por lo que se considera el orden público, es decir, un conjunto de fenómenos usuales que generan condiciones de seguridad y tranquilidad para el ejercicio y el disfrute de los derechos.

Desde la perspectiva de la naturaleza de los derechos de autor, es necesario llamar la atención sobre su condición de derechos constitucionales fundamentales, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, protegidos por tratados internacionales de derechos humanos, todo lo cual se enmarca en el contexto de los derechos morales.

En consecuencia, existen varios impedimentos para que un tribunal arbitral pueda conocer de un asunto de derechos de autor. En cuanto a los derechos morales, lo más importante es que el Estado tiene la obligación de asegurar y garantizar los derechos fundamentales de las personas, razón que impide que agentes privados puedan ejercer justicia sobre ellos, pues ello crearía el riesgo de que se den decisiones contradictorias. Adicionalmente, la irrenunciabilidad del derecho impide su transacción, elemento clave para la arbitrabilidad. Colombia adopta una posición que impide la arbitrabilidad de los derechos morales en todos sus aspectos, incluyendo sus consecuencias patrimoniales.

Por el contrario, varios doctrinantes consideran que existen buenos argumentos para permitir el arbitraje de derechos de autor en la medida que el control del Estado es superfluo y poco especializado. El monopolio de los derechos del autor está en cabeza de este en virtud de la misma originalidad de su obra, por lo cual es justificable que disponga de ellos; la protección y garantía de los derechos de autor estaría a cargo de árbitros expertos, por lo que no se afecta el orden público y los laudos solo tienen efectos *inter partes*.

Referencias

- 5Pointz, la “capilla sixtina” del grafiti en Nueva York que fue demolida y por la que un grupo de artistas recibirá US\$ 6,7 millones de indemnización. (2018, febrero 15). *BBC Mundo*. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43070893>
- Alexiou, C. (2017). *The conceptual notion of “the streets” in graffiti and street art: A search for its role, meaning and characteristics in the city of Utrecht* (tesis de maestría). University of Utrecht, Países Bajos.
- Arfa Zadeh, H. (2001). Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revised. *Arbitration International*.
- Banksy: la provocadora obra del célebre artista británico que se vendió por un precio récord de US\$ 12 millones. (2019, abril 4). *Revista Semana*. Recuperado de: <https://www.semana.com/cultura/articulo/banksy-la-provocadora-obra-del-celebre-artista-britanico-que-se-vendio-por-un-precio-record-de-us12-millones/634586>.

- Barragán, A. (1979). *Derechos reales*. Bogotá: Editorial Temis.
- Corte Constitucional. (1998, abril 28). Sentencia C-155. [M. P. Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (2006, marzo 15). Sentencia C-189. [M. P. Rodrigo Escobar Gil].
- Dirección Nacional de Derecho de Autor [DNDA]. (2016, agosto 19). Sentencia 1-2015-34057. [M. P. Carlos Andrés Corredor Blanco].
- Fouchard, P., Gaillard, E. y Goldman, B. (1999). *International Commercial Arbitration*. La Haya y Londres: Kluwer Arbitration International.
- Gandía Sellens, M. A. (2014). El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 32.
- García, A. y Lamb, S. (2008). Arbitraje de disputas sobre derechos de propiedad industrial e intelectual. En M. A. Fernández y D. Arias (eds.), *Revista del club español de arbitraje* (pp. 105-114).
- Glen D. C. y Scott H. D. (2006, octubre 26). Graffiti. *Encyclopædia Britannica* [versión electrónica]. Recuperado de: <https://www.britannica.com/art/graffiti-art>.
- Jaramillo, L. G. (2014). *Bienes*. Bogotá: Editorial Temis.
- Lee, E. (2019, febrero 17). What Do Graffiti and Fine Cuisine Have in Common? *The New York Times*. Recuperado de: https://www.nytimes.com/2019/02/27/nyregion/graffiti-chef-ed-lee-art.html?rref=collection%2Ftimestopic%2FGraffiti&action=click&contentCollection=timestopics®ion=stream&module=stream_unit&version=latest&contentPlacement=6&pgtype=collection.
- Lerman, C. (2013). Protecting Artistic Vandalism: Graffiti and Copyright Law. *New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, 2(2), 295-338.
- Mereminskaya, E. (2007, octubre-diciembre). La relación entre arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada. Cámara de comercio de Santiago. *Revista*, 17. Recuperado de: www.camsantiago.cl/articulos_online/Orden%20Público_EMereminskaya.pdf.
- Molano Lozano, D. (2015, noviembre 4). “The Artists” vs Cavalli: Moda y Protección de Derechos de Propiedad Intelectual de los artistas callejeros en la legislación estadounidense. *Derechos de Autor y Conexos*. Recuperado de: <https://propintel.uexternado.edu.co/>

- the-artists-vs-cavalli-moda-y-proteccion-de-derechos-de-propiedad-intelectual-de-los-artistas-callejeros-en-la-legislacion-estadounidense/.
- Muñoz Marín, M. C. y Zuluaga Ocampo, J. (2018). *¿Qué derechos tiene el autor de una obra urbana no autorizada y por consiguiente qué uso puede hacer de ella un tercero?* Medellín: Universidad Eafit.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI]. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. Suiza: OMPI.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI]. (2019, noviembre 17). OMPI. Recuperado de <https://www.wipo.int/copyright/es/>.
- Perella, N. (2014). Arbitrabilidad objetiva de los derechos de autor y derechos conexos. *Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual*, 74-92.
- Rengifo García, E. (2009). El arbitraje y la propiedad intelectual. Externado de Colombia, Bogotá D.C. Recuperado de: propintel.uexternado.edu.co/.../El-arbitraje-y-la-propiedad-intelectual-30-abril-09.ppt.
- Restrepo Soto, D. (2014). La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje. EAFIT. Recuperado de: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/2468/2365>
- Salcedo Castro, M. (2005). Arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje. En E. Silva Romero y F. Mantilla Espinoza (eds.), *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis.
- Silva Romero, E. (2005). *El contrato de arbitraje: la formación del contrato de arbitraje*. Bogotá: Editorial Legis.
- Solórzano Solórzano, R. (2015). Regarding the Moral Right of the Authors to the Integrity of Their Work: Reflections about the Damage Done to the Murals in the Centre of Lima. *Derecho PUCP*, 74, 97-112.
- Talero Rueda, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional: instituciones básicas y derecho aplicable*. Bogotá: Editorial Temis.
- Valencia Zea, A. (2001). *Derecho civil* (tomo II: *Derechos reales*). Bogotá: Editorial Temis.
- Vásquez Palma, M. F. (s. f.). Arbitrabilidad objetiva: delimitación e importancia. Editorial Legis. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fec404ce0430a010151404c.

Retos y desafíos en la implementación de la reforma rural integral en Colombia: un acercamiento a la tenencia-formalización de la tierra y los programas de desarrollo con enfoque territorial 2016-2019*

Jonathan Sosa Acosta**

Kevin Jeanfrey Luna Contreras****

Sergio Esteban Gaitán Segura***

Prof. Dr. Bernd Marquardt
Director científico

Manuel Alejandro Barón
Romero*****

Resumen

En este artículo se diagnostica el nivel de implementación del punto 1, “Hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural integral”, del acuerdo de paz celebrado entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). Las temáticas de acceso y uso de la tierra, formalización de la propiedad rural, frontera agrícola, protección de zonas de reserva campesina y programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET) fueron las bases para el diagnóstico. Así, se relacionan los conceptos de eficacia normativa, debilidad estatal y aplicación administrativa para identificar los retos, avances y desafíos en el orden normativo y administrativo de esta implementación.

Palabras clave: Aplicación administrativa, avance de implementación, capacidad institucional, debilidad estatal, eficacia normativa, reforma rural integral, retos de la implementación.

* Este artículo contó con la colaboración de Laura Catalina Fuentes Guzmán, estudiante de cuarta matrícula de maestría en estudios políticos, Universidad Nacional de Colombia. Correo: lfuentes@unal.edu.co; y Juan Daniel Forero Mora, estudiante de primera matrícula de maestría en estudios políticos, Universidad Nacional de Colombia. Correo: jdforerom@unal.edu.co.

** Estudiante de quinta matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: jsosaa@unal.edu.co.

*** Estudiante de novena matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: segaitans@unal.edu.co.

**** Estudiante de sexta matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: mbaronr@unal.edu.co.

***** Estudiante de matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: kjlunac@unal.edu.co.

Abstract

This article diagnoses the level of implementation of the first point (1), “Towards a New Colombian Countryside: Comprehensive Rural Reform” of the peace agreement between the colombian government and the Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). The topics related to access and use, unproductive land, formalization of rural property, agricultural border, protection of peasant reserve areas and development programs with a territorial approach (DPTA) were the bases for the diagnosis. Thus, the concepts of normative effectiveness, state weakness and administrative application are used to identify the challenges, progress and dares at the regulatory and administrative levels of this implementation.

Keywords: Administrative application, comprehensive rural reform, implementation challenges, implementation progress, institutional capacity, regulatory effectiveness, state weakness.

Introducción

Tras más de cinco décadas de conflicto armado y múltiples intentos de solución negociada y no negociada al mismo, el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) dieron el paso que ponía fin a las confrontaciones bélicas entre uno y otro, buscando instalar una visión de país basada en distintos ideales. El 24 de noviembre de 2016 se firma el *Acuerdo final para la terminación del conflicto armado colombiano y la construcción de una paz estable y duradera*, tras cuatro años de negociaciones, y en particular el punto “Hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural integral” (RRI).

La firma del acuerdo ubica al país en un proceso de transición (social, política, legislativa, cultural y económica) para emprender el proceso de implementación, entendido como “la fase de una política durante la cual se generan actos y efectos a partir de un marco normativo de intenciones, de textos o de discursos” (Roth, 2006). Asimismo, plantea la necesidad del uso completo y efectivo de la capacidad institucional de un Estado, concebida como “la habilidad de las organizaciones [institucionales] para absorber responsabilidades, operar más eficientemente y fortalecer la rendición de cuentas”

(Nielsen, 2002), capacidad que es necesaria para dar cumplimiento a las responsabilidades adquiridas por un Estado. Cuando dichos mecanismos no operan, los procesos de implementación empiezan a debilitarse y el periodo de transición se extiende más de lo debido, lo que provoca confusión, inestabilidad e inseguridad entre las partes.

En vista del panorama anterior, es clave comprender que el país atraviesa una serie de desafíos para implementar punto por punto las más de 578 disposiciones pactadas en la negociación. De acuerdo con el informe del Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz (2019), se ha dado inicio al 69 % del total de disposiciones; sin embargo, solo el 23 % de estas han sido implementadas completamente. Se destaca el progreso del sexto punto: “Mecanismos de implementación, verificación y refrendación”, que ha completado un 54 % de implementación, y, por otro lado, alarma el lento desarrollo del punto 1: “Hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural integral”, que solo ha llegado a un 3 % de implementación completa.

Los informes del Instituto Kroc (2018) y del Cinep en colaboración con el Cerac (Centro de Investigación y Centro de Recursos, 2018) establecen algunas pautas que permiten evidenciar varios fallos en la ejecución de los puntos 1.1 y 1.2 de la RRI. El Instituto Kroc destaca la “falta de claridad con respecto a los procesos de coordinación entre los PDET y otros programas y planes territoriales [...] y la fragmentación y retraso legislativo para el desarrollo del punto 1 que dificulta y complejiza la implementación del mismo” (Instituto Kroc, 2018, p. 27). Mientras tanto, el Cinep y el Cerac concuerdan en que “la falta de aprobación de leyes importantes para la implementación [...] ha retrasado el avance de la reforma rural integral (RRI) y generado incertidumbre sobre su desarrollo” (Centro de Investigación y Centro de Recursos, 2018, p. 25).

Teniendo en cuenta lo anterior, es factible evidenciar un problema en la implementación del punto 1 del acuerdo de paz, pues la RRI, en contraste con los demás puntos del acuerdo, es la que presenta menor avance. Siendo así, el presente artículo busca diagnosticar el nivel de implementación del punto 1 en materia de acceso y uso de la tierra, formalización de la propiedad rural, frontera agrícola, protección de zonas de reserva campesina y programas de desarrollo con

enfoque territorial, tomando como término de relación los conceptos de eficacia normativa, debilidad estatal y aplicación administrativa que derivarán en la comprensión analítica de los principales retos y desafíos (normativos y administrativos) en la implementación de los mismos.

Para tal fin, esta propuesta investigativa transita los caminos de un enfoque de corte cualitativo y sociojurídico, que intenta, a partir, de una revisión y análisis documental de diversas fuentes oficiales y no oficiales, diagnosticar el nivel de implementación de las disposiciones objeto de estudio y analizar la variedad de retos y desafíos emergentes. En consecuencia, En primer lugar, se desarrolla un marco conceptual, que ofrece herramientas teóricas de análisis. En segundo lugar, se realiza un análisis de los resultados acerca del nivel de implementación, señalando, por un lado, el avance en las distintas disposiciones objeto de estudio y, por otro lado, los retos y desafíos de la RRI en los puntos indicados. Finalmente, se señalan una serie de conclusiones que representan una propuesta crítica sobre el nivel de avance en la implementación de los puntos 1.1 y 1.2 de los acuerdos de paz.

Retos y desafíos en la implementación: elementos conceptuales

A continuación se realiza el desarrollo conceptual de lo que se comprende por debilidad estatal, eficacia normativa y aplicación administrativa, con el fin de tener una base teórica en el análisis de resultados. Se abordan estos conceptos porque la categoría de *debilidad estatal* ofrece un marco para abordar los retos y desafíos, desde una perspectiva contextual y analítica, de la base estructural del conflicto armado, mientras que las categorías de *eficacia normativa* y *aplicación administrativa* permiten evidenciar el desarrollo normativo y su consecuente ejecución.

Debilidad estatal

De acuerdo con Javier Giraldo (2015), el Estado funciona sobre tres pilares: a) el tamaño y la calidad de las fuerzas armadas; b) la

integración efectiva del territorio mediante una infraestructura adecuada; c) la eficacia para obtener los recursos necesarios para el funcionamiento adecuado de sus instituciones en todo el territorio, especialmente en los escenarios menos centralizados. Asimismo, Javier Giraldo (2015) afirma que

lo más esencial de la naturaleza de un Estado dentro de la cosmovisión democrática, [...] consiste en ser un compromiso mutuo entre las instituciones y los ciudadanos que las acatan, en una empresa cooperativa que asume dos grandes deberes globales ineludibles, como son: (1) el de proveer la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, y (2) las mínimas exigencias de justicia, para lo cual se le permite al Estado administrar los recursos de la sociedad. (p. 412)

Gustavo Duncan, por su parte, le otorga al Estado dos funciones primordiales: la provisión de seguridad y la provisión de un sistema mínimo de justicia, “luego la característica definitoria de un Estado es el control social sobre la población en su territorio” (cit. en Molina, 2016, p. 41). En ese sentido, el no cumplimiento de las características anteriormente descritas expone lo que puede definirse como debilidad estatal.

Para Jorge Giraldo (2015), el Estado es débil cuando no logra mantener el monopolio de la fuerza para garantizar la seguridad de los ciudadanos, cuando no logra la construcción de obras públicas para garantizar el desarrollo socioeconómico del país y cuando no logra establecer un sistema tributario fuerte.

En esa misma línea Gustavo Duncan (citado en Molina, 2016) expone que la debilidad estatal radicaría en la imposibilidad para ejercer control y presencia sobre todo el territorio, explicada por la debilidad de las fuerzas armadas y los pocos organismos institucionales de provisión de justicia descentralizados. Así, en términos generales, la debilidad estatal consiste en la incapacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones, independientemente de cuáles sean.

Eficacia normativa

Según Bobbio (2005), el problema de la eficacia de una norma tiene que ver con que la norma sea o no cumplida por sus destinatarios y, “en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto” (p. 22). Siendo así, al estar la eficacia normativa vinculada con la aplicación de las normas jurídicas, es necesario relacionarla con el ámbito del comportamiento efectivo de sus sujetos destinatarios, como el de sus acciones y reacciones frente a la autoridad (Bobbio, 2005). Una vez asimilado por parte de sus destinatarios el contenido de las diversas normas que integran un ordenamiento jurídico, es importante tener en cuenta su potencial de eficacia, porque de este depende, en cierta manera, la permanencia del modo de vida democrático (Donzis, 2006).

Desde esta perspectiva, la noción de eficacia transita un camino sociojurídico, pues, a partir de este término, “se designa en el discurso sociológico los efectos reales que consigue una norma en correspondencia con los fines de quien la ha producido” (Donzis, 2006, p. 12). En otras palabras, “un acto normativo es eficaz en tanto el comportamiento que produce está orientado en la dirección deseada por quien lo expide, es decir, es eficaz cuando los destinatarios lo cumplen y obedecen” (Friedman y Tarello, 1978, p. 65). En ese sentido, el que se materialice la función asignada a una norma es indicio de eficacia normativa, y el papel de quienes incumplen la norma es insumo para verificar la eficacia de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, se cuestiona la fuente de la eficacia normativa, ya que pueden ser los contenidos expresos de la norma o los contenidos programáticos de la misma, es decir, la finalidad que con la norma se quiera cumplir. Con ello, mencionamos que los contenidos programáticos de la norma son igualmente relevantes, o incluso más, que los contenidos formales de esta.

Sobre esa base, es predicable que la eficacia normativa no se derive de la aplicación formal de la norma, sino del contenido de la misma, esto es, del derrotero político, social o cultural que contenga. Se puede señalar que “la eficacia de una norma de tránsito no está en la aplicación de sus sanciones sino en la internalización de sus propósitos rectores por parte de sus destinatarios” (Donzis,

2006, p. 13). Concebida así, la eficacia normativa es “una simetría entre las expresiones legitimadas discursivamente y la experiencia de adecuación subjetiva a sus mandatos” (Donzis, 2006, p. 15). A partir de tal concepción, véase al derecho como “un aparato institucional de control de los comportamientos sociales, cuya eficacia dependerá del grado de internalización individual y social de los mandatos institucionales” (Berger, Luckmann y Zuleta, 1968, p. 35).

Por otro lado, existen factores que contribuyen a la eficacia o ineficacia de las normas jurídicas. Donzis (2006), reseñando a Evan (1980), menciona que la eficacia/ineficacia del derecho depende de ciertos factores que, si bien no son taxativos, dejan ver la variedad de elementos que inciden en la eficacia de una norma. Estos elementos, según Donzis (2006), pueden ser: i) el grado de prestigio o autoridad que el legislador tenga, ii) la adecuación del derecho con redes de significación cultural, iii) la aplicación material de la norma, iv) la razonabilidad de los tiempos para la efectividad de las normas, v) el trabajo que hagan las diversas ramas del poder, vi) la orientación de comportamientos mediante sanciones, y vii) la debida protección de quienes sufran externalidades por la inaplicación de normas.

Aplicación administrativa

A pesar del permanente movimiento teórico al que son sometidos los conceptos diariamente, por razones meramente epistemológicas o prácticas, es posible concebir la aplicación administrativa como una categorización adscrita al derecho administrativo. Este es comprendido como una “rama del derecho interno que entre otras acepciones connota la que tiene como objeto la regulación de la administración pública” (Bernal, 2008, p. 20) y que centra su trabajo especialmente en la organización, distribución y disposición de la materialización administrativa, el ejercicio de los poderes y derechos, así como del procedimiento de acción de oficio según la prerrogativa especial y las consecuencias contenciosas que se sigan (Serra, 2008).

En este marco, la aplicación administrativa surge como una manifestación del derecho administrativo que tiene como fin materializar aquellas disposiciones normativas encaminadas a cumplir las

funciones de este campo del derecho, que se expresa mediante la concreción de tres elementos: actos, hechos y operaciones.

Los actos son concebidos como “la declaración de un órgano administrativo de naturaleza preceptiva o reglada, susceptible de originar obligaciones, facultades o situaciones jurídicas de tipo administrativo” (Pina y Pina, 2003, p. 391). Estos actos producen un efecto para la satisfacción de un interés administrativo, que tiene por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada (Younes, 2013, p. 110).

En segundo lugar, los hechos son comprendidos como la conducta administrativa que produce un efecto jurídico determinado, “sea la creación de un derecho o un deber, o incluso la producción de responsabilidad respecto del agente que lo cometió o de la administración” (Gordillo, 2013, p. 217). De acuerdo con I. Fernández (2015), los hechos administrativos se pueden clasificar en hechos por acción y hechos por omisión. En los primeros se desarrolla un *hacer* y en los segundos, un *abstenerse* de las acciones y consecuencias de lo jurídico.

Finalmente, las operaciones son definidas por la jurisprudencia colombiana como la realización del “proceso de ejecución de la ley y de un acto” (I. Fernández, 2015, p. 146), “encaminada a la realización plena del derecho y [...] siempre [...] vinculada mediatamente a la ley, e inmediatamente a un acto de la administración expreso o tácito” (Hernández, 2012, p. 10). La ejecución efectiva de las operaciones administrativas puede concretarse bajo las relaciones de elementos como la voluntad estatal, la realización plena del derecho y la vinculación entre ley y acto.

Retos y desafíos en la implementación: nivel de avance

Los resultados de esta investigación surgen del análisis de los puntos 1.1 y 1.2 de la RRI del acuerdo de paz. El punto 1.1 contiene diez disposiciones, centradas en construir las bases para la transformación del campo colombiano y la generación de condiciones para el bienestar de la población rural. Por otro lado, el punto 1.2 define los objetivos de los programas de desarrollo con enfoque

territorial (PDET), que son el mecanismo de ejecución de los diferentes planes nacionales derivados del acuerdo. Así, se establecen algunos criterios de priorización sobre las zonas más necesitadas del país y los mecanismos de participación para la construcción de los planes de acción para la transformación regional (PATR).

Acceso y uso, tierras improductivas, formalización de la propiedad, frontera agrícola y protección de zonas de reserva

El punto 1.1.1, “Fondo de tierras para la reforma rural integral”, se materializó mediante el decreto ley 902 de 2017. Dicha disposición crea el Fondo de Tierras y establece que este funcionará como una cuenta, conformado por una subcuenta de acceso para población campesina, comunidades, familias y asociaciones rurales, y una subcuenta de tierras para la dotación de comunidades étnicas. Además, establece quiénes son sujetos de acceso a tierra, cuáles son las formas de acceso, los recursos monetarios con los que contará y su funcionamiento administrativo en la Agencia Nacional de Tierras (ANT).

En términos de avance, la directora de la ANT, Myriam Martínez Cárdenas, afirma que a junio de 2019 “han ingresado 557.000 hectáreas, equivalentes a 4.329 predios al Fondo de Tierras, lo que corresponde al 19 % del total de hectáreas ingresadas en atención al compromiso de disponer tres millones de hectáreas en el Fondo de Tierras” (Fernández, 2019).

Dentro de los puntos 1.1.2, “Otros mecanismos para promover el acceso a la tierra”, 1.1.3, “Personas beneficiarias”, y 1.1.4, “Acceso integral”, durante la vigencia 2016-2018 se adjudicaron 394 subsidios integrales de reforma agraria (SIRA), que corresponden al cumplimiento de 475 fallos judiciales (Agencia Nacional de Tierras, 2019c). Con lo anterior, para la asignación de los SIRA, se llevó a cabo un proceso de amplia difusión mediante la convocatoria pública de posibles sujetos beneficiarios¹. Tras haberse

.....
1 De acuerdo con lo descrito por la Agencia Nacional de Tierras, la convocatoria para acceder a los SIRA en las zonas focalizadas cerró el 18 de noviembre de 2016. A la fecha, no se contempla una segunda convocatoria.

verificado los requisitos mínimos de los sujetos postulantes, se expidieron los actos administrativos para adjudicar el subsidio. Durante tal vigencia, resultaron beneficiadas 804 familias, entre las cuales había más de 200 mujeres beneficiadas (Agencia Nacional de Tierras, 2019d).

Durante el 2019, en la Agencia Nacional de Tierras (ANT) opera el proyecto “Dotación de tierras para garantizar los mecanismos de acceso a sujetos de reforma agraria a nivel nacional” (Agencia Nacional de Tierras, 2019d, p. 2), cuyo objetivo general es garantizar el acceso a la propiedad pública rural en cumplimiento del acuerdo de paz (Agencia Nacional de Tierras, 2019a). Dentro de los objetivos específicos de “adjudicar predios para sujetos de reforma agraria por otros mecanismos de acceso de dotación de tierras y gestionar el acceso a la propiedad de la tierra” (Agencia Nacional de Tierras, 2019d, p. 3), se han cumplido 3 de las 4 metas existentes, equivalentes al 75 % (Agencia Nacional de Tierras, 2019a). Así, según el Instituto Kroc (2019), se ha desarrollado una formalización y adjudicación de 1.565.676 hectáreas en lo corrido de los últimos 3 años de implementación, beneficiando a más de 800 familias.

Respecto a la normatividad expedida alrededor de estos puntos, se encuentra el documento Conpes 3932 de 2018. Asimismo, las resoluciones 1384 de 2017, 464 de 2017, 191 de 2018, 1820 de 2018, 6064 de 2018 y 108 de 2018, mediante las cuales la ANT ha venido realizando intervenciones territoriales. Por último, respecto del punto 1.1.4, se expidió la ley 1900 de 2018, donde se dispuso que la ANT priorizará a las mujeres rurales para el acceso a la tierra y la asignación de recursos para proyectos productivos (Secretaría del Senado, 2018).

En cuanto al punto 1.1.5, “Formalización masiva de la pequeña y mediana propiedad rural”, la ANT es la entidad encargada de formalizar los siete millones de hectáreas disponibles para este fin. Para el 2019 se tuvo como objetivo principal entregar 240 predios “por medio de un subsidio integral de tierras y cubrir 900 solicitudes de adjudicación de baldíos” (Agencia Nacional de Tierras, 2018). Si bien la intención de la ANT es responder a las 900 solicitudes de adjudicación de baldíos y dar cumplimiento a los acuerdos pactados

en La Habana, la realidad es que no se ha podido evacuar ni el 50 % de los requerimientos. Para Gutiérrez y Jaramillo (2018), no se ha llegado ni al 60 % del cumplimiento de las metas propuestas por el Gobierno de Santos y las FARC, al menos en este punto.

Los diversos análisis desarrollados por Gutiérrez y Jaramillo (2018) consideran que la falta de interés estatal, combinada con una legislación pobre en materia de tierras, han ralentizado la entrega de predios. Esta opinión es concordante con la del Instituto Kroc (2019), según el cual, si bien “la paz en Colombia es un hecho, las reformas pactadas poco han llegado a la gente” (p. 4).

El punto 1.1.6, “Tierras inalienables e inembargables”, establece que los predios otorgados a través de la adjudicación gratuita de baldíos o con subsidios integrales para la compra serán inalienables e inembargables por un período de siete años. Lo anterior fue adoptado mediante el decreto ley 902 de 2017, que, además de lo anterior, establece que los predios que sean inexplorados o usados ilegalmente por parte de los beneficiarios retornarán al Fondo de Tierras. Dentro de tal término, no podrá transferirse el dominio o cederse el uso del bien sin previa autorización expedida por la ANT, lo que solo procederá con ocasión de caso fortuito o fuerza mayor, siempre que el sujeto a quien se enajene el bien cumpla con las mismas condiciones exigibles de adjudicación que deben tener los sujetos beneficiarios.

Por otro lado, el punto 1.1.7 establece las medidas que se aplicarán para ejercer una correcta restitución que revierta los efectos del conflicto, repare a las personas y comunidades afectadas, devuelva los terrenos despojados y restaure los derechos vulnerados en el marco del conflicto armado interno. Siendo así, esta disposición está estrechamente ligada con lo acordado en el punto 5, “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto”. Los informes del Instituto Kroc (2019) y del Cincep en colaboración con el Cerac (Centro de Investigación y Centro de Recursos, 2019) establecen que, de las 90 disposiciones, solo el 11% ha sido implementado de

manera completa; asimismo, el 47 % se encuentran en un estado de avance mínimo e intermedio y el 42 % restante como no iniciadas².

Entre las disposiciones implementadas se encuentra la puesta en marcha, a partir del decreto 588 de 2017, del punto 5.1.1.1, relativo a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, que cuenta con 15 compromisos, de los cuales solo el 20 % se han ejecutado de manera completa e intermedia, mientras el restante 80 % se encuentran en mínimo o no iniciado.

Respecto a lo dispuesto en el punto 5.1.2, “Jurisdicción Especial para la Paz”, se evidencia un avance normativo en la concreción de la ley 1957 de 2019, cuyo interés se centra en la conformación y regulación de un sistema que se preocupe por

ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado. (Congreso de la República de Colombia, 2019, ley 1957, art. 9)

En resumidas cuentas, el punto 1.1.7 dispuso que su implementación sería adelantada mediante el desarrollo de “un sistema para compartir información entre la Unidad de Restitución de Tierras (URT) y la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV)” (Instituto Kroc, 2019, p. 142). A través de ello, se pretende fortalecer y articular los avances en esta materia, los cuales se vienen adelantando con base en la ley 1448 de 2011.

El Instituto Kroc indica en su tercer informe que, de 5 disposiciones que se derivan del punto 1.1.8, el 60 % no ha iniciado su implementación, mientras que el otro 40 % se encuentra en un estado de implementación intermedio y mínimo. El primer avance de esta materia se materializa con el decreto ley 902 de 2017, que en su artículo 55 establece que se “fomentará e implementará mecanismos alternativos de solución de conflictos, preferiblemente la conciliación sobre asuntos entre particulares relacionados con predios rurales” (Presidencia de la República, 2017).

-
- 2 Dada la relación estrecha entre los puntos 1.1.7 y 5, se exponen tácitamente los principales avances en términos de reparación, sin intentar desviar la mirada del foco de tierras que es el objeto principal de estudio.

Siendo así, en 2019 se articuló la alianza entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Comercio y Confecámaras para la creación de centros de conciliación y resolución de conflictos en los municipios PDET, por lo que se desarrollaron pruebas piloto en municipios del departamento de Antioquia y en estos mismos se formó a un personero, tres inspectores de policía, diez funcionarios locales y nacionales, cinco conciliadores privados vinculados a la Cámara de Comercio de Medellín y cinco líderes y lideresas de la subregión PDET (Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación, 2019).

Respecto a la implementación de la jurisdicción agraria, los avances materiales son nulos. El 20 de julio de 2018 se presentó el proyecto de ley 01/2018, que tenía como fin hacer una reforma a la ley estatutaria de administración de justicia que permitiera la implementación de esta nueva jurisdicción. Sin embargo, actualmente la iniciativa se encuentra archivada y no tuvo trámite legislativo más allá de la presentación de ponencia para el primer debate. En este momento, se está construyendo una nueva propuesta de jurisdicción agraria, a través de una comisión de experiencias nacionales e internacionales cuyo propósito es determinar el enfoque de esta política (Departamento Nacional de Planeación, 2018).

Dentro del punto 1.1.9, “Formación y actualización del catastro e impuesto predial rural”, en términos de avances normativos, el Plan Nacional de Desarrollo (PND) del 2019 establece que la actualización catastral debe basarse en fortalecer el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) y en abrir espacios para otros actores de manera que se aprovechen las capacidades de otras entidades, públicas o privadas, para agilizar la implementación de la política. Para lo anterior, deben observarse los principios de costo-eficiencia, sostenibilidad y coordinación interinstitucional.

Respecto de actividades llevadas a cabo para la implementación del catastro rural multipropósito, el documento Conpes 3951 de 2018 recomienda “emitir concepto favorable a la Nación para contratar operaciones de crédito público externo con la banca multilateral hasta por USD 150 millones, destinadas a financiar parcialmente el Programa para la adopción e implementación de un catastro multipropósito rural-urbano” (Conpes, 2018b, p. 48). Por

otro lado, el Conpes 3958 de 2019, expone un diagnóstico del nivel de actualización predial del país, donde destaca que el 66,01 % del territorio colombiano presenta desactualización catastral, mientras que el 28,32 % de la superficie del territorio colombiano no tiene un catastro formado y el promedio de desactualización catastral es de 12,2 años.

En vista de esto, se propone una estrategia para la implementación de la política pública de catastro multipropósito. Dicha política debe permitir la actualización gradual y progresiva de la información catastral del territorio nacional y la formación de predios, de modo que se pase del actual 5,68 % del área del país con información catastral actualizada a un 60 % en 2022 y a un 100 % en 2025 (Conpes, 2019).

Finalmente, el Gobierno nacional cuenta en este momento con créditos por más de 150 millones de dólares, para el financiamiento parcial de la política de catastro rural. “El plan es iniciar la primera actualización, que abarca 5.000.000 de hectáreas, equivalentes a 360.000 predios, donde se espera lograr 65.000 títulos registrados, de los cuales al menos 26.000 serán otorgados a mujeres rurales” (Créditos por US\$ 150 millones, 2019).

Respecto al punto 1.1.10, la resolución 261 de 2018 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expone insumos necesarios para determinar la frontera agrícola. Se pretende focalizar la gestión pública para efectos de fortalecer y promover la producción, competitividad y eficiencia del suelo rural agropecuario. Tal resolución prevé una metodología de identificación de la frontera agrícola, e indica que hay 48.193.667 hectáreas de bosques naturales y áreas no agropecuarias; 25.805.343 hectáreas de territorios con exclusiones legales y 40.075.960 hectáreas de frontera agrícola (Unidad de Planificación, 2018).

Para tener mayor precisión en la determinación de la frontera agrícola es importante avanzar con el plan de zonificación ambiental, pues a la fecha su implementación es mínima, aun cuando el término para llevarlo a cabo era de dos años. El documento programático de “Paz con legalidad” dispone de un apoyo directo a este plan, ya que este es “el insumo para el diseño de planes y

programas que promuevan el desarrollo de las comunidades rurales, en particular aquellas que colindan o están dentro de Áreas de Especial Interés Ambiental” (Conpes, 2018).

Por otro lado, respecto del apoyo a las zonas de reserva campesina (ZRC), indicado en el punto 1.1.10, la implementación de este ha sido mínimo. Se ha constituido solo una nueva ZRC, correspondiente a la de Montes de María II. A su vez, la Subdirección de Administración de Tierras de la Nación “radicó ante el Consejo Directivo de la ANT, los proyectos de acuerdo para la constitución de la ZRC de Sumapaz” (Procuraduría, 2019). Asimismo, a través del convenio de cooperación internacional 784 de 2018 “se prevé avanzar en los trámites requeridos para lograr la formalización de 1.600 procesos [de formalización de la propiedad] en las ZRC del Valle del Río Cimitarra y Perla Amazónica” (Procuraduría, 2019). Finalmente, en el actual Gobierno no se hace mención del apoyo a las ZRC, ya que ni en el Plan Nacional de Desarrollo ni en el documento programático “Paz con legalidad” está dispuesto algo que pretenda la implementación y desarrollo de esta figura.

Entre la teoría y la práctica: un análisis en profundidad de acceso y uso, tierras improductivas, formalización de la propiedad, frontera agrícola y protección de zonas de reserva

En cuanto al punto 1.1.1, en términos de eficacia y concreción normativa hay un nivel alto de implementación, pues está creado el fondo, se saben cuáles son sus fuentes financieras y de tierras, quién lo administra y quiénes son los sujetos de acceso a tierra. Teniendo en cuenta que lo anterior está estipulado en el decreto ley 902 de 2017, el problema en cuanto a eficacia y concreción normativa surge especialmente en los procesos de extinción de dominio y bienes que son fuente del fondo de tierras, pues estos procesos tienen vacíos normativos que dificultan su ejecución, lo cual afecta la asignación de bienes y predios al fondo. En términos de aplicación administrativa, hay un nivel intermedio de implementación. Por un lado, es evidente que hay una buena cantidad

de tierras dentro de las cuentas del fondo; sin embargo, el problema está en que las metas de adjudicación de esa tierra no se han cumplido a cabalidad.

Alrededor de los puntos 1.1.2, 1.1.3 y 1.1.4, se evidencia un grado de debilidad estatal mediano, pues se han estado cumpliendo la mayoría de las obligaciones alrededor del otorgamiento de subsidios y créditos especiales; no obstante, hay un rezago institucional en la tarea de adelantar las actividades heredadas del Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incoder), además de dificultades como la falta de articulación y comunicación interinstitucional. Así, aparte de la debilidad estatal, se encuentran dificultades en términos de eficacia normativa y aplicación administrativa. Hay una serie de instituciones que están cumpliendo sus cometidos de manera taxativa, según lo que prescriben las normas expedidas para la implementación. Sin embargo, instituciones como la ANT o las oficinas de registro de instrumentos públicos (ORIP) no han dado cuenta de aquellos elementos internos o externos que inciden en la eficacia de las normas, para así actuar frente a lo que ha impedido su efectiva implementación.

El factor interno más relevante es la insuficiencia normativa, pues aún no hay un marco normativo integral que regule la implementación de estos puntos. Se han expedido una serie de normas, pero es necesario una reglamentación extensiva de estas, para que así, en virtud del principio de legalidad, todas las actuaciones institucionales dirigidas a la implementación del acuerdo no se vean obstaculizadas. En cuanto a los factores externos relevantes, es necesario un mayor compromiso y una mayor incidencia del Gobierno nacional sobre las razones políticas de conveniencia que asisten la implementación de los acuerdos. El efectivo cumplimiento de estos no debe estar sometido al interés político de los gobiernos de turno, pues esto genera inseguridades e inestabilidades en la implementación.

Sobre el punto 1.1.5, mediante el decreto ley 902 de 2017, se dispuso la formalización de la tierra con un enfoque reparativo y equitativo, política abordada desde la perspectiva de la ley 160 de 1994. Dentro de estos intentos de formalización debe resaltarse la formulación de una normatividad que, si bien trató de contemplar

muchas de las coyunturas sociales, políticas y económicas de la tierra, no fue lo suficientemente eficaz como para generar un impacto real en las comunidades destinatarias, es decir, estos decretos y leyes no contemplaron en su totalidad la realidad, no solo de la tierra, sino de la población reclamante de tierras que deseaba una formalización.

Ahora bien, uno de los puntos más complejos para la formalización ha sido el aumento de los trámites a la hora de solicitarla. Si bien el decreto ley 902 de 2017 establece que el Estado es responsable de los gastos de los trámites, el recorte presupuestal a la ANT y el aumento de los documentos requeridos, que en la mayoría de los casos es asumido por el mismo reclamante, ha dificultado el acceso a la tierra. En este sentido, respecto de la aplicación administrativa, se evidencia que la burocratización del acceso a la tierra y la desfinanciación de las agencias generan impedimentos para una formalización pronta y adecuada.

La debilidad estatal es evidente en la medida que la falta de aplicación administrativa, dada la ineficacia normativa, genera un incumplimiento en las obligaciones adquiridas por el Estado a partir de los acuerdos de paz. Si no hay una normatividad integral y tampoco hay insumos para aplicarla, se genera en consecuencia un incumplimiento sistemático de los compromisos.

El nivel de implementación del punto 1.1.7 puede medirse a través de su estrecha conexión con las disposiciones acordadas en el punto 5. En ese sentido, es factible asegurar que, por lo que hace a las medidas que deben propender por revertir los efectos del conflicto, reparar a las personas y comunidades afectadas, devolver los terrenos despojados y restaurar los derechos que han sido violados, se evidencia un nivel de implementación mínimo. Ello puede explicarse a partir de acciones que impiden la concreción y eficacia normativa de las leyes, decretos o resoluciones que el aparato estatal pueda aprobar para dar viabilidad a lo establecido. El caso más claro es la dilación de más de dos años que sufrió la aprobación de la ley 1957 de 2019.

Por otro lado, el plan programático “Paz con legalidad” expresa la poca voluntad política para el cumplimiento de las disposiciones de restitución, pues la no existencia de medidas que apunten a la

consolidación del Sistema Integral de Justicia, Verdad, Reparación y No Repetición (SIJVRNR) retrasa su materialización. A ello se suman las debilidades en términos de aplicación administrativa que inhiben el correcto funcionamiento de las instituciones u organismos creados. El caso más específico es la debilidad presupuestal, organizativa y pedagógica que sufre la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad y la Convivencia.

En cuanto al punto 1.1.8, el Estado es débil en la medida que no logra tener un sistema mínimo de justicia rural, ya que este se ve en la incapacidad de cumplir una de sus obligaciones esenciales, que es la posibilidad de dar garantías de solución de conflictos (Molina, 2016). Solo si el Estado empieza a tener un aparato jurídico más robusto, se podrá dejar de lado vestigios del conflicto armado, como la práctica habitual de administración de justicia a través de mecanismos informales, similares a los implementados por la extinta guerrilla de las FARC-EP a través de juntas de acción comunal veredales (Castro y Ávila, 2015).

Ahora bien, la dificultad para construir la jurisdicción agraria también obedece al interés de un sector que históricamente ha apoyado la acumulación de tierras y que, a su vez, ha permitido que las políticas agrarias obedezcan más a modelos de crecimiento y desarrollo económico (Trujillo, 2014) que a la búsqueda de una transformación estructural sobre la distribución de la propiedad rural. Con lo anterior, persisten intereses personales y de agenda económica que impiden al legislador tomar decisiones que afecten positivamente la estructura distributiva de la tierra en el país, y en ese sentido la eficacia de las disposiciones de la RRI con respecto a este asunto es nula.

Alrededor del punto 1.1.9, teniendo en cuenta que en 2025 tiene que estar levantado y actualizado el catastro rural de todo el país, se evidencia un nivel bajo de eficacia normativa en su implementación, pues la normatividad necesaria para empezar el levantamiento y actualización catastral es insuficiente.

La falta de eficacia y concreción normativa a su vez afecta la aplicación administrativa, pues sin la normatividad suficiente no se puede dar inicio cabal a las gestiones necesarias para adelantar este punto. La insuficiente financiación de la política y los insumos

limitados para el levantamiento catastral, son cuestiones que afectan lo anterior. Estos dos últimos elementos nos permiten concluir que es evidente cierta debilidad estatal, pues, aunque se ha avanzado algo en la implementación, no se ha hecho con la suficiente rapidez y compromiso que amerita.

Finalmente, respecto del punto 1.1.10, en la medida que se adopte la frontera agrícola y el plan de zonificación ambiental, se tendrá conocimiento de qué comprende territorialmente el Estado y, en consecuencia, la cobertura institucional se hará más evidente, pues lo anterior es insumo para la generación de políticas públicas en aquellas zonas que han sido históricamente marginadas. Es igualmente importante consolidar las ZRC, como un mecanismo institucional que busca la adecuación de ayudas institucionales, en el marco de la ruralidad con vocación agraria, a través de la asistencia económica y social.

Retos y desafíos en la implementación de la reforma rural integral

El mayor reto que se presenta alrededor del Fondo de Tierras es lograr que se asigne la correspondiente cantidad de tierra en el tiempo estipulado, teniendo en cuenta que no se sabe exactamente cuántas tierras baldías existen, además de que es confusa su delimitación dentro de las reservas forestales. Respecto de las formas de extinción de dominio, hay vacíos jurídicos que ralentizan dichos procedimientos.

Por otro lado, los retos alrededor de la implementación de los puntos 1.1.2, 1.1.3 y 1.1.4 tienen que ver con la necesidad de gestionar las tareas pendientes “heredadas” del Incoder a la ANT. Hasta el año 2018, la ANT evidenció un retraso “de 128.703 expedientes y procesos recibidos” (Agencia Nacional de Tierras, 2019a, p. 2). Especialmente dentro de los mecanismos dispuestos en el punto 1.1.2, encontramos un rezago de 1.871 expedientes y procesos recibidos (Agencia Nacional de Tierras, 2019a).

A lo anterior se añade la necesidad de suscribir convenios de asociación para mejorar la articulación y comunicación entre la ANT y otras instituciones, debido a la falta de información para

gestionar los procesos de formalización (Agencia Nacional de Tierras, 2019e). Siendo así, es menester adelantar la articulación de la ANT con el IGAC y las ORIP para agilizar todas las gestiones pendientes (Agencia Nacional de Tierras, 2019b).

Desde esta perspectiva, resultaría útil que en los años venideros la ANT cumpliera con el reto de “garantizar el acceso a la propiedad pública rural mediante el mejoramiento de los mecanismos de administración y de los sistemas de dotación de tierras” (Agencia Nacional de Tierras, 2019a, p. 2), ya que esto busca mejorar las condiciones de vida de los sujetos beneficiarios del punto 1.1.3. Con todo, sería de utilidad implementar el “observatorio de tierras” dentro del “proyecto de elaboración de planes de ordenamiento social de la propiedad rural a nivel nacional” (Agencia Nacional de Tierras, 2019e, p. 9), formulado en el plan de acción de la ANT para 2019, pues este busca el “mejoramiento de la información predial”, con lo cual se pretende “proporcionar mayor y mejor calidad de información para la caracterización de los territorios a intervenir” (Agencia Nacional de Tierras, 2019e, p. 10).

Sobre el punto 1.1.5, varios analistas afirman que es necesario tener un debate real sobre la tierra, es decir, un debate que plantee una reforma agraria efectiva que erradique la problemática de raíz y la inequidad sobre la tierra. Para Samper (2019), mientras no se tenga una discusión profunda entre el Estado, el campesinado y los grandes propietarios, la tierra seguirá siendo uno de los puntos con menos avance dentro de lo pactado en La Habana.

La formalización de la tierra en Colombia no ha tenido una experiencia positiva, ya que la gran mayoría de los intentos de formalización han estado permeados por intereses clientelistas que se han apropiado fraudulentamente de terrenos. En vista de esto, uno de los retos de la ANT y del Fondo de Tierras es mantener la transparencia en la entrega de predios, pues la experiencia indica una clara tendencia a la apropiación ilegal de estos. En consecuencia, uno de los retos principales es disminuir la informalidad en la tenencia de la tierra. Actualmente, según el Banco Mundial, más del 60 % de la población campesina no posee título formalizado sobre sus tierras. Lo anterior indica que el Gobierno nacional

tiene el desafío de formalizar entre 2 000 000 y 2 500 000 predios (“Créditos por us\$ 150 millones”, 2019).

Sobre el punto 1.1.7, los retos encontrados tienen que ver con la aplicación correcta y completa de las disposiciones del punto 5. En ese sentido, y sin desconocer al marco establecido en el presente estudio, es posible evidenciar como desafío la efectiva aplicación del SIVJRNR para encarar verdaderos procesos sobre los terrenos despojados, usurpados o adquiridos por terceros de buena fe. Asimismo, no puede pasarse por alto la encrucijada en que se encuentra la Jurisdicción Especial para la Paz por su tensión entre el sistema de justicia regular y el de justicia y paz.

En cuanto a la implementación del punto 1.1.8, surge como reto inmediato formalizar las disposiciones en normas positivas para su aplicación. Asimismo, es necesario llevar la justicia rural, a través de medios institucionales, a las zonas más alejadas del país y, por otro lado, evitar los mecanismos informales de administración de justicia. De igual manera, la construcción de una jurisdicción agraria permitirá llenar los vacíos que quedaron ante la desmovilización de la guerrilla, allí donde era la única autoridad, así fuera ilegal, con capacidad de imponer decisiones para la solución de conflictos.

A su vez, es importante que la conciliación, como método alternativo para solucionar conflictos, empiece a tener un énfasis territorial basado en las dinámicas propias de cada región, mas no en actores externos que sean ajenos a las coyunturas territoriales. Véase que la capacitación de conciliadores se ha centrado en personas que en su mayoría no tienen una relación directa con la ruralidad, omitiendo que “el sistema de justicia debe conocer las características geográficas y las necesidades jurídicas de la ciudadanía en los municipios” (Lalinde y Villadiego, 2017, p. 51).

En cuanto a los retos en la implementación del punto 1.1.9, se plantea la necesidad de dar celeridad a la expedición del decreto marco sobre el catastro rural multipropósito, la reestructuración del IGAC, la expedición del decreto ley para la supresión de trámites y el Conpes para el sistema de administración de tierras. Por último, es necesario superar el promedio de desactualización catastral, pues la actualización y el levantamiento de esta información en todo el territorio nacional debe hacerse a más tardar en 2025.

Finalmente, sobre el punto 1.1.10, se plantea como reto la implementación total del plan de zonificación ambiental, toda vez que este es un eje transversal al desarrollo de toda la RRI. De igual manera, es necesario que los planes para delimitar la frontera agrícola y la zonificación ambiental, cuenten con una participación activa de las comunidades, a efectos de tener en cuenta una perspectiva local. A su vez, es necesario fortalecer el apoyo a las ZRC, más aún cuando no se vislumbra, en los actuales planes de gobierno, medidas tendientes al desarrollo de esta figura.

Programas de desarrollo con enfoque territorial

El punto 1.2 de la RRI planteó los programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET), que tienen por objetivo general cambiar estructuralmente el campo colombiano en un término de diez años. Estos programas están focalizados y, con el fin de determinar las zonas de acción, se disponen unos criterios de priorización definidos por el impacto del conflicto armado interno. Una vez priorizadas las zonas, el acuerdo establece que se deben establecer mecanismos de participación para concertar los planes de acción para la transformación regional, que son el medio para proyectar los PDET a través de la ejecución del Gobierno nacional.

La implementación de este punto del acuerdo de paz no se ha caracterizado por su celeridad, aunque tampoco está en estado abandono. El último informe del Instituto Kroc indica que de las 6 disposiciones del punto 1.2., el 100 % ya inició su implementación, y que de ese 100%, el 33 % está en un nivel mínimo, el 50 % en uno intermedio y un 17 % restante ya se implementó completamente (Instituto Kroc, 2019).

Los PDET se crearon jurídicamente a través del decreto 893 de 2017, declarado exequible mediante sentencia C-730 de 2017 de la Corte Constitucional. El decreto en cuestión establece las 16 subregiones, compuestas por 170 municipios, donde se desarrollarán los programas, e igualmente establece que los planes de acción para la transformación regional (PATR), a cargo de la ART, se estructuran bajo una idea participativa, pluralista y con enfoques étnicos. A su vez, se dispone la articulación con el Plan Nacional de Desarrollo y

los planes de desarrollo de las entidades territoriales y, finalmente, se establece medios de financiación.

Una vez determinadas las zonas PDET, se desarrollaron los PATR, a través de mecanismos participativos. Este proceso se llevó a cabo durante todo el 2018 e inicios del 2019 y su importancia radica en que son los instrumentos que permitirán “diagnosticar las necesidades de cada una de las regiones de los PDET, concertar las prioridades para que sean incluidas en los Planes Nacionales, y definir los modos en los que las comunidades participarán en la ejecución de los proyectos derivados” (Fundación Ideas, 2018, p. 14).

Para la construcción de los PATR, se implementó una ruta metodológica que comprende, entre otras cosas, i) preasambleas o asambleas comunitarias, donde convergen comunidades veredales de los municipios priorizados y se construyen pactos comunitarios con la visión de la comunidad en su territorio (Fundación Ideas, 2018); ii), con base en la fase anterior, pactos municipales, por intermedio de una comisión municipal donde convergen delegados del sector público, el privado y el comunitario (Centro de Latinoamérica, 2017), y iii), finalmente, la concreción de los PATR, a través de la Comisión Subregional de Planeación Participativa, con delegados de la fase anterior y que tienen como fin integrar las visiones compartidas en los municipios de cada subregión (Centro de Latinoamérica, 2018). En estas fases, se dio la comunicación entre actores estatales y rurales, que nunca habían sostenido contacto, lo que implicó que la ART dispusiera, “además de un grupo de trabajo a nivel nacional, de 16 equipos regionales con un total de 167 gestores municipales, contemplando que en los núcleos veredales se conformarían unos 1.490 grupos” (Fundación Ideas, 2018, p. 15).

Aunque el proceso de construcción de los PATR supuso una gran participación, en muchos casos no se logró articular a todos los actores que deberían estar involucrados. De acuerdo con el primer informe de la Procuraduría (2019) al Congreso, para mayo de 2019, la “ART no logró garantizar en todos los casos la participación efectiva de todos los actores interesados en la formulación de los PDET, como las entidades de gobierno, sector privado, empresarios y entidades territoriales” (p. 50). En ese mismo sentido,

el tercer informe del Instituto Kroc (2019) indica que “algunos actores sociales no participaron en los espacios veredales y, en otros casos se les convocó a último momento o se les dejó por fuera del proceso” (p. 204).

Una vez finalizadas las fases metodológicas, el 1 de agosto de 2018 se firmó el primer PATR en el Sur de Bolívar y el 23 de febrero del 2019 se firmó el último, correspondiente al PDET de la subregión del Pacífico Medio. De los 16 planes acordados se destacan varios elementos: en todo el desarrollo de los PATR, se dieron 32 808 iniciativas sobre la base de los pactos municipales y 1.178 se concretaron sobre la base de los pactos subregionales. Las regiones que registran más iniciativas en los PATR son las correspondientes al Pacífico y la frontera nariñense, y cuenca del Caguán y piedemonte caqueteño, con 102 y 100, respectivamente (Centro de Investigación y Centro de Recursos, 2019, p. 23). Con respecto a los acuerdos municipales, se evidencia un mayor interés en iniciativas relacionadas con educación (7065) y reactivación económica (6057), mientras que el menor volumen está en temas de garantías al derecho a la alimentación (1748). Pero de las iniciativas ya concretadas en los 16 PATR, sobresale un mayor número relacionadas con los temas de reactivación económica (221) e infraestructura y adecuación de tierras (192), mientras que el menor número se presenta en vivienda rural, agua potable y saneamiento básico (46) (Centro de Investigación y Centro de Recursos, 2019, p. 26).

Por otro lado, los PATR se articularon en el Plan Nacional de Desarrollo, ley 1955 de 2019, a través del artículo 281, que establece la figura hoja de ruta única (HRU), una herramienta que pretende articular diferentes programas derivados del acuerdo de paz, entre ellos los PATR, y así garantizar “la concurrencia de entidades y recursos con la acción coordinada del Gobierno nacional, las autoridades locales, la participación del sector privado y la cooperación internacional en los 170 municipios” (Instituto para las Transiciones, 2019, p. 1). Siendo así, la HRU se construye como una herramienta que permite aterrizar y programar los acuerdos a pesar de que desde la expedición del PND no ha tenido avances sólidos.

Ahora bien, aun cuando el sexto informe del Cinep menciona que este es el punto de la RRI que presenta mayores avances, se debe

alertar sobre el hecho de que estos son lentos, teniendo en cuenta los tiempos estipulados en el Plan Marco de Implementación, que indica que los PATR se desarrollarían entre el 2017 y 2018. Y a pesar de ello, el tema que genera mayor preocupación es el referente a la fase de implementación material y concreta de las iniciativas, ya que estas no cuentan con metas, cronogramas y recursos.

Según el CINEP y el CERAC (2019), para el primer semestre del 2020 deberán estar formuladas las dieciséis hojas de ruta única correspondientes a cada región, pero eso no impide que para finales de noviembre, nueve meses después de la firma del último PATR, no se ha estructurado y reglamentado este mecanismo, motivo por el que se debe dar una señal de alerta, teniendo en cuenta que aun si se cumpliera la meta estipulada, esto implicaría que tras tres años y medio de la firma de los acuerdos de paz, no se hayan ejecutado y generado cambios significativos en las regiones PDET a partir de las iniciativas presentadas en los PATR.

Es fundamental que los PDET logren un adecuado desarrollo, toda vez que son el mecanismo idóneo para que el Estado se legitime y haga presencia en aquellos territorios que se han visto históricamente marginados, característica de los sitios más impactados por el conflicto armado interno.

Con respecto a esto, Dejusticia indica que, “mientras no exista un Estado eficaz en los territorios, la violencia —incluso la violencia política— seguirá presente. La razón es esta: sin eso (un Estado eficaz) todos los demás atributos del Estado, en particular la legitimidad, se vienen al piso” (Dejusticia, 2018, p. 10).

En la medida que el Estado no haga una presencia efectiva e integral y solo se limite a intervenciones militares, los problemas sociales persistirán y continuarán las condiciones de un Estado que incumple sus funciones y que, por ende, ha fracasado en estos territorios marginados (Molina, 2016). Por este motivo, el desarrollo de los PDET son el núcleo de la RRI, toda vez que se encaminan a atacar el abandono estatal, una de las bases históricas del conflicto armado interno.

Por otro lado, de acuerdo con el concepto de eficacia desarrollado en este artículo, según el cual un acto normativo es eficaz cuando los destinatarios lo cumplen, se puede decir que lo referente a los

PDET es actualmente efectivo. Cuestión diferente es, como ya se observó, la lentitud en la aplicación de estos. Se puede hablar de una internalización de los propósitos rectores de la norma (Donzis, 2006), toda vez que el punto 1.1.2 se ha visto como un mecanismo fundamental a efectos de superar el conflicto armado interno en los dos gobiernos que han presidido la implementación de este punto.

El hecho de que las disposiciones y la normatividad referente a los PDET sean eficaces ha facilitado su aplicación administrativa, es decir, si abordamos el aterrizaje de estas disposiciones en el plano material y concreto, donde se han realizado avances concretos en relación con los PATR, podemos evidenciar que, desde la perspectiva administrativa y gubernativa, se han llevado a cabo acciones que han permitido la concreción de estas disposiciones. Claro está, sin obviar que es en este plano administrativo donde también se presentan continuas demoras en su desarrollo, prueba de lo cual es el desarrollo de la hoja de ruta única.

Retos y desafíos de la implementación de los programas de desarrollo con enfoque territorial

Para los programas de desarrollo con enfoque territorial, el reto inmediato comprende la reglamentación de la hoja de ruta única, puesto que es este instrumento el que permitirá continuar con el desarrollo de los PDET. Se espera que esta herramienta establezca un cronograma con metas y recursos para los PATR y, así, que los acuerdos hasta ahora logrados en el ámbito rural no se queden en el papel. Ese objetivo implica que haya un plan programático completo, donde se haga manifiesta la articulación con las ideas consignadas en los PATR, con el PMI y el Conpes 3932, a fin de tener en cuenta los desarrollos normativos y presupuestales hasta ahora fijados. De igual manera, es importante que, en el desarrollo de este, se establezcan mecanismos de participación activa de sectores rurales.

A su vez, es necesario que la parte gubernativa haga mayor énfasis en la aplicación de estos programas, es decir, no se desconoce los avances que se han hecho en la materia, pero tampoco se puede obviar que, tras más de tres años de la firma de los acuerdos de

paz, ningún proyecto que se haya concertado en el ámbito rural se ha empezado a ejecutar.

Igualmente, el Gobierno debe hacer claridad respecto a las llamadas obras PDET, que son proyectos de corto plazo para atender las principales necesidades de las comunidades, pero que no se derivan de los acuerdos PATR. La conceptualización de obras PDET ha generado confusión en varios territorios, donde la comunidad no tiene certeza de si estos tienen relación directa con los PDET. En relación con eso, el informe de la procuraduría indica que esta denominación provoca confusión, “teniendo en cuenta que fueron realizadas en dos momentos diferentes, lo que ha derivado en una percepción de la comunidad que son lo mismo y no se va a cumplir con las iniciativas de los PDET” (Procuraduría, 2019, p. 52).

Finalmente, un reto que se espera sea superado a través de la HRU es la articulación entre los PDET y otros programas de paz. Es importante que los logros llevados a cabo previamente a la implementación de los acuerdos de paz no sean ignorados, sino que se construya también a partir de esos, ya que “las acciones definidas en los PATR suscritos se armonizan de manera incipiente con los planes de vida y ejercicios participativos de desarrollo de las comunidades étnicas y no étnicas que ya se habían iniciado previo al Acuerdo Final” (Instituto Kroc, 2019, p. 208).

Conclusiones

En términos generales, el nivel de implementación del punto 1.1 del acuerdo de paz, correspondiente a la RRI, es muy bajo en razón de la falta de concreción y eficacia normativa, pues la legislación actual en esta materia es insuficiente y no es integral, lo que obstaculiza una correcta aplicación administrativa. Por otro lado, existe una falta de articulación y coordinación entre las distintas instituciones encargadas de la materialización de las disposiciones. Por ejemplo, gran parte del rezago de las solicitudes de adjudicación de tierras por parte de la ANT se debe a que esta agencia encuentra vacíos de información predial cuya responsabilidad recae en instituciones como el IGAC y las oficinas de registro de

instrumentos públicos. Por último, cabe mencionar la existencia de una falta de compromiso por parte del Gobierno actual, el cual decidió hacer recortes presupuestales a instituciones como la ANT, cuestión que también afecta la aplicación administrativa.

Respecto del punto 1.2, correspondiente a los programas de desarrollo con enfoque territorial, si bien todas las disposiciones están en un marco de implementación, estas no se caracterizan por su celeridad, en vista de que, tras más de tres años de la firma de los acuerdos, no se han realizado cambios estructurales a partir de los PATR en las zonas más impactadas por el conflicto armado.

Siendo así, los acuerdos, más que agenda política sometida a intereses efímeros, deben integrarse a una agenda estatal de largo plazo, como proyecto con vocación de permanencia. Sobre los elementos subjetivos que generan obstrucción en la implementación, la sociedad civil debe hallar un consenso alrededor del interés real que genera el cumplimiento de estos puntos. Un verdadero acceso a la tierra a través de los mecanismos establecidos en los acuerdos es garantía de no repetición del conflicto armado.

Referencias

- Agencia Nacional de Tierras. (2019a). *Informe de gestión 2018*. Bogotá. Recuperado de: http://www.agenciadetierras.gov.co/wp-content/uploads/2019/05/DIRECCION_DE_ACCESO_A_TIERRAS_INFORME_2018_RC.pdf.
- Agencia Nacional de Tierras. (2019b). *Informe de gestión primer trimestre 2019* (pp. 99-132). Bogotá: Agencia Nacional de Tierras. Recuperado de: <http://www.agenciadetierras.gov.co/wp-content/uploads/2019/06/Informe-de-gestion-1er-trimestre-2019.pdf>.
- Agencia Nacional de Tierras. (2019c). *Informe de rendición de cuentas. Construcción de paz. Enero 2018-diciembre 2018*. Bogotá. Recuperado de: <http://www.agenciadetierras.gov.co/wp-content/uploads/2019/06/Informe-Individual-Vigencia-2018.pdf>.
- Agencia Nacional de Tierras. (2019d). *Informe de rendición de cuentas. Construcción de paz. Noviembre 2016-mayo 2018*. Bogotá. Recuperado de: <http://www.agenciadetierras.gov.co/wp-content/uploads/2018/07/>

- Informe-Individual-Rendicion-Cuentas-de-Paz-Agencia-Nacional-de-Tierras-V2.pdf.
- Agencia Nacional de Tierras. (2019e). *Plan de Acción 2019*. Bogotá.
Recuperado de: <http://www.agenciadetierras.gov.co/wp-content/uploads/2019/01/PLAN-DE-ACCION-2019-ANT.pdf>
- Bernal, F. (2008). *Derecho administrativo. programa administración pública territorial*. Informe Escuela Superior de Administración Pública.
Recuperado de: <https://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2017/10/2-Derecho-Administrativo.pdf>.
- Berger, P., Luckmann, T. y Zuleta, S. (1968). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Bobbio, N. (2005). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Castro, A. y Ávila, A. (2015). *Los retos en convivencia, administración de justicia y seguridad rural en el posconflicto*. Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES).
- Centro de Investigación y Educación Popular [Cinep] y Centro de Recursos Para el Análisis de Conflictos. (2018). *Tercer informe de verificación de la implementación del Acuerdo Final de Paz en Colombia para los Verificadores Internacionales Felipe González y José Mujica (A.F. 6.3.2)*. Bogotá: CINEP y CERAC. Recuperado de: <https://www.cinep.org.co/images/csivi/Tercer-Informe-Trimestral-Secretara-Tcnica.pdf>.
- Centro de Investigación y Educación Popular [Cinep] y Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos. (2019). *Sexto informe de verificación de la implementación del Acuerdo Final de Paz en Colombia para los Verificadores Internacionales Felipe González y José Mujica (A.F. 6.3.2)*. Bogotá: CINEP y CERAC. Recuperado de: <https://www.cinep.org.co/images/csivi/Sexto-Informe-Trimestral-Secretara-Tcnica.pdf>.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1448 del 10 de junio de 2011. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2019). Ley 1957 del 06 de junio de 2019. Bogotá.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes]. (2018a, junio 29). Plan Marco de Implementación. Anexo B Conpes 3932. Bogotá: Conpes.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes]. (2018b, noviembre 26). Concepto Favorable a la Nación para Contratar Operaciones de Crédito Externo con la Banca Multilateral Conpes 3951. Bogotá: Conpes.

- Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes]. (2019, junio 29). Estrategia para la Implementación de la Política Pública de Catastro Multipropósito Conpes 3958. Bogotá: Conpes.
- Créditos por US\$ 150 millones recibe el gobierno para catastro multipropósito. (2019, julio 17). *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elspectador.com/economia/creditos-por-us-150-millones-recibe-el-gobierno-para-catastonflcto/205866>.
- Departamento Nacional de Planeación. (2019). *Bases del Plan Nacional de Desarrollo*. Bogotá: Grupo de Comunicaciones.
- Donzis, R. (2006). La eficacia social de las normas jurídicas. *Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas*, 4, 6-25. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/revistaceenj/>.
- Fernández, I. (2015). *Manual de procesal administrativo y contencioso administrativo* (tomo I). Armenia: Universidad La Gran Colombia.
- Fernández Bolaños. (2019, junio 26). Agencia Nacional de Tierras ha avanzado 27 % en formalización de hectáreas entre 2017 y este año. *La República*. Recuperado de: <https://www.larepublica.co/economia/agencia-nacional-de-tierras-ha-avanzado-27-en-formalizacion-de-hectareas-entre-2017-y-este-ano-2878109>.
- Friedman, L., y Tarello, G. (1978). *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*. Bologna: Il mulino.
- Giraldo, Javier. (2015). Aportes sobre el origen del conflicto armado en Colombia, su persistencia y sus impactos. En *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de: <https://www.mesadeconversaciones.com.co>.
- Giraldo, Jorge. (2015). Política y guerra sin compasión. En *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de: <https://www.mesadeconversaciones.com.co>
- Gordillo Agustín. (2013). *Tratado de derecho administrativo* (tomo I). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gutiérrez, F. y Jaramillo Marín, M. (2018). Tierras en el postconflicto: ¿En el fondo cuál es el problema? *Análisis Político* (92), 18-38. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/71095>,
- Hernández, A. (2012). El nuevo código y la constitucionalización del derecho administrativo. En Consejo de Estado (coord.), *Instituciones del derecho administrativo, el nuevo código*. Bogotá: Banco de la República.

- Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz. (2018). *Segundo informe sobre el estado efectivo de implementación del acuerdo de paz en Colombia diciembre 2016-mayo 2018*. Recuperado de: https://kroc.nd.edu/assets/284864/informe_2_instituto_kroc_final_with_logos.pdf.
- Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz. (2019). *Tercer informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia. Diciembre 2016-febrero 2019*. Bogotá: Universidad de Notre Dame. Recuperado de https://kroc.nd.edu/assets/321729/190523_informe_3_final_final.pdf.
- Lalinde, C. y Villadiego. (2017). *Sistema de justicia territorial para la paz*. Bogotá: Dejusticia.
- Molina, J. (2016). *La debilidad estatal como causa de origen del conflicto armado colombiano. Un estudio conceptual e historiográfico a partir del informe de la Comisión histórica del conflicto armado y sus víctimas*. Medellín: Instituto de Filosofía, Universidad de Antioquia.
- Nelissen, N. (2002). The Administrative Capacity of New Types of Governance. *Public Organization Review*, 2(1), 5-22.
- Pina, R. de y Pina, R. de. (2003). *Diccionario de derecho*, México: Porrúa.
- Presidencia de la República de Colombia. (2017, abril 5). Decreto 588. Bogotá, Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2017, mayo 29). Decreto ley 902. *Diario Oficial No. 50248*. Bogotá, Colombia.
- Procuraduría General de la Nación. (2019). *Primer informe al Congreso sobre el estado de avance de la implementación del Acuerdo de Paz 2016-2019*. Bogotá.
- Roth, A. (2006). *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Aurora.
- Secretaría del Senado. (2018). Ley 1900 - Por medio de la cual se establecen criterios de equidad de género en la adjudicación de tierras baldías. Bogotá. Recuperado de: <https://www.minagricultura.gov.co/Normatividad/Leyes/LEY%201900%20DEL%2018%20DE%20JUNIO%20DE%202018.pdf>.
- Serra Rojas, A. (2008). *Derecho administrativo*. México: Porrúa.
- Trujillo, I. P. (2014). Reformas agrarias en Colombia: experiencias desalentadoras y una nueva iniciativa en el marco de los Acuerdos de Paz en La Habana. *Ensayos de Economía* (pp. 35-60).
- Unidad de Planificación Rural Agropecuaria. (2018). *Metodología para la identificación general de la frontera agrícola en Colombia*. Bogotá: UPRA.
- Younes, D. (2013). *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Temis.

Representaciones sociales sobre el trabajo sexual en el barrio Santafé, Bogotá: recomendaciones para una política pública integral

Valentina García Ríos*

Ginna Paola Cardozo Beltrán*****

Lina María Patiño Ballesteros**

José Germán Burgos Silva
Profesor

Karen Ximena Muñoz Díaz***

Natalia Mosquera Pedreros

Adriana Munévar Cárdenas****

Asistente docente

Resumen

Al barrio Santafé se lo ha denominado como una “zona de tolerancia”. Esto se convierte en una problemática, ya que es una zona gris donde se permiten diferentes actividades de alto impacto. Allí, los cuerpos se vuelven más vulnerables —especialmente los de las trabajadoras sexuales— pues no hay una normativa clara alrededor del trabajo sexual. Por este motivo, el siguiente trabajo reconstruye las representaciones sociales de los diversos actores que están inmersos, directa o indirectamente, en el trabajo sexual, con el objetivo de realizar recomendaciones de política pública sobre el tema desde un enfoque laborista, recomendaciones que giran en torno a la intervención institucional, el ordenamiento territorial y la relación entre el Estado y los actores. Este objetivo se desarrolló a partir de la aplicación de las metodologías propuestas por la escuela estructuralista de las representaciones sociales, en diálogo con el enfoque cognitivo de análisis de políticas públicas.

Palabras claves: Barrio Santafé, política pública, representaciones sociales, trabajo sexual.

* Estudiante de octavo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: vgarcia@unal.edu.co.

** Estudiante de octavo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: lmpatinob@unal.edu.co.

*** Estudiante de octavo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: kxmunozd@unal.edu.co.

**** Estudiante de octavo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: amunevarc@unal.edu.co.

***** Estudiante de octavo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: gpcardozob@unal.edu.co.

Abstract

The Santafe neighborhood has been called as a Tolerance Zone, this becomes a problem because it is a gray area where different high impact activities are allowed. There the bodies become more vulnerable – in particular those of sexual workers – because there is no clear regulation around them. For this reason, the next job has a objective the reconstruction around the social representation of the various actors who are immersed in – directly or indirectly – in the sexual work with the aim of making a recommendation of public policy on the subject from a labour approach, around the institutional intervention, territorial planning and the relationship between the state and the actors. This objective was developed from the application of the proposed methodology for the structuralist school of the social representation which were put in dialogue with the cognitive approach of the public policy analysis.

Keywords Public policy, Santafe Tolerance Zone, sex work, social representations.

Introducción

Hay un cuento llamado “Los que se alejan de Omelas”, de Ursula K. Le Guin (1973), en el que existe un niño cuya vida está destinada al sustento del bienestar de todos/as los/as habitantes de este pueblo debido a su sacrificio. Básicamente, la utopía de Omelas se da a costa del sufrimiento de este ser, y lo más grave es que todos/as los/as habitantes saben de la existencia de este y de la vida desgraciada que sufre. “Los que se alejan de Omelas” es un cuento que genera una reflexión alrededor del papel que cumplen muchos cuerpos colectivos en relación con el sostenimiento de ciertos espacios como la familia y los barrios, pero especialmente en relación con el sostenimiento de la ciudad.

Bogotá, desde el 2001, contempla dentro de su POT la existencia de zonas especiales de servicio de alto impacto (ZESAI), las cuales, debido a su naturaleza jurídica, social y económica, invitan a que se las piense como el pueblo en el que vive el niño de Omelas: la concentración de dinámicas ilegales dentro de un espacio en específico conlleva su no difusión en otros espacios y todos/as saben ello. De ahí su importancia, pero también su riesgo, pues los cuerpos que se encuentran en este territorio entran en una situación de

agudización de su vulnerabilidad (en función de las diferentes dimensiones que lo atraviesan) y por eso la violación de derechos humanos en él resulta tan preocupante, y nada pasa ante un caso de estos. Ahora, parte de esta vulnerabilidad se sustenta en las prácticas de las personas que interactúan en estas zonas y estas prácticas a su vez se ven influidas por las representaciones sociales.

Además de lo anterior, esta vulnerabilidad no solo está determinada por la estancia en el territorio, sino por otras variables que atraviesan a los sujetos, como el género, la clase, la nacionalidad, la filiación política, entre otros¹. Por este motivo, los cuerpos que ejercen el trabajo sexual dentro de la zona son de interés especial para el Estado y para los constructores de política pública, quienes deberían apuntar directamente a la protección de los mismos y a dar garantías de ciertos derechos básicos en pro de la dignidad. Sin embargo, y a pesar de estas consideraciones que parecen un poco evidentes, en la actualidad no existe una política distrital para el trabajo sexual y lo que hay en la zona es un conjunto de actores no estatales que brindan espacios para la protección de las trabajadoras, aún con las falencias que puedan presentar, pero también un conjunto de actores que constantemente atentan contra la vida, la dignidad y la integridad de ellas.

Partir de esto implica asumir una posición política y epistemológica que es feminista, lo que supone dos cuestiones básicas. En primer lugar, es necesario abordar las dinámicas de la industria sexual bajo una perspectiva que reconozca que las estructuras sociales en su etapa actual condicionan las relaciones sociales a partir del género, y que existen relaciones profundamente desiguales entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida cotidiana; en ese sentido, el campo de las relaciones sexuales no es una excepción, no es circunstancial que el trabajo sexual sea ejercido mayoritariamente por mujeres.

En segunda medida, es imperativo reconocer que las mujeres tienen una capacidad de agencia y autodeterminación que está orientada a ejercer reivindicaciones y propender por el mejoramiento de

.....
1 Autoras como Judith Butler (2010) han desarrollado de manera más profunda este tipo de argumentaciones en el texto *Marcos de guerra*.

sus condiciones materiales de vida, en el marco de un sistema capitalista machista y patriarcal que premia y favorece a los hombres (Pateman, 1995)². En consecuencia, la segunda motivación por la cual este trabajo de investigación se plantea desde una visión feminista radica en la exigencia de reconocer a las trabajadoras como sujetos de derechos laborales, capaces de participar activamente en la construcción de políticas públicas y de cualquier tipo de intervención estatal sobre sus empleos y sus cuerpos. Lo anterior tiene el sentido de caracterizar a las mujeres como agentes activos dentro del desarrollo y la construcción de su vida material, y no como agentes pasivos víctimas de estructuras de dominación ajenas a ellas, que determinan bajo cualquier circunstancia todo el conjunto de sus relaciones sociales sin que exista una posibilidad de rebelión e insurrección en contra de esas estructuras de dominación.

Por tal motivo, el siguiente trabajo plantea responder a la pregunta *¿cómo inciden las representaciones sociales actuales de los diferentes actores implicados en las dinámicas del trabajo sexual en la localidad de Santafé en la construcción de una política pública sobre este tema?* Para responderla, se abordará la teoría sobre las representaciones sociales propuesta por Jean-Claude Abric (2001), con el fin de identificar las representaciones de actores institucionales, comunitarios, tercer sector y trabajadoras sexuales, para la realización de recomendaciones de política pública sobre este tema. Esto se hará desde una perspectiva integral que contempla las interacciones entre estos actores y su complejidad y que, sobre la base de una postura laborista frente al trabajo sexual, aboga por el reconocimiento de este como un trabajo que exige que se garanticen las condiciones dignas para su ejercicio.

El objetivo general de esta investigación es identificar las representaciones sociales sobre el trabajo sexual de los diferentes actores implicados en las dinámicas de este trabajo en el barrio Santafé, con el fin de formular recomendaciones para una política pública distrital del trabajo sexual integral. Para conseguir este propósito, lo primero que se realizó fue definir el contenido y la jerarquía

.....
 2 Esto sin desconocer que el sistema patriarcal no solo afecta a las mujeres, sino que la ideología dominante construye ideales típicos en la misma medida para hombres y mujeres.

de los elementos que conforman las representaciones sociales de los actores institucionales, comunitarios, pertenecientes al tercer sector y las trabajadoras sexuales para luego reconstruirlas como base para la formulación de las recomendaciones de política pública.

En este sentido, el artículo iniciará con una revisión de los antecedentes académicos sobre el tema, luego presentará los sustentos históricos de la investigación, posteriormente hará una descripción de la metodología, una presentación de las representaciones identificadas y la relación entre ellas, después un acápite de recomendaciones para la formulación de la política pública y, finalmente, un apartado de conclusiones.

Antecedentes académicos

Los estudios que han profundizado y sistematizado en la intervención estatal en el trabajo sexual en Colombia se dividen en tres enfoques, de acuerdo con la manera en que se acercan a la problemática y con la importancia que le dan a algunos elementos que contribuyen a su solución. El primero de ellos se plantea desde un enfoque jurídico, el segundo desde una mirada institucional y el tercero desde un punto de vista psicosocial.

Entramado jurídico-normativo del trabajo sexual

En este primer grupo se aborda el campo más desarrollado desde la perspectiva de la academia. El foco de análisis es la disputa con respecto a la legalidad —el entramado normativo— y la ilegalidad —en la medida que comparte espacios con el microtráfico y el proxenetismo— del trabajo sexual, una disputa que pone de manifiesto dos polos: por un lado, la ambigüedad y los vacíos normativos y, por otro lado, la precarización y el sesgo moralista de la norma evidenciado en la intervención estatal. Todo esto deriva en que la trabajadora sexual tenga un reconocimiento parcial como sujeta de derechos, en una dimensión donde se vuelve esencial la erradicación de las violencias contra la mujer, pero no en el entendido de un trabajo que tiene ciertas características complejas y que debe tener una especial protección constitucional (Guerrero, 2017).

En Colombia, el trato diferenciado y excluyente en la interpretación del trabajo sexual se empieza a evidenciar en el ordenamiento territorial cuando se considera que el lugar donde se ejerce esa actividad es un sitio con restricciones y en condiciones diferentes a los espacios de los demás grupos económicos. Esta interpretación, promulgada por el decreto 325 de 1992, va a transformarse en el 2002, cuando se crean las zonas de tolerancia para establecer espacios puntuales que, en 2003, serían denominados como zonas especiales de servicios de alto impacto (ZESAI).

Por otro lado, en el 2010 la Corte Constitucional emitió la sentencia T-629, con la cual concedió el amparo de derechos fundamentales a una mujer que ingresó a laborar como prostituta en un bar y, al quedar embarazada, fue objeto de despido por su empleador. Algunos de los derechos que la corte reconoció fueron a la igualdad de trato ante la ley, a la no discriminación, al trabajo, la seguridad social, la dignidad y el fuero materno (Corte Constitucional, 2010).

No obstante, el Observatorio de Trabajo Sexual (2016) argumenta que, si bien para el 2010 se pusieron sobre la mesa las condiciones del ejercicio del trabajo sexual, el avance es reducido en la medida en que este reconocimiento no genera transformaciones en la construcción cultural de los territorios donde se ejerce el trabajo. En dichos territorios, las dinámicas de violencia, de abuso y de estigmatización se mantienen.

Posteriormente, en 2016, un grupo de trabajadoras sexuales fueron retenidas, violentadas y trasladadas a la Unidad Permanente de Justicia por agentes de la Policía, con el argumento de estar haciendo uso irregular del espacio público. Esta situación fue demandada por las mismas y la corte, en la sentencia T-594 de 2016, falló en favor de las trabajadoras, sosteniendo que la no regulación del trabajo sexual produce una situación mayor de vulnerabilidad y permite la violencia en contra de esa población.

De forma complementaria, trabajos como el de Borbón (2018) analizan los lineamientos constitucionales y plantean el debate sobre las garantías laborales. Este debate tiene como trasfondo el problema de entender si este ejercicio es un trabajo voluntario o uno que se ejerce como consecuencia del contexto, lo cual implica tener en cuenta los matices entre explotación y vida fácil o alegre,

y puntualizar en la división existente entre la población que labora en la calle y quienes lo hacen en establecimientos físicos.

En síntesis, si bien los estudios del campo jurídico no desconocen la complejidad de los contextos en los que se desarrolla el trabajo sexual y la transversalidad de la construcción sociocultural, sí se quedan en la expresión del marco sociojurídico. De esta forma, hay una lectura desde las posiciones de privilegio de los observadores legisladores y académicos, que termina desconociendo las voces de los cuerpos sobre los que recae la norma, lo que dificulta los avances en la construcción jurídica del trabajo sexual y la estructuración de política pública.

El abordaje institucional del trabajo sexual

En este campo se encuentran los estudios que han hecho énfasis en la dimensión política y/o institucional y que registran por su parte dos grandes ejes. El primer eje tiene que ver con los temas que el Estado ha priorizado al momento de intervenir sobre el trabajo sexual: la salud, el orden público y su desarrollo organizacional, y profundiza en la estigmatización que se asocia con las enfermedades de transmisión sexual (ETS). El segundo eje tiene que ver con el proceso de definición de la postura jurídica del Estado, la construcción de la política pública y el reconocimiento de la influencia de otros actores en este proceso, particularmente los que representan los intereses de las trabajadoras sexuales. Estos trabajos analizan las dinámicas del trabajo sexual en India y Uruguay.

En India, se han dado procesos de articulación entre las trabajadoras sexuales de la mano de ONG que han optado por hacer una crítica a la intervención estatal y autorreivindicarse mediante ejercicios pedagógicos. Esto evidencia un gran avance en la transformación de sus procesos de vida, que también se ha buscado posicionar en el marco jurídico (Batliwala, 2011). Por otro lado, el caso uruguayo se destaca por el papel de la Asociación de Meretrices Profesionales del Uruguay (Amepu), que logró impulsar la ley 17.515, pese a que aún presenta vacíos legales y contradicciones (Rocha, 2013).

La conclusión, en cuanto a estos dos grupos, es que son importantes en la medida que permiten entender que lo jurídico y lo político son un campo en disputa y que, en ese sentido, es primordial

entender de qué forma interactúan el Estado y los movimientos sociales. Sin embargo, tal cual se mencionó anteriormente, estas investigaciones no se han realizado en Colombia.

Más allá de los límites estatales: los desarrollos en materia psicosocial

Los estudios que conforman el tercer campo abordan el tema desde un enfoque psicosocial, y aquí se debe destacar la inexistencia de análisis de este tipo sobre el contexto colombiano. Así, los aportes de Muñoz, Gajardo y Briceño (2005) y de Villacampa (2013) tienen como preocupación central describir la manera en que se han visto afectadas las trabajadoras sexuales por las representaciones sociales que se han generado alrededor de su trabajo y que han sido determinantes en la configuración de la intervención estatal. Dentro del mismo campo, se registran estudios que abordan aspectos psicosociales que se encuentran más allá de los mecanismos de políticas públicas y de intervención estatal. Tal es el caso de los trabajos de Delgado y Gutiérrez (2014) y de Ruiz (2008), que centran su atención en el estudio de las representaciones sociales del trabajo sexual.

En España y en Chile, el ejercicio del trabajo sexual no está ni prohibido ni regulado. Sin embargo, el Estado ha empezado a intervenir en él mediante la creación de normas que terminan reconociendo su importancia en el análisis y han abierto un espacio para el estudio del tema y las alternativas de políticas públicas. En este orden de ideas, en Chile ha tomado fuerza la perspectiva que relaciona el trabajo sexual con la salud sexual, mientras que, en España, la posición dominante ha sido la implementación de sanciones económicas de carácter abolicionista, que desconocen los contextos de quienes lo ejercen y posiciona el tema en el campo de la ilegalidad. Esto hace que las mujeres se sientan más inseguras, puesto que la función del policía es más sancionatoria que protectora y se acompaña de comportamientos de agresión y violencia que acentúan la desigualdad económica y social.

Por su parte, Muñoz *et al.* (2005) plantean la posibilidad de vincular las representaciones sociales a las normas que regulan las prácticas de trabajo sexual en el contexto chileno, donde los medios de comunicación y la Iglesia católica han alimentado la visión frente

a aquel. Del mismo modo, el trabajo de Delgado y Gutiérrez (2014) busca comprender las representaciones sociales que se generan sobre el uso de los cuerpos de las trabajadoras sexuales a partir de la posición que se toma con respecto a estas (a favor/en contra). Por otro lado, Villacampa (2013) busca ver qué efectos tiene para las trabajadoras sexuales la implementación de políticas criminalizadoras en la ciudad de Lleida, Cataluña.

En cuanto a sus límites, estos trabajos permiten evidenciar el vacío que hay en los estudios con un enfoque político-institucional, debido a que conciben el trabajo sexual desde la perspectiva de políticas de salud sexual y de orden o desorden en el espacio público, omitiendo políticas que involucren otros aspectos sociales y culturales, y que reconozcan distintas voces en disputa. Lo cierto es que “la realidad se construye y se legitima socialmente mediante la comunicación e interacción cotidiana entre individuos, grupos e instituciones, quienes a su vez se encuentran insertos en un determinado contexto histórico, socio-político y económico” (Muñoz *et al.*, 2005, p. 50).

De este campo, se puede resaltar la importancia que se le atribuye a las representaciones sociales en cuanto son entendidas como la construcción de la realidad en torno a un concepto puntual —en este caso, trabajo sexual— que repercute en las acciones de los individuos al relacionarse con las mujeres que ejercen esta actividad. Sumado a ello, cada actor asume una postura que influye en las distintas esferas de la vida, desde lo micro- hasta lo macro-, y es en este último orden en el cual se consolida la política pública, con base en un diagnóstico previo de la situación problema.

Estas distintas visiones extraídas de los tres campos permiten concluir que el trabajo sexual es un fenómeno que implica a distintos actores, los cuales construyen distintas representaciones sociales según componentes culturales y sociales propios de cada contexto, componentes que tienen que ver, por ejemplo, con la influencia de instituciones como la Iglesia católica en Colombia y su imaginario de los roles de las mujeres en la familia y en la sociedad. Las representaciones permiten entender que el trabajo sexual abarca diversas esferas que resultan problemáticas, como la esfera económica de las trabajadoras, que puede conducir a escenarios de explotación, y la

esfera cultural, en la cual se construye un doble discurso, mediante el cual se castiga el ejercicio al mismo tiempo en que se lo acepta socialmente como un “mal necesario”, entre otras. Además, una de las ausencias más visibles es que no existe un puente que conecte lo psicosocial con lo estatal y de esa forma permita que el Estado intervenga en lo que se refiere al trabajo sexual, de tal manera que conduzca a la dignificación de la vida de las trabajadoras.

Por tal motivo, vale la pena preguntarse por la forma en que las representaciones sociales sobre el trabajo sexual elaboradas por los distintos actores implicados en las dinámicas de dicho trabajo —como las trabajadoras mismas, el Estado a través de sus funcionarios públicos y de representantes políticos, los actores comunitarios encabezados por líderes sociales e Iglesias que trabajan en el sector, y los actores no gubernamentales que ejercen funciones públicas, como ONG o fundaciones que operan en el territorio del Santafé— pueden influir en una política pública al respecto. Y, por lo tanto, también vale la pena resaltar la importancia de conocer dichas representaciones en su formulación.

Sustento teórico

Para el desarrollo de esta investigación, se plantean tres categorías centrales: representaciones sociales, política pública y trabajo sexual. La profundización en ellas permitirá una mejor comprensión de las preocupaciones de este proyecto de investigación, del posicionamiento que se tomará frente al tema y del enfoque de análisis desde el que se va a argumentar la propuesta analítica.

La categoría de trabajo sexual es el puente de análisis entre los otros dos ejes analíticos, las representaciones sociales y la política pública. Las discusiones conceptuales sobre esta categoría, dentro de las teorías feministas, se pueden rastrear desde la década de los ochenta. En estos debates se han destacado tres posturas teóricas que difieren en sus postulados y en el tratamiento del trabajo sexual que, de acuerdo con ellas, debe impulsar el Estado, pero que no se contradicen en su objetivo principal: la protección de los derechos de las mujeres que se encuentran relacionadas con estas dinámicas. Estas teorías se conocen como abolicionistas, reglamentaristas y

laboristas, y han surgido como propuestas que se anteponen a la postura conservadora que aboga por el prohibicionismo de este oficio. En la tabla 1, se describen brevemente cada una de las cuatro posturas³:

Tabla 1. Posturas sobre el trabajo sexual

Prohibicionismo	Abolicionismo	Reglamentarismo	Laborismo
El argumento central es que el atentado contra el buen orden y la moral social por parte de quienes trabajan en ello. Por tanto, parte de una posición conservadora.	El argumento central es que la prostitución se ve como una relación mercantil que implica la cosificación de las mujeres.	El argumento central es que es un mal necesario y quienes lo ejercen transgreden un marco de comportamiento que a tipificado a las mujeres en buenas y malas que se supone debe ser seguido por las mujeres en el desarrollo de la relación con su cuerpo y con su sexualidad.	El argumento central es que el trabajo sexual es un trabajo como cualquier otro.
La valoración es negativa.	La valoración es negativa.	La valoración es positiva.	La valoración es positiva.
La forma de denominarlo es prostitución.	La forma de denominarlo es explotación sexual.	La forma de denominarlo es trabajo sexual.	La forma de denominarlo es trabajo sexual.
Quien ejerce es una criminal.	Quien ejerce es una víctima.	Quien ejerce es una trabajadora.	Quien ejerce es un sujeto derechos y es una trabajadora.
El estado debe perseguir a las prostitutas.	El estado debe sancionar a los clientes con el objetivo de eliminar el mercado sexual por considerarlo una forma de explotación y esclavitud asociada directamente al género.	El estado debe reglamentar este tema específicamente en materia de salubridad y uso del espacio público.	El estado debe garantizar todos los derechos laborales que le permitan por ejemplo trabajar de forma independiente, sindicalizarse, protección social, justa y remuneración y garantías de seguridad y no persecución por parte del Estado.

Fuente: Elaboración propia a partir de Laverde (2015).

.....

3 En este trabajo, adoptamos una postura laborista en razón de las apuestas ético-políticas que se derivan de dicha posición. Esto implica reconocer el potencial emancipador que puede implicar la concepción del trabajo sexual como trabajo, en la medida en que amplía el margen de acción de las mujeres trabajadoras sexuales en la medida en que les permite articularse para exigir nuevas y mejores condiciones para su desarrollo.

La segunda categoría central es la de las representaciones sociales. El autor que acuñó este término fue Serge Moscovici, en su libro *El psicoanálisis, su imagen y su público*, en el cual, desde la perspectiva de la psicología social, abrió el debate teórico en torno a esta categoría de estudio. Moscovici (1979) sostiene que una representación social es una imagen que proyecta un objeto a partir de la interpretación de un sujeto y que está mediada por las relaciones culturales y sociales que configuran al sujeto mismo, pues “toda representación está compuesta de figuras y expresiones socializadas, [...] es una organización de imágenes y de lenguaje porque recorta y simboliza actos y situaciones que son o se convierten en comunes” (p. 16). Así, las representaciones sociales se convierten en condición clave para el relacionamiento humano en un espacio determinado, pues favorecen y facilitan la comunicación entre diversos actores.

En los años siguientes al desarrollo de esta teoría, se dio paso al nacimiento de una creciente elaboración desde diversas perspectivas teóricas y metodológicas; de hecho, debido a la complejidad misma de este concepto surgieron varias posturas, como las propuestas de Denise Jodelet (1984), Willem Doise (1998) y Jean-Claude Abric (2001), que constituyen diferentes abordajes fundados en el campo de la comunicación y de la interpretación.

Jean-Claude Abric hace parte de la escuela estructuralista y retoma a Moscovici para proponer que una representación se debe pensar como la imagen creada de la realidad. Por lo tanto, “toda realidad es representada, apropiada por el individuo o el grupo y reconstruida en su sistema cognitivo, integrada en su sistema de valores que depende de su historia y del contexto social e ideológico que le circunda” (Abric, 2001c, p. 12). De esta manera, a través de las representaciones se le da sentido al mundo, lo que permite que el individuo se relacione con su entorno social⁴. Además, se

.....

4 Esto tiene ciertas implicaciones: primero, que el valor de un objeto/sujeto no yace solamente en lo que es en términos objetivos, sino en lo que se le ha asignado socialmente; esto implica una construcción relacional del mismo, no esencial. Segundo, que una representación es un producto individual, pero que su configuración pasa por su relación con su entorno, lo cual hace que se generen imágenes comunes y, por lo tanto, que para entender una representación social sea necesario contextualizarla histórica, social y territorialmente. Y tercero, que una representación social se

plantea que las representaciones sociales se componen de un contenido, pero también de una estructura.

Esto significa que la representación, a su vez, está compuesta por un núcleo central y unos elementos periféricos agrupados de manera jerarquizada en su interior, que le otorgan su sentido. Con ello, se entiende que, a pesar de que existan contextos cambiantes y evolutivos, hay un elemento central en cada representación que la unifica y la estabiliza, pero que está acompañado de otros elementos periféricos, determinados por el núcleo central, lo que hace que sean la interfase entre el mismo y la situación concreta, constituyendo así lo esencial de la representación. De ahí que, aunque se modifiquen los elementos periféricos, si no se modifica el núcleo central, entonces no habrá transformación esencial. Los elementos periféricos son aquellos que contextualizan la representación, la protegen ante posibles amenazas y la anclan a la realidad, por lo que las representaciones pueden ser tanto rígidas como flexibles.

Según Patricia Oberti (2015), las representaciones sociales permiten mejorar la calidad de las intervenciones profesionales en todos los ámbitos de estudio. Contribuyen a la intervención social, a la ejecución y elaboración de políticas públicas, en la medida que hacen parte de la realidad, porque su construcción y estructuración se desarrolla en un ámbito sociohistórico. De ahí que jueguen un papel importante tanto en el amplio terreno del discurso como en las intervenciones estatales. Si partimos del hecho de que las representaciones sociales atraviesan todas las instituciones de la sociedad, como la familia, la escuela, el trabajo, etc., las representaciones que tengan todos los participantes en la realización de una política pública dentro de estas instituciones son indispensables para saber en qué dirección se realiza una intervención (Oberti, 2015).

De esta forma, para comprender la forma en que se entrecruzan política pública y representaciones sociales, el enfoque de análisis cognitivo propuesto por Pierre Muller (2009) puede ser muy útil debido a que logra entrar en diálogo con la teoría sobre las representaciones sociales mediante el concepto de *referencial cognitivo*.

.....
encuentra interiorizada por los mismos actores, lo que no quiere decir que sea estática (Araya, 2002).

Para este autor, las políticas públicas configuran el lugar donde una sociedad construye su relación con el mundo, a partir de una serie de representaciones que vendrían a evidenciar la función cognitiva, a subrayar el papel de las ideas; por ende, elaborar una política pública se reduce a construir una representación, una imagen de la realidad sobre la cual se quiere intervenir.

Este conjunto de imágenes conforma un referencial de política pública, es decir, una estructura de significación que encierra la forma de entender del mundo, la imagen cognitiva de los diferentes actores. Cada referencial está constituido por un conjunto de normas prescriptoras que definen criterios y modos de selección de objetivos, lo cual corresponde a un doble mecanismo de decodificación y recodificación de lo real que es posible descomponer en tres elementos: el referencial global, el referencial sectorial y los operadores de transacción. Estos tres elementos permiten recoger la forma en que interactúan las creencias básicas sobre un tema en lo global y en lo sectorial (Muller, 2009).

La articulación que se puede evidenciar entre este enfoque de análisis de política pública y las representaciones sociales consiste en que, para Muller (2009), se debe captar una política pública como un proceso de mediación social. Eso es así porque el objeto de cada política pública es tomar a su cargo los desajustes que pueden ocurrir entre un sector y otros sectores, y las representaciones sociales, en este caso sobre el trabajo sexual, ayudarán a vislumbrar el posible desajuste entre los referenciales sectoriales y el referencial global, para que se ponga en acción la elaboración de la política pública.

Por otro lado, el concepto de referencial cognitivo de Muller se puede articular con el de representaciones sociales de Moscovici, en la medida en que el referencial cognitivo y la representación social son construidos a partir de la percepción de cada actor sobre el tema. Esto favorece el establecimiento de un diálogo entre ambas posturas que justifica la importancia de las representaciones sociales sobre el trabajo sexual en la elaboración y puesta en acción de una política pública al respecto, y permite reconocer que la definición del problema y el análisis se complejizan al

tener en cuenta la reconstrucción de las representaciones de los actores directamente involucrados.

Metodología

La investigación se posicionó en el paradigma subjetivo, pues se reconoce que hay sujetos de investigación que transforman al investigador en una relación circular; se reconoce las diferentes realidades y formas de entender el mundo. La recolección de datos se realizó a través de técnicas mixtas derivadas de las teorías de representaciones sociales, desde la perspectiva de Jean Claude-Abric y Claude Flament (2001); para recolectar el contenido de la representación, jerarquizar sus elementos (núcleo central y elementos periféricos) y controlar el núcleo se utilizó una carta asociativa, un cuestionario, elección sucesiva por bloques, guion ambiguo y mapeo cultural.

El análisis de la información, que se realizó con base en la teoría fundamentada en datos propuesta por Strauss, Corbin y Zimmerman (2002) y en el que se utilizó el programa Atlas ti, se da en dos momentos. Primero, se desarrolló una descripción exhaustiva del contenido de las representaciones sociales a través de un proceso de codificación abierta con el fin de identificar categorías generales y contenidos socialmente compartidos y definir las propiedades y dimensiones de estos conceptos categóricos. El segundo se refiere al relacional y se divide en dos partes: la codificación axial, en la cual se relacionó las categorías a las subcategorías alrededor de un eje mediante la comparación de sus propiedades y dimensiones; y la codificación selectiva, en la cual se articuló todas las categorías emergentes en torno a un elemento central.

La investigación se limitó territorialmente a la localidad Santafé, de la ciudad de Bogotá, porque este lugar se caracteriza por la presencia evidente e intensa del fenómeno del trabajo sexual y por su naturaleza jurídica, pues en esta localidad se encuentra una ZESAI. Los actores a los que se les aplicó los instrumentos fueron agrupados: institucionales (burocracia y representantes), comunitarios (líderes sociales e Iglesias), tercer sector (ONG y fundaciones) y

trabajadoras sexuales⁵; se realizó una muestra no probabilística por accesibilidad, teniendo en cuenta a los actores que son relevantes en la zona; y la aplicación de los instrumentos se hizo de manera diferenciada, de acuerdo con las características y el contexto de cada actor.

Representaciones sociales del trabajo sexual

Actores institucionales

Burócratas

El concepto central para la representación social elaborada por este grupo de actores es el de las actividades sexuales pagas. Esta representación apunta en dos sentidos: el agrupamiento de diferentes modalidades, que engloba la actividad sexual pagada, y un aspecto mucho más técnico frente a las mismas. Primero, con respecto al concepto de actividades sexuales pagas, se agrupan o engloban el resto de actividades como trabajo sexual, modelos webcam, escort, prostitución, puteo, trabajo de calle, que son definidas como diferentes modalidades de actividades sexuales pagas. Esto también implica que se dé una desterritorialización de las modalidades, como en el caso de las modelos webcam o las escort, pues no están atadas a la localidad de Santafé, ni tampoco a un encuentro que implique el contacto físico, lo cual le da la especificidad al tema en cuestión.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el aspecto técnico, se piensa más en la intervención estatal, que aboga por garantizar y reconocer ciertos derechos que se refieren más a quienes ejercen el trabajo sexual que a quienes lo compran. Esto va más allá del otorgamiento del placer a partir del ejercicio o acceso a una

.....
5 Estos actores son esenciales para el desarrollo de la investigación debido a que son quienes encarnan la política pública, el puente entre Estado y sociedad, porque tienen un fuerte e histórico trabajo de base en el territorio y con la población o porque son los principales actores involucrados en el fenómeno y, por tanto, los principales afectados en caso de una política pública sobre el tema.

actividad sexual pagada. Asimismo, se menciona dónde se ejerce, haciendo un énfasis mayor en los establecimientos, pues hay mayor facilidad para su regulación en comparación con el ejercicio de la actividad en la calle. Por lo que hace al tema de la SEZAI, hay una mirada puesta en lo territorial. Esto es importante en la medida que los funcionarios entrevistados hacen parte de la mesa técnica de la SEZAI. La mirada en clave territorial hace que se piensen las implicaciones en otros ámbitos que no están directamente relacionados con la actividad sexual paga, considerando que no hay una correlación entre las actividades, sino que se dan de manera conjunta en la zona del Santafé. Esto es, actividades como el narcotráfico y las mismas redes de inseguridad, sin dejar de lado la existencia de otro tipo de espacios que favorecen el desarrollo en la zona, como moteles, bares, etc.

Representantes políticos

Este actor tiene como punto de convergencia una postura regulacionista. Fueron entrevistados dos congresistas y un edil, quienes consideran que el trabajo sexual es, efectivamente, un trabajo, con ciertos matices. El primer congresista menciona que es una contraprestación de un bien o servicio, por tanto, es un trabajo; el segundo afirma que es una actividad económica ejercida por actores libres (por este motivo, la explotación sexual la entiende como prostitución contra la voluntad de la propia persona); el edil considera que es un trabajo denigrante que responde a dos situaciones: la extrema necesidad (como causa inicial) y la búsqueda por salir de él. Además, hace un llamado para que las universidades se involucren en investigaciones sobre el tema. Ahora, el contexto de esta labor en Santafé es el machismo, que implica una asignación de roles en función del género (construido socialmente), vulnerabilidad, falta de garantías, mala remuneración y circunstancias indignas.

Finalmente, en lo que se refiere a la intervención estatal, los tres actores tienen un consenso en relación con la necesidad de regular esta actividad dentro de sus complejidades y con la importancia del territorio en esta situación. Para el primer congresista, es necesario reconocer las complejidades de esta actividad y regularla

desde la perspectiva de la planeación urbana; el segundo considera que la función estatal es poner límites al ejercicio (como la no participación de menores y el reporte de cuentas en la normatividad territorial) que apunten a garantizar los derechos de quienes lo ejercen; y el tercero menciona la necesidad de crear zonas especiales donde se controle el ejercicio y de que dentro de la política pública existan espacios para cambiar de actividad laboral.

Actores comunitarios

Líderes sociales

Este actor asume una postura laborista, centrada en una búsqueda de la garantía de derechos fundamentales y laborales que reconozcan las condiciones contextuales de la zona de Santafé y las dinámicas que se dan alrededor del trabajo sexual, dinámicas que definen la interacción entre los actores. De esta forma, lo primero que se debe señalar tiene que ver con el gobierno sobre el territorio, dado que el territorio de Santafé se caracteriza por la existencia de zonas de parada donde se define quién puede ejercer y cuánto se debe pagar por hacerlo, bajo la forma de un impuesto para poder trabajar en calle. Este último es de \$ 25 000 diarios, y si no es pagado, quienes gobiernan la zona atacan a la persona.

Lo segundo tiene que ver con la relación con otros actores. Esta relación está atravesada por una desprotección que se manifiesta en que los dueños de establecimientos tienen favoritismos para con los clientes. En muchas ocasiones, estos son los principales agresores: contagian enfermedades debido al desuso del condón mediado por un mayor pago, son violadores y maltratadores. Para estos actores, el lugar corporal en el que se plasma la violencia es en el rostro. De esta forma, parece existir una visión negativa de estos actores, evidenciada en la afirmación de que los hombres son malos y, en especial, una sensación de desprotección por parte de todos/as los/as actores implicados, incluso sus mismas compañeras, lo que reafirma una postura individualista, la débil articulación entre ellas y la legitimidad de “la ley del barrio”.

Lo tercero está relacionado con la relación con las compañeras de ejercicio. Esta relación está atravesada por competencia,

rivalidades y agresiones. Además, esta competencia se da en dos niveles: entre las colombianas y entre estas y las venezolanas. Hay una rivalidad más evidente con las venezolanas por la llegada de estas a la zona y lo que ha implicado.

Finalmente, el cuarto elemento es la identidad de quien ejerce el trabajo sexual, porque en la representación de este actor el trabajo sexual es voluntario, excepto en algunos casos, como cuando las niñas son obligadas por los papás. En esta identidad personal se piensa a la mujer como sujetos que utilizan pelucas, pestañas largas y zancos o tacones, son alegres, están llenas de vida y se las asocia a las rosas. Esto está en estrecha relación con un *continuum* de violencia contra las mujeres, que empieza cuando son niñas y se extiende hasta su vida adulta, junto a los esposos. Se trata de una violencia generalizada que todas han recibido por parte de los hombres.

Iglesias

La representación elaborada por la Iglesia se puede enmarcar en una relación de doble vía entre los conceptos de trabajo sexual y trabajadoras sexuales. Desde esta perspectiva, el primero está dominado por una remuneración económica en un intercambio sexo-dinero y una lectura legislativa por parte de la constitución; a su vez, es comprendido como un trabajo duro psicológicamente y fácil, por la agilidad con la que se obtiene el dinero, que surge por una necesidad, pero cuya continuidad radica en un gusto y una estabilidad económica. Sin embargo, cuando se habla de la trabajadora sexual, se hace énfasis en mujeres con baja autoestima, que inevitablemente terminan vinculadas con la drogadicción, para finalmente concluir que sus vidas han sido flageladas y consumidas por el trabajo y buscan salida en la rehabilitación.

Tercer sector

En el ejercicio de comparar las representaciones de las tres fundaciones y la ONG entrevistadas se articulan diversos elementos centrales y transversales que configuran la representación social grupal de este actor. Sin embargo, se debe advertir un fuerte disenso entre la representación de las fundaciones y la de la ONG en cuanto a la posición que plantean frente a quién ejerce el trabajo.

Para las fundaciones, las mujeres se configuran como agentes victimizados del sistema económico y moral de la sociedad colombiana, razón por la cual su participación es un salvavidas que les permite rehabilitarse, reincorporarse, capacitarse y encaminar sus vidas hacia horizontes más dignos. Mientras tanto, la ONG desarrolla la categoría de mujeres en condición de prostitución, distinguiendo de esta manera entre aquellas que son víctimas de la explotación sexual —a quienes se refieren las fundaciones— y las mujeres en condición de prostitución. No obstante, a diferencia de la representación de las fundaciones, este actor plantea que el escenario de explotación es exclusivo para niños, niñas y adolescentes, lo que marca el primer gran desacuerdo entre ambas representaciones.

El primer elemento que debe ser referido es que el trabajo sexual necesariamente está articulado a lógicas estructurales del modelo económico capitalista (la necesidad de garantizar las condiciones materiales de vida de las trabajadoras y de sus familias). Aunque esto es central para entender el ingreso y permanencia de las mujeres en esta industria, no es el foco de análisis de este actor. Su preocupación se centra en las condiciones individuales de las mujeres que ejercen la prostitución y los factores que permiten la reproducción de este fenómeno. Así las cosas, este actor parte de una concepción negativa de la categoría de *trabajo sexual*, debido a que, independientemente de que se entienda como un escenario, como un medio o como un fenómeno, siempre desemboca en la pérdida de atributos humanos. El actor destaca lo siguiente: los principios y valores éticos de quien ejerce el trabajo sexual, su dignidad, su integridad e incluso la autonomía sobre su cuerpo y sus decisiones.

Desde esta perspectiva, considerar la prostitución como un trabajo implica legitimar las diferentes formas de violencia que siempre acompañan esta actividad y la mercantilización del cuerpo de un ser humano, ignorando esos atributos humanos y sobreponiendo el factor económico en las relaciones laborales. En cuanto a dichas formas de violencia, el actor no se refiere únicamente a una violencia de carácter económico, sino que también alude a la violencia psicológica, social y física a la que se ven enfrentadas las mujeres en este mundo y que termina aumentando su vulnerabilidad social.

En este contexto, además, se agudiza la vulnerabilidad debido a la falta de registro y tenencia de datos del territorio y de la población, lo que impide el seguimiento del fenómeno. Sin embargo, este actor no desconoce la existencia de sujetas activas que han construido organizaciones sociales, pero que, por las mismas condiciones que giran en torno a la prostitución, se han visto imposibilitadas de consolidar tales organizaciones, que por ello han terminado en grupos fragmentados en el barrio Santafé.

Por otro lado, las razones que explican el ingreso a la prostitución son variadas. Entre ellas se destaca i) el gusto, ii) la necesidad (ya sea de un sueldo, de hospedaje o de alimentación) y iii) la drogadicción. Esta última no solo se configura como una causa, sino que termina siendo un elemento cotidiano en la vida de las mujeres; es decir, dentro de la prostitución, además de haber un intercambio de dinero por sexo, también hay dinámicas de intercambio de sexo por drogas, de sexo por alcohol y de sexo por seguridad.

Ahora se resaltarán, de manera especial, el modelo de acción que plantea cada una de las entidades que conforman este actor para combatir la prostitución. La primera fundación entrevistada despliega un modelo categorizado por nosotras como rehabilitador, debido a que busca emprender un proceso de rehabilitación de las mujeres que se desempeñan en la prostitución, llenando sus corazones de principios y valores cristianos y transformando su visión del mundo. La segunda fundación se basa en un modelo enfocado en derechos humanos, en la medida en que considera que su aporte a la sociedad está relacionado con el empoderamiento de las mujeres que ejercen la prostitución mediante la consolidación de sus acciones en procesos organizativos más sólidos. En esta misma categoría de derechos humanos ubicamos la representación de la ONG, porque esta última considera que el núcleo de análisis de este fenómeno es la garantía de la accesibilidad a un conjunto de derechos relacionados con la salud, el desarrollo económico, la educación y la justicia para las trabajadoras. Finalmente, la tercera fundación asume la perspectiva de un modelo categorizado como de capacitación laboral, dado que sus prioridades se ubican en el aprendizaje de otras habilidades y conocimientos para que,

cuando las mujeres salgan de la fundación, puedan desempeñarse en otros sectores productivos.

Trabajadoras sexuales

El concepto central en la representación social de este actor es el de trabajo, lo que implica de entrada exigir la intervención del Estado para garantizar unos mínimos en el cumplimiento de la labor: seguridad, derechos laborales, estabilidad jurídica y acompañamiento de otras instituciones que permitan acceder a derechos fundamentales que actualmente para ellas se configuran como privilegios, principalmente salud, educación y vivienda propia. Adicionalmente, se pueden rastrear tres grandes elementos que dan profundidad a esta representación social.

El primer elemento corresponde al dinero, el cual, a diferencia de lo que ocurre en otras representaciones, adquiere un papel protagónico para las trabajadoras sexuales en la medida en que la transferencia económica se convierte en el principal factor de ingreso a esta industria. Es decir, para este actor no hay un elemento de autorrealización profesional o reconocimiento social en el ejercicio de su labor, sino que su motivación es necesariamente económica. Ahora, esta situación no se debe traducir en que este trabajo es necesariamente rentable para quienes lo ejercen, pues a pesar de las facilidades económicas (en cuanto a pagos) que se tienen, la inestabilidad constante no permite unos ingresos fijos. En otras palabras, la ganancia o el “sueldo” del día es un asunto azaroso e indeterminable; en los términos de las trabajadoras, es muy común “blanquearse” varias veces al mes y “enguacarse” una que otra vez, lo que hace oscilar sus ingresos mensuales.

En cuanto a las razones que explican la permanencia de las mujeres en este trabajo, se pueden mencionar dos, El dinero nuevamente es un factor central, principalmente porque, como ya se enunció, no resulta necesario esperar un pago quincenal ni mensual, puesto que la ganancia es diaria, lo que facilita el sustento económico y la posibilidad de no endeudarse constantemente. La segunda razón tiene que ver con el manejo “libre” de los horarios, puesto que, al no tener que cumplir con un horario laboral preestablecido, quienes ejercen este trabajo pueden dedicar horas de

la mañana al cuidado de sus hijos y las noches a sus actividades laborales.

No obstante, esta segunda razón exige una reflexión adicional, pues si bien la elección de los horarios es una decisión autónoma, muchas de las trabajadoras se someten a jornadas de 24 y hasta 48 horas seguidas en las que tienen que dejar a sus hijos al cuidado de otra persona y pagar multas por amanecer en los establecimientos, o laborar toda la noche en la calle sin ningún tipo de descanso. Adicionalmente, existen otras razones que explican la permanencia de las mujeres en el negocio (la mayoría de ellas derivadas igualmente de la obtención del dinero), como el deseo de costear intervenciones estéticas y carreras universitarias, el envío de remesas a familiares en otros países y en algunos casos el placer que genera el empleo.

En este orden de ideas, frente al primer elemento se puede concluir que las trabajadoras sexuales consideran que su cuerpo es una empresa que se usa para el lucro y, por lo tanto, requiere del desprendimiento de los sentimientos, una actitud profesional cuando se está trabajando y el mantenimiento de la fachada y de los instrumentos para prestar el mejor servicio.

El segundo elemento que configura la representación de este actor tiene que ver con los riesgos que se corre al ejercerlo. Con esto, las trabajadoras cuestionan la idea generalizada según la cual el trabajo sexual “es un trabajo fácil”, pues pareciera que se vuelven invisibles los múltiples peligros a los que se enfrenta su integridad física y su salud mental cotidianamente, así como el contacto al que se tienen que someter con sus directos agresores. Las trabajadoras identifican dos principales agresores. En primer lugar, los clientes, quienes, además de maltratarlas, las roban cuando no se sienten satisfechos o cuando, después de prestado el servicio, no cuentan con el dinero suficiente, apelando a acusaciones que son incuestionablemente aceptadas por los dueños de los establecimientos. En segundo lugar, los mismos patrones o dueños de los establecimientos, que, tal como narran las trabajadoras, las violentan de distintas formas.

Por un lado, son obligadas a consumir y a inducir a los clientes al consumo de las bebidas alcohólicas —generalmente adulteradas— y

psicoactivas ofrecidas en el local, y de no hacerlo, pueden ser objeto de despido, de agresión y humillación frente a sus compañeras. Por otro lado, los criterios de contratación responden a medidas discriminatorias como la edad, la apariencia física, la nacionalidad o la raza, en virtud de lo cual, aquellas que no estén dispuestas a aceptar las tarifas, y que no cumplan con las condiciones y los perfiles ideales, se ven marginadas. Estas modalidades de violencia han motivado el traslado del trabajo sexual a las calles, donde se creería que quienes lo ejercen tienen mayor libertad de movilidad y exposición a los clientes, cuando la realidad es que en las calles del barrio Santafé también operan lógicas de gobiernos clandestinos, que son las que determinan el desarrollo del trabajo y la distribución de los territorios.

Finalmente, el tercer elemento tiene que ver con la estigmatización y sus efectos en la posibilidad de reivindicar este trabajo como un trabajo igual de válido a los otros. Resulta paradójico que, a pesar de que la principal motivación de la decisión de estas mujeres para ejercer el trabajo sexual sea sostener económicamente a sus hijos y familias en general, tengan que llevar una doble vida o construir una fachada que encubra su empleo con tal de que estos no se enteren. En términos de las trabajadoras: *a veces los familiares son nuestros principales verdugos*. Por tanto, es común que sus discursos en espacios diferentes a los laborales —especialmente en el hogar— sean contradictorios o incluso refuercen los valores que estigmatizan su labor como trabajadoras. De ahí que en sus narraciones expongan situaciones como esta:

Por eso cuando vengo borracha me quedo mejor con el cliente y no llego tomada a mi casa, sino sobria, bien limpiecita con el cabello sequito, o sea regia [...]. Yo soy yo misma en la calle, un desorden en la cama y otra en la casa... ¿Sí me entienden? Entonces yo en mi casa sí no digo malas palabras, no hago malas cosas, lo único malo que hago es fumar marihuana, de resto no... (Trabajadora sexual, entrevista personal, 13 de noviembre de 2019)

Este testimonio da a entender que los comportamientos en la calle, es decir, cuando ellas son ellas mismas, son malos y no deben ser aprendidos por sus hijos. Entonces, vender el cuerpo es

malo, mostrar el cuerpo es malo, llegar borracha a la casa es malo, decir groserías es malo, vestirse de determinada manera es malo y relacionarse con los hombres de cierta manera es malo. En otras palabras, no responder al modelo de mujer buena, de la casa y casta, propio de la religión católica, es malo.

Comparación de representaciones sociales complejas

A partir de lo anterior, se identifican tres grandes grupos de representaciones que responden a los modelos abolicionista, reglamentarista y laborista. Sin embargo, en la medida en que las representaciones sociales son dinámicas y complejas, no se puede afirmar que estas corresponden absolutamente a un modelo, sino que es visible cómo ciertos elementos, que son periféricos, entran en diálogo con los otros modelos.

El primer grupo corresponde al abolicionismo, en el cual se puede agrupar a los actores que trabajan directamente en la zona, es decir, las fundaciones e Iglesias. El núcleo central de esta representación gira en torno a la posición de víctima propia de las mujeres que ejercen el trabajo sexual. Además, hay una crítica en el fondo al modelo capitalista y patriarcal, pues este favorece la fetichización y cosificación del cuerpo, lo cual genera violencia hacia ellas. En el caso de la Iglesia, se le suma que hay una crítica hacia una sociedad sin valores que impulsa la pérdida de principios de autocuidado y bienestar social. En este orden de ideas, las lógicas que explican el ingreso y la permanencia de las mujeres en esta labor están necesariamente vinculadas a un *continuum* de violencia física, psicológica, económica y, en el caso de una de las fundaciones, violencia estructural.

De esta forma, el horizonte ético de estos actores es sacarlas, extraerlas o rehabilitarlas, y en ese sentido hay una contradicción en relación con la crítica mencionada anteriormente, pues los mecanismos a través de los cuales se procede a esa extracción giran en torno a la formación técnica, que deriva en el emprendimiento y la tercerización, lo que precariza la fuerza laboral. Así, la apuesta no es la transformación estructural para romper esas dinámicas. Es decir, estos actores no abogan por la transformación estructural

del modelo —excepto una fundación—, ni por la consolidación de nuevas relaciones que rompan con las dinámicas patriarcales y capitalistas.

De igual forma, a pesar de que los ubicamos en el abolicionismo, ninguno de estos actores menciona una intervención estatal basada en la persecución del cliente, que es un actor que pierde centralidad en esta representación. Vale la pena recalcar que esta fundación es la única que les otorga importancia a los procesos organizativos de trabajadoras sexuales, con lo cual matiza la visión de las trabajadoras como sujetas pasivas.

El segundo grupo corresponde al reglamentarista y en él se agrupan dos actores: los burócratas y representantes políticos. El núcleo central de esta representación gira en torno al derecho a la libre elección. Así, las mujeres escogen el trabajo sexual como una opción laboral legítima, aun cuando este trabajo se inscriba en la necesidad de las mujeres por sobrevivir en un sistema patriarcal.

Este voluntarismo desplaza la noción de víctimas por la identificación de aquellas mujeres como sujetas activas. Sin embargo, no implica el reconocimiento abierto de los procesos organizativos ni del papel protagónico de las mismas en la construcción de una política pública sobre el tema. En este sentido, la apuesta de estos actores es garantizar los derechos más fundamentales de las trabajadoras sexuales (educación, salud, vivienda, igualdad jurídica, entre otros) que han sido sistemáticamente vulnerados por su condición laboral. De esta manera, la noción de actividades sexuales pagadas (ASP) es utilizada por estos actores para condensar aquellas actividades relacionadas con la industria sexual, y el trabajo sexual es entendido como ASP en contexto de prostitución. Esta categoría, excesivamente tecnicista, dificulta la identificación de una posición concreta en torno al reconocimiento, o no, del trabajo sexual como un trabajo y, por consiguiente, de todos los derechos laborales que constitucionalmente lo deben acompañar.

En consecuencia, esta representación parece estar muy vinculada a las lógicas del libre mercado, en el que la intervención del Estado es reducida y los grandes beneficiados son los agentes del mercado. Para el caso del trabajo sexual: los clientes que pueden acceder a servicios sexuales de manera fácil y estarán protegidos ante la ley

y los dueños de establecimientos, pues en virtud de la legitimación de este trabajo se puede encontrar una mayor facilidad para la explotación laboral.

En conclusión, esta representación parte de asumir que el trabajo sexual existe, que no se puede erradicar y que, en ese sentido, la apuesta estatal debe ser controlarlo sobre la base del reconocimiento de derechos, en un sentido amplio, y desde la perspectiva del ordenamiento territorial. Esto último debe entenderse en el sentido de que el Estado determine ciertos espacios en las localidades en los que se permita comprar y vender actividades sexuales pagadas. Es pertinente señalar que, a pesar de que el reglamentarismo es un modelo que enfatiza bastante en el tema de la salud con respecto al trabajo sexual, lo cierto es que ese elemento está muy alejado del núcleo central de esta representación; de hecho, la única institución que subrayó esta cuestión fue la Secretaría de Salud.

Finalmente, el tercer grupo, que responde a la teoría laborista, está compuesto esencialmente por las trabajadoras sexuales y liederesas. Esta representación gira entorno a la reivindicación del reconocimiento del trabajo sexual como cualquier otro trabajo. En ese sentido, es deber del Estado romper con las zonas grises que actualmente gobiernan el barrio Santafé, interviniendo principalmente en dos sentidos: i) protegiendo a las trabajadoras de las múltiples formas de violencia a las que se exponen y ii) garantizando el disfrute de derechos laborales a estas mujeres.

Por un lado, el centro de este discurso siempre fue el dinero, lo que parece indicar que no hay una apuesta por una autorrealización en el ejercicio del trabajo ni por un efectivo liderazgo que apunte realmente al establecimiento de un modelo laborista en relación con trabajo sexual. Por el contrario, es reconocido por ellas que, ante un escenario en el que puedan cambiar de empleo conservando las mismas facilidades económicas, su respuesta a la posibilidad de cambiar sería afirmativa. Esto complejiza las pretensiones de hacer del trabajo sexual un trabajo digno, reconocido y legítimo, en la medida en que este sigue siendo un trabajo del que se quiere escapar cuanto antes, un ejercicio coyuntural, lo que refleja la falta de identificación con el mismo.

Por otro lado, y aquí es donde se manifiesta de la manera más clara esta contradicción, parece ser que, aunque exista una apuesta

por reconocer a estas mujeres como sujetas activas que ejercen este trabajo por voluntad, este discurso choca con las condiciones materiales de Santafé, que no posibilitan realmente este proceso de empoderamiento. Lo interesante de estas contradicciones es que develan que la transgresión de estas actoras no pasa necesariamente por la conciencia. Aun en la afirmación de la heteronorma, que dispone los cuerpos socialmente feminizados para el goce y el placer de los hombres, hay un proceso de ruptura que se manifiesta en el cuestionamiento de la división entre mujeres buenas y malas. Cuando ellas afirman que lo que hacen es un trabajo como cualquier otro, afirman ser dueñas de su cuerpo, puesto que rompen con la idea de que son víctimas.

Sin embargo, esto no es necesariamente emancipatorio debido a que se topa con contradicciones tanto discursivas como materiales que impiden una realización al respecto y que hacen parte del contexto. Entre ellas se encuentra el hecho de que, aunque sea un trabajo como cualquier otro, sea negado ante la familia por miedo a la estigmatización, y se acepte que se cambiaría si se pudiera trabajar en otro lugar y con el mismo sueldo. En algunos fragmentos de las entrevistas se negaba incluso la explotación sexual en niños y adolescentes y se evidenciaban rivalidades muy agudas entre trabajadoras. Pero, igualmente, esto responde a las condiciones materiales de Santafé, porque quienes ejercen este trabajo sobreviven a diario en situaciones que constantemente ponen en riesgo su integridad y su vida. Por tanto, una política pública que apunte a la emancipación debe abogar por la transformación de las dinámicas que se dan en la zona, pero también por la creación de espacios para la apropiación y la articulación de las trabajadoras sexuales.

Por otra parte, dentro de la visión laborista se puede identificar a las trabajadoras sexuales y a las lideresas, en la medida en que se visualiza la manera en que estos actores abogan por los derechos laborales equiparando el trabajo sexual con cualquier otro trabajo y, en este orden de ideas, se reivindican como trabajadoras sexuales. Así, se puede decir que hay una búsqueda por el reconocimiento de su trabajo, pero una imposibilidad de negar las condiciones materiales concretas del mismo. De igual manera, se admite que el ejercicio de este trabajo está estigmatizado y que, además, está

inscrito dentro de diferentes condiciones que llevan a la vulneración de los derechos de las trabajadoras, a causa de lo cual es necesario que el Estado intervenga. Por otra parte, se plantea que el problema del laborismo es que no se logra consolidar debido a la falta de asociación y, en este orden de ideas, a la dificultad de incidir en los otros referenciales.

En suma, las representaciones reconstruidas de esta forma dan cuenta de la diversidad y complejidad del trabajo sexual y de cómo las especificidades de cada actor pueden configurar nociones diferentes alrededor de lo que es dicho trabajo y de cómo debería ser tratado. El enfoque que prevalece alrededor de esto es el reglamentarista, pues, aunque el abolicionismo, por lo que hace a las representaciones, sea evidente dentro del territorio, no existe una apuesta real por la eliminación del fenómeno.

Recomendaciones de política pública

Este proceso investigativo ha decidido ratificar su compromiso con una postura laborista, lo cual se desprende de los hallazgos presentados anteriormente. Esto también requiere comprender la necesidad de que la política pública sobre este tema esté sustentada en un enfoque de derechos y desde una perspectiva interseccional⁶. De esta forma, las recomendaciones aquí sugeridas son las siguientes:

1. La intervención estatal debe tener como base el reconocimiento de que quienes ejercen el trabajo sexual han estado inmersas en un continuum de violencia.

Este reconocimiento debe empezar a darse con la formación en las instituciones relacionadas con el tema del trabajo sexual, para que cuando se intervenga haya una preocupación por no caer en dinámicas revictimizantes. Esta formación y capacitación implica de

.....
6 Esto supone que los sujetos inmersos en este fenómeno se complejizan debido a la intersección de raza, género (que se agudiza con la diferenciación entre mujeres cisgénero y mujeres transgénero), clase, edad, lugar de procedencia, tanto nacional como internacional (con especial énfasis en los flujos migratorios provenientes de Venezuela), y también por su condición de mamás.

por sí una transformación en la institucionalidad, pues se identifica que en la actualidad hay una carencia en la garantía de derechos fundamentales, lo que es de suma importancia para el ejercicio del trabajo sexual y para el mismo bienestar de las trabajadoras. Entre otros derechos, se debe reconocer el derecho a la salud, al trabajo digno y a la educación. Sumado a ello, debe existir un reconocimiento de derechos laborales, dado que, al ser considerado como un trabajo normal, el trabajo sexual debe contar con las garantías correspondientes para su ejercicio.

Ahora, para que esto sea posible, la institucionalidad estatal debe realizar un censo de las trabajadoras sexuales respetando siempre la confidencialidad de sus datos. Este censo ayudará a que la regulación del trabajo y el control sean más precisos, a que las instituciones brinden las maneras o los mecanismos que permitan que las trabajadoras sexuales puedan contar con una protección social, salud y pensión, teniendo en cuenta la fluctuación de esta población. Finalmente, se identifica que hay un riesgo alrededor del trabajo sexual, y el Estado debe brindar protección ante estos posibles riesgos y también pensar el tema de la protección a los hijos de las trabajadoras⁷.

Pensar en este *continuum* de violencia también pasa por la creación de espacios que permitan que las mujeres que quieran dejar de ejercer el trabajo sexual tengan alternativas dignas para hacerlo. Esto implica que se les dé una formación académica, pero también una formación política; sumado a esto, es importante que haya procesos de acompañamiento psicológico y espiritual para las trabajadoras sexuales.

2. Debe haber un ordenamiento territorial que tenga como base el control sobre el territorio.

Es necesario reconocer que, para que exista un adecuado ejercicio del trabajo sexual, que se sustente en una postura laborista y que pueda poner en práctica todos los derechos que se desprenden de la transformación de las instituciones mencionada en párrafos

.....

7 Su cuidado, por lo general, está a cargo de fundaciones con jardines 24/7 y jardines clandestinos que no tienen un control y aseguramiento de la protección de los niños; por tal motivo, se debe pensar en la apertura de espacios de cuidado estatales para los hijos de las trabajadoras sexuales.

anteriores, se debe transformar la forma en que se ordena el territorio a través de una ZESAI, que se caracteriza por estar configurada como una zona gris. Esto supone que es necesario que existan espacios especializados para el ejercicio del trabajo sexual, pues eso facilitaría el control estatal sobre estas zonas y, con ello, un ejercicio más completo de acuerdo con la regulación del trabajo sexual y la protección de quienes lo ejercen. Ese control debe garantizar que este trabajo no siga desarrollándose bajo una lógica a través de la cual la frontera entre lo legal y lo ilegal se hace invisible.

Por este motivo, se vuelve imperativo que el Estado logre el control territorial de estas zonas, para que dejen de ser zonas grises, porque de lo contrario se agudizaría la vulnerabilidad de quienes ejercen el trabajo sexual. Para ello, es necesaria la presencia de todas las instituciones relacionadas con el trabajo sexual en la zona y que exista un seguimiento estadístico y cualitativo del fenómeno dentro de estos territorios, que ponga especial atención en los establecimientos que se encuentran ubicados allí y en los que se permite el trabajo sexual.



Figura 1. Trabajo sexual en el barrio Santafé

Fuente: Elaboración propia. Localidad Los Mártires. Barrio Santafé, ZESAI.

Esta argumentación toma fuerza cuando los actores relacionados con el territorio donde se ejerce el trabajo sexual reconocen su espacio como un escenario enmarcado en la violencia (psicológica, física), en el que convergen la legalidad, bajo la forma de un ciclo de consumo regido por el mercado de los cuerpos diversos, y la ilegalidad del flujo de drogas. Sin embargo, a pesar de esta diversidad, ciertas subjetividades (transgénero y homosexuales) son marginalizadas en los espacios más reconocidos de esta economía y en los establecimientos que tienen un estatus de exclusividad, lo que repercute en una menor estabilidad económica. Esto es evidente en la figura 1.

3. Es necesario el diálogo entre actores, una política pública construida por todas.

Finalmente, si el objetivo de la política pública pone en el centro la integridad y los derechos de quien ejerce el trabajo sexual, es necesario que el Estado tenga en cuenta los diferentes actores que están alrededor de las dinámicas del trabajo sexual, para que se logre articular o prevenga las posibles agresiones. Los actores en cuestión son los siguientes:

Actores que realizan trabajo social en la zona: Debe existir una articulación de estos actores (Iglesias, fundaciones, ONG) para la construcción de espacios para las trabajadoras que puedan salir, teniendo en cuenta la trayectoria de estos actores dentro de la zona y la representación que han elaborado del trabajo sexual; además, el Estado debe apoyar el seguimiento académico del fenómeno por parte de algunas instituciones especializadas en este tema.

Dueños de establecimientos: Estos actores son esenciales, pues en algunos casos se convierten en los primeros agresores de las personas que ejercen el trabajo sexual. Por tal motivo, la acción del Estado debe girar en torno a la exigencia de que este actor rinda cuentas y establezca relaciones contractuales con las trabajadoras que ejercen dentro de los establecimientos.

Clientes: Al igual que los anteriores actores, los clientes están entre los principales agresores de las trabajadoras sexuales. Por tal motivo, más allá de lo relacionado con la salubridad, la política pública debería contemplar la creación de instancias que faciliten

los procesos judiciales concerniente a violaciones de DDHH, la construcción de una línea de atención para violencias ejercidas en el contexto del trabajo sexual y, naturalmente, la capacitación para el acceso a estas dos herramientas.

Academia: Este actor debe estar articulado con el Estado para realizar un seguimiento académico al fenómeno que contribuya a los procesos de intervención estatal, pues se evidencia que, aunque existe una articulación de los desarrollos académicos sobre el tema, esta es muy débil⁸. Sumado a ello, en este marco, se debe apuntar a la creación de un observatorio distrital del trabajo sexual que cuente con una comisión de verificación de DDHH y de seguimiento a establecimientos e instituciones estatales.

Trabajadoras sexuales: Este actor se menciona en este espacio debido a que, más allá de las transformaciones que se señalaban anteriormente, es necesario que exista una apuesta por que las trabajadoras sexuales se apropien de su entorno y de su trabajo, lo cual tiene que trascender las intervenciones estatales. En ese sentido, estos espacios deben apuntar a la agremiación y sindicalización a partir del apoyo a los procesos de base que ya se han generado, y también de la generación de nuevos proyectos organizativos.

Conclusiones

El proceso investigativo presentado en este escrito pudo evidenciar un conjunto de elementos que pueden nutrir tanto el proceso investigativo posterior sobre el trabajo sexual como el enfoque cognitivo de análisis de políticas públicas de Müller y el proceso mismo de construcción de política pública. Si bien es cierto que tiene ciertas limitaciones, producto de que la muestra presentada no fue representativa y el diálogo con ciertos actores fue imposible debido a las dinámicas de la zona (como fue el caso con las Iglesias católicas), sí arroja una conclusión bastante fuerte con relación al aporte de la identificación de las condiciones de Santafé con respecto al trabajo sexual.

.....
8 Esto debe estar basado en una ética del cuidado, que consiste en la garantía de no explotación a las trabajadoras sexuales, cláusulas de clandestinidad y reconocimiento y retribución a quienes participen en esto.

En un primer momento, es necesario reconocer que el ejercicio sobre las representaciones permitió establecer una representación que trasciende el núcleo tradicional asociado con la salud y las ETS, visible en el estado del arte. En un segundo momento, las representaciones sociales evidencian que las relaciones entre los actores son complejas debido al choque entre núcleos centrales, lo que da muestra de la fragmentación entre estos. En consecuencia, si bien el referencial cognitivo de Müller permite un acercamiento a la clasificación de actores en el marco de una política pública, existe una debilidad al respecto y tiene que ver con la disputa política entre los actores mismos por la definición de una representación —o por lo menos por la imposición de una sobre las demás—, evidente en la complejidad de las representaciones. Esto será notorio en el momento de formulación, implementación y evaluación de la política pública.

Además de este inconveniente, es evidente que, dadas las condiciones de este trabajo en un contexto como la ZESAI, la legitimidad del Estado y su reconocimiento por parte de quienes habitan a diario en este territorio es muy baja y en algunos casos nula, lo cual dificulta la articulación con otros actores. En parte, eso es producto de la ausencia de algunas instituciones (como la Secretaría de Participación), que, aunque estén en la zona, inciden muy poco en ella. Por tal motivo, es necesario que todo el proceso de construcción de una política pública sobre este tema sea completamente participativo, que contemple y reconozca a los actores sociales que llevan mucho tiempo trabajando en la zona, y para ello pueden ser muy útiles algunas metodologías de estudio de las representaciones sociales: mapeo cultural, elección sucesiva por bloques. Pero, sobre todo, ante tal complejidad, una política pública sobre el tema debe poner en el centro a las trabajadoras sexuales y su voz, pues son ellas quienes a diario viven las contradicciones de esta labor, ponen en riesgo su vida, su integridad y su dignidad; son ellas el niño de Omelas.

Referencias

- Abric, J.-C. (2001a). Metodología de recolección de las representaciones sociales. En *Prácticas sociales y representaciones* (pp. 53-74). México: Ediciones Coyoacán.
- Abric, J.-C. (2001b). Prácticas sociales, representaciones sociales. En *Prácticas y representaciones sociales* (pp. 195-214). México: Ediciones Coyoacán.
- Abric, J.-C. (2001c). Las representaciones sociales: aspectos teóricos. En *Prácticas sociales y representaciones* (pp. 11-32). México: Ediciones Coyoacán.
- Araya, S. (2002). *Las representaciones sociales: ejes teóricos para su discusión*. San José: Flacso.
- Batliwala, S. (2011). *El movimiento de las trabajadoras sexuales en el suroeste de la India: Programa VAMP/SANGRAM*. Por el equipo de SANGRAM/VAMP. Asociación para los Derechos de la Mujer y el Desarrollo (AWID). Toronto, Canadá.
- Borbón, S. D. (2018). *Tratamiento normativo y jurisprudencial del trabajo sexual en Colombia frente al condicionante histórico social de vulneración de derechos*. Bogotá: Universidad Católica.
- Corte Constitucional. (2010). Sentencia T-629. Bogotá.
- Delgado, C. y Gutiérrez, A. (2014). Análisis de la representación social de la prostitución de las mujeres en perspectiva de género. En O. Fernández (coord.), *Mujeres en riesgo de exclusión social y violencia de género* (pp. 83-92). León: Universidad de León.
- Guerrero, D. (2017). Antecedentes normativos y jurisprudenciales de la prostitución en Colombia. En *El ejercicio de la prostitución como trabajo sexual, implicaciones sociales y régimen jurídico*. Bogotá: Universidad Católica.
- Guin, U. L. (2016, agosto). *Los que se marchan de Omelas*. Biblioteca Anarquista La Revoltosa. Recuperado de: <https://bibliotecalarevoltosa.files.wordpress.com/2010/09/maquetacic3b3n-completa.pdf>.
- Laverde, C. A. (2015). *Prostitución y trabajo. Condiciones sociales y laborales de mujeres trabajadoras sexuales en la ciudad de Bogotá*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE; Editorial Milla.
- Moscovici, S. (1979). *El psicoanálisis, su imagen y su público*. Buenos Aires: Huemul.

- Muller, P. (2006). *Las políticas públicas*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz, M., Gajardo, N., y Briceño, H. (2005). *Políticas públicas y comercio sexual femenino adulto* (tesis doctoral, Universidad Academia de Humanismo Cristiano).
- Oberti, P. (2015). *El estudio de las representaciones sociales como aporte para las intervenciones profesionales*. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República de Uruguay.
- Observatorio de Trabajo Sexual. (2016). *Ley entre comillas: Informe de derechos humanos*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. México: Universidad Autónoma Metropolitana; Anthropodos Editorial.
- Rocha, I. (2013). Como seres humanos: Una mirada al proceso de legislación de la prostitución como trabajo sexual en el Uruguay. *Revista Encuentros Latinoamericanos*, 7(2).
- Ruiz, D. (2008). *Prostitución y representaciones sociales*. V Jornada de Sociología de la UNLP. Universidad Nacional de la Plata. Facultad de humanidades y Ciencias de la Educación. Departamento de Sociología. La Plata.
- Villacampa, C. (2013). Políticas criminalizadoras de la prostitución en España: Efectos sobre las trabajadoras sexuales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

Banco de perfiles genéticos en Colombia: una mirada a su eventual implementación e incidencia en las garantías de los sujetos pasivos del proceso penal

Víctor Daniel Arévalo Grande*

Sonia Daniela Patiño Ariza*****

Juan David Castro Ramírez**

María Cristina Patiño González

Juan Sebastián Cepeda Sánchez***

Directora

Laura Espinosa Botero****

Resumen

Con la incorporación de nuevas tecnologías a la administración de justicia, en muchos países se han implementado bancos de perfiles genéticos (BPG), que consisten en bases de datos en donde se almacenan muestras de ADN extraídas de diferentes personas para determinar su perfil genético. A los BPG se les ha dado diferentes usos; sin embargo, este texto centra su atención en su utilización en los procesos penales, en los que aportan pruebas de carácter técnico-científico. Actualmente, en Colombia se pretende implementar un BPG vinculado a la comisión de delitos de alto impacto, por medio del proyecto de ley estatutaria 106 de 2018, por lo que se hace necesario analizar su aplicabilidad en el sistema penal acusatorio colombiano, teniendo como eje central las garantías procesales del sujeto pasivo de la acción penal. Lo anterior permite concluir que, si bien la implementación de un BPG en Colombia no es *per se* inconstitucional, sí podría afectar gravemente derechos fundamentales en la medida que su implementación no armonice con los preceptos legales y constitucionales que limitan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

* Estudiante de pregrado de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: vda-revalog@unal.edu.co

** Estudiante de pregrado de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: judcastrora@unal.edu.co.

*** Estudiante de pregrado de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: juscepedasa@unal.edu.co.

**** Estudiante de pregrado de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: laespinosabo@unal.edu.co.

***** Estudiante de pregrado de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: sdpatinoar@unal.edu.co.

Palabras clave: Banco de perfiles genéticos, garantías del sujeto pasivo del proceso penal, *ius puniendi*, ley estatutaria 106 de 2018, medicina legal.

Abstract

With the update of new technologies to the administration of justice, in many countries Banks of Genetic Profiles (BPG) have been implemented, which consist of databases where DNA samples taken from different people are stored to determine their genetic profile. The Banks of Genetic Profiles have different uses; however, this text focuses on the use in criminal proceedings where they provide evidence of a scientific and technical nature. Currently, in Colombia it is intended to implement a Bank of Genetic Profiles identified to the perpetration of high-impact crimes through the Statutory Law Draft 106 of 2018; Therefore, it is necessary to analyze its applicability on the Colombian accusatory criminal system, having as its central axis the procedural guarantees of the accused. The above to conclude, although the implementation of a Bank of Genetic Profiles in Colombia is not by itself unconstitutional, it could seriously affect fundamental rights by not harmonizing its implementation with the legal and constitutional precepts that limit the punitive exercise of the State.

Keywords Bank of genetic profiles, guarantees of the accused, legal medicine, punitive power of the State, Statutory Law Draft 106 of 2018.

Introducción

La tecnología ha jugado un papel crucial en la evolución de la administración de justicia, con lo cual los procedimientos que la rodean se han visto permeados por la progresiva tecnificación. En este sentido, los bancos de perfiles genéticos (BPG), que consisten en bases de datos donde se almacenan muestras de ADN de distintas personas para extraer su perfil genético, han generado gran impacto en términos del uso de pruebas técnico-científicas en los procesos penales.

Los BPG han sido implementados en países como Inglaterra, Francia, Estados Unidos, Argentina y Chile, entre otros; pero en Colombia, a pesar de haberse presentado propuestas para su implementación, ninguna ha sido aprobada. Actualmente, el debate continúa con el “Proyecto de ley estatutaria 106/18 que crea el Banco

Nacional de Datos Genéticos vinculados a la comisión de delitos violentos de alto impacto”.

La presente investigación tiene como propósito determinar si el proyecto de ley estatutaria 106/18 incide de forma negativa en las garantías de los procesados, específicamente en las consagradas en la Constitución política y en la ley 906 de 2004, de cara al uso de los BPG para afrontar problemáticas de política criminal tales como la lucha, prevención y sanción de los delitos violentos; para ello, el escrito destaca los posibles elementos conflictivos con el ordenamiento procesal penal y los analiza a la luz del contenido superior de las garantías de los acusados.

En efecto, la discusión sobre la incidencia de la implementación de un BPG en Colombia posee un trasfondo constitucional de obligada consideración, pues sus implicaciones, tanto académicas como prácticas, se tornan relevantes en cuanto a cómo se entiende y se articula en el sistema penal. *Prima facie*, el proyecto de ley estatutaria evidencia un desconocimiento de varias de las garantías constitucionales y procesales, que revisten una enorme importancia dentro de nuestro régimen penal, ya que significan, entre otros aspectos, límites claros al *ius puniendi* del Estado.

Para el desarrollo del objetivo propuesto, se tomó como punto de partida el proyecto de ley estatutaria 106/18, teniendo en cuenta que la implementación de los BPG es a la fecha una propuesta legislativa y aún no existen disposiciones legales al respecto. Seguidamente, se examinaron los aportes tanto doctrinales como jurisprudenciales que estuvieran enfocados en el uso de material genético en procesos penales, para establecer cuál es la visión actual sobre el tema. A continuación, se analizaron las garantías establecidas en la carta magna y desarrolladas normativamente por la ley 906/04 y se confrontaron con la incidencia que puede llegar a tener el proyecto de ley estatutaria en estas. Finalmente, se aportaron elementos de reflexión acerca del respeto mínimo que la legislación en cuestión debe ofrecerles a los sujetos pasivos del proceso penal.

Para este fin, el presente documento está desarrollado en cuatro acápites: el primero expone un panorama respecto de la implementación de BPG en el ámbito internacional; el segundo conceptualiza las principales garantías del procesado y sus límites

jurisprudenciales; el tercero evidencia las tensiones existentes entre el proyecto de ley y las garantías procesales; finalmente, en el cuarto, a modo de conclusión se plantean los criterios mínimos que se deben tener en cuenta para la implementación de un proyecto de tal magnitud en la legislación nacional.

Panorama internacional de los BPG

En este apartado se analiza la experiencia de cinco países: Argentina y Chile, por ser modelos de la coyuntura latinoamericana en la materia; Francia y Gran Bretaña, porque son referenciados en el proyecto de ley en mención, y Estados Unidos debido a que es el principal exponente del modelo penal acusatorio.

Para el estudio propuesto sobre la adopción de BPG en otros ámbitos geográficos, se tienen en consideración diferentes criterios que sirven de base para entender la propuesta planteada en el caso colombiano. Entre ellos están los debates que se efectuaron durante su implementación, el tiempo que una muestra de ADN puede ser conservada en el respectivo banco, los sujetos cuyos perfiles genéticos pueden ser consignados en el mismo, los usos que se le dan al banco y los delitos que delimitan su funcionamiento.

Pues bien, en Latinoamérica se advierte que en Argentina existen dos experiencias relevantes en el establecimiento de BPG. Por una parte, se tiene el Banco de Datos Genéticos (BDG) creado en 1987 por la ley 23.511, que surge como producto de los movimientos sociales que buscaban encontrar, mediante pruebas genéticas de filiación, a los desaparecidos en el contexto del terrorismo de Estado en la dictadura de la Junta Militar, y, por otro lado, el Registro Nacional de Datos Genéticos (RNDG) vinculados a delitos contra la integridad sexual implementado por la ley 26.879 del 3 de julio de 2013.

El BDG tuvo facultades amplias en materia de investigación criminal, en el civil, laboral y administrativo. Ello fue así hasta las reformas introducidas por la ley 26.548 de 2009, la cual delimitaría su uso a procedimientos, principalmente de identificación de filiación de personas, en los que existiera una acción penal efectiva contra delitos de lesa humanidad ocurridos hasta el 10 de diciembre de

1983¹. Igualmente, en materia de toma de muestras, se establece que estas se incluyen en el BDG mediante solicitud expresa de sujetos que acrediten sumariamente ser parientes de desaparecidos en la dictadura, dentro del periodo de 1976 a 1983, cuyos cuerpos no identificados puedan encontrarse en fosas comunes.

Ahora bien, en el RNDG se almacena y sistematiza la información genética asociada a las muestras o evidencias biológicas que hubieren sido obtenidas en el curso de una investigación criminal, y de toda persona con sentencia en firme por delitos contra la integridad sexual, así como los perfiles de sujetos no identificados o no individualizados. El artículo 10 de la ley nacional argentina 26.879 indica que, en materia de preservación de la información, las muestras de los sentenciados serán conservadas hasta transcurridos 100 años desde la iniciación de la causa penal por la que se haya dispuesto su incorporación, o por orden judicial, sin que les sean aplicables los términos de prescripción del artículo 51 del Código penal argentino.

Lo anterior, tal como señalan Oscar García y Antonio Alonso (2002), ha suscitado dos debates principales. El primero se centra en señalar que se viola el principio procesal del plazo razonable; y el segundo indica que la implementación del comporta un fortalecimiento de la finalidad de prevención general, en detrimento del principio de culpabilidad. Esto es así porque el registro y la conservación de estos datos por un tiempo técnicamente mayor que el de la vida del sujeto registrado llevan a que se dé preponderancia a una idea que puede resultar muy peligrosa en términos político-criminales.

En Chile, se han desarrollado distintas políticas de manejo de información genética con diferentes fines. Por ejemplo, el proyecto “Chile genómico”, que consiste en tomar la huella genética de toda la población chilena con objetivos científicos y sociales y tratar los datos de forma anónima y pública (Facultad de Medicina, 2015). Igualmente, bajo la denominación de Servicio Médico Legal, también se han construido bases de datos con la información de

.....
1 Artículo 2 de la ley 26.548 de 2009 de la República Argentina.

los familiares de detenidos y desaparecidos durante el régimen de Augusto Pinochet (Bustamante, 2009).

Actualmente, la legislación chilena dispone de cuatro principales grupos de bases de datos de huellas genéticas que comprenden multiplicidad de delitos: el de imputados, el de víctimas, el de condenados y el de familiares de personas desaparecidas. Y en cuanto al tiempo en que se mantienen los datos de una persona en cada grupo de base, es posible establecer dos grandes conjuntos o divisiones: primero, los que se guardan por un tiempo definido, que son los datos de los imputados y las víctimas, cuya información se conserva durante el lapso que dure el proceso (hasta la condena o absolución); y segundo, los que, según la ley, se conservan por un tiempo indefinido, entre los que se incluyen los datos de los condenados y de los casos de desapariciones.

La anterior regulación produjo un importante debate sobre el tiempo de inclusión de las muestras; algunos sectores chilenos opinan que hay una afectación al principio de presunción de inocencia, ya que la toma de la muestra estaría basada en el supuesto de que la persona volverá a delinquir (Fernández, 2009).

En el caso de los Estados Unidos de América, existe un complejo sistema de indicadores de ADN a cargo del Buró Federal de Investigaciones (Federal Bureau of Investigation o FBI por su sigla en inglés), denominado Combined DNA Index System (CODIS). Dicho sistema corresponde, en términos generales, al programa de apoyo del FBI para las bases de datos de ADN en los procesos penales, y a la denominación otorgada al software que se usa para ejecutar dichas bases de datos. El BDG de este país es denominado Sistema Nacional de Índice de ADN (National DNA Index System o NDIS), que es parte integrante del CODIS y en el que están contenidos los perfiles de ADN aportados por los laboratorios forenses en el orden federal, estatal y local (Nelson, 2010). De esta forma, se permite a los laboratorios forenses intercambiar y comparar los perfiles de ADN de manera electrónica, y vincular los delitos violentos con otros del mismo tipo, así como con los delincuentes conocidos.

Esta ley de identificación de ADN dispone que las categorías de datos que pueden mantenerse en NDIS son de los delincuentes condenados, arrestados (cuando la ley del respectivo Estado lo

permite), casos forenses, restos humanos no identificados, personas desaparecidas y los de familiares de estas personas. En este sistema no se almacenan nombres u otros identificadores personales de los infractores o detenidos utilizando el software, ya que, de conformidad con la ley de identificación de ADN, los datos obtenidos son confidenciales, y el acceso está restringido a las agencias de justicia penal para fines de identificación legal, aunque el acusado puede tener acceso a las muestras y a los análisis realizados en relación con su caso, para fines de defensa penal.

Acerca del tiempo de permanencia de las muestras de ADN en el NDIS, su manual de procedimientos operacionales indica, en concordancia con el sistema de organización política de los Estados Unidos, que este criterio es definido por la legislación de cada Estado, y que son generalmente los laboratorios locales los encargados de retener o eliminar los registros de ADN, de acuerdo con lo contemplado en su respectiva regulación.

En la legislación francesa se encuentra el “Expediente judicial nacional automatizado de autores de delitos sexuales” (*Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d’infractions sexuelles*), creado por el artículo 48 de la ley 94-653 del 29 de julio de 1994. En este expediente se encuentran archivados los perfiles genéticos de personas condenadas por delitos graves, como el homicidio de un menor precedido o acompañado de una agresión sexual, torturas o actos de barbarie, delitos que atenten voluntariamente contra la vida de las personas, hurto y extorsión, y crímenes relacionados con el terrorismo.

Por otra parte, el Reino Unido se presenta como un importante antecedente, por poseer uno de los sistemas de perfiles genéticos más antiguos, que se remonta a 1988, cuando fue utilizado por primera vez para determinar la filiación de un ciudadano ghanés y su familia residente y de nacionales británicos (“La huella genética”, 2004). Asimismo, los BPG evolucionaron para integrarse al sistema penal británico, de manera que se usan para la creación de bases de datos genéticos de delincuentes, dentro de las distintas etapas del proceso. La implementación ha sido difícil, dado el amplio margen de acción dentro del proceso penal. Un informe de 2001 emitido por organizaciones oficiales encontró algunos problemas sobre el

equilibrio adecuado entre los poderes de la Policía y los derechos individuales a la libertad, la autonomía y la privacidad, e indicaba que más de 50.000 muestras de ADN se encontraban retenidas de manera ilegal por las autoridades británicas.

Según cifras oficiales, en la primera mitad de la pasada década se registraron 40.000 perfiles genéticos nuevos por mes. Gradualmente, se reguló la inclusión de muestras y se redujo su número, aunque ciertamente el carácter permisivo de los bancos llevó a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictaminará en 2008, que la “expansión” del régimen de retención fue desproporcionado. Actualmente, el sistema se encuentra regulado por la ley de protección de libertades de 2012, que aunque respondió a las observaciones realizadas por el TEDH, aún otorga un amplio margen de acción frente a los registros genéticos, la forma en que se toman, el tiempo que se conservan y los sujetos a los que se les extraen las muestras, entre los que se incluyen menores de edad en algunos casos.

Actualmente, Colombia cuenta con un sistema de perfiles genéticos dedicado exclusivamente a la búsqueda de personas desaparecidas, con especial atención a las características del conflicto armado interno, pero no cuenta con un BPG dedicado al proceso e investigación penal exclusivamente. Sin embargo, ante el Congreso de la República se han adelantado múltiples propuestas para la consolidación de un sistema. Con respecto a esto, aparece el proyecto de ley estatutaria 106 de 2018 que pretende crear un BPG para la investigación criminal de delitos de alto impacto, como el homicidio y aquellos que atacan contra la libertad, integridad y formación sexual.

La implementación de un BPG en Colombia debe afrontar enormes retos, en especial, el de armonizarlo con el ordenamiento jurídico, y con las garantías y derechos del procesado, de clara raigambre constitucional.

Garantías del sujeto pasivo de la acción penal

A continuación, se realiza un análisis de algunas de las principales garantías del sujeto pasivo de la acción penal, tanto de rango

constitucional como legal. Para tal fin, se priorizaron las garantías más directamente afectadas al implementarse un BPG en Colombia; seguidamente, se revisó la jurisprudencia de las altas cortes, para identificar los límites de cada una y resaltar los puntos del proyecto de ley que las ponen en riesgo.

Derecho a la dignidad humana y a la intimidad

En la sentencia C-822 de 2005, la Corte Constitucional se pronunció respecto a los procedimientos encaminados a obtener material probatorio en el cuerpo del imputado sin que medie su consentimiento, y sostuvo que necesariamente configuran una violación a los derechos a la dignidad humana y a la intimidad. Entre las diligencias mencionadas se encuentran el registro corporal, la inspección corporal y la obtención de muestras íntimas.

En un primer momento, la corte acepta que, como la realización de estos procedimientos transgrede el cuerpo de la persona, sí tiene una incidencia en la dignidad humana y otros derechos fundamentales, pero lo importante es que medie el principio de proporcionalidad entre el objetivo buscado con la medida a implementar y la vulneración del derecho, para “impedir la incidencia excesiva de en el respeto a los derechos fundamentales” (Corte Constitucional, 2005b). Entonces, es competencia del juez de control de garantías aplicar este principio, al revisar que la medida solicitada reúna las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Por lo tanto, “la constitucionalidad de tales medidas depende del respeto del principio de proporcionalidad” (Corte Constitucional, 2005b).

Derecho a la no autoincriminación

Este derecho, según la Corte Constitucional (2011), “se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral”. Entonces, como hoy el fin del proceso no consiste en obtener la confesión del acusado, sino en probar más allá de toda duda razonable una hipótesis sobre unos hechos, la confesión pasa a ser uno más de los elementos probatorios, y, de

no haberlos, es necesario buscar otros elementos para superar el estándar probatorio.

Por lo anterior, la no autoincriminación es un derecho fundamental al que se puede renunciar, pues en ningún momento la ley prohíbe a las personas declarar contra sí mismas, y lo que prohíbe es obligarlas a hacerlo. Entonces, no hay limitación al derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo cuando la decisión de hacerlo sea libre, consciente, voluntaria y debidamente informada (Corte Constitucional, 2017).

De esta manera, es una potestad del procesado renunciar a su derecho a la no autoincriminación, pero previamente se deben cumplir unos requisitos legales, y el más importante es que el juez controle la absoluta libertad y espontaneidad del individuo al renunciar a su derecho (Corte Constitucional, 2005). En todo caso, la guardiana de la Constitución afirma que en todos los casos el juez debe hacer un juicio de proporcionalidad, para verificar si, debido a la gravedad del delito o la importancia de la prueba, es necesario y proporcional afectar estos derechos.

Del mismo modo, el máximo tribunal de justicia constitucional ha señalado que la obtención de muestras corporales cuya existencia no dependa de la voluntad del imputado no implica un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, ni un desconocimiento del principio de presunción de inocencia, como quiera que tales elementos materiales probatorios pueden obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo (Corte Constitucional, 2005).

Igualdad de armas

El principio de igualdad de armas se erige como un mecanismo de paridad en la litis. Es una garantía de equiparación de dos partes procesales entre las cuales hay desequilibrio, como una extensión del principio de contradicción. Por ello, en su sentencia C-1194/05, la Corte Constitucional (2005c) sostiene que “las partes enfrentadas, esto es, la fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión y los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales”.

En desarrollo de este derecho, la corte también ha señalado, en la sentencia C-118 de 2008, que no se trata de una prerrogativa absoluta. El principal lineamiento para su garantía consiste en el seguimiento del debido proceso. Por lo tanto, el legislador tiene la potestad de establecer ciertas desigualdades dentro de las diversas etapas del proceso penal, siempre y cuando lo haga en el marco constitucional de su libre configuración de las leyes.

En materia de controversias respecto a la igualdad de armas, diversas decisiones de la Corte Constitucional² han establecido los siguientes aspectos, que el juez debe tener en consideración para determinar si existe o no una vulneración a la nombrada garantía: i) la trascendencia de la información que se pretende obtener, ii) el nivel de afectación de los derechos fundamentales que podrían resultar comprometidos con el acto de investigación, iii) la existencia de otros procesos que permitan lograr el fin investigativo con una menor exposición de los derechos fundamentales, y iv) la proporcionalidad, en sentido estricto, entre el fin perseguido y la vulneración de derechos que pueda derivarse del medio utilizado.

Derecho a solicitar, conocer y controvertir la prueba

Con base en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (2019), el derecho a controvertir la prueba es la facultad que tiene la parte o el interviniente de discutir elementos de ella que respaldan la hipótesis adversa, junto con la posibilidad de presentar material probatorio que refute la probanza contraria a la hipótesis que se defiende dentro de un proceso.

La Sala de Casación Penal también ha indicado que el necesario correlato para su garantía efectiva es la libertad probatoria, para que los sujetos procesales puedan establecer su postura por cualquiera de los medios previstos en la legislación, siempre que se respeten los derechos fundamentales. Esto se debe hacer siguiendo los lineamientos intrínsecos al Estado social de derecho y el cumplimiento de los requisitos de validez, conducencia

.....
2 Tales como las sentencias C-822 de 2005, entre otras, C-336 de 2007, C-334 de 2010, C-186 de 2008

y pertinencia de la prueba o del cuestionamiento en cuanto a su capacidad de controvertir.

Defensa técnica

La defensa técnica está consagrada en las legislaciones propias de los Estados de derecho como “el medio obligatorio e idóneo para que un profesional, de quien se da por sentado su conocimiento en el saber jurídico, admitido como tal por el propio Estado, obtenga el pleno respeto de los derechos y garantías reconocidos al procesado” (Corte Suprema de Justicia, 1999). Ahora bien, este ejercicio por parte de un letrado del derecho tiene límites constitucionales, legales y éticos, dentro de los cuales el abogado está en plena capacidad de hacer uso de todos y cada uno de los medios que considere idóneos según su propia experiencia.

A su vez, respecto a la naturaleza de los actos defensivos, la jurisprudencia ha establecido que estos deben partir de un estudio serio de los hechos, los elementos probatorios y las normas aplicables para ser aducidos dentro de una postura defensiva por las vías procesales pertinentes. Además, la garantía constitucional de defensa técnica envuelve los requisitos de “necesidad y obligatoriedad, realización efectiva y con contenido fundado en una crítica oposición a la tesis acusatoria” (Corte Suprema de Justicia, 2007).

Conocimiento de la acusación fáctica y jurídica

La doctrina internacional, en autores como Teresa Armenta Deu (2014) y Julio B. Maier (1996), considera el derecho a ser informado de la imputación y la acusación como un requisito ineludible para el desarrollo de la contradicción, y por ende de la defensa. Este derecho se halla recogido en el artículo 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y en el artículo 14 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos. El derecho a ser informado de la acusación es un componente del principio acusatorio, debido a su estrecha conexión, en tanto que resulta palmario que, si se condena sin la mediación de una acusación previa, concurre una violación al derecho a ser informado de esta.

Respecto al derecho a ser informado de la acusación, la destacada doctrinante española Armenta Deu (2014) indica que hay dos aspectos que cobran relevancia, a saber, el contenido de la imputación y el aspecto temporal. En cuanto al contenido, es indispensable que el acusado tenga pleno conocimiento de los hechos por los que se le inculpa, las circunstancias en las que ocurrieron y los derechos que le asisten en el caso; y acerca de la temporalidad, se debe informar sobre la imputación mediante audiencia, de manera explícita, efectiva y de forma tal que no impida la defensa del procesado, y lo anterior debe estar mediado por la expresión de una voluntad inequívoca de ejercer la acción penal.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (2019) ha señalado que esta figura es un acto procesal constituido tanto por “la atribución fáctica como por la jurídica, es decir, por los hechos que devendrían en causa de la responsabilidad penal en el caso concreto y los tipos penales adecuables a la conducta penalmente reproachable hallada en los hechos”. A partir de esta imputación, deben sustentarse el juicio y el fallo.

Del mismo modo, el máximo tribunal de la justicia ordinaria ha sostenido que esta manera de proceder es el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, y que constituye una garantía para el inculcado, ya que no podrá ser sorprendido con imputaciones que no haya tenido la ocasión de conocer y menos de controvertir, con lo cual se conserva la unidad lógica y jurídica del proceso.

A partir del análisis anterior, se observa que existen límites constitucionales que definen cada una de las garantías del sujeto pasivo de la acción penal, y se encuentran desarrolladas jurisprudencialmente por las altas cortes. Estos límites se tornan importantes debido a que no solamente conceptualizan los derechos, sino que fijan pautas para que la aplicación de las leyes esté acorde con los principios en los que se funda el Estado social de derecho.

A pesar de ello, tales garantías no son absolutas, puesto que son susceptibles de limitación por parte del legislador, siempre y cuando se respete el marco constitucional. Por lo tanto, le corresponde al juez evaluar en cada caso concreto la idoneidad de la

medida, por medio de un *test de proporcionalidad* entre el objetivo buscado y la afectación al derecho.

BPG en Colombia y las garantías de los sujetos pasivos del proceso penal

Una vez establecidas las garantías mínimas para tener en cuenta en un proyecto de ley de las características del estudiado, es imperativo realizar un análisis de las disposiciones de dicho proyecto. De esta forma, será posible poner en evidencia aquellos preceptos que, de ser implementados, implicarían la vulneración de algunas prerrogativas fundamentales para el sujeto pasivo de la acción penal.

Sobre los métodos de inclusión de perfiles genéticos

El proyecto de ley estatutaria que hace tránsito legislativo en el Congreso de la República prevé en su artículo sexto la inclusión de los perfiles genéticos en el banco creado:

Artículo 6°. Inclusión de perfiles genéticos. El Banco almacenará y administrará los perfiles de ADN de acusados o detenidos de delitos violentos de alto impacto, con el control necesario para evitar su uso inadecuado ya sea por discriminación genética de las personas o por asociación de perfiles genéticos a comunidades en riesgo de discriminación.

En el Banco se incluirán los perfiles genéticos en las siguientes categorías:

[...]

2. Perfiles de ADN obtenidos de personas vivas o muertas, de quienes se conoce su identidad, que han sido vinculados al proceso judicial ya sea como *indiciados*, imputados o condenados con sentencia ejecutoriada, que hayan *aportado voluntariamente* su muestra en presencia de su apoderado.

La edad de la persona vinculada como posible agresor no será impedimento para la toma de la muestra, podrán incluirse los menores de edad previa autorización del juez de conocimiento. (Énfasis añadido)

Ciertamente, el citado artículo que pretende integrar el ordenamiento jurídico colombiano genera profundos choques con las garantías de los sujetos pasivos del proceso penal.

En primer lugar, se resalta la posibilidad de que se incluyan perfiles de ADN obtenidos de personas muertas vinculadas al proceso judicial. Esta medida va en contravía de los elementos propios del proceso punitivo colombiano, como la declaración de extinción de la acción penal, pues, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2016), esta figura se presenta cuando surge una circunstancia que impide al Estado llevar adelante la pretensión punitiva, por lo que se exonera al sujeto pasivo de la acción de sufrir la imposición de sanción alguna, dado el carácter de cosa juzgada que tiene esta declaración.

En el mismo sentido, la ley colombiana³ consagra que la muerte del procesado extingue la acción penal. Bajo este argumento, la Corte Constitucional (2010) sostiene lo siguiente:

En suma, el objeto central del proceso penal consiste en el establecimiento de la responsabilidad penal individual. De allí que la muerte del imputado o acusado resulte ser una causal razonable de extinción de la acción penal. En efecto, al fallecer la persona contra la cual se viene adelantando un proceso penal, se trunca la posibilidad real de establecer su responsabilidad en la comisión de un determinado comportamiento delictivo. De igual manera, la eventual imposición de una pena carecería de todo sentido práctico.

Ahora, como consecuencia de la extinción de la acción penal, se hace relevante analizar el derecho a la honra, que se entiende como “la estimación o deferencia con que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana” (Corte Constitucional, 1995). Pues cuando un individuo es inculcado por la comisión de alguna conducta punible, este derecho se limita, pero al mediar

.....
3 Al respecto, véase el artículo 82 del Código penal y el 77 de la ley 906 de 2004, según los cuales la muerte del procesado extingue la acción penal.

una circunstancia como la extinción de la acción penal, debe restablecerse, como lo sostiene el tribunal constitucional:

La exoneración de la que ha sido beneficiario, mediante sentencia absolutoria, preclusión, cesación de procedimiento o equivalentes, restablece el concepto social que se tiene de él, su fama, su reputación, su prestigio, la valía propia ante los demás, el reconocimiento social de su conducta irreprochable, su adecuado comportamiento y en definitiva el derecho que le asiste de ser reconocido y apreciado por la colectividad como inocente por no haber cometido una contravención o un delito. (Corte Constitucional, 2009)

Según lo expresado en la parte motiva del proyecto de ley estatutaria el objetivo principal para implementar un BPG es permitir que los crímenes se resuelvan más rápido o brindar mayor agilidad en el proceso de judicialización consolidando la evidencia.

Así las cosas, pierde justificación la inclusión de perfiles genéticos de personas fallecidas que hubiesen sido vinculadas a un proceso penal, pues la declaración de extinción de la acción penal como consecuencia de su muerte no solo implica la cesación del procedimiento de manera concluyente. Además, garantiza el restablecimiento del derecho a la honra del antes inculcado, de manera que introducir muestras de ADN en el banco bajo esta circunstancia violaría tajantemente los preceptos constitucionales de la honra y la presunción de inocencia.

Otro aspecto que roza con las garantías de los sujetos pasivos del proceso penal tiene que ver con las etapas procesales en que se pueden incluir muestras genéticas. El proyecto de ley no determina un estándar de conocimiento específico para que el operador judicial ordene la recolección y almacenamiento de la muestra; es más, el articulado prevé que la muestra se pueda tomar incluso a indiciados en el proceso penal.

Así las cosas, la inclusión de un perfil genético debe hacerse cuando se tiene la alternativa ostensible de obtener una sentencia condenatoria frente a los delitos imputados. Sin embargo, la falta de precisión y la posibilidad de tomar muestras a meros indiciados, cuyo estándar de conocimiento corresponde al de la inferencia razonable, atentará contra el principio de presunción de inocencia.

Sobre las garantías del menor de edad en la obtención y manejo de información de los perfiles genéticos

El análisis respecto de las garantías procesales en este punto debe realizarse desde una visión estructural y de los fines del sistema de responsabilidad penal para adolescentes (SRPA), ya que es mediante este que los menores de edad infractores son vinculados a un proceso por responsabilidad penal.

El sistema es definido como la articulación entre distintas instituciones estatales, que actúan a la luz de un conjunto normativo armónicamente establecido para el desarrollo y la consecución tanto de los fines del SRPA como de la protección integral de los menores. De esta manera, todo operador jurídico o actor en relación con el SRPA debe tener presente que este se haya enmarcado en una normativa específica, que esté regido por principios de carácter especial y que incluso preceptúe formas de interpretación normativa distintas (Acuña, García y López, 2010).

En este sentido, es de ineludible atención el artículo 140 de la ley 1098 de 2006, en el que se indica lo siguiente:

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema. (Congreso de Colombia, 2006)

Acotado lo anterior, respecto de las garantías procesales de la ley 906 de 2004, la primera tensión que se avizora corresponde a la autorización que el juez de conocimiento debe otorgar previamente para que se tome una muestra al menor de edad considerado como posible agresor.

De acuerdo con el derecho fundamental al debido proceso⁴, en un sistema acusatorio como el vigente en Colombia y en el que se inspira además el sistema de responsabilidad penal para adolescentes (SRPA), la autorización en cuestión debería recaer

.....
4 Artículo 29 de la Constitución nacional. Artículos 6 y 10 de la ley 906 de 2004.

en la competencia del juez en función de control de garantías. Este juez constitucional es el llamado a verificar el cabal respeto al ejercicio de los derechos y libertades públicas en desarrollo de las diligencias⁵, máxime cuando la actuación entra en correlación directa con las garantías procesales y los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional como los menores de edad, tal como ocurre con la toma de una muestra personal de ADN que será incluida en un BPG vinculado a la comisión de delitos violentos de alto impacto, en el marco de un proceso penal.

Esta posición se refuerza si se tiene en cuenta que la actuación del juez de conocimiento se produce en una fase intermedia de la actuación, cuando la Fiscalía considera que tiene prueba suficiente para acusar, y por ende para obtener sentencia de condena. Por esto, dejar la autorización en manos del juez de conocimiento se traduciría en una oportunidad tardía para la consecución esta finalidad de la prueba.

Otra cuestión problemática reside en la ausencia del defensor de familia en la actuación en la que se tome la muestra al menor de edad que presuntamente haya cometido alguna infracción, puesto que no bastaría con la presencia del abogado defensor para realizar el procedimiento. En concordancia con los artículos 145 y 146 de la ley 1098 de 2006, se hace necesario el acompañamiento del defensor de familia para verificar la garantía de los derechos del adolescente, en especial cuando la entrega de la muestra supone que sea aportada voluntariamente.

No obstante, el escenario planteado en el proyecto de ley no prevé mecanismo alguno para mitigar una posible conculcación de derechos o garantías procesales que pueda implicar un vicio o irregularidad en un procedimiento como el *sub examine*, como puede suceder respecto del derecho de no autoincriminación⁶.

Así, que un menor aporte una muestra de ADN, encontrándose vinculado al proceso en calidad de indiciado o imputado, puede comportar una renuncia o quebranto a la prerrogativa en

.....

5 En este sentido CSJ. SP. del 16 de mayo de 2007, Rad. 26310.

6 Art.8 literal b del Código de Procedimiento Penal.

cuestión, en caso de que la decisión de renunciar al derecho de no autoincriminación no venga acompañada de una manifestación libre, consiente, voluntaria y debidamente informada⁷. Estas directrices, por lo tanto, también deberían tener un reflejo en el procedimiento en el que se aporta la muestra de ADN.

Lo anterior no contradice el análisis que se pueda realizar en relación con la posición adoptada por la Corte Constitucional en su sentencia C-822 de 2005, en donde indicó que la existencia de elementos materiales de prueba y evidencia física en posesión de una persona no altera el derecho en cuestión. En relación con esto, hay que tener en cuenta la prohibición de búsquedas indeterminadas y aleatorias, así como la procedencia de los registros solo cuando se pueda inferir que la persona relacionada con la investigación tiene en su posesión el material buscado. Además, la existencia *per se* del elemento no implica un juicio anticipado de responsabilidad, ni una omisión del principio de presunción de inocencia, ya que dicho elemento puede contribuir a esclarecer la responsabilidad del procesado, tanto a su favor como en su contra (Patiño, 2003).

Así pues, es necesario considerar que en virtud del artículo 151 del Código de Infancia y Adolescencia, los derechos de los que goza el adolescente bajo el sistema de responsabilidad penal son, como mínimo, los previstos en la ley 906 de 2004. Llama la atención en concreto una tensión adicional entre la posibilidad de incluir muestras de menores de edad en el BPG estando vinculados como indiciados al proceso judicial y la garantía procesal referente al derecho de conocer los cargos que sean imputados con indicación expresa de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los fundamentan.

Lo anterior llama la atención en la medida en que, en la fase preliminar del proceso, puntualmente respecto a la formulación de imputación, existe un estándar de conocimiento para su realización, que en términos del artículo 287 *ejusdem* tiene lugar “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda *inferir razonablemente*

.....
7 Según lo preceptuado en el literal I del Art.8 del Código de Procedimiento Penal.

que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga” (Congreso de Colombia, 2004). En este sentido, la calidad de indiciado o la etapa que corresponde a esta categoría, anterior procesalmente a la de imputado, no alcanza el estándar mencionado, puesto que, como se indicó, solo producida la formulación de imputación se puede inferir razonablemente que el procesado, en este caso el menor de edad, es autor o partícipe del delito investigado.

Por lo tanto, se considera equivocado permitir que se proporcione una muestra de ADN para que sea incluida en el BPG, aun cuando sea aportada voluntariamente, si se está vinculado al proceso en calidad de indiciado. En este momento procesal, el sujeto pasivo del *ius puniendi* del Estado no ha sido informado de manera expresa de los fundamentos de los cargos por los que es investigado, y tampoco hay un nivel de conocimiento que permita inferir razonablemente que el procesado sea autor o partícipe de la conducta punible, que haga pertinente entonces incluir el perfil de ADN en un banco vinculado a la comisión de delitos violentos de alto impacto.

Esta posición se refuerza si se hace un símil con los registros personales o inspecciones corporales donde puedan ser hallados elementos incriminatorios, que solo proceden, como lo indico la Corte Constitucional en la sentencia previamente reseñada, cuando se pueda inferir que la persona relacionada con la investigación tiene en su posesión el elemento buscado.

En suma, sobre este punto el proyecto de ley debería promover la realización de un protocolo especial para las circunstancias en que se le tome la muestra a un menor de edad que presuntamente haya infringido la ley penal, el cual se podría incluir en el BPG, con la finalidad de que el procedimiento se desarrolle de acuerdo con el Código de Infancia y Adolescencia (Congreso de Colombia, 2006, ley 1098), y con las finalidades del SRPA, con especial énfasis en el carácter diferenciado en este respecto del sistema penal de adultos. Tal protocolo también debería tener en cuenta, además de las cuestiones problemáticas antes expuestas, la reserva de las diligencias que rige en el SRPA (Congreso de Colombia, 2006, art. 153 *ejusdem*), y debería ser sugerido por las autoridades especializadas en dicho sistema.

Sobre la retroactividad de la norma en la toma de muestras de personas ya condenadas

En el artículo 6 del proyecto de ley analizado, también se hace referencia a la inclusión de personas ya condenadas dentro del BPG, lo cual, a la luz de los principios constitucionales y penales, representa varios retos que implican un análisis exhaustivo para la protección de las garantías de las personas involucradas como sujetos pasivos de la acción penal.

Uno de los criterios más problemáticos es el conocimiento de la persona de ser objeto de fichaje dentro de un banco de estas características. Primero, se puede referir a un aspecto político, de acuerdo con el cual existe el temor de que la información proporcionada a través del banco sea utilizada para fines distintos a los objetivos mismos de las bases de datos. A raíz de esto, se verían mermados derechos fundamentales como la intimidad e incluso se pondría en riesgo la seguridad pública, en caso de que se utilicen como mecanismo para generar un control político. Un segundo aspecto se refiere a los fines mismos de la pena e implica poner en entredicho este “fichaje” a la luz de los objetivos de la rehabilitación del procesado, ya que estaría constantemente bajo sospecha de cometer un delito de alto impacto.

Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 6 del proyecto de ley, la inclusión de personas condenadas puede implicar la vulneración de los principios de *non bis in idem*, presunción de inocencia e irretroactividad de la norma penal.

Doctrinariamente, sobre la base del principio de proporcionalidad y cosa juzgada, se prohíbe la aplicación de dos o más sanciones respecto a un sujeto cuando se presente la misma situación fáctica y jurídica (Paredes, 2011). Por lo tanto, a partir del proyecto de ley de BPG, puede verse una posible vulneración de este principio, que incluso iría en un mayor detrimento del condenado, pues habría una sospecha constante sobre su participación criminal en un delito de alto impacto. En ese sentido, lo dispuesto en el proyecto de ley no toma en cuenta la protección de la intimidad del condenado; además, respecto a sus antecedentes judiciales impondría una sanción permanente, pues no es claro quién tendrá acceso a esta información y la forma en que se dará protección a la intimidad del condenado.

La Corte Constitucional (2016) ha determinado que este principio se fundamenta en la seguridad jurídica y en la justicia material, ya que toda persona supone que las condenas brindan justicia en cada caso particular, razón por la cual los hechos no pueden entrar nuevamente a otro debate judicial. En el caso concreto, es claro que la implementación de un BPG cumpliría funciones en materia probatoria, pero la información genética debe preservarse mientras se cumple la condena impuesta, e incluso, una vez se ha cumplido esta, implicaría una pena desproporcionada y contraria a los fines de la misma.

En este orden de ideas, se evidencia un posible choque entre la implementación del BPG y las obligaciones constitucionales, pues del principio de legalidad se desprende el deber del Estado de no proferir leyes con efectos retroactivos desfavorables (Cárdenas, 1849). Esta situación genera un conflicto si se considera la creación del perfil genético como una sanción adicional a la ya impuesta, pues en el artículo 6 del proyecto de ley se pretende incorporar al banco la información genética de las personas ya condenadas sin que se especifique, por ejemplo, el acaecimiento del cumplimiento de la condena.

En esta vía se ha pronunciado la Corte Constitucional (2016), pues si bien reconoce que la aplicabilidad retroactiva de una ley de carácter penal representa algún tipo de ganancia en cuanto a la verdad, justicia y reparación, esta no compensaría el inexcusable sacrificio de principios constitucionales como el principio de irretroactividad de la ley penal y de favorabilidad. Por ello, es necesario evaluar la incorporación al BPG de muestras de personas ya condenadas y de aquellas que cumplieron su condena.

Perfiles de persona identificada a partir de vestigios biológicos presentes en evidencia abandonada

El artículo 6.3 del proyecto de ley preceptúa la posibilidad de extraer los perfiles genéticos de persona conocida sin su consentimiento, a través de los vestigios biológicos dejados fuera de la esfera de dominio del afectado, sin que se especifiquen los lugares en que pueden obtenerse los vestigios biológicos.

Este apartado se relaciona directamente con el desarrollo jurisprudencial respecto de la intimidad y el domicilio; en el ámbito penal, el concepto de domicilio excede el espacio físico, y, por ende, brinda una protección mayor al individuo en su seguridad, libertad e intimidad (Corte Constitucional, 2007). Entonces, es necesario establecer si la recolección de material genético, por ejemplo, de la basura arrojada por un individuo, representa una afectación a su intimidad en la medida que los desechos están íntimamente relacionados con su domicilio, por lo que es imperativo que en su recolección medie autorización judicial previa (Peralta, 2009).

Si bien el proyecto de ley tiene como finalidad la protección de los derechos de las víctimas, no cumple con los estándares mínimos del amparo de las garantías fundamentales del sujeto pasivo involucrado en la investigación. Por esta razón, es imperativo que dentro del texto legislativo se realicen las modificaciones pertinentes encaminadas a proteger las garantías procesales de las que goza todo ciudadano en materia penal.

Sobre las garantías del procesado y la discrecionalidad de la institución para la exclusión de perfiles genéticos

El literal *b* del artículo 7 del proyecto de ley prevé la exclusión de perfiles genéticos del banco bajo dos grandes condicionamientos: el primero de ellos, cuando sea el caso de alguno de los escenarios procesales reseñados en la primera parte de la norma⁸; y el segundo, cuando, además, una entidad judicial —no se especifica si se hace referencia a los jueces o también a la Fiscalía General de la Nación— no considere necesaria su retención en el banco de datos, o cuando se extienda solicitud por parte de la persona que fue sujeto pasivo de la acción penal (posibilidad que se infiere del apartado), o por solicitud del mismo.

.....
8 “Artículo 7°. Exclusión de perfiles genéticos. [...] b) Cuando se determine que hay ausencia de responsabilidad penal o haya cesación de la acción penal o se aplique alguna de las causales para terminar de la acción o sanción penal, se excluirá del Banco de datos una vez no se considere necesaria su retención por parte de una entidad judicial o por solicitud de este”.

Este aspecto, de gran relevancia en la posible implementación de un banco nacional de datos genéticos vinculados a la comisión de delitos violentos de alto impacto, posee una primera condición para la exclusión de un perfil de ADN que no se puede perder de vista en el análisis que se haga en relación con las garantías procesales del sujeto pasivo de la acción penal. Los casos allí reseñados implican, en el fondo, un único fenómeno, esto es, la finalización de la persecución penal por parte del Estado, lo que se encuentra íntimamente relacionado con las máximas de no estar sometido permanentemente a la jurisdicción y con que el Estado solo puede ejercer durante cierto tiempo su poder punitivo.

Pese a que la primera hipótesis de la norma implica la finalización de la persecución penal y el establecimiento de la ausencia de responsabilidad penal, en el caso que merece mayor atención, recae la procedencia de la exclusión del perfil en la discrecionalidad de la entidad judicial, como lo indica la primera posibilidad del segundo condicionamiento establecido en la norma. Esto es así porque será la entidad judicial la que considere no necesaria la retención del perfil de ADN en el banco de datos, sin que se haya estipulado cuáles son las pautas o criterios concretos para determinar la necesidad o no de la retención del perfil genético. Contrario a ello, se deja la decisión al arbitrio de la entidad judicial, y se le otorga una discrecionalidad amplia sobre el asunto, en detrimento de la seguridad jurídica.

En este orden de ideas, la causal de exclusión así planteada genera una vulneración de garantías procesales, no solo por las críticas antes planteadas, sino especialmente porque en todo caso el uso del poder punitivo del Estado frente al sujeto cuyo perfil genético se incluyó en el banco vinculado a la comisión de delitos violentos de alto impacto ya habría finalizado, máxime si esta situación fue producto del proferimiento de una sentencia de carácter absolutorio. De allí que deba centrarse la atención en las garantías de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, contempladas en el artículo 7 de la ley 906 de 2004, y en la figura de cosa juzgada prevista en el artículo 21 *ejusdem*.

Se hace necesario entonces recordar que la garantía procesal de presunción de inocencia consiste en que en tanto no se haya acreditado la responsabilidad penal de una persona, esta debe ser tratada como

inocente; en otras palabras, se debe presumir la inocencia de toda persona mientras no se haya probado su culpabilidad (López, 2004).

Igualmente, el *in dubio pro reo* es conceptualizado doctrinalmente como aquel principio según el cual cualquier duda que se presente acerca de la responsabilidad del procesado se deberá resolver a su favor. Asimismo, como aquel que, considerado en relación con la presunción de inocencia a la hora de la valoración probatoria, guía la decisión judicial hacia la declaración de la no responsabilidad penal cuando el Estado, por conducto del ente acusador, no desvirtúa la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, dado que la imposición de una sentencia condenatoria debe erigirse sobre la superación de este estándar probatorio respecto de la responsabilidad del procesado y la existencia de la conducta punible (Patiño, 2008).

De esta manera, la vulneración de la garantía de presunción de inocencia puede producirse aun cuando el ejercicio del poder punitivo ha cesado, es decir, cuando se presenta alguno de los casos dispuestos en la primera parte de la norma *sub examine*, pues el perfil de ADN no es excluido del BPG si una entidad judicial no lo define de manera contraria, sin que, en este supuesto, el sujeto al que pertenece el perfil genético incluido haya sido declarado penalmente responsable mediante decisión judicial en firme. Y por contra, se violenta el derecho de *in dubio pro reo*, toda vez que el ente de persecución penal en estos casos no logró finalmente desvirtuar la presunción de inocencia del procesado más allá de toda duda razonable, de modo que el perfil genético del mismo no tendría que estar vinculado a la comisión de delito alguno, y cualquier duda al respecto debe resolverse en favor del procesado, tal como lo demanda el respeto a la precitada garantía procesal.

La Corte Constitucional, en su sentencia C-004 del 20 de enero de 2003, se ha referido a la figura de la cosa juzgada de la siguiente manera:

La importancia de la cosa juzgada en cualquier ordenamiento jurídico, y en todos los campos, es entonces decisiva, pues de ella depende en gran medida la función pacificadora de la administración de justicia. Sin embargo, en el campo penal y del derecho sancionador, la cosa juzgada adquiere aún mayor vigor, no solo por los intereses en juego, como el derecho fundamental a la libertad,

sino además para evitar lo que algunos doctrinantes han calificado como el ensañamiento punitivo del Estado, esto es, la posibilidad de que las autoridades intenten indefinidamente lograr la condena de una persona por un determinado hecho, reiterando las acusaciones penales luego de que el individuo ha resultado absuelto en el proceso.

En este sentido, y en concordancia con lo desarrollado, el establecimiento de una condición de exclusión basada en la discrecionalidad de una entidad judicial, pese a que no exista sentencia condenatoria en contra del sujeto pasivo del *ius puniendi* del Estado, también deviene en atentatorio de la garantía de cosa juzgada. Si la situación jurídica de la persona ya ha sido definida por providencia ejecutoriada, que en el caso en concreto ha formalizado cualquiera de las hipótesis planteadas en el primer condicionamiento, en la que no se llegó a declarar la responsabilidad penal del procesado por la comisión de algún delito no podría el Estado, o una entidad judicial en específico, retener un perfil de ADN en un banco de datos genéticos vinculado a la comisión de delitos de alto impacto.

Lo anterior se debe a que no hay relación del sujeto de quien se obtuvo el perfil con alguna conducta punible, a la insistencia en vincularlo por medio de su perfil genético a la comisión de un delito de alto impacto, sin que haya fundamento de culpabilidad al respecto, más aún cuando la necesidad de retener su perfil en el BPG termina siendo definida, sin más, al arbitrio de la entidad judicial.

La medida de exclusión así planteada no estaría acorde con el propósito del proyecto de ley de crear un BPG que sirva de herramienta para agilizar la actividad judicial como un reflejo de la pretensión de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia, ya que como se documentó anteriormente, la causal de exclusión analizada termina por conculcar las garantías procesales ya referenciadas.

Apreciaciones finales respecto a la adecuación de los BPG en Colombia

Después del anterior análisis del proyecto de ley sobre el BPG que pretende ser implementado en el país, se formulan las siguientes críticas constructivas con el propósito de contribuir a una adecuada

implementación de este mecanismo, en aras de salvaguardar las garantías constitucionales del sujeto pasivo de la acción penal.

En este sentido, resulta de gran preocupación que en el texto legislativo se hayan omitido referencias a las garantías mínimas de protección del sujeto pasivo de la acción, lo cual permitiría articular un balance entre los derechos procesales del investigado y el test de proporcionalidad que se debe implementar en los casos de conflicto de derechos en el Estado social de derecho.

La falta de mención a las garantías mencionadas genera *per se* un desconocimiento de estas, por lo que se estima imperativo que dentro de lo dispuesto en este proyecto de ley se desarrolle un apartado en donde se especifiquen claramente las garantías procesales del sujeto pasivo.

Igualmente, al evaluar el articulado del proyecto en mención, se evidencian ciertas irregularidades en cuanto sus disposiciones van en contravía de garantías reconocidas por el ordenamiento jurídico; entre ellas se hallan las normas referidas al mecanismo de inclusión de personas ya fallecidas en el banco, situación que, como fue debidamente detallada en párrafos anteriores, representa una afectación del derecho al buen nombre y desconoce la extinción de la acción penal producida por la muerte del procesado. Adicionalmente, esta norma resulta ser un despropósito en cuanto a la eficiencia judicial en el proceso penal.

Asimismo, se hace evidente la necesidad imperativa de que lo dispuesto en relación con la recolección de material biológico de menores de edad esté acorde con los desarrollos legislativos y jurisprudenciales del menor, por cuanto estos se hallan orientados por una teleología diferente, que gira en torno de la protección de este sector de la población. Por esa razón, este procedimiento se debe adecuar a los preceptos garantistas y a las formalidades allí consagradas.

En el aspecto retroactivo de la norma, se evidencia con gran preocupación que tiene un alto potencial de vulneración de principios como la intimidad, la doble incriminación o la irretroactividad de la norma, puesto que la pretensión de incorporar a los condenados en este banco de perfiles genéticos los somete de nuevo a la persecución penal al exponerlos nuevamente a un juzgamiento, por lo que pone en entredicho el fin mismo de la pena.

Sumado a lo anterior, en los supuestos de recolección de material biológico de persona conocida a partir de sus vestigios abandonados, también se advierte la transgresión del derecho a la intimidad, pues esto involucra aspectos que se deben reducir a la esfera privada, como los residuos provenientes de la persona, sin importar su ubicación. Por eso es necesario que la adopción de este tipo de medidas se realice con la autorización previa de un juez, con el propósito de salvaguardar los derechos del procesado o del sospechoso.

Finalmente, se propone que la exclusión del perfil genético del banco se realice de manera oficiosa en la parte resolutoria de la providencia judicial, especialmente cuando se declare la ausencia de la responsabilidad penal, y sobre todo cuando se trate de una sentencia que determine la ausencia de responsabilidad penal del procesado. Esta medida estaría más acorde con el sistema penal acusatorio que rige en el país y con las garantías procesales que en él se reconocen y se buscan materializar, ya que además prevé un posible dislate de la defensa cuando no se solicite la exclusión tantas veces mencionada.

Referencias

- Acuña, J., García, C. y López, A. (2010). *Proyecto de investigación: La medida pedagógica como sanción en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes (ley 1098 de 2006)*. Estudio socio jurídico. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Armenta Deu, T. (2014). *Estudios sobre el proceso penal acusatorio*. Temis.
- Assemblée Nationale. (2001, junio 7). *Rapport sur la valeur scientifique se l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire*. Diputado M. Chistian Cabal.
- Bustamante, R. (2009, agosto 20). Chile: ADN para recuperar identidades. Recuperado de: https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2009/08/090820_0628_adn_chile_pea.
- Cárdenas, F. D. (1849). *De los delitos y de las circunstancias legales que lo constituyen*. *El Derecho Moderno*, 271.
- Congreso de Colombia. (2004, septiembre 1). Artículos 1-27 [título preliminar]. *Código de Procedimiento Penal*. [Ley 906 de 2004]. D.O: 45.658.
- Congreso de Colombia. (2006, noviembre 8). Artículos 139-162 [título I]. *Código de la Infancia y la Adolescencia*. [Ley 1098 de 2006]. D.O: 46.446.

- Corte Constitucional. (1995, septiembre 13). Sentencia T-411. [M. P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (2003, enero 20). Sentencia C-004. [M. P. Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional. (2005a, agosto 10). Sentencia C-822. [M. P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (2005b, julio 28). Sentencia C-782. [M. P. Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional. (2005c, noviembre 22). Sentencia C-1194. [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (2007, julio 11). Sentencia C-519. [M. P. Nilson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional. (2008, febrero 13). Sentencia C-118. [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (2009, junio 26). Sentencia C-417. [M. P. Juan Carlos Henao Pérez].
- Corte Constitucional. (2010, octubre 20). Sentencia C-828. [M. P. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional. (2011, abril). Sentencia C-258. [M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- Corte Constitucional. (2016, abril 13). Sentencia C-181. [M. P. Gloria Stella Ortiz].
- Corte Constitucional. (2016, mayo 18). Sentencia C-257. [M. P. Luis Guillermo Guerrero].
- Corte Constitucional. (2017, mayo 25). Sentencia C-349. [M. P. Carlos Bernal Pulido].
- Corte Suprema de Justicia. (1999, junio 2). Sentencia SP13437-1999-11612. [M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote].
- Corte Suprema de Justicia. (2007, julio 11). Sentencia SP26827-2007. Sala de Casación Penal. [M. P. Julio Enrique Socha Salamanca].
- Corte Suprema de Justicia. (2016, marzo 16). Auto AP1529-2016-44679. Sala de Casación Penal. [M. P. Eyder Patiño Cabrera].
- Corte Suprema de Justicia. (2019a, enero 23). Sentencia SP015-2019-53880. Sala de Casación Penal [M. P. Eugenio Fernández Carlier].
- Corte Suprema de Justicia. (2019b, julio 17). Sentencia SP2678-2019-54819. Sala de Casación Penal. [M. P. Eugenio Fernández Carlier].

- Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. (2015, julio 21). *Acerca de nosotros*. Recuperado de: <http://www.chilegenomico.cl/acerca-de-nosotros/>.
- Fernández Ruiz, J. M. (2009). *Minuta. Algunas consideraciones relativas a la aplicación de la ley N° 19.970 sobre ADN y su reglamento*. Santiago: Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional. Recuperado de: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/3862.pdf>.
- García, O. y Alonso, A. (2002). *Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento en la investigación policial*. Casabona CMR. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. Bilbao-Granada, 27-43.
- La huella genética cumple 20 años como método de identificación universal. (2004, septiembre 15). *El País*. Recuperado de: https://elpais.com/diario/2004/09/15/futuro/1095199203_850215.html
- Maier, J. B. (1996). *Derecho procesal penal* (tomo I). Buenos Aires: Fundamentos.
- Nelson, M. (2010, julio). Making Sense of DNA Backlogs — Myths vs. Reality. *NIJ Journal* (266), 20-25.
- Paredes, R. C. (2011). La reincidencia vulnera el “non bis in idem”. *Ciencia Amazónica*, 81-87.
- Patiño González, M. C. (2008). Fundamentos constitucionales del sistema penal acusatorio y sus implicaciones en la labor del ministerio público. En *El ministerio público y el nuevo proceso penal*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.
- Peralta, O. G. (2009). *La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal*. Jornadas internacionales de derecho penal de la Universidad Externado de Colombia.

Transición energética en Colombia: orden jurídico vigente y desafíos económicos

Energy Transition in Colombia: Current Legal Order and Economic Challenges

Resumen

El modo de producción y consumo de la civilización capitalista industrial moderna se enfrenta a un enorme desafío: la peligrosa contradicción entre el capital y la naturaleza. El crecimiento exponencial, el aumento de la productividad y la expansión capitalista parecen ser la causa de una catástrofe ambiental sin precedentes que se encuentra en curso. El desarrollo del capitalismo solo se ha logrado por medio de gastos crecientes de energía que provienen fundamentalmente de fuentes de origen fósil, lo que significa que su funcionamiento está asociado a crecientes emisiones de CO_2 a la atmósfera.

La transición energética, por tanto, apunta a la reconfiguración de la matriz de fuentes que brindan el soporte energético a este modo de producción y consumo con el fin de reducir drásticamente las emisiones de CO_2 y hacerle frente al cambio climático. Colombia no escapa de este desafío y, por tanto, será fundamental, primero, determinar cuál es la propuesta de transición en el marco de una propuesta ecocapitalista y una propuesta ecosocialista y, segundo, revisar el estado actual regulatorio y de planeación para una transición, para, luego, abordar el tema del *fracking* y el impuesto al carbono como desafíos económicos.

Palabras clave Ecocapitalismo, ecosocialismo, *fracking*, gases de efecto invernadero, impuesto al carbono, marco jurídico de transición energética, transición energética.

Abstract

The mode of production and consumption of industrial and modern capitalist civilization faces a huge challenge: the dangerous contradiction between capital and nature. Exponential growth, increased productivity and capitalist expansion seem to be the cause of an unprecedented environmental catastrophe that is ongoing. The development of capitalism has only been achieved through increasing energy expenditures that come mainly from fossil sources, which means that its operation is associated with increasing CO₂ emissions into the atmosphere.

The energy transition, therefore, points to the reconfiguration of the matrix of sources that provide energy support to this mode of production and consumption in order to drastically reduce CO₂ emissions and cope with climate change. Colombia does not escape this challenge and, therefore, it will be essential, first, to determine what the transition proposal is in the framework of an eco-capitalist proposal and an eco-socialist proposal and second, to review the current regulatory and planning status for a transition and then address the issue of fracking and the carbon tax as economic challenges.

Keywords Carbon tax, ecocapitalism, ecosocialism, energy transition, energy transition legal framework, fracking, greenhouse gases.

Introducción

En uno de sus más recientes textos, David Harvey (2014) se ocupa de las contradicciones del capital. Dentro de la clasificación que el autor presenta se encuentran las que él mismo denomina como “contradicciones peligrosas”, definidas como aquellas potencialmente fatales, negativas en el sentido de amenazar incluso la supervivencia del capitalismo (p. 217).

Las contradicciones peligrosas giran en torno a una fundamental: *la relación del capital con la naturaleza*. En síntesis, esta indica que el crecimiento exponencial y acumulativo, y el progreso técnico aunado a él, que se derivan de los procesos de capital ejercen una fuerte presión sobre el medio ambiente, los equilibrios ecológicos y las especies vivientes, a tal punto que su resolución, o necesariamente empuja hacia adelante el capitalismo e implica una inminente catástrofe ambiental sin precedentes que incluye la extinción acelerada de la especie humana, o empuja hacia la amenaza de la supervivencia del mismo.

Lo anterior está relacionado con la categoría de los límites naturales. Para Riechmann (2000), los límites son “las condiciones estructurales que para las acciones y los proyectos humanos se derivan de la finitud y vulnerabilidad de la biosfera, del carácter antrópico del universo y de las características orgánicas, psíquicas y sociales del ser humano” (p. 55).

Desde las últimas décadas del siglo xx hasta la actualidad, el capitalismo se ha encargado de tratar de resolver su contradicción medioambiental. El principal fenómeno, entre aquellos en los que se refleja la fuerte tensión de esta contradicción entre el funcionamiento del capitalismo y los límites naturales, es el denominado *cambio climático*. Desde el punto de vista ecológico y sistémico, es el fenómeno más preocupante para la ruptura del equilibrio ecológico planetario (Löwy, 2015).

Son bien conocidas las consecuencias globales del calentamiento global: la ampliación de las zonas desérticas en el mundo, la desaparición de las fuentes de agua y el aumento del riesgo de desabastecimiento en muchas de las grandes ciudades (Ciudad del Cabo, São Paulo, Pekín, El Cairo, Yakarta, Moscú, entre otras); la multiplicación de los incendios; el aumento del nivel de los océanos debido al derretimiento de los glaciares; la extinción acelerada y masiva de insectos, plantas y todo tipo de especies animales, etc. El proceso del calentamiento global comenzó hace mucho y está en curso, y los efectos, aunque ya marcan una trayectoria definida e identificable, son imprevisibles tanto por su magnitud como por sus resultados precisos (Löwy, 2015).

Los procesos de acumulación y circulación de capital, y el progreso técnico, han posibilitado los aumentos de productividad dentro del capitalismo (Husson, 2017, p. 155). Y como la *producción capitalista se basa en flujos y transformaciones de energía*, entonces el aumento de la productividad no habría sido posible sin carbón, sin petróleo y sin electricidad, sin el aseguramiento de sus fuentes y el desarrollo de nuevas tecnologías de transformación (Husson, 2017, p. 155; O'Connor, 2001, p. 152). El desarrollo del capitalismo está asociado a emisiones crecientes de CO_2 (dióxido de carbono), pues el aumento de la productividad está basado en el uso de combustibles fósiles.

Si el incremento de la productividad está asociado al incremento de las emisiones de los gases de efecto invernadero (GEI) a la atmósfera

y estas son las principales causantes del calentamiento global, entonces las fuentes de energía, su naturaleza, su disponibilidad y las formas de transformación y organización de las que se sirve, deben ser reconfiguradas con el fin de zanjar la peligrosa contradicción. La solución de fondo parece ser clara: *es necesario reducir de manera radical las emisiones de GEI (CO₂, principalmente).*

Transición energética: entre la propuesta capitalista ecológica y la alternativa ecosocialista

La transición es un conjunto de acciones y medidas que sirven para ir de una situación a otra. La transición energética se puede entender como la diversificación de herramientas para la obtención de energía utilizando, principalmente, fuentes renovables y menos generadoras de GEI que las convencionales, esto es, como la sustitución de combustibles derivados del petróleo, gas natural o carbón por energías que no produzcan la cantidad de CO₂ que estas generan (eólica, solar) (Cortés, Mahecha y Pardo, 2008).

Desde finales de los años noventa del siglo xx, las preocupaciones ecológicas por las afectaciones del capitalismo llevaron a establecer aspectos básicos apoyados en la idea de la sostenibilidad, en el marco de una propuesta capitalista ecológica o ecocapitalista (Riechmann, 2014, p. 184). En el contexto político global, esta propuesta se expresa a través de las principales conferencias sobre el medio ambiente y el cambio climático: Estocolmo 1972, Ginebra 1979, Río de Janeiro 1992, Protocolo de Kioto 1997, Copenhague, 2009, Acuerdos de París 2015. La propuesta ecocapitalista, entonces, incluye una propuesta de transición que está fuertemente vinculada con los conceptos de economía o capitalismo verde, desarrollo sostenible, capitalismo natural, etc., y que apuesta por la *mera diversificación o sustitución* y la aplicación de otros instrumentos, como la mercantilización de la naturaleza, la eficiencia energética, los mercados verdes (mercados de emisión y pagos por servicios ambientales), entre otros. Dicha propuesta pretende hacer compatible la lógica de crecimiento exponencial con una reducción de los GEI a la atmósfera.

Ahora, en una postura incompatible con la propuesta ecocapitalista, la propuesta ecosocialista, aunque reconoce la importancia de la sustitución, considera que esta no es suficiente si no está encaminada a desplegar una estrategia y una lucha contra las condiciones fundamentales del funcionamiento del capitalismo y a atacar las formas de acumulación y circulación de capital.

Tanuro (2011b), al ocuparse del concepto de ecosocialismo, menciona que las fuentes de energía y los métodos y las formas de conversión en el capitalismo no son socialmente neutros. La matriz energética, las formas de apropiación de las fuentes de energía, las relaciones sociales y de producción, responden a un modelo “centralizado, anárquico, derrochador, ineficiente e intensivo en trabajo muerto”, basado en fuentes no renovables y orientado a la reproducción y acumulación capitalista (Tanuro, 2011a). A partir de dicha definición del sistema energético capitalista, la propuesta ecosocialista apunta a su remplazo de manera progresiva por un “sistema descentralizado, planificado, ahorrador, eficiente e intensivo en trabajo vivo, basado exclusivamente en fuentes renovables y orientado a la producción de valores de uso durables, reciclables y reutilizables” (Tanuro, 2011a).

Por ejemplo, para el economista español Alberto Recio, uno de los ejes principales para avanzar hacia una propuesta ecosocialista es el de tomar las necesidades humanas como punto de partida: “plantear la organización económica desde el punto de vista de las necesidades supone empezar por discutir cuáles son los niveles de vida que deben garantizarse universalmente”, es decir, determinarlas democráticamente (Riechmann, 2017, p. 195). Abordar la cuestión de las necesidades para la alternativa ecosocialista necesariamente tiene que derivar en una transición energética que esté orientada al descenso energético más que a la sustitución de las fuentes de energía. Y este descenso energético debe situar su punto de partida en el replanteamiento democrático de las necesidades humanas, lo que inevitablemente tendrá como consecuencia la producción de menos mercancías y la reducción de los desplazamientos para su realización.

Matriz energética mundial

La matriz energética se define como la estructura básica de producción y consumo de energía, dentro de determinado periodo de tiempo y territorio (Bertinat, 2016). La matriz energética mundial depende fundamentalmente de los combustibles fósiles. La siguiente elaboración muestra que el consumo mundial de combustibles energéticos primarios en el 2018 alcanza el 85 % de la matriz: petróleo, 34 %, carbón, 27 %, y gas, 24 %. Mientras tanto, las fuentes de energías renovables, incluyendo la hidroelectricidad, apenas alcanzan el 11 %, y la energía nuclear, el 4 %. El porcentaje de las renovables sería mucho menor si se excluye del consumo la participación de la hidroelectricidad, dada la emergencia del debate mundial sobre si las hidroeléctricas son fuentes de energías limpias. Diversos estudios que controvierten esta postura dan cuenta de los impactos y los conflictos sociales y ambientales que estas fuentes generan, como por ejemplo las emisiones de N_2O (óxido nitroso) y CH_4 (metano) de las represas por los espejos de agua y por los cambios abruptos en los ecosistemas (Dussán, 2017, p. 23) (figura 1).

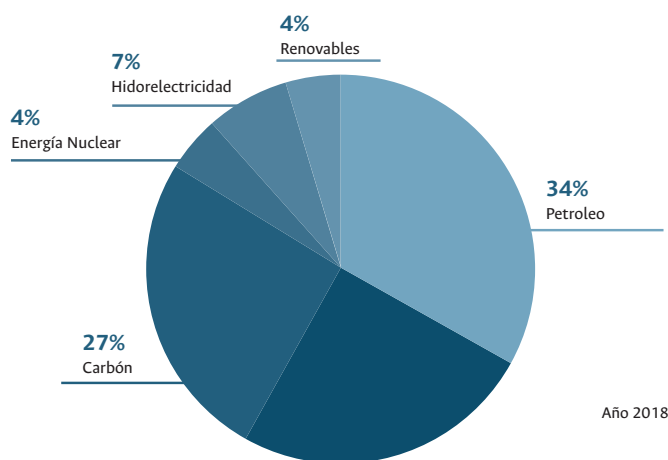


Figura 1. Energéticos primarios: consumo mundial por combustible

Fuente: elaboración propia con cifras de BP (2019).

Matriz energética en Colombia

Para la presentación de la matriz energética colombiana, la información del Balance Energético Colombiano (BECO) (UPME, 2019a) muestra la oferta de energía primaria, oferta de energía secundaria y el consumo final de energía del año 2017 en unidad de medida PJ así:

Oferta de energía primaria: 1884 PJ

Petróleo: 43 %	GLP: 5 %
Gas natural: 21 %	Fuel Oil: 3 %
Carbón mineral: 12 %	Biodiésel: 2 %
Hidroenergía: 12 %	Otros: 2 %
Leña: 6 %	
Bagazo: 5 %	
Otros renovables: 1 %	

Oferta de energía secundaria: 899 PJ

Diésel: 33 %
Gasolina motor: 25 %
Electricidad SIN: 24 %
Kerosene JET: 6 %

Como se observa en los datos de las tablas de la oferta de energía primaria y secundaria, y en la figura del consumo final de energía del año 2017 (figura 2), la matriz energética colombiana está constituida principalmente por el uso de combustibles de origen fósil. En la oferta de energía primaria, el petróleo, el carbón y el gas natural alcanzan el 76 % del total. A su vez, la oferta de energía secundaria de los derivados del petróleo alcanza el 72 %. En el consumo final de energía por tipo de combustible, los derivados del petróleo, el carbón y el gas natural alcanzan el 78 % de los 1281 PJ.

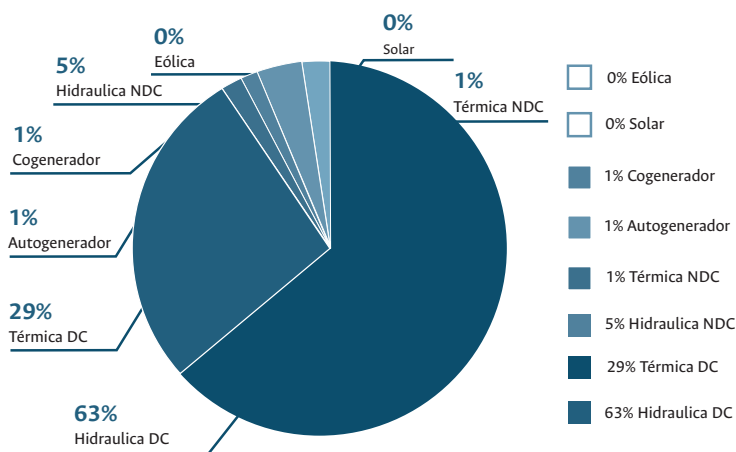


Figura 3. Capacidad efectiva por tipo de generación: 17.477,77 MW

Fuente: elaboración propia, matriz de generación de energía eléctrica.

Ahora, la matriz de generación de energía eléctrica en Colombia muestra que es un sistema absolutamente centralizado (figura 3) (xM, 2019). La capacidad despachada centralmente es de un 92 %, por la generación de energía hidráulica (63 %) y térmica (29 %). Apenas un 8 % es no despachada centralmente. Es importante anotar que la energía eólica y solar apenas participan con el 0,15 % de la generación no despachada centralmente, lo que refleja el panorama presente de la necesidad de una transición energética hacia estas fuentes de energías renovable, teniendo en cuenta que los proyectos de generación eléctrica de fuentes de energía renovables que hasta ahora se están implementando en Colombia, como veremos más adelante, pretenden hacer parte del sistema centralizado interconectado nacional.

Recapitulando, se observa que la matriz energética colombiana se ajusta, por el tipo de sus fuentes de energía, a la base energética propia de un modo de producción y consumo capitalista y que se alinea con la matriz energética mundial por la dependencia mayoritaria de los combustibles fósiles. La matriz de oferta de energía primaria, la de oferta de energía secundaria y la del consumo final de energía guardan una correspondencia por la significativa

participación del petróleo y sus derivados, el carbón y el gas natural en el total de su composición.

De otra parte, si se revisa la matriz de generación de energía eléctrica, y si se parte del supuesto de que la hidroelectricidad es una fuente de energía renovable, por la comparación de emisiones de CO₂ con las fuentes convencionales, entonces tenemos una matriz relativamente limpia. Sin embargo, nótese que la oferta de energía secundaria de electricidad por despacho centralizado es de apenas el 24 % y, por tanto, no podría afirmarse que la matriz energética en Colombia esté exclusivamente basada en energías renovables.

Colombia y los gases de efecto invernadero (GEI)

Uno de los fundamentos de la transición energética son los elevados niveles de GEI que las actuales fuentes de combustibles emiten. El inventario nacional de GEI es uno de los resultados de la “Tercera comunicación nacional” (TCN). En él se deben incluir las emisiones por las fuentes y de la absorción por los sumideros. Este instrumento determina que el inventario debe hacerse a partir de una metodología comparable, en este caso, suministrada por el IPCC en el 2006 (Ideam, 2017). Los gases que se estudian son los de efecto invernadero directo (CO₂, CH₄ y N₂O, HFC, SF₆) y los precursores de GEI. Además, el inventario estudia un periodo de tiempo que abarca desde 1990 a 2012 y se enfoca en cuatro grandes categorías de emisión, a saber:

Energía: industrias de la energía, manufactureras y de la construcción, transporte y otros.

Procesos industriales y uso de productos: industria de los minerales, química, metales, uso de productos no energéticos de combustibles y solventes, uso de productos sustitutos de las sustancias que agotan la capa de ozono.

Agricultura, silvicultura y otros usos de la tierra: ganado, tierras forestales y de cultivo, pastizales, humedales, asentamientos y otras tierras.

Residuos: eliminación de desechos sólidos, incineración e incineración abierta de desechos, tratamiento y eliminación de aguas residuales.

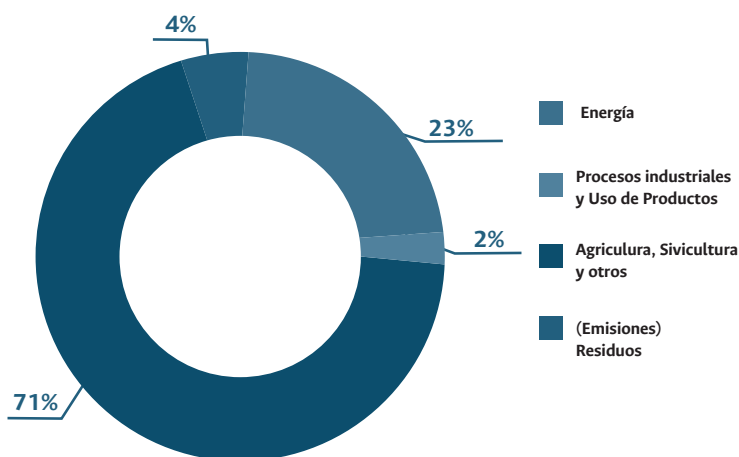


Figura 4. Participación histórica promedio por módulos en las emisiones totales en gigagramos de CO_2 , 1990-2012

Fuente: elaboración propia.

Como se observa en la figura 4 las emisiones provenientes de la agricultura, silvicultura y otros usos de la tierra alcanzan el 71% del total en el periodo 1990-2012. Les sigue la energía, con un 2 %. Sumados estos números, alcanzan un 94 %.

Ahora, en el mismo periodo, por tipo de GEI, se encuentra que el total de emisiones es el siguiente: el CO_2 ha representado el 78,17 % de las emisiones totales por la categoría de tierras, principalmente, seguido por la quema de combustibles fósiles y biomasa. El CH_4 por su parte ha representado en promedio el 13,92 %, de los cuales el 56,62 % corresponde al metano generado por la actividad de la ganadería. Finalmente, en N_2O ha representado un 7,79 % del total de emisiones en el periodo de tiempo señalado (Ideam, 2017).

Proyectos energéticos que se desarrollan actualmente como parte de una transición energética

El Informe de registro de proyectos de generación de electricidad en Colombia de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME, 2019b), para el 31 de octubre de 2019, señala que se están llevando a cabo los proyectos con energías no convencionales relacionados en la figura 5.

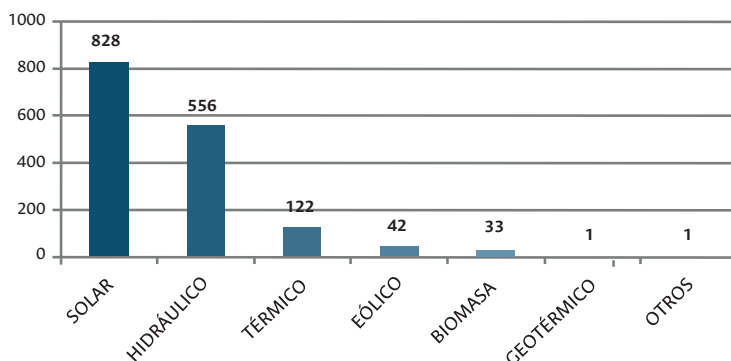


Figura 5. Número de proyectos según el tipo energético

Fuente: Elaboración propia con datos de UPME (2019b).

De acuerdo con el informe, a la altura de la semana 45 del 2019, la mayoría de los promotores de estos proyectos eran empresas prestadoras de servicios públicos en el ámbito regional y municipal, como el caso de EPM, EPSA, Isagen, Ecopetrol, etc. Hay que tener en cuenta que en esta lista se incluyen proyectos de generación que utilizan como recurso el gas natural, el petróleo y el carbón, además de otras empresas de origen privado con enfoques específicos en energía ya sea solar, de biomasa o eólica, como la Universal Stream y sus proyectos de generación hidroeléctricos a filo de agua, la Saufer Soluciones, con un enfoque en la energía solar a través de tecnología fotovoltaica, o la Solar Green en Huila y la Green Caribbean en el Cesar, que han adoptado el mismo enfoque (UPME, 2019b).

Potencialidades geográficas de los proyectos de transición energética

De acuerdo con el documento Integración de las energías no renovables en Colombia, (UPME, 2015a), las fuentes no convencionales de energía renovable (FNCER) cuentan en el país con varios nichos de oportunidades. En primer lugar, la energía eólica es la que ofrece mejores perspectivas para proyectos relacionados con el aprovechamiento de los vientos de la costa caribe y, en especial, de La Guajira, pues allí se concentran los vientos alisios que recibe el país

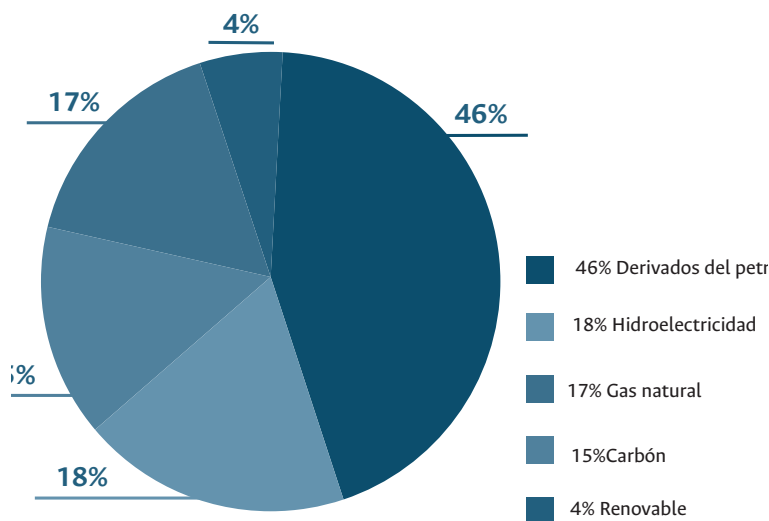


Figura 2. Consumo final de energía en Colombia, 2017: 1281 PJ

Fuente: elaboración propia con cifras de UPME (2019a).

durante todo el año, cuyas velocidades promedio están cercanas a los 9 m/s. Otros departamentos que se podrían mencionar aquí son los Santanderes, Boyacá y Huila. Señala el informe que los principales problemas para desarrollar este tipo de proyectos son que en La Guajira no se encuentra la infraestructura adecuada para almacenar la energía eléctrica ni los mecanismos para conectarla al SIN, además de la presencia de distintas comunidades en la región y la falta de regulación normativa que incluya este tipo de energía en el mercado eléctrico nacional (UPME, 2015a).

En lo que a energía solar se refiere, el país cuenta con índices de irradiación superiores a los de países como Alemania, que es uno de los que hacen mayor uso de esta tecnología. “Colombia cuenta con un promedio de irradiación de 4,5 kWh/m²/d, mientras que el promedio mundial es de 3,9 kWh/m²/d y el alemán es de 3,0 kWh/m²/d”. Similar a lo que pasa con la energía eólica, los mayores niveles de radiación se concentran en La Guajira y el resto de la costa atlántica, pero, además, en los departamentos de Arauca, Meta, Casanare y Vichada. Otro de los aspectos por resaltar es la posibilidad de mercado que este tipo de energía eléctrica abre, pues, según datos de la UPME, la mayor parte de los proyectos instalados corresponde a

iniciativas privadas de baja generación. Ambientalmente, esta energía puede reemplazar a la generación de energía térmica, con lo cual contribuiría a la disminución de GEI; además, a través del incentivo de esquemas de autogeneración a pequeña escala, se puede lograr la “democratización del mercado de energía” (UPME, 2015c).

Por el lado de la biomasa, en Colombia, en 2013, hubo una generación de 804 GWh, un 1,3 % del total nacional, más exactamente proveniente de la energía producida a partir del bagazo de la caña de azúcar. Existen grandes potencialidades para el sector, falta desarrollar una política energética que aproveche las tierras con gran potencial para los biocombustibles (se habla de 15 millones de hectáreas) y los residuos de diferentes productos agrícolas, pecuarios y otros, que actualmente, y con ocasión de la carencia de un esquema integral para tal fin, no se aprovechan.

En cuanto a la energía geotérmica, sí hay zonas geográficas del país que cuentan con potencial para su aprovechamiento, como la zona volcánica del Nevado del Ruiz y la región de influencia de los volcanes Chiles, Cerro Negro y Azufral, en la frontera con Ecuador. Sin embargo, no hay un marco regulatorio específico para este tipo de energía, lo que hace difícil su producción (UPME, 2015c).

Vale la pena resaltar dos características de estos proyectos de energías renovables: primero, no apuntan en sentido estricto a una transición energética como sustitución de fuentes, sino a una diversificación en la generación de energía eléctrica que permita en ciertos momentos dinamizar el consumo y reducir las emisiones de CO₂, aunque esta reducción no sea significativa; segundo, los proyectos apuntan a ser parte de un modelo centralizado de despacho de energía, por lo que su puesta en marcha se enmarca claramente en una propuesta ecocapitalista de transición como mera diversificación.

Marco jurídico y planeación actual de una transición energética en Colombia

Ley 1844 de 2017

Mediante la ley 1844 de 2017, Colombia ratificó el Acuerdo de París, adoptado el 12 de diciembre de 2015. Uno de los objetivos

más importantes para combatir los riesgos y efectos del cambio climático es el de mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales y apuntar esfuerzos para alcanzar los 1,5 °C. Para lograr esto, el acuerdo establece una serie de medidas que buscan fundamentalmente la reducción de las emisiones de GEI a través de la mitigación, la resiliencia y la adaptación. Para la reducción de las emisiones de GEI, el acuerdo comprende marcos de transparencia de información entre los países, mecanismos de mercado de emisiones (mercados verdes) y toda una serie de compromisos financieros.

En la exposición de motivos de la ley 1844 de 2017, si bien se reconoce la importancia de un mayor uso de energías alternativas (hidroeléctrica, solar, eólica, geotérmica, etc.) en la matriz energética, se afirma que no es el caso de Colombia, pues el sector eléctrico se caracteriza por tener una matriz energética limpia con una generación aproximadamente de 70 % de energía hidroeléctrica y 30 % de térmica. Sin embargo, se acepta que diversificar aún más la matriz energética en Colombia permitirá aportar a la resiliencia del país.

Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2018-2022

Son varios los apartados del PND 2018-2022, “Pacto por Colombia, pacto por la equidad”, que se ocupan directamente de la necesidad de una transición energética. Primero, hay dos pactos relacionados con el sector energético: el pacto “por la calidad y eficiencia de servicios públicos para promover la competitividad y el bienestar de todos” y el pacto “por los recursos minero-energéticos para el crecimiento sostenible y la expansión de oportunidades”. En el primero, se incluye el tema de los biocombustibles y el de la incorporación de tecnologías vehiculares de cero a bajas emisiones. También se encuentra el pacto “por la sostenibilidad: producir conservando y conservar produciendo”, que apunta a proponer una serie de estrategias para que las actividades productivas se comprometan con la sostenibilidad a través de la implementación de nuevas tecnologías para la reducción de los GEI.

En las bases del PND se plantea la consolidación de la integración de las FNCER a la matriz energética (energía solar, eólica, biomasa y geotérmica).

Ley 1715 de 2014

Con el fin de diversificar las fuentes de generación de energía eléctrica y como parte de las apuestas hacia una transición energética, la ley 1715 de 2014, por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al sistema energético nacional, contempla una serie de incentivos fiscales para promover la inversión en tecnologías de generación en fuentes renovables:

- a. Se establece una reducción del impuesto de renta de hasta el 50 % de la inversión en FNCE.
- b. Se exime del pago de IVA a todos los equipos y servicios, acotados por la UPME, que se destinen al proyecto.
- c. Se determina que todos aquellos equipos, maquinaria, materiales e insumos que sean importados para los proyectos de FNCE, y no sean producidos por la industria nacional, estarán exentos del pago de aranceles.
- d. Se estipula la posibilidad de depreciar aceleradamente los activos del proyecto, con una tasa anual de depreciación máxima del 20 %.

Plan energético nacional (PEN)

En el PEN “Colombia: ideario energético 2050”, se presentan algunas ideas sobre el desarrollo futuro del sector minero-energético colombiano que pueden servir de base para la elaboración e implementación de una política energética ajustada a las necesidades de largo plazo como criterio de una transición energética (UPME, 2015c).

En el PEN se proponen básicamente los siguientes objetivos relacionados con la transición:

- a. Avanzar hacia una diversificación de la matriz energética.
- b. Implementar la infraestructura para la generación y transmisión de energías renovables no convencionales junto con el encadenamiento de potenciales proyectos de generación o transformación.
- c. Implementar pequeñas centrales nucleares que pueden verse como una alternativa a largo plazo para diversificar el parque generador colombiano, ya que la energía nuclear es una fuente confiable, segura y libre de GEI.

- d. Diversificar la canasta de combustibles para el sector transporte mediante la incorporación de nuevas fuentes de abastecimiento de energía, privilegiando aquellas que tengan un impacto ambiental moderado como los biocombustibles.
- e. Impulsar el desarrollo de los sistemas eléctricos. Uno de los mayores avances que tendrá la incorporación de las redes inteligentes será el de la movilidad eléctrica.

Plan de expansión de referencia, generación-transmisión 2015-2029

Dentro de las opciones contempladas en este plan, se identificó una expansión base que incluye la instalación de nueva capacidad hidroeléctrica y una proyección de crecimiento de plantas menores. La UPME (2015b) formuló varios escenarios que integran diferentes fuentes de generación eléctrica, desde las tecnologías tradicionales, como las plantas térmicas a base de carbón e hidroelectricidad a mediana y gran escala, hasta la incorporación de fuentes renovables no convencionales, como la producción eólica, la geotermia, la biomasa y la generación solar fotovoltaica, en cuanto opciones para diversificar la matriz de generación de energía eléctrica.

Plan de acción indicativo de eficiencia energética

Como objetivos generales, el *Plan de acción indicativo de eficiencia energética*. PAI PROURE 2017-2022 plantea definir las metas de eficiencia energética más “costo efectivas”; construir las condiciones económicas, técnicas, regulatorias y de información, para impulsar un mercado eficiente de bienes y servicios energéticos; fortalecer las instituciones e impulsar la iniciativa empresarial; facilitar la aplicación de las normas relacionadas con incentivos, incluyendo los tributarios, y armonizar las metas del plan con los compromisos adquiridos por el país en la Conferencia 21 de las Partes (COP21) (Ministerio de Minas y Energía, 2016).

De esta manera, se evalúan varios sectores y se proponen acciones y medidas sectoriales para cumplir con los objetivos propuestos de la siguiente manera:

Sector transporte: En este sector se realiza el mayor consumo de energía (casi un 40 %) y se encuentra la mayor cantidad de emisiones de CO₂ y otros contaminantes.

Medidas: a) Entrada de vehículos nuevos y reposición de vehículos en algunas categorías. El objetivo sería haber remplazado el 0,15 % de la flota total en el 2021 (aproximadamente 14 millones de vehículos); b) sustitución del total de la flota de taxis en las principales ciudades del país (Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla) por vehículos eléctricos (la meta es 2022); c) entrada de motos eléctricas y automóviles eléctricos nuevos en el ámbito nacional; d) entrada de vehículos eléctricos e híbridos en el transporte público de pasajeros de las principales ciudades del país.

Sector industrial: Este sector consume casi el 30 % de la energía final del país. Dentro del consumo industrial, resalta la importancia que tienen los usos térmicos y los asociados a ellos, energéticos como el carbón mineral, el gas natural y el bagazo, que representan el 83 % del total de la energía consumida por la industria. El restante 17 % representa usos eléctricos, tanto con energía comprada (de la red) como con energía generada a través de sistemas de autogeneración y cogeneración.

Medidas: a) Promover tecnologías más ahorradoras y eficientes para los procesos de refrigeración y acondicionamiento de aire; b) la industria utiliza en promedio un 5,3 % de su energía eléctrica en sus sistemas de iluminación, que puede ser proporcionada mediante luz natural y luz artificial o su combinación; c) los sistemas de calentamiento directo consumen el 65 % del gas natural del sector industrial, casi el 20 % del total de energía del sector, por lo que podrá evaluarse como medida el uso de sistemas solares térmicos para calentar agua.

Sector terciario: La economía colombiana, al igual que otras del mundo, ha mostrado durante las últimas décadas una mayor participación del sector terciario, de manera que, en la actualidad, constituye cerca del 60 % del PIB nacional

Medidas: a) El potencial de eficiencia energética en electricidad por cambio tecnológico en el sector terciario es del 14,8 %, y a este potencial puede sumarse de un 5 % a un 10 % por la implementación de buenas prácticas, con lo cual el potencial total de eficiencia

energética para usos eléctricos en este sector se estima entre un 20 % y un 25 %; b) la sustitución de equipos actuales en este sector por otros más eficientes ofrecería un 20 % de eficiencia energética, la implementación de medidas arquitectónicas un 10 % y el posible uso de energías renovables, alrededor de un 2,7 %.

Sector residencial: En este sector, los principales consumos de energía se dan por refrigeración, televisión, iluminación y cocción. En las áreas urbanas, las formas de energía más empleadas son la electricidad y el gas natural, con participaciones del 55 % y el 35 % respectivamente (también existe una pequeña participación del gas licuado del petróleo, GLP), mientras que, en zonas rurales, la leña sigue siendo una forma energética con muy alta demanda (77 %), seguida del GLP (14 %) y la electricidad.

Medidas: a) La sustitución de los equipos de refrigeración de más de 10 años puede llevar a una reducción de consumo de energía de 1702 GWh/año.

En conclusión, el marco jurídico colombiano vigente y los documentos de planeación revisados acá dan cuenta de que la transición energética recorre la trayectoria de una propuesta ecocapitalista. Primero, porque no cuestiona las condiciones fundamentales del crecimiento, la productividad y el beneficio, sino que propone la mitigación, la adaptación y la resiliencia para hacerle frente al cambio climático. Segundo, porque la reducción de los GEI pasa siempre por procesos de beneficio, ya sea a través de mecanismos de mercados de emisiones (pagar para seguir emitiendo CO_2), por las reconversiones tecnológicas que conlleva la sustitución o la diversificación y las exigencias energéticas fósiles que ello implica, o por la centralización y la eficiencia energética basadas en planes de gestión, apertura de mercados y desregulación de precios y competencia de actores.

Fracking

El fracturamiento hidráulico o *fracking* es una técnica de extracción de hidrocarburos, gas y petróleo en los yacimientos no convencionales (YNC) y consiste en inyectar a alta presión enormes

volúmenes de agua mezclada con arena y otros productos químicos en el subsuelo (Ordúz et al., 2018).

El *fracking* se inscribe en un momento de advenimiento de crisis energética por el agotamiento del petróleo. Este momento se conoce como el *peak oil* o momento de máxima extracción de petróleo global, lo que significa que la tasa de producción va a comenzar a mostrar a futuro un declive progresivo. Pero el agotamiento del petróleo y de otros hidrocarburos no debe entenderse como una ausencia de grandes cantidades de ellos en el subsuelo, sino como una disminución de la velocidad y la cantidad de energía para extraerlos. Se habla entonces de agotamiento de reservas de hidrocarburos en los yacimientos convencionales y de un incremento de los YNC por el éxito exploratorio. No es un asunto de mera inversión en el desarrollo y aplicación de nuevas técnicas de extracción, sino, más bien, de rentabilidad energética, es decir, cuánta energía se gana por cada unidad de energía que se invierte en obtenerla (Explicando el *peak oil*, 2019).

Esta realidad no es ajena para Colombia. La UPME (2018) prevé en el mediano plazo, de acuerdo con los informes de la Agencia Internacional de Energía (AIE), el agotamiento de muchos campos de explotación de hidrocarburos, debido a la declinación de los yacimientos convencionales existentes en el país y a la inevitable disminución futura de la proporción del petróleo en la matriz energética mundial.

En la actualidad, el *fracking* en Colombia no ha sido autorizado para extracción o producción, a pesar de los esfuerzos del Gobierno nacional para implementar esta técnica, pero sí se aprobaron los proyectos piloto integrales de investigación (PPII) ubicados en la cuenca del valle medio del Magdalena y la zona de Cesar-Ranchería.

Ahora, para asociar las posibilidades de transición energética con el debate del *fracking* es importante recoger la información básica del petróleo en la economía colombiana.

El petróleo en la economía colombiana

La dependencia actual de la economía del país del sector extractivo (minas y petróleo) se explica por la generación de rentas para el Estado y por las cuentas del sector externo relacionadas

con los combustibles y sus derivados. La participación del sector extractivo ha aportado en promedio, entre 2005 y 2017, el 5,67 % del total del PIB. De este 5,67 %, el 80 % corresponde a la extracción de hidrocarburos (Ordúz *et al.*, 2018, p. 73). A pesar de que desde el año 2012 hasta el 2017 la caída de los precios internacionales del petróleo afectó la participación de este sector en el PIB, y de que no participa de manera significativa en el total de los agregados macroeconómicos, la política nacional insiste en el fortalecimiento del sector, como lo muestra la figura 6 (Ordúz *et al.*, 2018, p. 74).

Por el lado de las exportaciones, la participación del petróleo y sus derivados sí ha sido significativa en relación con las exportaciones totales, aunque refleja el mismo comportamiento por la caída de los precios internacionales del petróleo, pero a partir de 2014, como se puede ver en la figura 7 (Ordúz *et al.*, 2018, p. 74).

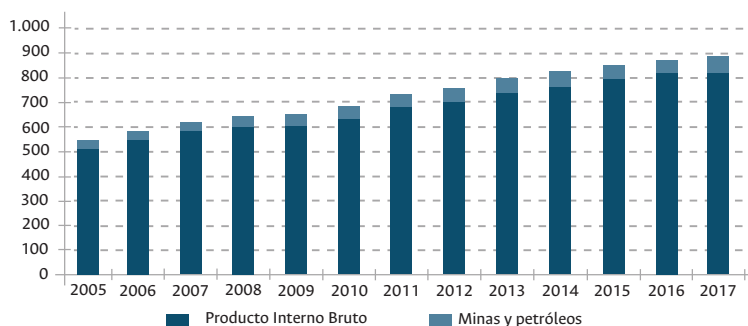


Figura 6. Aportes del sector extractivo al PIB 2005-2017
(billones de pesos constantes 2015)

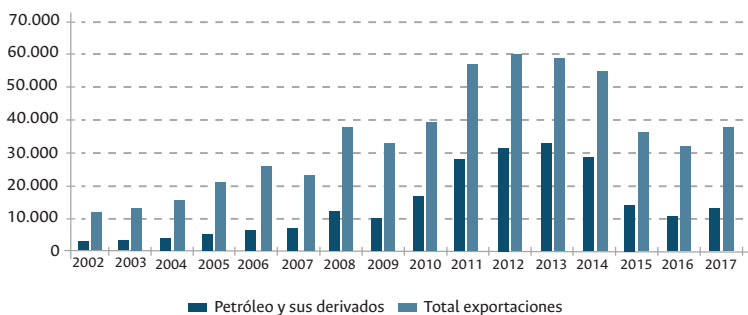


Figura 7. Exportaciones totales vs. exportaciones de petróleo y derivados
2002-2017 (millones de dólares)

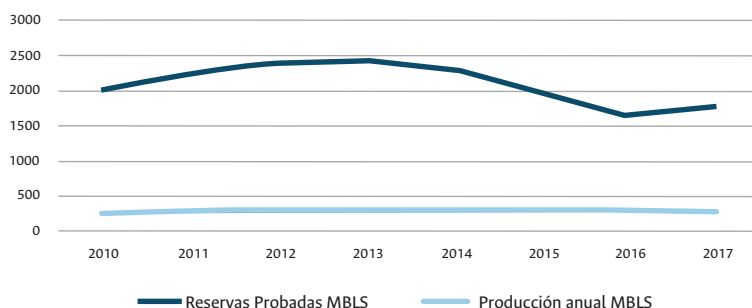


Figura 8. Producción de petróleo y reservas probadas 2010-2017 en millones de barriles

Fuente: Elaboración propia a partir de datos tomados de la ANH (s. f.).

Ahora bien, por el lado del desabastecimiento energético, las reservas probadas de hidrocarburos en Colombia muestran con claridad la conformidad de su variación entre 2010 y 2017 con la pérdida de sostenibilidad energética y las preocupaciones que generan los efectos de esto para la industria, el transporte y la generación de energía. De acuerdo con las estimaciones de las reservas probadas actuales con el nivel de extracción y producción de hidrocarburos, el abastecimiento satisface los próximos 5,7 años (Ordúz et al., 2018, p. 80).

De acuerdo con la figura 8, si bien la producción de petróleo anual en millones de barriles se ha mantenido estable, desde 2013 se observa que las reservas probadas han venido disminuyendo de forma significativa, lo que implica, por una parte, la necesidad de aumentar las actividades y las áreas exploratorias y, por otra, considerar las potencialidades de extracción de los YNC y el *fracking*.

En cuanto a la proyección futura, el “Plan para la competitividad petrolera” tiene una mirada que se extiende hasta 2030 para poder contar con volúmenes de producción de 1,3 millones de barriles mensuales de petróleo. Lo anterior es necesario para generar los recursos que requiere el país para los diferentes proyectos sociales y de consolidación de la paz (ANH, s. f.).

Es en este punto en donde la discusión del *fracking* y la necesidad de una real transición energética cobran importancia. Si bien hay varios documentos que ilustran este aspecto en particular, el que

más directamente plantea el panorama es el documento publicado por Ecopetrol sobre la prospectividad del sector en la próxima década. Allí se plantea la urgencia de continuar estimulando los YNC, so pena de un escenario de insuficiencia energética (Echeverry, s. f.).

El documento de Echeverry (s. f.) plantea que los yacimientos no convencionales de hidrocarburos pueden ser el proyecto más grande de la historia del país, con un rango de inversión en los primeros 20 años de entre 15.000 millones y 40.000 millones. De otra parte, muestra que, en caso de no explotación de estos yacimientos, después del 2025 el crudo será insuficiente para cargar refinerías y abastecer el país.

De otra parte, las proyecciones de prospectiva indican el déficit de petróleo en el supuesto de que el país no explotara los YNC. Esto tendría como resultado un desbalance entre la capacidad de refinación y la cantidad de crudo suficiente para cargar las refinerías y abastecer el país en un eventual incremento de la demanda de refinados en el periodo 2017-2030, desbalance que se reflejaría en un incremento anual promedio así: gasolina, 3,4 %, diésel 2,6 %, jet fuel, 4 %, como se observa en la figura 9 (Echeverry, s. f.).

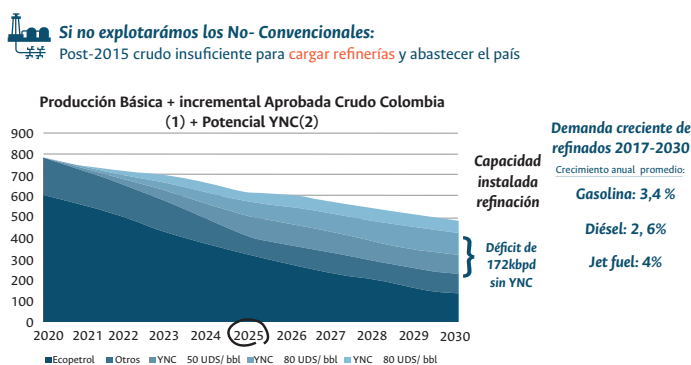


Figura 9. Déficit de crudo sin explotar YNC

Si se intenta establecer una relación entre *fracking*, petróleo y transición energética, pareciera encontrarse con una contradicción en los términos. Porque si de lo que se trata es de transitar de fuentes de energía convencionales o fósiles a fuentes de energías no convencionales o renovables, entonces el debate en cuanto al

abastecimiento y la sostenibilidad energética debería orientarse en otra dirección y no en la necesidad de implementar en el país la técnica de la fracturación hidráulica. Por supuesto que una reconfiguración radical de la matriz energética no se da en el corto plazo. Sin embargo, y como ya hemos visto, si la transición energética en Colombia se ubica en una propuesta ecocapitalista, la transición no busca encargarse de replantear el crecimiento económico, visto en este aparte, en la participación del sector del petróleo en el PIB, en las exportaciones de petróleo y la dependencia de la economía de las rentas y de las cuentas externas por exportaciones, y finalmente en el afán de hacer nuevos hallazgos para aumentar las reservas probadas, incluyendo los YNC. Profundizar el extractivismo es ir en contravía de una transición energética.

Impuesto al carbono (IC)

El IC consiste en asignar un costo a las personas (naturales o jurídicas) por sus emisiones de CO_2 . Se le denomina impuesto al carbón, impuesto al carbono o prima de carbono y, dependiendo de la cantidad de CO_2 que se emita o de que se utilicen combustibles fósiles (Arguello y Salazar, 2010, p. 8), el Estado podrá realizar su cobro.

El IC es un impuesto que también se denomina impuesto pigouviano, por Arthur Pigou (Arguello y Salazar, 2010, p. 9). Tiene como finalidad combatir el cambio climático y acelerar la transición a las energías renovables bajo dos supuestos: el primero consiste en que las empresas enfocadas en la industria, al tener que pagar por la cantidad de emisiones que genere su actividad, verán afectado su capital y, para mantener sus ingresos o no ver disminuido su capital, buscarán la manera de que estas emisiones se reduzcan, contribuyendo así a la desaceleración del cambio climático; el segundo supuesto consiste en la idea de que las empresas, para bajar los costos de su emisión, encontrarán la forma de adquirir tecnologías que generan menos CO_2 , lo cual trae consigo la viabilidad de la transición energética, entendida como sustitución de las tradicionales fuentes de energía (carbón, gas natural y petróleo) por energías renovables (eólica, solar, hidroeléctrica, etc.) en pro de mantener el modelo económico actual de producción y consumo.

Las estrategias de los países para obtener los recursos de este impuesto han estado enfocadas en varias alternativas. La primera consiste en realizar un cobro “directo”, esto es, cuando las empresas van a comprar elementos como gas natural, carbón, petróleo o derivados de estos recursos. La segunda revisa el daño concreto y la emisión efectivamente realizada. La medición de la cantidad de CO_2 que se emite se realiza a través del sistema de tonelada, por lo que los países pueden tener, por lo menos, un aproximado de las emisiones que genera cada empresa o el mismo Estado (Ihobe y Factor CO_2 , 2013). La tercera consiste en los mercados de derechos de emisiones (Gobierno de España, 2013). Esta alternativa ya consiste en la compra y venta de derechos para emitir CO_2 , lo que quiere decir que determinado país otorgó aval a determinada empresa para emitir cierta cantidad de CO_2 por determinado valor; luego, esta empresa, al tener un cupo de emisión, comienza a negociar con otras empresas o personas para vender todo el derecho de emisión o cierta parte de este.

Ahora bien, ¿el impuesto al carbono ha sido efectivo para la reducción de emisión de CO_2 ? De acuerdo con la primera alternativa, no ha sido tan efectivo por varios factores que es importante destacar. El primero está relacionado con la presión que pueden ejercer grandes multinacionales en los países, sobre todo los que están en vía de desarrollo, para que no crezca la carga tributaria sobre ellos, esto es, políticamente no ha sido posible elevar los precios del impuesto al carbón a tal punto que permita reducir las emisiones de forma considerable (Plummer y Popovich, 2019). El segundo está relacionado con la presión que pueden ejercer grandes multinacionales y empresas nacionales sobre el consumidor final. Esta presión no es una presión política sino económica, pues en el momento en que a las empresas se les fija un impuesto alto por emisiones de CO_2 , estas transfieren la carga a la ciudadanía, lo que genera incrementos en combustible fósil o energía eléctrica (Plummer y Popovich, 2019). Este punto puede ser debatido en cuanto a la efectividad de la reducción de emisiones de CO_2 con este impuesto, ya que la industria, al transferir la carga tributaria por la emisión de CO_2 a la ciudadanía a través del incremento de los precios de los productos, desincentiva, a su vez, a los ciudadanos

a adquirir este tipo de productos y, por lo tanto, contribuye a la reducción de la emisión (Galindo, Beltrán, Carbonell y Alatorre, 2017, p. 11). Sin embargo, esta postura no tiene en cuenta que hay productos que a pesar de la subida en sus precios son necesarios para satisfacer las necesidades básicas de las personas. El tercer factor está ligado a que este impuesto se encuentra contemplado en el marco de una política mundial que propende, no por evitar o detener el cambio climático, sino por mitigar los efectos o adaptarse a los cambios que presente el mundo (Arguello y Salazar, 2010, p. 11). Medidas que no sean radicales sino que busquen la disminución de los efectos adversos terminan siendo “pañitos de agua tibia” que no satisfacen la necesidad actual si queremos evitar una catástrofe ambiental. Esta situación se puede apreciar en el Protocolo de Kioto, que buscaba que los países en vía de desarrollo no asumiesen un compromiso real con el cambio climático, posición absurda si tenemos en cuenta que China es considerado un país en vía de desarrollo y a su vez uno de los países que más contaminan el planeta.

En los países desarrollados, el impuesto al carbono resulta insuficiente para controlar el aumento de las emisiones de CO_2 , mientras que los efectos de este impuesto en los países en vía de desarrollo tienden a ser más notorios, no en el sentido de que la disminución de la emisión se aprecie en el territorio, sino en el sentido de que se aprecia en el ámbito económico (Galindo *et al.*, 2017, p. 11). Sin embargo, parece que los países desarrollados han logrado implementar este impuesto con mejores resultados en cuanto a la tributación y captación de recursos para el Estado (Arguello y Salazar, 2010, p. 21). Debemos destacar a los países del norte de Europa y a Canadá como líderes en la implementación de este impuesto, cuya recaudación podría superar los 100 millones de euros (Arguello y Salazar, 2010). Los gobiernos de estos países han propuesto utilizar los recursos para la financiación de la transición tecnológica de los países en vía de desarrollo y con ello reducir la emisión de CO_2 (Arguello y Salazar, 2010, p. 21), pero esta posibilidad aún no forma parte de la agenda.

En Colombia, se expidió la ley 1819 de 2016 como garantía para cumplir con las obligaciones anunciadas ante el COP21, entre las

cuales se encuentra la ampliación de programas para frenar la deforestación, la creación de un fondo para una paz sostenible y la inclusión de un impuesto al carbono (García, Vallejo, Higgings y Escobar, 2016, pp. 23-28) mediante el sistema de cobro directo. Aunque este impuesto pretende ser uno de los medios para reducir un 20 % los GEI para el año 2030, no satisface las necesidades y obligaciones internacionales que contrajo el Estado colombiano. Al tener una carga tributaria que no supera los 5 dólares por tonelada, tasa muy baja en comparación con la de Canadá o los países nórdicos, que cobran entre 15 dólares y 30 dólares por tonelada con una proyección de 60 dólares por tonelada de CO_2 para el 2030 (Plummer y Popovich, 2019), este impuesto no incentiva la reducción de generación de GEI ni impulsa a la industria a la utilización de máquinas o herramientas que reduzcan considerablemente estas emisiones.

Algo particular de esta norma, y que hace parecer que resulta ineficiente, es que de ella está excluido el impuesto al carbono, por lo que las minas y las empresas que lo utilizan están exentas de pagar este tributo, pero hay que tener en cuenta que el carbón es uno de los principales generadores de GEI en el mundo (Greenpeace, 2019, p. 2). Una de las razones que se pueden aducir para considerar esta exclusión es la presión política que eventualmente pudieron hacer gremios de energía y la ANDI, pues el informe “Impacto impuesto al carbono sobre el consumo de carbón” (ANDI, 2018) se encarga de enunciar los posibles escenarios para Colombia en el hipotético caso de introducir un impuesto de este tipo sobre el carbón. Entre los motivos se puede encontrar el poco interés de la ANDI en reducir los gases de efecto invernadero, ya que considera que el “Plan integral de gestión de cambio climático/sector minero energético” (2018) es suficiente para cumplir con las obligaciones hasta 2030 y que “Colombia no debería poner un impuesto al carbón que no haya sido acordado en el marco de la Convención de Naciones Unidas para el Cambio Climático” (ANDI, 2018, p. 10). Además, como solo un poco más de veintitrés países han adoptado este impuesto, traerlo a Colombia implicaría poner la industria colombiana en desventaja respecto de las economías de otros países que tienen competencia directa con Colombia, ya que las empresas extranjeras no deben

asumir ningún tipo de carga tributaria para la obtención de energía necesaria para su producción (ANDI, 2018, p. 8).

Posteriormente, ya para el año 2017, se expide el decreto 926 del 1 de junio, que corta el pequeño avance que pudo representar la ley 1819, pues introduce el procedimiento para hacer efectiva la no causación del impuesto nacional al carbono para las personas, naturales o jurídicas, que demuestren que el implemento que van a utilizar proviene del denominado carbono neutro. Este último es definido en el mismo decreto como “la neutralización de las emisiones de GEI asociadas al uso del combustible sobre el cual no se causará el impuesto nacional al carbono”. Eso quiere decir que se podrán adquirir bonos de emisión de menor valor que el impuesto (Ministerio del Ambiente, 2017).

Estas normativas permiten notar el enfoque que quiere darle el Gobierno colombiano a este impuesto: este impuesto se hizo para ser cobrado, pero no tan alto como para que lo evadan ni tan bajo como para que cumpla con los estándares internacionales. Desde esta perspectiva, se ve que la función del impuesto no es reducir la emisión de CO₂ sino la de captar recursos.

Lo anterior permite notar que si el Gobierno colombiano quiere que este impuesto tenga un impacto real positivo dentro del territorio, debe entender que esto implica destinar los recursos captados por medio de él a la inversión en una educación y una investigación que permitan la creación de nuevas tecnologías que sean compatibles con el ambiente y con las condiciones mínimas necesarias para la subsistencia como especie, y no ver este impuesto como un beneficio fiscal para el Estado.

Conclusiones

- a. La matriz energética colombiana se ajusta, por la dependencia de los combustibles fósiles, a la base energética propia de un modo de producción y consumo capitalista.
- b. La matriz de oferta de energía primaria, la de oferta de energía secundaria y la del consumo final de energía guardan una correspondencia por la significativa participación del petróleo y sus derivados, el carbón y el gas natural en el total de su composición.

- c. La matriz de generación de energía eléctrica es apenas el 24% de la matriz de la oferta de energía secundaria, lo que no significa que la matriz energética colombiana como conjunto este basada en fuentes de energías renovables.
- d. Los proyectos de energías renovables no apuntan en sentido estricto a una transición energética como sustitución de fuentes, sino a una diversificación en la generación de energía eléctrica que permita en ciertos momentos dinamizar el consumo y reducir las emisiones de CO_2 .
- e. Los proyectos apuntan a ser parte de un modelo centralizado de despacho de energía; por tanto, la puesta en marcha de estos proyectos se enmarca claramente en una propuesta ecocapitalista de transición como mera diversificación.
- f. El marco jurídico colombiano vigente y los documentos de planeación revisados dan cuenta de que la transición energética recorre la trayectoria de una propuesta ecocapitalista. Primero, porque no cuestiona las condiciones fundamentales del crecimiento, la productividad y el beneficio, sino que propone la mitigación, la adaptación y la resiliencia para hacerle frente al cambio climático. Segundo, porque la reducción de los GEI pasa siempre por procesos de beneficio, ya sea a través de mecanismos de mercados de emisiones (pagar para seguir emitiendo CO_2), por las reconversiones tecnológicas que conllevan la sustitución o la diversificación y las exigencias energéticas fósiles que ello implica, o por la centralización y la eficiencia energética basadas en planes de gestión, apertura de mercados y desregulación de precios y consolidación de monopolios de actores.
- g. Si el escenario de planeación del abastecimiento y la sostenibilidad energética está situado en la necesidad de explotar los YNC, entonces parecería una contradicción en los términos hablar de una transición energética.
- h. No existe una propuesta de transición relativa a los hidrocarburos, pues no existe un replanteamiento concreto acerca del crecimiento económico, visto en este aparte, en la participación del sector del petróleo en el PIB, en las exportaciones de petróleo y la dependencia de la economía

de las rentas y de las cuentas externas por exportaciones, y finalmente en el afán de hacer nuevos hallazgos para aumentar las reservas probadas, incluyendo los YNC.

- i. Profundizar el extractivismo es ir en contravía de una transición energética.
- j. El impuesto al carbono se diseñó para ser cobrado, no tan alto como para que lo evadan ni tan bajo como para que cumpla con los estándares internacionales. Desde esta perspectiva, se ve que la función del impuesto no es conducir el comportamiento de los contribuyentes y reducir la emisión de CO_2 , sino captar recursos.

Referencias

- Agencia Nacional de Hidrocarburos [ANH]. (s. f.). Plan para la competitividad petrolera. Recuperado de: <http://www.anh.gov.co/Sala-de-Prensa/Lists/Anuncios/Noticias.aspx?ID=18>.
- Arguello, R & Salazar, F (2010). Impuesto al carbón. Escuela de Ingeniería Mecánica – Mercados Energéticos. Pontificia Universidad Católica de Chile. Recuperado de: http://hrudnick.sitios.ing.uc.cl/alumno10/carbono/index_archivos/Impuestos%20al%20Carbono%20Alumnos%20Richard_Francisco.pdf.
- Asociación Nacional de Empresarios de Colombia [ANDI]. (2018). Impacto impuesto al carbono sobre el consumo de carbón. Recuperado de: http://www.andi.com.co/Uploads/20190314-PND-%20zsImpacto%20Propuesta%20Mod%20Impuesto%20Carbono_636918834534949701.pdf.
- Bertinat, P. (2016, noviembre). *Transición energética justa. Pensando la democratización energética*. Fundación Friedrich Ebert (fes), pp. 3-5. Recuperado de: <http://www.unter.org.ar/node/15222>.
- British Petroleum [BP]. (2019). BP Statistical Review of World Energy. Recuperado de: www.bp.com.
- Cortés, E., Mahecha, H. y Pardo, S. (2008, 11 octubre). Biocombustibles y auto eficiencia energética. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dyna/v76n158/a10v76n158.pdf>
- Dussán, M. (2017). *El Quimbo: Extractivismo, despojo, ecicidio y resistencia*. Bogotá, Colombia: Planeta Paz.

- Echeverry, J. C. (s. f.). Ecopetrol 2020-2030. Recuperado de: https://www.ecopetrol.com.co/documentos/JCE_presentacion_foro_unal.pdf.
- Explicando el *peak oil* de manera sencilla. (2019). *The Oil Crash*. Recuperado de: <http://crashoil.blogspot.com/>.
- Galindo, L., Beltrán, A., Carbonell, J. y Alatorre, J. (2017). *Efectos potenciales de un impuesto al carbono sobre el producto interno bruto en los países de América Latina*. Publicación de las Naciones Unidas LC/TS.2017/58. Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41867/1/S1700590_es.pdf.
- García, C., Vallejo, G., Higgins, M. y Escobar, E. (2016). *El Acuerdo de París. Así actuará Colombia frente al cambio climático*. 1 ed. WWF-Colombia. Cali, Colombia Recuperado de: http://www.minambiente.gov.co/images/cambioclimatico/pdf/documentos_tecnicos_soporte/As%C3%AD_actuar%C3%A1_Colombia_frente_al_cambio_clim%C3%A1tico.pdf.
- Gobierno de España. (2013). *El comercio de derechos de emisión*. Recuperado de: <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/comercio-de-derechos-de-emision/qu%C3%A9-es-el-comercio-de-derechos-de-emision/>.
- Greenpeace. (2019). “Cambia la energía, no el clima”. Recuperado de: <https://es.greenpeace.org/es/wp-content/uploads/sites/3/2019/06/en-marcha-por-el-clima-LR-1.pdf>.
- Harvey, D. (2014). *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*. Quito, Ecuador: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador.
- Husson, M. (2017). *El capitalismo en 10 lecciones. Breve curso de economía heterodoxa*. Bogotá, Colombia: Ediciones Caña Verde.
- Ihobe y Factor CO₂. (2013). *7 metodologías para el cálculo de emisiones de gases efecto invernadero*. Bilbao: Ihobe, Sociedad Pública de Gestión Ambiental. Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial, Gobierno Vasco. Recuperado de: https://www.euskadi.eus/contenidos/documentacion/7metodologias_gei/es_def/adjuntos/7METODOLOGIAS.pdf.
- Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales [Ideam]. (2017). *Tercera comunicación nacional de Colombia a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC)*. Bogotá D.C., Colombia.

- Löwy, M. [Equo NAVARRA NAFARROA]. (2015, junio 11). Ecosocialismo, la alternativa radical a la catástrofe ecológica capitalista. Michael Löwy [Archivo de video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=iDhaY-IcTi4>.
- Ministerio del Ambiente. (2017). Recuperado de: http://www.minambiente.gov.co/images/abc_carbono_final29ago.pdf.
- Ministerio de Minas y Energía, (2016). *Plan de Acción Indicativo de eficiencia energética. PAI PROURE 2017-2022*. Recuperado de: https://www1.upme.gov.co/DemandaEnergetica/MarcoNormatividad/PAI_PROURE_2017-2022.pdf.
- O'Connor, J. (2001). *Causas naturales. Ensayos de marxismo ecológico*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Orduz et al. (2018). *La prohibición del fracking en Colombia como un asunto de política pública*. Bogotá, Colombia: Fundación Heinrich Boll. Recupera de: https://co.boell.org/sites/default/files/20190329_hb_publicacion_fracking_web.pdf.
- Plummer, B. y Popovich, N. (2019, abril 4). ¿Qué tan efectivo es un impuesto al carbón? *The New York Times*. Recuperado de: <https://www.nytimes.com/es/interactive/emisiones-precio-del-carbono/>.
- Riechmann, J. (2000). *Un mundo vulnerable. Ensayos sobre ecología, ética y tecnociencia*. Madrid, España: Los libros de la Catarata.
- Riechmann, J. (2014). *Tratar de comprender. Ensayos escogidos sobre sustentabilidad y ecosocialismo en el Siglo de la Gran Prueba*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Distrital.
- Tanuro, D. (2011a). *Fundamentos de una estrategia ecosocialista*. Viento Sur. Recuperado de: <https://vientosur.info/spip.php?article5327>.
- Tanuro, D. (2011b). *El imposible capitalismo verde. De la revolución climática capitalista a la alternativa ecosocialista*. Madrid, España: La Oveja Roja.
- Unidad de Planeación Minero Energética [UPME]. (2015a). *Integración de las energías renovables no convencionales en Colombia*. Bogotá: La Imprenta Editores.
- Unidad de Planeación Minero Energética [UPME]. (2015b). *Plan de expansión de referencia, generación - transmisión 2015-2029*.
- Unidad de Planeación Minero Energética [UPME]. (2015c). *Plan Energético Nacional - Colombia: Ideario energético 2050*.
- Unidad de Planeación Minero Energética [UPME]. (2018, diciembre). *Plan indicativo de abastecimiento de combustibles líquidos*.

Unidad de Planeación Minero Energética [UPME]. (2019a, julio 23).

Balance energético colombiano. Recuperado de: https://www1.upme.gov.co/Documents/Balance_energetico_colombiano_beco.pdf.

Unidad de Planeación Minero Energética [UPME]. (2019b). *Informe de registro de proyectos de generación de electricidad*. Bogotá: UPME- Unidad de Planeación Minero-Energética.

xm. (2019). Capacidad efectiva por tipo de generación. Recuperado de: <http://paratec.xm.com.co/paratec/SitePages/generacion.aspx?q=capacidad>

La cláusula aceleratoria en créditos hipotecarios y su afectación a derechos fundamentales

Sebastián Bernal Torres*

Juan Carlos Naranjo Vásquez***

Mary de los Ángeles Fuentes
Vanstralen**

José Guillermo Castro Ayala
Profesor

Giadesc - Coordinador Académico

Resumen

El propósito de este artículo es analizar la relación entre el ejercicio de la cláusula de aceleración en préstamos hipotecarios y la violación de los derechos fundamentales de los deudores. Para este propósito, comenzamos contextualizando el uso de la cláusula en contratos mutuos con garantía hipotecaria, definiéndose a partir de la doctrina y su regulación actual en el sistema legal colombiano. Posteriormente describimos los casos que han sido estudiados por la Corte Suprema y la Corte Constitucional, en los que ha mediado el ejercicio de la cláusula por parte del acreedor, y, finalmente, se proponen una serie de medidas que hacen que la situación del deudor sea menos gravosa, incluida la propuesta de eliminarla del ordenamiento jurídico.

Palabras clave Cláusula aceleratoria, derechos fundamentales, hipoteca, jurisprudencia, tutela.

* Estudiante de décima matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: josbernalto@unal.edu.co.

** Estudiante de décima matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: maafuentesva@unal.edu.co.

*** Estudiante de novena matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: jucnaranjova@unal.edu.co.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the relationship between the exercise of the acceleration clause in mortgage loans and the violation of the fundamental rights of debtors. For this purpose, we begin by contextualizing the use of the clause in mutual contracts with mortgage guarantee, defining it based on the doctrine and its current regulation in the Colombian legal system. Thus, we proceed to describe the cases that have been studied by the Supreme Court and the Constitutional Court, in which the exercise of the clause by the creditor has mediated. Finally, a series of measures are proposed that make the debtor's situation less burdensome, including the proposal to eliminate it from the legal system.

Keywords Acceleratory clause, fundamental rights, jurisprudence, mortgage, tutelage.

Introducción

La vivienda es una institución social que figura como sitio de salvaguarda, seguridad, lecho para las relaciones familiares e interpersonales y sobre todo como garantía del derecho a la vida y a la propiedad privada. Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el derecho a la vivienda digna consignado en el artículo 51 de la Constitución (Congreso de la República, 1991) reviste el carácter de derecho fundamental, de acuerdo con lo cual el Estado debe de proveer mecanismos para su satisfacción a toda la población.

En razón de ello, el Gobierno ha promovido programas encaminados a asegurar el acceso a ese derecho, programas de vivienda de interés social (VIS) y vivienda de interés social prioritario (VIP), y en otros casos ha donado miles de hogares a las familias menos favorecidas, como las víctimas del conflicto armado. Sin embargo, la realidad de la población colombiana se aleja de este ideal, ya que el Estado no cuenta con la capacidad financiera, técnica y burocrática para satisfacer el derecho a la vivienda digna a todos los colombianos (Olano, 2006). Debido a una economía de libre mercado, esta labor ha sido puesta en manos de particulares, quienes ofrecen mecanismos de financiación de vivienda mediante tipos contractuales como el mutuo o el *leasing*.

La amplia difusión del contrato de mutuo hace de este el tipo contractual más recurrido por los ciudadanos para financiar la adquisición de vivienda, en razón de la tradición social y de que es modelo por excelencia para el cumplimiento de este fin. Las entidades financieras han optado por celebrar este tipo de contratos con garantía hipotecaria, de modo que un préstamo de dinero es garantizado a través de un gravamen: la hipoteca, sobre el bien inmueble que el mutuario ha decidido adquirir (S. Rodríguez, 2009, p. 480). Este proceso, que puede sonar sencillo, mueve a sus espaldas un complejo sistema de evaluación de riesgo y factibilidad del crédito, con el cual la entidad financiera estudia la viabilidad de conceder el crédito a la persona que lo solicita; asimismo, dichos contratos (que terminan siendo de adhesión) vienen a ser regulados de manera minuciosa, a ser provistos de cláusulas y términos sobre los cuales se regirá la relación contractual durante el tiempo en que el mutuario se vea obligado y hasta que pague la totalidad de la deuda.

En dicho entramado de cláusulas es posible identificar una de especial relevancia cuando el deudor incurre en un incumplimiento: la cláusula aceleratoria. Este tipo de acuerdo reviste importancia en cuanto permite al acreedor —en este caso, la entidad financiera— exigirle anticipadamente al deudor la totalidad de la deuda, suspendiendo los plazos y haciendo el cobro de inmediato. Es allí donde puede originarse un conflicto de orden superior, que no solamente se remite a la vulneración del derecho fundamental a la vivienda digna.

Cuando el acreedor hace efectiva la aceleración del pago es posible que se esté dejando desprotegido al deudor, vulnerando su derecho fundamental a la vivienda digna y el de las personas a su cargo; asimismo, pueden existir vulneraciones por conexidad de otros derechos, como por ejemplo a la salud o a la vida. También, bajo las circunstancias anteriormente mencionadas puede suceder que, pasando por encima de la normatividad procesal o de otras cláusulas contenidas en el contrato, se vulnere el derecho fundamental al debido proceso del deudor.

Sobre lo anterior, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han realizado pronunciamientos relativos a las acciones de tutela interpuestas para reclamar dichos derechos. En algunas instancias, se ha restringido el uso de la aceleración del pago por los acreedores debido a las situaciones concretas de cada uno de los deudores; no sobra mencionar que esto dependerá de las solicitudes de los tutelantes.

Es por esto que el presente artículo de investigación busca identificar los fundamentos jurídicos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en materia de tutelas respecto a los derechos invocados por los deudores, para restringir el ejercicio de la cláusula aceleratoria por parte de las entidades financieras en los créditos hipotecarios. Con ello, y a partir de unas nociones básicas en torno a la legislación e historia de la cláusula aceleratoria, se podrá proveer de posibles soluciones que hagan más efectiva la protección de los deudores que se vean sometidos al ejercicio de dicha cláusula.

En este sentido, en el primer acápite se conceptualiza la institución jurídica de la cláusula aceleratoria. Para ello se emplearán referentes que provienen de cuatro perspectivas: por un lado, reflexiones de contenido doctrinal y jurisprudencial y, por el otro, consideraciones sobre los antecedentes legislativos y la normatividad vigente. En el segundo acápite, se desarrollarán las diversas posturas que han tomado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia con respecto al tema. En el último capítulo, como se mencionó anteriormente, reuniremos todos estos elementos en torno a propuestas para que los deudores dispongan de mayor protección en los escenarios en donde se enfrenten a la cláusula aceleratoria de los contratos por los que están obligados.

Anotaciones sobre la cláusula aceleratoria en el ordenamiento jurídico colombiano

Para comprender la razón por la que se ha regulado la cláusula aceleratoria con una disposición normativa expresa dentro del ordenamiento jurídico colombiano es necesario entender los antecedentes legislativos de esta figura, ya que, a pesar de que no

existe certeza respecto de cuándo o dónde nace la misma, la sentencia C-332-01 nos da una pista muy importante: “Antes de la expedición del artículo 69 de la ley 45 de 1990, no existía un límite legal específico respecto del pacto de cláusulas aceleratorias. Este operaba en la costumbre mercantil sin requisitos precisos” (Corte Constitucional, 2001a). En otras palabras, esta figura, como mecanismo para conseguir el pago de una obligación, se concibió como parte de la costumbre mercantil. Como no había un límite expreso en la norma, en muchas ocasiones se presentaban abusos del principio de la libre autonomía de la voluntad, toda vez que permitía pactar el pago de grandes sumas de dinero, por el concepto de intereses, ante la existencia de un contrato de crédito, de cualquier índole.

Con la llegada de la nueva Constitución en el año 1991 surgió la necesidad de crear y consolidar instituciones e instrumentos normativos que se ajustaran a la garantía de los derechos constitucionales, propios de un modelo de Estado social de derecho. De esta manera, se hizo necesaria la creación y consolidación de instituciones que se encargaran de vigilar los distintos procesos y áreas de interés para el Estado. La ley 45 de 1990 surge como una manifestación de dicho propósito, pues se enfoca en la regulación de las actividades de intermediación financiera, aseguradoras y otros aspectos, y le da fuerza y control pleno a la vigilancia de la actividad financiera en Colombia, que para ese momento era llevada a cabo por la anti-gua Superintendencia Bancaria, tal como lo afirman Baena, Hoyos y Ramírez (2016), en conjunto con Uribe (2013).

En este sentido, en búsqueda de alcanzar el derecho a la vivienda, se creó la ley 546 de 1999, que se encargó de tres aspectos esenciales respecto al acceso a este derecho. El primero es la regulación del sistema de bonos, subsidios y crédito hipotecario que permite el acceso a la vivienda, al cobro de intereses y a otros aspectos para garantizar el pleno derecho de las personas que opten por esta opción a la hora de adquirir vivienda. El segundo es la regulación de los límites de la ejecución de la cláusula aceleratoria por medio de una serie de restricciones a la aplicabilidad de esta figura. El tercero es la creación de un conjunto de instituciones reguladoras de este derecho, como el UVR (Carrillo, 2012, pp. 11 y 20).

En este orden de ideas, la cláusula aceleratoria es definida como la facultad del acreedor para exigir anticipadamente la totalidad de las cuotas de una obligación, cuando el deudor ha incurrido en mora de cualquiera de ellas (Suescún, 1990, p. 69). Suescún continúa afirmando que los efectos obran en virtud del acaecimiento de una condición, es decir, que se genere un incumplimiento por parte del deudor, hecho incierto y futuro al momento de la celebración del respectivo contrato, toda vez que el acreedor no tiene certeza respecto del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el deudor.

Restrepo (2012, p. 41) afirma que es una práctica generalizada en el país que los contratos sean respaldados con títulos valores que tienen como finalidad la garantía de existencia y el pago de estos. No solo se pacta la cancelación de sumas de dinero en un periodo determinado de tiempo, sino que además, de darse un incumplimiento en lo concerniente al cumplimiento de la suscripción de la convención, se declarará la total ejecución de esta potestad.

La ejecución de la cláusula dependerá de dos acontecimientos: el primero está relacionado con una condición negativa consistente en que el deudor se sustraiga del pago tanto en plazos como en los términos pactados, y la segunda se refiere a la facultad del acreedor de hacer uso de dicha disposición al declarar el vencimiento anticipado del plazo. La consecuencia de declarar el cumplimiento de esta segunda condición es que comienza a contar el término de prescripción (Ocampo y Dorado, 2000).

Este tipo de estipulaciones contractuales ha causado polémica doctrinal, puesto que algunos académicos, como Bernal y Pico (2015), la catalogan como una cláusula abusiva, mientras otros, entre ellos Jiménez (2015), la estiman como una manifestación de la autonomía de la voluntad. La teoría de las cláusulas abusivas tiene su primer antecedente en los abusos cometidos por los empresarios a través de los contratos de adhesión durante el siglo XVIII, en el contexto de la Revolución industrial; estos contratos fungieron como un instrumento a la mano de los empresarios para garantizar mayor eficiencia y eficacia económica, en tanto que la teoría de las cláusulas abusivas surgió como “un instrumento jurídico para la

armonización y realización de los intereses de ambos contratantes” (Posada, 2015, p. 152).

En este orden de ideas, Rengifo (2004), citado en C. Rodríguez (2013), considera como una cláusula abusiva aquella en la que se presente un abuso de la posición dominante de una de las partes del contrato, y que cause como consecuencia un “desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales” (p. 52). Cuando se habla de la posición dominante, se hace referencia a

aquella calidad que permite a la parte que la ostenta determinar condiciones del contrato sin tener en consideración la voluntad de la otra parte con quien contrata sometiendo a esta a aceptar la celebración del contrato bajo las condiciones establecidas por la parte dominante. (Correa, 2015, pp. 46-47)

En el caso de los contratos bancarios, se presenta un fenómeno particular al “masificar la redacción unilateral del clausulado y la imposición al consumidor” (Acosta *et al.*, 2011, p. 141). En ellos, aquella parte que proporciona la prestación masiva de los servicios incluye cláusulas, en muchos casos unilateralmente (Rengifo, 2014).

Un sector de la doctrina considera que en la práctica financiera y mercantil se emplean cláusulas aceleratorias de exigibilidad que reflejan el desequilibrio entre los contratantes, al consolidarse obligaciones excesivamente onerosas para el usuario (como parte débil), o facilitan el ejercicio de los derechos de los acreedores (Ocampo y Dorado, 2000, p. 61).

Sin embargo, otros académicos ven la cláusula aceleratoria como una expresión de la autonomía de la voluntad. De acuerdo con ellos, hemos de entenderla como “la facultad que tienen los particulares de crear su propio régimen jurídico teniendo como límites la ley imperativa del mismo ordenamiento jurídico de derecho privado” (Arévalo, 2013, p. 21). En este sentido, Restrepo (1983) considera que dicha estipulación no es ineficaz ni nula (al no contrariar normas imperativas o tener objeto ni causa ilícita); por el contrario, es una cláusula plenamente válida, “llamada a producir los efectos negociables que le son propios: la extinción anticipada del plazo en

caso del incumplimiento en el pago de uno de los instalamentos pactados para el pago de una suma de dinero” (p. 56).

Asimismo, Jiménez (2015) concuerda en que, en principio, dichas cláusulas no son en sí mismas contrarias al deber de no abusar del principio de libertad contractual, puesto que se encuentran fundamentadas en el principio de autonomía de la voluntad, es decir, en el poder de negociación que se les ha otorgado a las personas. En el evento en que se impongan cláusulas abusivas y cargas excesivas para los deudores, será menester que la Superintendencia Bancaria proceda a revisar el contrato en aras de evaluar los desequilibrios contractuales.

En los años setenta, se creó un mecanismo que incluyó la cláusula aceleratoria como parte de los términos contractuales: el UPAC. Esta es la sigla de “unidad de poder de adquisición constante”, un sistema económico que no era afectado por la inflación y las constantes de la economía, creado durante el gobierno de Misael Pastrana, mediante el decreto 1229 de 1972. La ventaja del UPAC era que permitía el acceso al crédito hipotecario de vivienda en un país cuyas condiciones económicas no eran las mejores: la crisis económica estaba causando bajo poder adquisitivo, existía poca rotación de dinero y se había reducido radicalmente el consumo (Mora, 2010, p. 12).

Este mecanismo, vigente desde 1973 hasta bien entrada la década de 1990, funcionó como manera de adquisición de vivienda (Mora, 2010, p. 14; Vásquez, 2014, pp. 149-150). La economía colombiana generaba unos réditos especialmente buenos durante la primera mitad de la década de los noventa, dada la apertura del país a la liberalización económica, que se expresó en el aumento en la inversión extranjera y del sector de la construcción. Sin embargo, hubo un gran problema y fue el inicio de la especulación y el pánico económico derivado de la crisis económica en Asia (ANIF, 2011, p. 4).

Ese panorama provocó el aumento de las tasas de interés a lo largo y ancho del globo, y lo mismo ocurrió en Colombia. La consecuencia de ello fue el aumento abrupto de las tasas de interés de los créditos bancarios, en especial aquellos hipotecarios. El problema que eso trajo fue que para el deudor promedio se hizo imposible pagar las deudas, lo cual redundó en otros problemas. La falta

de solidez del mercado generó dos consecuencias importantes: la pérdida de las viviendas de las personas y del capital financiero de los bancos. A raíz de la difícil situación de estos últimos, comenzó una serie de procesos de ejecución llevados ante la jurisdicción ordinaria. Eso implicó a su vez una crisis por la cual buena parte de los jueces, en zonas del país como la costa atlántica, tomaron partido a favor de los ejecutados mediante la protección, por vía de acciones de tutelas, de su derecho a la vivienda (Vásquez, 2014, pp. 155-159).

En la actualidad, existen dos marcos normativos mediante los cuales está permitido pactar la cláusula aceleratoria. En primer lugar, la ley 45 de 1990, en su artículo 69¹, estipula que el simple retraso en el pago de obligaciones mercantiles de carácter periódico no da derecho al acreedor de realizar la exigibilidad total del crédito, a menos que ello sea pactado expresamente. Con esto, dicha ley faculta el pacto de cláusulas aceleratorias en obligaciones dinerarias, por lo que su aplicación abarca en general todo tipo de créditos.

El segundo marco normativo es el derivado de la ley 546 de 1999, llamada también Ley de Vivienda, que en su artículo 19² regula en cierto modo la inclusión de las cláusulas aceleratorias en los créditos hipotecarios. En el mencionado artículo, se limita el modo en que se torna vencida la totalidad de la obligación: solamente en el momento en que se presenta la demanda o se

.....
1 "Artículo 69. Mora en sistemas de pago con cuotas periódicas. Cuando en las obligaciones mercantiles se estipule el pago mediante cuotas periódicas, la simple mora del deudor en la cancelación de las mismas no dará derecho al acreedor a exigir la devolución del crédito en su integridad, salvo pacto en contrario. En todo caso, cuando en desarrollo de lo previsto en este artículo el acreedor exija la devolución del total de la suma debida, no podrá restituir nuevamente el plazo, salvo que los intereses de mora los cobre únicamente sobre las cuotas periódicas vencidas, aun cuando comprendan sólo intereses" (Congreso de la República, 1990).

2 "Artículo 19. Intereses de mora. En los préstamos de vivienda a largo plazo de que trata la presente ley no se presumen los intereses de mora. Sin embargo, cuando se pacten, se entenderá que no podrán exceder una y media veces el interés remuneratorio pactado y solamente podrán cobrarse sobre las cuotas vencidas. En consecuencia, los créditos de vivienda no podrán contener cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda judicial. El interés moratorio incluye el remuneratorio" (Congreso de la República, 1999).

someta el incumplimiento a la justicia arbitral, cuando ello sea convenido en la cláusula. Asimismo, en cuanto a los intereses de mora, se establece que no podrán exceder en una y media veces el interés remuneratorio pactado, y cuando se solicite el pago de los intereses moratorios, se entenderán incluidos dentro de ellos los remuneratorios.

Respecto a estas dos leyes, la Corte Constitucional (2000) ha tenido oportunidad de pronunciarse en la sentencia C-955/00, donde atendió una acción de inconstitucionalidad sobre la totalidad de la ley 546 de 1999 y de la ley 550 de 1999. Cuando la corte realiza el análisis de constitucionalidad del artículo 19 de la ley 546, que contiene la regulación sobre los intereses de mora y de la cláusula aceleratoria, considera la exequibilidad del artículo en su integridad. Separando el contenido del artículo en lo referido a los intereses de mora, define que es conforme a las protecciones que puede conceder el legislador a determinados sujetos, y en la parte referida a la cláusula aceleratoria también la considera como de especial protección, en cuanto estas cláusulas no podrán consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda judicial. De este modo, el pacto de la cláusula de aceleración en los contratos de mutuo con garantía hipotecaria es conforme a los mandatos constitucionales, mientras no contravengan la limitación especial contenida en el artículo 19 de la ley 546.

Por otro lado, en la sentencia C-332 de 29 de marzo de 2001, la Corte Constitucional (2001a) resolvió una acción de inconstitucionalidad contra los artículos mencionados anteriormente, pero solo se pronunció de fondo respecto al artículo 69 de la ley 45, considerando que en relación con el artículo 19 de la ley 546 había cosa juzgada constitucional. Dicha acción de constitucionalidad argumentaba que se estaba violando el deber de no abuso de la libertad de contratación y el deber de solidaridad. Sobre el no abuso de la libertad de contratación, la corte argumentó que el pacto de la cláusula aceleratoria en los contratos estaba determinado por la autonomía de la voluntad, de tal modo que quedaba sujeto al mutuo acuerdo de los contratantes su sometimiento a dicho tipo de cláusulas.

Por otro lado, sostuvo que el deber de solidaridad no es expresamente exigible, dado que el artículo constitucional que lo consagra, artículo 95, numeral 2, de la Constitución (Congreso de la República, 1991) no impone su aplicación en las relaciones privadas que se rigen por la autonomía de la voluntad, sino que su espectro se enmarca dentro de la solidaridad social, referida a las acciones humanitarias cuando se encuentre en peligro la vida o la salud de un sujeto.

Derechos fundamentales vulnerados con el ejercicio de la cláusula

En el presente capítulo se realiza un estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en el marco de las tutelas que han llegado a tales instancias y tuvieron alguna relación con la ejecución de la cláusula aceleratoria por parte de las entidades financieras. De ese modo, se describen los argumentos tomados en consideración por las cortes para decidir amparar los derechos invocados por los deudores o las entidades financieras.

La selección de las sentencias analizadas en el presente acápite se hizo después de una búsqueda selectiva de providencias que versaran específicamente sobre la utilización de la cláusula aceleratoria en contratos para adquirir, modificar o construir vivienda. A partir de la revisión de las sentencias, pudimos extraer los siguientes criterios, que a nuestro parecer son los argumentos claves que han empleado ambas corporaciones para tutelar los derechos a la vivienda digna en conexidad con el debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, y a la defensa jurídica a favor de los deudores. A continuación, se desarrollarán los principales argumentos.

Prescripción

La Corte Suprema de Justicia ha tenido un criterio permanente respecto a la forma de contabilización de la prescripción en el caso de los créditos de vivienda pactados para su pago en varias cuotas. Para el alto tribunal, y conforme a la ley, la prescripción

deberá contabilizarse a partir de la presentación de la demanda. No obstante, cuando en el momento de su presentación existan cuotas en mora, el término de prescripción deberá contarse desde la fecha en que se causó cada una.

El criterio anterior fue expuesto por la Corte Suprema en sentencia de tutela del 5 de febrero de 2013, donde se solicitaba la protección de los derechos fundamentales a la administración de justicia, al debido proceso, a la igualdad y a la vivienda digna. En dicha sentencia, la corte no modificó la sentencia que libró mandamiento de pago, dado que no se probó por parte del accionante la prescripción de la totalidad de las cuotas adeudadas. Del mismo modo, en la sentencia de tutela del 3 de septiembre del 2013, cuando el accionante solicitaba la protección a sus derechos al debido proceso, la igualdad, la vivienda digna y la administración de justicia, la Corte Suprema (2013c) volvió a referirse a la prescripción de las obligaciones contenidas en títulos valores, referidos a créditos hipotecarios, reafirmando la posición de la prescripción de la acción cambiaria individual de las cuotas adeudadas.

Asimismo, en la sentencia del 14 de septiembre de 2017, consideró que cuando existan pagarés otorgados en ocasión a créditos destinados adquirir vivienda, “el acreedor solo podrá hacer exigible el saldo insoluto de la deuda a partir de la presentación de la demanda” (Corte Suprema, 2017, p. 22). Por su parte, en la sentencia del 17 de abril de 2015, afirmó que cuando se hace uso de la cláusula aceleratoria, no se puede contar el término de la prescripción a partir de un momento distinto y posterior al de la presentación de la demanda, cuando con este acto fue extinguido el plazo (Corte Suprema, 2015b).

Imposibilidad de pago

En la sentencia T-520 de 2003, se discutió la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del accionante, Jürgen Huelsz, quien había sido secuestrado por un grupo armado, por lo que sus familiares tuvieron que pagar una cuantiosa suma de dinero (Corte Constitucional, 2003). Esto no solamente afectó el aspecto económico, sino también el ámbito familiar, personal y social; como consecuencia de

lo anterior, el accionante se encontró en situación de imposibilidad de pago de las cuotas del crédito hipotecario que había adquirido con una entidad financiera. La corte tuteló sus derechos, por cuanto el incumplimiento de la obligación de pagar los instalamentos estuvo justificada por el hecho ajeno a su voluntad.

También aclaró que, si bien la entidad financiera cuenta con el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, este no es absoluto y debe ceder ante otros derechos, como es el caso del libre desarrollo de la personalidad y la igualdad. Es por esto que, a pesar de la regla general según la cual con el incumplimiento del deudor es suficiente para iniciar el proceso ejecutivo y le corresponde al deudor probar las causas del incumplimiento, esta regla estandarizada no es aplicable sin tener en consideración las “circunstancias vitales” que motivaron el incumplimiento, que para el accionante se traducen en el hecho de estar secuestrado.

En ese sentido, la corte consideró que no era procedente el cobro de los intereses moratorios, ni la aceleración de las cuotas dejadas de pagar mientras estuvo secuestrado. Dicho criterio fue aplicado desde el momento en que inició el incumplimiento, y se extendió hasta después de la liberación del señor Huelsz, dado que era necesario que el afectado tuviera un proceso de readaptación social. A su vez, el cambio en las condiciones económicas hizo necesaria la modificación de las condiciones iniciales del contrato, tanto en las cuotas como en los intereses pactados.

A lo anterior, la corte articuló el deber de solidaridad, consagrado en la Constitución (Congreso de la República, 1991, art. 95, num. 2), que debió cumplir la entidad financiera frente al deudor, pero que no cumplió al demandar, solicitar medidas cautelares y acelerar el pago de las cuotas adeudadas. Bajo el criterio de la corporación, la solidaridad es exigible como conducta a los particulares cuando sea necesaria para “corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo” (Corte Constitucional, 2003, p. 41).

Asimismo, la Corte Constitucional, en la sentencia T-726 de 2011, expone el caso de un campesino que se encontraba en una zona de conflicto y que no pudo pagar un crédito con garantía

hipotecaria por su condición de desplazado. Como la garantía recayó sobre su finca, esta fue ejecutada por el banco. El accionante no tuvo un medio de defensa, dado que su abogado murió, y por ello recurrió a la tutela para buscar la protección de sus derechos.

La corte construyó el fallo, en este caso, señalando la procedencia de la acción de tutela ante la situación de vulnerabilidad mostrada por el accionante. En este punto, se determinó que las personas en condición de desplazamiento forzado se encuentran en situación de imposibilidad de pago. Para el reconocimiento de esta situación, se recurre a la ley 387/97 y, con base en un auto de esta corporación, se establece que el fenómeno del desplazamiento forzado implica por lo general una pérdida de la vivienda, el trabajo, el sustento económico y otras condiciones relacionadas con el sostenimiento de la persona. De ello se deduce que esta situación de vulnerabilidad podría hacer que las personas incumplan sus obligaciones crediticias y otras tantas, dado que este es un hecho imprevisible, irresistible e inimputable para el deudor. Para desarrollar este punto, se aplica la teoría de la imprevisión, que es uno de los desarrollos jurídicos más importantes. Esta teoría afirma que cuando se presentan circunstancias extrañas, imprevistas e imprevisibles en el curso del cumplimiento de ejecuciones sucesivas, se deben modificar las condiciones a favor de la parte más afectada.

La teoría de la imprevisión permite al juez interpretar y dar lugar a la ejecución de los contratos de sucesivas prestaciones. Esto no genera *per se* una disolución del contrato, pero sí una nueva interpretación mucho más favorable para la parte menos favorecida. La corte concluye con base en los precedentes que la obligación no es exigible al deudor en condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta y mientras persista la existencia de esta última.

Claridad de la obligación crediticia

Entre las razones para tutelar el derecho a la dignidad humana, a la vivienda digna y al debido proceso, en la sentencia T-813 de 2012 la Corte Constitucional (2012d) recalca que las entidades bancarias prestan un servicio público y son las que “fijan los requisitos y condiciones de acceso y operación de créditos, las tasas de interés, los sistemas de amortización, etc.”, es decir, son estas

entidades las que ostentan la posición dominante en la relación contractual con los deudores.

En ese sentido, en contravía a las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales, las entidades bancarias pueden abusar de su posición dominante al establecer términos de los contratos con garantía hipotecaria y efectuar cobros excesivos respecto de las obligaciones contraídas. A lo sumo, en el caso examinado, la corte determinó que no existió claridad en la obligación crediticia que el banco quiso hacer valer; por el contrario, existieron disparidades entre las sumas inicialmente cobradas y las reclamadas en la demanda. Además, al momento de efectuar la reliquidación integradora del título base del recaudo, la entidad bancaria cobró sumas superiores a las adeudadas y, como consecuencia obvia, intereses ilegales o excesivos.

Reestructuración del crédito

Entre los problemas jurídicos solucionados en la sentencia SU-787 de 2012, la Corte Constitucional (2012c) dirimió la dicotomía existente entre los derechos al debido proceso y a la vivienda digna de la accionante, por un lado, y los derechos de su acreedor, es decir, una entidad bancaria. Para solucionar el conflicto, se hizo referencia al mecanismo de la reestructuración de crédito contenido en la ley 546 de 1999. Este procedimiento se pone en práctica si subsisten saldos insolutos de la deuda una vez se ha realizado la reliquidación del crédito y se han aplicado los alivios correspondientes. En principio, la reestructuración del crédito se hace de común acuerdo entre el deudor y el acreedor; sin embargo, cuando este no fuere posible, será la entidad crediticia la encargada de efectuarlo cuando el deudor posea la capacidad de pago suficiente.

La reestructuración es entendida como el instrumento jurídico implementado con la finalidad de modificar las condiciones pactadas en cuanto a la tasa, el plazo y el monto de la cuota para permitirle al deudor la atención adecuada de la obligación adquirida ante el real o potencial deterioro de su capacidad de pago. El objeto de la misma es proteger el patrimonio de los deudores y, en últimas, restablecer su capacidad de pago. De manera que, de

acuerdo con la sentencia T-813/12, además de que se restablezcan las condiciones oportunas de pago también se salvaguarde el derecho a la vivienda digna.

Uno de los ejemplos más interesantes en este punto es la sentencia T-626 de 2005, donde dos personas que acuden a la tutela solicitan una renegociación crediticia, tomando en cuenta que en primera instancia el crédito estaba expresado en UPAC y posteriormente se convirtió a las tasas de UVR (Corte Constitucional, 2005b). El problema consistió en que durante el proceso de renegociación no se tuvo en cuenta la posición de dominio del Fondo Nacional del Ahorro (FNA) y la buena fe de las partes.

La Corte Constitucional, tras realizar un análisis de los dos casos de tutela, concluyó que el FNA infringió el derecho al debido proceso, dada la discrecionalidad de su decisión de renegociar el contrato e imponer tasas de interés más altas. Esto ocasionó no sólo una grave desproporción del monto total del crédito, sino que puso en entredicho el cumplimiento de lo establecido en el artículo 83, el cual se relaciona con la buena fe.

De acuerdo con los criterios fijados por dicha corporación, con base en la Constitución política, la reestructuración se hace con el propósito de “restituir al deudor en su capacidad de pago, al menos en relación con el momento en el que inició la mora” (Corte Constitucional, 2005b, p. 40). Además de la capacidad de pago, por vía jurisprudencial también se ha establecido la necesidad de que el inmueble sobre el cual se constituyó la garantía tenga un valor inferior o muy próximo al valor del saldo pendiente. Si no es así, con la reestructuración, el deudor asumiría un compromiso potencialmente lesivo para sus intereses “porque estaría adquiriendo un compromiso cierto a cambio de un beneficio de menor valor” (Corte Constitucional, 2005b, p. 41); en ese caso, resultaría más conveniente para el deudor realizar la entrega del bien inmueble como dación en pago por la totalidad del saldo, y acceder a un nuevo crédito en condiciones acordes con su capacidad de pago y con el valor actual de la propiedad raíz.

De este modo, en la sentencia T-881 de 2013 se estableció que los jueces, al momento de analizar los procesos ejecutivos hipotecarios, deben tener en cuenta que el reconocimiento del derecho

a la restructuración no depende de la existencia de un proceso ejecutivo hipotecario o de si el saldo de la obligación estaba al día o en mora (Corte Constitucional, 2013). El requisito que establece la normatividad es que el crédito haya sido otorgado antes del 31 de diciembre de 1999.

Inoponibilidad a terceros

En la sentencia SU-787 de 2012 se presenta el caso de un tercero de buena fe que adquirió el bien inmueble objeto del litigio después de que este hubiera sido vendido en el año 2005 por el Banco AV Villas a la ciudadana Alba Mogollón, quien a su vez le vendió el inmueble a Nancy Sánchez (Corte Constitucional, 2012c). Todo esto ocurrió después de que se llevara a término el proceso ejecutivo hipotecario en contra de la propietaria del bien (Marina Rico), de que el juzgado adjudicara la propiedad en cabeza de la entidad bancaria y de que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia denegara la protección solicitada por la accionante.

Sin embargo, un año después de que fuera efectuada la venta del bien a la ciudadana Nancy Sánchez, la Corte Constitucional (2006a), en la sentencia T-199 de marzo 16 de 2006, revocó el fallo de tutela de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y concedió el amparo a Marina Rico. Por lo tanto, dejó sin efectos la sentencia de primera instancia a través de la cual se le adjudicó la propiedad al Banco AV Villas, y a su vez ordenó que la entidad bancaria entregará el bien a Marina Rico y el desalojo del mismo. Ante eso, Nancy Sánchez optó por interponer una acción de tutela en contra del banco y del juzgado, debido a que sus intereses como propietaria de buena fe se estaban viendo socavados.

La fórmula para la solución propuesta por la corte en este caso fue reconocer que efectivamente existía un tercero de buena fe que había adquirido legal y legítimamente el bien inmueble. Con respecto al tema de la inoponibilidad a terceros, la corte, siguiendo el artículo 29 de la Constitución política (Congreso de la República, 1991), destacó la importancia del debido proceso, en el sentido en que toda persona tiene el derecho de ser “oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las

que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga” (Corte Constitucional, 2006a, p. 22). Entre estos principios se destacan la publicidad y la contradicción por parte de quienes se encuentran legitimados para tal efecto, incluso aquellos que, sin tener parte en la relación sustancial, puedan resultar afectados por las decisiones que deba adoptar el juez constitucional, es decir, los terceros, toda vez que las decisiones judiciales “solo se ejecutan contra quienes, de conformidad con las mismas, están obligados a acatarlas” (Corte Constitucional, 2006a, p. 23).

En el caso en cuestión, se encontraban en colisión los derechos de la ciudadana Marina Rico con los derechos de Nancy Sánchez, quien no hizo parte del proceso ejecutivo hipotecario en contra de la propietaria. Por lo anteriormente expuesto, la corte declaró la inoponibilidad de la sentencia T-199 de 2006 ante el tercero de buena fe y, ante la imposibilidad de retrotraer las cosas a un momento anterior a la terminación del proceso ejecutivo, ordenó que la entidad bancaria hiciera entrega a Marina Rico de un bien inmueble en condiciones equivalentes al del objeto del litigio.

Obligación de terminación de procesos ejecutivos hipotecarios

Otra de las problemáticas estudiadas en la sentencia T-813 de 2012 fue el mandato legal de dar por terminados los procesos ejecutivos hipotecarios (Corte Constitucional, 2012d), que se deriva del artículo 42 de la ley 546 de 1999. Con la sentencia C-955 de 2000, la Corte Constitucional estableció que los deudores que tengan obligaciones vencidas y sobre las cuales se hayan iniciado procesos judiciales tendrán la facultad de solicitar la suspensión al respectivo juez, quien podrá decretarla. En la misma línea, la sentencia SU-038 de 2008 determinó que el proceso ejecutivo que pretendía dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en UPAC debía ser suspendido a efectos de que dichas obligaciones financieras fueran reliquidadas, la suspensión puede a solicitud de parte o adelantada de oficio.

De esta manera, el elemento crucial para ordenar la suspensión y posterior terminación del proceso ejecutivo es la reliquidación

de la obligación hipotecaria. Una vez esta sea realizada y cumplidos todos los trámites previos, por ministerio de la ley, el juez está en la obligación de dar por terminado el proceso y archivarlo sin ningún trámite adicional. Dicha medida de protección está dirigida “a terminar los procesos, a lograr la reliquidación de las deudas y a que los alivios sobre ella sean eficaces en relación con la obligación que persiste frente a las entidades crediticias” (Corte Constitucional, 2012d, p. 18), y surgió con ocasión de la crisis social y económica originada por la gran cantidad de procesos ejecutivos que en su momento se desarrollaron.

Tutelas interpuestas por las entidades financieras

Dentro de las acciones de tutela presentadas en el ámbito de la ejecución de la cláusula aceleratoria, se encuentra una categoría especial, que es la de las acciones incoadas por los bancos para exigir el respeto de su derecho a la ejecución de la cláusula aceleratoria. En la sentencia T-212 de 2004, es discutida una acción de tutela interpuesta por una entidad financiera, por cuanto fue revocado el mandamiento ejecutivo solicitado por la misma, cuando el crédito había sido pactado en unidades UPAC, y la entidad lo presentó para su cobro en unidades UVR. La corte tuteló el derecho al debido proceso, dado que la entidad actuó bajo la normatividad, por cuanto la ley 546 de 1999 la autorizaba a realizar el ajuste y la conversión de las obligaciones crediticias.

De igual manera, en la sentencia T-571 de 2007 se resolvió una acción de tutela interpuesta por el Banco Av Villas para que se protegiera el derecho al debido proceso y a la igualdad, dado que no se respetó el precedente judicial. Si bien, dentro del proceso ejecutivo, se observó que se había solicitado de manera precisa el pago de esta obligación mediante la ejecución de la cláusula aceleratoria, la corte determinó en el caso concreto que el precedente no se consideraba obligatorio, puesto que la argumentación de la sentencia se construye en gran parte con base en casos análogos que se relacionan con procesos ejecutivos ante la falta de cumplimiento de obligaciones con respaldo en la ejecución

de la cláusula aceleratoria dentro del crédito hipotecario. El accionante esgrimió argumentos como la interpretación sobre la aplicabilidad del término de prescripción y otros aspectos relacionados con la capacidad jurisdiccional que tienen los sujetos de acudir al aparato judicial. Dentro del caso concreto, se cumplieron los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; no obstante, se falló en contra del banco dado que se reconoció la existencia del término de prescripción.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia (2015a), en su Sala Civil, mediante la sentencia STC250-2015, decidió una tutela contra providencia judicial interpuesta por Bancolombia, en la que alegaba la violación de sus derechos al debido proceso, a la defensa y al “crédito”. El fundamento de la controversia es un conjunto de pagos que originalmente se encontraban dentro del sistema UPAC y que fueron reliquidados por el sistema UVR. En este punto, el apoderado de Bancolombia olvidó solicitar aquellos primeros pagos dentro de la demanda y la corporación accionó para el reconocimiento de estos pagos dentro de la tutela.

En el proceso, además, se declaró probada la excepción de prescripción, la cual fue revocada dentro del trámite de segunda instancia, pero se conservó el mandamiento de pago a favor del banco, el cual no cubría un conjunto de cuotas en mora correspondientes al año 2007. La corte finalmente decidió fallar en contra de la entidad, tomando en cuenta las normas del antiguo código de procedimiento civil (CPC), en donde se dictaba que toda petición de pago debe estar rogada dentro del proceso, no pudiendo otorgarse un fallo *ultra y extra petita*.

Estrategias para la protección de los derechos fundamentales

En el presente capítulo realizamos dos propuestas respecto a la protección de los derechos de los deudores. La primera de ellas es más conservadora y busca paliar los efectos de los procesos ejecutivos hipotecarios iniciados en contra de los deudores, mientras que, en la segunda propuesta, consideramos como

adecuada y necesaria la prohibición general de incluir la cláusula aceleratoria en los contratos de mutuo garantizados por hipoteca.

En el caso de accionar la tutela

La acción de tutela, como mecanismo de protección de derechos, ha sido utilizada ampliamente por los colombianos para la protección del derecho constitucional al acceso a vivienda digna. Son varias las sentencias de las altas cortes que han sentado criterios uniformes para la salvaguarda de dicho derecho, a pesar de la complejidad que suscita la procedencia de la acción respecto al derecho a vivienda, ya que, como la Corte Constitucional (2016) ha afirmado en diversas providencias, no en todos los casos es susceptible de protección por medio de la acción de tutela. Esto es así porque, en principio, al estar mediados por contratos privados, los conflictos que surjan con ocasión de la convención deberían ser dirimidos por la jurisdicción ordinaria y, por otro lado, su goce efectivo depende en gran medida del desarrollo de políticas sociales y de la capacidad presupuestal del Estado.

Como ya es sabido, por regla general, no procede contra controversias contractuales. No obstante, procederá excepcionalmente cuando se presenta una vulneración o amenaza de un derecho que exige su reconocimiento oportuno, en razón de que la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares tiene eficacia horizontal y es una manifestación del principio de igualdad (Corte Constitucional, 2012b). En este escenario, la Corte Constitucional ha reiterado que, en primer lugar, el accionante deberá demostrar el vínculo objetivo existente entre el derecho fundamental que se alega y la pretensión legal; en segundo lugar, el juzgador deberá determinar si el accionante se encuentra en una situación de subordinación o indefensión tal que sea necesaria la intervención de un juez.

En el caso específico de hacer exigible el derecho a la vivienda por vía de tutela, se podrá solicitar el amparo cuando

- i) por vía normativa se defina su contenido, de modo que pueda traducirse en un derecho subjetivo; ii) cuando su no satisfacción ponga en riesgo otros derechos de naturaleza fundamental, como el derecho a la vida, al mínimo vital, a la integridad física, etc., y

iii) cuando se reclame la protección del derecho en cuestión frente a injerencias arbitrarias de las autoridades estatales y de los particulares. (Corte Constitucional, 2006b, p. 42)

De ese modo, el derecho a la vivienda digna será entendido como un derecho fundamental cuando la vulneración del mismo acarrea una afectación a la vida digna. Por consiguiente, desde nuestra perspectiva, la acción de tutela en aras de la protección del derecho a la vivienda digna procederá si se satisfacen dos aspectos: el primero, respecto a las cuestiones objetivas o internas del negocio jurídico, es decir, del crédito hipotecario; el segundo, a las cuestiones subjetivas, referidas a las circunstancias particulares del sujeto que pretende la protección.

Cuando hablamos de cuestiones objetivas, hacemos referencia a aquellas inherentes al crédito hipotecario del cual el accionante es deudor. Estos factores comprenden la calidad y claridad de la obligación, en el sentido en que el documento contentivo del derecho del acreedor debe ser tanto claro como autónomo, dado que, según la Superintendencia Financiera, dichos contratos de mutuo o pagarés tienen que incorporar algunas estipulaciones mínimas, procurando la uniformidad de los documentos contentivos del crédito de vivienda individual a largo plazo. Entre los elementos se encuentran el monto del crédito, la destinación, el plazo de la obligación, los respectivos intereses remuneratorios, el sistema de amortización (si fue pactado en UPAC, UVR o en pesos) y las causales para dar aplicación a la cláusula aceleratoria del plazo del contrato.

No obstante, por disposición de la ley 546 de 1999, se establecieron algunas condiciones limitantes para dichos contratos o pagarés al momento de la suscripción, en la medida en que las entidades financieras deberán analizar la capacidad de pago por parte del deudor, con la finalidad de proyectar la evolución previsible tanto de los ingresos del deudor como del precio del inmueble, para concluir que el crédito podrá ser puntualmente atendido y garantizado. Además, mediante el decreto 145 de 2000 se estipuló que la primera cuota no deberá representar más del 30 % de los ingresos familiares, y el interés de mora no podrá exceder una y media veces el interés remuneratorio.

Entonces, una vez se haya verificado que el contrato o pagaré suscrito por la entidad bancaria infringe alguno de dichos elementos o contiene alguna cláusula o estipulación prohibida por la normatividad, como, por ejemplo, la capitalización de intereses o la utilización de sistemas de amortización de interés no aprobados por la Superintendencia, lo ideal es verificar si se satisface alguna de las circunstancias subjetivas. Estas se refieren a las características especiales del accionante o las situaciones en las que se encuentra inmiscuido al momento de realizar la ponderación de bienes jurídicos en controversia.

Las altas cortes han sentado precedente a través de sus sentencias al considerar que, cuando está amenazado o en peligro de vulneración el derecho a la vivienda digna, existen otros individuos que por su condición de debilidad manifiesta son sujetos de especial protección. En una primera categoría³ están los niños y niñas debido a su condición física y mental. En los casos en que los intereses del menor se vean comprometidos en un conflicto, deberá aplicarse la regla *pro infans* (Congreso de la República, 1991, art. 44), que ordena que en toda decisión tomada por las autoridades del Estado habrá de primar siempre la preservación del interés superior del menor (Corte Constitucional, 2005a).

La segunda categoría es la de los adultos mayores. De acuerdo con la observación general 6 del Comité de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, la especial protección en torno a la accesibilidad económica a la vivienda se deriva del derecho a la independencia.

En la tercera categoría se encuentran las personas en condiciones de discapacidad, de tal modo que la materialización del derecho a la vivienda digno no implica solamente la posibilidad de adquirir un bien inmueble, sino que el acceso debe ser real y estable para que el individuo y su familia se desarrollen en condiciones de dignidad (Corte Constitucional, 2015a).

.....
3 Cabe aclarar que estas categorías las hemos construido con fines didácticos a partir de las sentencias de las altas cortes, ya que sus desarrollos no las establecen. Tampoco son taxativas ni tienen orden de prelación.

En cuanto a la cuarta categoría, es decir, aquellas personas que son portadoras del VIH-sida, la Corte Constitucional (2015b) ha considerado que este es un factor que debe tenerse en cuenta a la hora de valorar si un sujeto es de especial protección, en la medida en que, al tratarse de una enfermedad degenerativa, el individuo puede perder progresivamente su capacidad laboral y, en consecuencia, la capacidad de pago, debido al deterioro significativo de su salud.

En la sentencia T-958/01 (Corte Constitucional, 2001b), se estableció que en el caso de los desplazados y las víctimas de desastres naturales, al constituir poblaciones en situaciones de debilidad manifiesta, se trata de un derecho fundamental y autónomo que origina la obligación en cabeza de las autoridades públicas a brindar soluciones de vivienda de carácter temporal y permanente, susceptible de ser protegido mediante acción de tutela (Corte Constitucional, 2014b).

En la última categoría, se encuentran las personas de escasos recursos, en razón de que la debilidad económica de este grupo hace imperativo la aplicación del deber de solidaridad.

En resumen, si bien los hechos de cada caso varían de acuerdo con las circunstancias particulares del individuo, las altas cortes han sentado un precedente jurisprudencial al establecer algunas categorías de sujetos de especial protección que permiten que, en el momento de ponderar los derechos del deudor y el acreedor, la decisión se incline a salvaguardar los del deudor.

La eliminación de la cláusula aceleratoria de los créditos hipotecarios

Aunque parezca controvertible el hecho de proponer que en el ordenamiento jurídico colombiano se prohíba pactar la cláusula aceleratoria en contratos de mutuo garantizados con hipoteca, existe una serie de argumentos que pueden apoyar esta posición. En primer lugar, se hará mención al deber de solidaridad, contenido en la Constitución política y que ha sido usado como argumento para limitar el uso de la cláusula; y, en segundo lugar, se relacionará la asimetría contractual entre acreedor y deudor hipotecario.

El solidarismo, como categoría jurídica, ha tenido desarrollos independientes en el derecho privado y en el derecho constitucional. Como se mencionó anteriormente, el deber de solidaridad es de rango constitucional y se encuentra en el artículo 95, numeral 2, de la Constitución política. Allí se encuentra expresado en los siguientes términos:

Art. 95: [...] Son deberes de la persona y del ciudadano:

Núm. 2: Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. (Congreso de la República, 1991)

La Corte Constitucional, a través de una jurisprudencia diversa, ha ampliado la noción del deber de solidaridad, así como su espectro de aplicación y su exigibilidad de los particulares. Sobre esto, en la sentencia C-767 de 2014 ha dicho que la solidaridad es

un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de estos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental. (Corte Constitucional, 2014a, p. 33)

Esta conceptualización del deber de solidaridad tiene en sí diversos elementos que son importantes al hablar de los créditos hipotecarios. La efectividad de los derechos fundamentales de los deudores, y las situaciones de debilidad manifiesta que puedan padecer, son criterios relevantes a la hora de establecer las razones para la eliminación de la cláusula aceleratoria. Como se mencionó en el capítulo anterior, hay eventos en los cuales el incumplimiento contractual escapa de la voluntad del deudor, en los que se debe a factores externos, como el conflicto armado y la violencia. En otros casos, se podría imaginar el incumplimiento en razón de una enfermedad física o mental del deudor (o también de un miembro

de su núcleo familiar) que lo lleve a emplear el dinero en dicha eventualidad, o de la pérdida de su empleo y de sus condiciones económicas iniciales, sobre las cuales se celebró el contrato. Sobre estas posibilidades, la eliminación de la cláusula operaría como medida preventiva, para evitar que la efectividad de los derechos de los particulares sea aún más gravosa.

Con los casos de tutela mostrados, se evidenció que la corte ha acudido al deber de solidaridad para proteger a los deudores frente a las entidades financieras. Sin embargo, ese no fue el caso al momento de estudiar la inconstitucionalidad de la cláusula en el ordenamiento jurídico. En dicha oportunidad, en el caso de la sentencia C-332 de 2001, negó la existencia de desigualdad en la celebración de contratos hipotecarios, dado que esto era sometido a negociación entre quien adquiere la vivienda y la entidad financiera (Corte Constitucional, 2001a). Adicionalmente, para la corte, en dicha oportunidad el deber de solidaridad no era exigible en las relaciones contractuales, sino solamente en lo atinente a la buena fe, que implica comportarse con honestidad y lealtad. Esto claramente es opuesto a otras posturas de la corte, como la sostenida en la sentencia T-520 de 2003, en la cual el deber de solidaridad fue un elemento fundamental para tutelar los derechos del accionante.

Por su parte, desde el punto de vista del derecho privado han surgido posturas que apoyan la existencia de un solidarismo a escala contractual. Desde una perspectiva que abarca las generalidades del derecho civil, Duguit (2007) consideró que la solidaridad social viene dada por la división del trabajo, la cual muestra las necesidades y aptitudes de las personas. Esto refleja que las diferencias comunes entre los seres humanos llevan a que cada uno cumpla un rol social específico, y a su vez contribuya a la satisfacción de las necesidades diversas. Esta interrelación de los individuos lleva a la reevaluación de la teoría individualista y de los derechos subjetivos en el derecho civil (Duguit, 2007, p. 161).

En el caso del derecho de contratos, el solidarismo implica partir de la desigualdad en ciertos tipos de contratos y, a su vez, anteponer los intereses colectivos a la satisfacción de los intereses del individuo (Bernal, 2007, p. 17). Como bien lo menciona Mantilla (2011), el solidarismo contractual implica la

exigencia de civismo contractual que se traduce, para cada contratante, en el hecho de tomar en cuenta y respetar el interés legítimo de su contratante. Esta ética contractual se manifiesta concretamente, entre otras, mediante las nociones de altruismo, decencia, coherencia, proporcionalidad y cooperación, y excluye el egoísmo, la indiferencia, la indolencia y el cinismo. (p. 198)

En cuanto al caso de los créditos hipotecarios, es clara la existencia de una asimetría contractual entre el deudor y el acreedor financiero. Es por esto que el acreedor es quien determina las condiciones del contrato, los plazos, los intereses y demás circunstancias reguladas por el mismo. Debido a su posición contractual, es el acreedor quien puede tener comportamientos que tiendan a vulnerar el deber de solidaridad que debe tener como contratante, afectando e impidiendo que su contraparte obtenga los beneficios que le correspondan. Como es afirmado por Pérez (2016), “resulta más eficiente servirse del solidarismo contractual como medio para maximizar las utilidades de cada una de las partes, conciliando necesariamente intereses individuales, que un individualismo contractual clásico que permea la gran mayoría de las relaciones contractuales” (p. 16).

Conclusiones

La conclusión central de esta investigación es que la constitucionalización del derecho privado dentro de un Estado social de derecho no solo tiene como propósito limitar la autonomía privada de la voluntad para evitar excesos de las partes dominantes en las relaciones contractuales, sino evitar excesos que puedan poner en riesgo los derechos fundamentales de los asociados al Estado. La efectividad de este proceso, en muchas ocasiones, se da cuando existen un conjunto de medidas que van de la mano con la legislación y la interpretación judicial.

En este caso, la legislación relacionada con el tema de vivienda, anterior a la Constitución de 1991, plantea la capacidad de disposición total de los derechos de las personas haciendo hincapié en la propia voluntad privada, sin importar que esta pueda llegar a

causar un perjuicio a la persona. Con la nueva carta política y el cambio del modelo político y jurídico del país, se comenzó a velar por una protección legislativa y judicial efectiva para el “ciudadano de a pie”.

Aun cuando muchas de estas protecciones y garantías, como la tutela, tienen un uso distinto en el diario vivir, los ciudadanos pueden optar por estas vías de protección para salvaguardar derechos como el de la vivienda, por su profunda conexidad con otros derechos, como el mínimo vital y la dignidad humana. Prueba de ello son todas las sentencias presentadas a lo largo y ancho de este trabajo y que se valen de distintos argumentos, tanto del derecho constitucional como del derecho privado, para una protección del deudor.

Cabe preguntarse si importan los argumentos legales o solo aquellos relacionados con los derechos fundamentales a la hora de proteger al deudor cuando está en una situación de debilidad manifiesta. La verdad es que, si bien prima el interés de la protección de una persona en una situación de indefensión y por ello se han amparado gran parte de las tutelas, muchos de los argumentos encontrados son puramente relacionados con el derecho privado.

Asimismo, se encuentra que los mecanismos para el acceso a vivienda serán obsoletos mientras subsista la posibilidad de terminar la relación contractual y perjudicar a la persona que solicita el crédito aduciendo la falta de pago. Las entidades bancarias deben examinar cada caso y determinar el conjunto de condiciones que llevaron a la imposibilidad de pago antes de ejecutar la cláusula aceleratoria, no solo con el fin de evitar un desgaste jurisdiccional, sino además de que se le dé una oportunidad al deudor de interponer acciones judiciales en su defensa.

De igual manera, la solución del problema está en impulsar un sistema crediticio inteligente, que explique con detalle al usuario los pros y los contras del contrato que está firmando; además, que permita otorgar una amplia potestad de renegociación al usuario y, también, exponer los motivos de la sustracción del pago, en caso de que se incurra en esta situación. Con esta alternativa no se busca limitar la autonomía de la voluntad, sino promover una protección

efectiva de los intereses tanto de la entidades bancarias como de la persona que recurre a ella.

Relacionado con ello, se observa que es poco conveniente para la jurisdicción constitucional la aceptación de tutelas por parte de las entidades bancarias, puesto que debe observarse que la tutela busca amparar derechos fundamentales que puedan estar ante un riesgo inminente. El poder de las entidades bancarias con respecto a una persona en condiciones de debilidad es desproporcional en comparación con el ámbito de protección. Los bancos y las entidades financieras cuentan con una mayor capacidad de protección en cuanto a los aspectos legales y cuentan con otros mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de sus derechos como acreedores.

Referencia

- Acosta, J., Durán, R., Palomares, J. y Urbina, E. (2011). *Derecho de los contratos en Colombia. Tendencias globalizantes*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Arévalo, G., (2013) *Derechos fundamentales y autonomía contractual en Colombia*. Segunda edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R.
- Asociación Nacional de Instituciones Financieras [ANIF]. (2011). *El crédito hipotecario en Colombia: Evaluación del impacto regulatorio pos-crisis*. Bogotá.
- Baena Toro, D., Hoyos Walteros, H. y Ramírez Osorio, H. (2016). *Sistema financiero colombiano*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Bernal, M. (2007). El solidarismo contractual. Especial referencia al derecho francés. *Revista Universitas*, 114, 15-30. Recuperado de: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14588>.
- Carrillo Rivera, A. F. (2012). *El contrato de mutuo para financiar vivienda frente al parágrafo 3 del artículo 42 de la ley 546 de 1999*. Bogotá. Recuperado de: <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/1837>.
- Correa, G., (2015), *Anulidad de las cláusulas abusivas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Colección Opera Prima.
- Corte Constitucional. (2000, julio 26). Sentencia de constitucionalidad C-955. [M. P. José Gregorio Hernández].
- Corte Constitucional. (2001a, marzo 29). Sentencia de constitucionalidad C-332. [M. P. Manuel José Cepeda].
- Corte Constitucional. (2001b). Sentencia de tutela T-958. [M. P. Eduardo

- Corte Constitucional. (2005a, mayo 13). Sentencia de tutela T-494.
[M. P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (2005b). Sentencia T-626.
- Corte Constitucional. (2006a marzo 16). Sentencia T-199.
- Corte Constitucional. (2006b, julio 27). Sentencia de tutela T-585.
[M. P. Marco Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia T-571.
- Corte Constitucional. (2008, enero 23). Sentencia de unificación de tutela
SU-038. [M. P. Jaime Araújo Rentería].
- Corte Constitucional. (2012a, marzo 1). Sentencia de tutela T-144.
[M. P. Humberto Sierra Porto].
- Corte Constitucional. (2012b, mayo 14). Sentencia de tutela T-341.
[M. P. Jorge Pretelt Chaljud].
- Corte Constitucional. (2012c, octubre 11). Sentencia de unificación de
tutela SU-787. [M. P. Gabriel Mendoza Martelo].
- Corte Constitucional. (2012d, octubre 16). Sentencia de tutela T-813.
[M. P. Nilson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional. (2013, diciembre 3). Sentencia de tutela T-881.
[M. P. Luis Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional. (2014a, octubre 16). Sentencia de
constitucionalidad C-767. [M. P. Ignacio Pretelt].
- Corte Constitucional. (2014b, noviembre 20). Sentencia de tutela T-885.
[M. P. Gloria Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional. (2015a, enero 23). Sentencia de tutela T-024.
[M. P. Eduardo Mendoza Martelo].
- Corte Constitucional. (2015b, junio 30). Sentencia de tutela T-408.
[M. P. Jorge Palacio Palacio].
- Corte Constitucional. (2016, mayo 16). Sentencia de tutela T-239.
[M. P. Jorge Pretelt Chaljud].
- Corte Suprema de Justicia. (2013a, agosto 14). Sentencia
T-11001020300020130172700. [M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez].
- Corte Suprema de Justicia. (2013b, enero 30). Sentencia T-11001-02-03-
000-2013-00044-00. [M. P. Jesús Vall de Rutén Ruiz].
- Corte Suprema de Justicia. (2013c, septiembre 3). Sentencia T-76001-22-
03-000-2013-00134-02. [M. P. Jesús Vall de Rutén Ruiz].
- Corte Suprema de Justicia. (2015a, enero 23). Sentencia STC250-2015.
[M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez].

- Corte Suprema de Justicia. (2015b, abril 17). Sentencia STC4448-2015. [M. P. Jesús Vall de Rutén Ruiz]. Corte Suprema de Justicia.
- (2017, septiembre 14). Sentencia STC14595-2017. [M. P. Aroldo Quiroz Monsalvo].
- Duguit, L. (2007). *Las transformaciones del derecho público y privado*. España: Editorial Comares.
- Jiménez, F. (2015). *Teoría del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Legis Editores.
- Mantilla, F. (2011). El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 16, 187-241. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n16/arto6.pdf>.
- Mora Cuartas, A. (2010). El UPAC y la UVR: Aspectos generales sobre el desarrollo del crédito en Colombia. *Revista MBA EAFIT*, 12-27.
- Ocampo, L. y Dorado, M. (2000). *Pagaré en el sector financiero* (tesis de grado). Universidad de Manizales. Recuperado de: http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/539/Ocampo_Pineda_Luz_Maria_2000.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Olano, H. (2006). El derecho a la vivienda digna en Colombia. *Revista Dikaion*.
- Pérez, C. (2016). El solidarismo contractual desde el análisis económico del derecho. *Revista de Derecho Privado*, 56, 1-18. Universidad de los Andes. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360055998006.pdf>.
- Posada, C. (2015, julio-diciembre). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 29, 141-182. Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328/5081>.
- Rengifo, E. (2014). *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Bogotá: Legis Editores.
- Restrepo, G. (1983). *El pagaré con vencimiento ciertos y sucesivos y la cláusula aceleratoria de plazo*. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Rodríguez, C. (2013). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Colección Precedentes jurisprudenciales.

- Rodríguez, S. (2009). *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*. Bogotá: Legis Editores.
- Suescún, J. (1990). La inclusión de la llamada cláusula aceleratoria en los títulos valores de contenido crediticio. *Revista de Derecho Privado*, 69-92. Universidad de los Andes. Recuperado de:
https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=380%3Ala-inclusion-de-la-llamada-clausula-aceleratoria-en-los-titulos-valores-de-contenido-crediticio&lang=es.
- Uribe Escobar, J. D. (2013). El sistema financiero colombiano: estructura y evolución reciente. *Revista del Banco de la República*, 5-18.

Revisión de la teoría y la práctica decoloniales a la luz de la interseccionalidad

Tania Verónica Rivera Perea*

Sol Ana María Palencia Rolón****

Sebastián Acosta Liscano**

Bilal Tayel Al Syoufi*****

Ariana Camila Hormizda
Betancourt***

Fabián Rodolfo Acosta Sánchez
Profesor monitor

Resumen

El origen de la filosofía decolonial (en su sentido más amplio) sería el sentimiento de horror por el exterminio del Otro en la colonización: una deshumanización sistemática de grupos en la modernidad y que está en una relación de codeterminación con el capitalismo. La teoría decolonial se propone como la novedad académica en la lectura cruzada de las matrices de dominación. Sin embargo, varias voces se alzan para señalar la omisión que los autores decoloniales hacen de lecturas previas y actuales (pero menos reconocidas por la academia) que también cruzan las matrices de dominación. De estas voces, recogemos las de estudiosas de Latinoamérica que orbitan en el feminismo decolonial para señalar un camino teórico que lleva a la teoría decolonial hasta la interseccionalidad, como una necesidad para el desarrollo de sus ideas.

Palabras clave Academia, decolonialidad, interseccionalidad, modernidad/colonialidad, otredad, poder.

-
- * Estudiante de séptima matrícula de ciencias políticas, Universidad Nacional de Colombia. Correo: tvriverap@unal.edu.co. (Estudiante colaboradora de la investigación).
 - ** Estudiante de séptima matrícula de ciencias políticas, Universidad Nacional de Colombia. Correo: sacostal@unal.edu.co.
 - *** Estudiante de séptima matrícula de ciencias políticas, Universidad Nacional de Colombia. Correo: achormizdab@unal.edu.co. (Autora de la investigación vinculada *ad honorem*).
 - **** Estudiantes de séptima matrícula de ciencias políticas, Universidad Nacional de Colombia. Correo: smpalenciar@unal.edu.co.
 - ***** Estudiante de séptima matrícula de ciencias políticas, Universidad Nacional de Colombia. Correo: btayel@unal.edu.co.

Abstract

The origin of decolonial philosophy (in its broadest sense) would be the feeling of horror at the extermination of the Other in colonization: a systematic dehumanization of groups in modernity which is in co-determination with capitalism. Decolonial theory proposes itself as the academic novelty in crossed lecture of domination matrixes. Nevertheless, several voices raise to point out the omission by the decolonial authors of previous and current lectures (but less recognized by the academy) that also cross the domination matrixes. From this voices we gather the ones of latin american thinkers who orbit in decolonial feminism to mark a theoretical path that takes decolonial theory to intersectionality, as a requirement itself to the development of its ideas.

Keywords Academy, decoloniality, intersectionality, modernity/coloniality, power, otherness.

Introducción

En el año 2005, en la Universidad de California, Berkeley, se realizó una conferencia a la que asistieron intelectuales de distintas disciplinas y diversas posturas teóricas. El objetivo que los reunió fue la realización de un mapeo del “giro decolonial”. ¿A qué se refiere este concepto? El primero en exponer el término fue Nelson Maldonado-Torres, quien lo piensa en relación con los giros pragmático y lingüístico, y bebe de estos en cuanto sean pertinentes para su propio proyecto.

Maldonado-Torres (2017) explica que el giro decolonial es un “término sombrilla” que cobija formas de pensar y de vivir que comparten el fin de comprender la colonización como un problema fundamental. Además, busca hacer visible lo invisibilizado y analizar los mecanismos que llevaron a su invisibilización, en el marco de la modernidad-colonialidad. Así, a través de estas reflexiones, se adquieren insumos para hacer-ser-pensar de modo que se avance en el proceso de descolonización, que es entendido como proyecto inacabado.

Nelson Maldonado-Torres (2008) expone que, en contraposición a la idea aristotélica del asombro como el origen de la filosofía, el origen de la filosofía decolonial (en su sentido más amplio) sería

el sentir del horror por el exterminio del Otro en la colonización: una deshumanización sistemática de grupos en la modernidad y que está en relación de codeterminación con el capitalismo (pp. 67-68). Es importante entender que el giro decolonial es un cambio de actitud más que un evento histórico concreto, así que actitud decolonial ha existido desde que en cualquier parte del mundo el primer sujeto se espantó de la deshumanización del Otro y actuó en resistencia. Ese descarte de la vida de individuos como dispensables hace parte del avance civilizatorio mismo que sustenta a la colonia.

Así se impone un patrón de poder por “diferencias presumidamente naturales, esto es, ancladas en la corporalidad misma de sujetos considerados como no enteramente humanos” (Maldonado-Torres, 2008, p. 66). La diferenciación principal sobre la que reflexionan los autores decoloniales es la raza. La conferencia “Mapping the Decolonial Turn” fue un pre-mapeo de actitudes y pensamientos que problematizaban el colonialismo, no solo en América Latina, sino en todo el mundo. Además, vale la pena mencionar que la conferencia también quería sentar las bases para un currículum de un curso para la Universidad.

Es con este cambio de actitud que se configura el campo de estudio de la decolonialidad. Una de las virtudes de la teoría decolonial es la riqueza de teorías que la alimentan: fenomenología, marxismo, feminismo, post-estructuralismo, post-positivismo, sistema-mundo, etc., así como las múltiples disciplinas que la trabajan y que se esfuerzan por generar productos transdisciplinares: sociología, semiología, filosofía, pedagogía y literatura. Son autores decoloniales Enrique Dussel, Aníbal Quijano, Sylvia Wyntar, Lewis Gordon, María Lugones, Walter Dignolo, Chela Sandoval, Catherine Walsh, Edgardo Lander, Arturo Escobar, Santiago Castro-Gómez, entre otros (Maldonado-Torres, 2011, pp. 5-7).

Maldonado-Torres señala que, si bien la actitud decolonial ha inspirado proyectos decoloniales durante toda la modernidad, es en el siglo xx que el encuentro y la concentración de proyectos decoloniales distintos da lugar, en Frantz Fanon y Aimé Césaire, a expresiones de esta conciencia global. En el último cuarto del siglo xx es cuando las ideas decoloniales toman una relevancia

particular. En una conferencia, Maldonado-Torres (2017) lo adjudica, en primer lugar, al fin de la guerra fría, que pone en crisis las ideas marxistas y abre la puerta para los análisis más heterodoxos, entre ellos el de Aníbal Quijano.

Además, es muy importante el hecho del largo retraso de la descolonización. A pesar del fin legal del colonialismo, este permanece y complejiza sus formas de deshumanización. Surgen nuevas formas de resistencia que ahora tienen de su lado a la ley. Sin embargo, para el grupo de las *women of color* en Estado Unidos no se trata de lograr mayor representación política; en cambio, trabajan en el desarrollo del concepto de descolonización. Este grupo señala, asimismo, que en 1992 el aniversario quinientos del “descubrimiento” de América da lugar a un sinfín de publicaciones académicas y artísticas al respecto; algunas se encargaban de celebrar el evento y señalar su importancia, pero muchas otras se preguntaban por su significación, poniendo en duda las categorías de descubrimiento, América y Europa.

También es necesario tener en cuenta que el final de la segunda guerra mundial y el inicio de la guerra fría han dejado a Europa en un gran desprestigio. Su forma de conducirse ha llevado a un exterminio sin precedentes y en varios puntos del resto del mundo se piensan formas de gobernarse que primero pasen por el propio contexto y las propias necesidades. Ejemplo de ello fueron las diferentes fórmulas económicas y políticas que surgieron en escuelas de pensamiento como la Cepal, que buscaban dar respuesta a los problemas de América Latina. También surge la teoría de la dependencia, que es una concepción novedosa de las relaciones entre los países colonizados y los colonizadores. En la segunda mitad del siglo xx, en África y Asia, se dan las últimas independencias de los países que aún estaban colonizados por Europa, lo que llevaría al mundo a un aparente estado de libertad, bajo el afianzamiento de las pautas que sentarían las bases para la autodeterminación.

El contexto se mostraba propicio para el nacimiento de proyectos de ampliación de derechos por medio de medidas reformistas, como los propuestos por algunos movimientos antirracistas y de liberación sexual en Estados Unidos. A la par, se gestan los proyectos decoloniales preocupados principalmente por la descolonización

inacabada. Uno de los proyectos en rechazo activo a la jerarquía racial que impone la colonialidad y que nace en este último cuarto de siglo es el de la interseccionalidad. La primera en utilizar el término *interseccionalidad* fue la abogada Kimberlé Crenshaw en 1989¹. Su intención no era crear una teoría de las opresiones, sino, en el contexto de la normatividad legal de Estados Unidos, establecer categorías jurídicas que pudiesen ser usadas para enfrentar las múltiples dimensiones de la discriminación. Enfrentarse a este problema era imposible en el sistema de alta codificación del derecho y, por lo tanto, en la red institucional del Estado, en donde solo existe lo que se nombra. Crenshaw (1989) partía de la crítica al trato excluyente de las categorías de género y raza:

Sugiero que este marco de trabajo que comprende un solo eje borra a la mujer negra en la conceptualización, identificación y del remedio de la discriminación de raza y sexo, limitando el interés a las experiencias de miembros del grupo que de no pertenecer a él serían privilegiados. (p. 57)

El concepto de interseccionalidad sintetiza problematizaciones que desde hace un tiempo atrás ya se hacían en distintos ámbitos académicos y no académicos del feminismo. Mara Viveros Vigoya (2016), feminista decolonial colombiana, recoge la discusión centrada en una lectura de la simultaneidad de las matrices de dominación, que actúan de manera contextual, esto es, no hay una jerarquización ni predominancia de una categoría sobre otra, la lectura tampoco debe ser reducida a una suma de opresiones en las realidades de grupos subordinados. Este campo de estudios ha sido desarrollado por muchas autoras, entre ellas Patricia Hill Collins, Kimberlé Crenshaw, Mara Viveros Vigoya, Ochy Curiel, Yuderlys Espinosa, Angela Davis, Audre Lorde, Gloria Anzaldúa (Lugones, 2008, pp. 76-77).

.....

1 El desarrollo conceptual de Crenshaw se da en el caso concreto de una disputa legal por discriminación laboral por parte de la empresa General Motors hacia trabajadoras negras. Ellas fueron despedidas y, al reclamar, la empresa respondió que no era discriminación porque solo había contratado hombres negros y mujeres blancas. Al alegar como mujeres negras, a la corte le parecía descabellado que pudiesen acudir a dos formas de discriminación al mismo tiempo, por lo que falló el caso a favor de la empresa.

Es cuestionable, desde la perspectiva de la interseccionalidad, cómo algunos autores decoloniales ven la raza, la clase y las clasificaciones sociales que de ellas se desprenden como las bases de la dominación y la explotación, dejando así que otras categorías que subjetivizan, como la de género, se piensen como naturales y propias del ser humano. Existe una problemática de separación y jerarquización de categorías que, en las vivencias, son inseparables. Estas marcan los cuerpos de manera diferenciada, lo cual es imposible de entender desde una postura de fragmentación.

En relación con lo anterior, el primer nivel crítico que se propone en este texto proviene de la misma teoría decolonial: el feminismo decolonial. Este se para en la frontera del género y profundiza las exploraciones que hasta ahora se han realizado superficialmente, que han reducido en sus análisis los papeles de las mujeres a la victimización, con lo cual han ignorado sus agencias en los proyectos anticoloniales y las relaciones de poder. Además, categorías como “hombre”, “mujer”, “sexo” y “género” suelen ser naturalizadas. El siguiente nivel de crítica se refiere específicamente a la interseccionalidad como un horizonte de sentido que feministas decoloniales apropian desde el margen del género que se ha establecido en el análisis decolonial.

El trabajo se desarrollará en torno a los ejes de *modernidad/colonialidad, otredad, colonialidad del poder y la decolonialidad como campo de estudio*. Estos ejes permiten explorar los puntos centrales de la teoría decolonial desde la perspectiva de los planteamientos de sus autores. Los tres primeros recogen los conceptos más importantes para entender la teoría decolonial; el último de ellos se refiere no solo a esos conceptos sino a la práctica que los autores han realizado de la mano con sus críticas. En cada eje se exponen las críticas que surgen a partir del feminismo decolonial y los aportes posibles que se generan con base en su aplicación de la idea de interseccionalidad. Finalmente, se plantean las conclusiones recogidas en la producción de este artículo.

La selección de autoras y autores para la revisión bibliográfica tiene por criterio la pertenencia a grupos como “Modernidad/Colonialidad” (M/C) (Enrique Dussel, Aníbal Quijano, Ramón Grosfoguel, Nelson Maldonado-Torres, Walter Dignolo y Santiago Castro-Gómez), el

colectivo de Feminismo Decolonial (María Lugones) y los feminismos de América (Ochy Curiel y Mara Viveros Vigoya), que en gran medida concentran la producción intelectual de las teorías seleccionadas. A partir de esto, se seleccionaron aquellos constantemente referenciados por quienes hacen parte de sus ámbitos académicos, lo cual los convierte en las fuentes de las que beben las teorías y contra las cuales se hacen más críticas. Además, se remite a la chilena Claudia Zapata Silva, quien recoge de manera aguda críticas a la teoría decolonial.

Las problematizaciones que en este trabajo se desarrollan con respecto a la decolonialidad no plantean su destrucción, por el contrario, buscan expandir los límites que han constreñido su análisis. El objetivo es señalar un camino de formulaciones teóricas que nos lleve de la crítica que hace la teoría decolonial a la modernidad-colonialidad hacia la interseccionalidad. De esta manera, identificamos las críticas de la interseccionalidad a la decolonialidad y las transformaciones que estas han o no generado dentro de la teoría. Se trata de un análisis de las debilidades y fortalezas de la teoría decolonial a la luz de los aportes de la interseccionalidad.

Modernidad/colonialidad

La modernidad ha sido entendida por los teóricos decoloniales del grupo M/C como una conjunción de aristas que se dio en gran medida en el mal llamado descubrimiento de América Latina. Para Mignolo (2007), la modernidad arrancó en el momento en el que se instauró definitivamente el descubrimiento como un logro europeo, que alcanzó un territorio incivilizado. El descubrimiento, como discurso, niega la posibilidad de constitución de algo previo a la llegada de Europa al nuevo continente, pues logra conformar una doble identidad, la del vencido y la del vencedor.

La identificación de la modernidad se plantea como una ruptura o punto de inflexión en las dinámicas mundiales, pues se presenta como totalizante, en gran medida debido a que su constitución se logra tras la configuración de la producción (en general) en torno al espacio imaginario constituido europeo. La representación de la modernidad se tiende a pensar desde la perspectiva de la

representación de Europa como centro, pues es bien sabido que durante gran parte de la llamada edad media (y un par de siglos después), Europa no se constituyó como centro, y se mantuvo periférico.

La invención de Europa también lleva a la negación de su realidad periférica en el entorno mundial y a la negación de su incapacidad cuando intentó alcanzar territorios asiáticos, así como africanos. De modo que “la ‘universalidad’ musulmana es la que llega del Atlántico al Pacífico. La Europa latina es una cultura periférica y nunca ha sido hasta ese momento ‘centro’ de la historia; ni siquiera con el imperio romano” (Dussel, 2000, p. 43). Por esto, Europa no solo fue periférica, sino también estuvo sitiada durante mucho tiempo por los árabes. La representación periférica europea también se expresa inclusive en la identificación de lo europeo como un conjunto supremamente heterogéneo.

Los rasgos constitutivos de la modernidad, entendidos desde la perspectiva de la decolonialidad, como lo plantea Dussel (2000) cuando trata de rastrear los orígenes de la modernidad, se encuentran como una representación dicotómica. Por un lado, se ve como un proyecto eurocéntrico que se representa como emancipador, como una superación de la inmadurez. Y, por otro lado, como un momento concreto en el cual las múltiples historias quedan subalternizadas por el proyecto particular mediante el cual se constituye el carácter de la historia mundial.

La modernidad es, en este sentido, una expresión del descubrimiento como un proceso a través del cual la expansión del proyecto europeo logró desembocar en aquellos procesos intra-europeos emancipadores, que en un momento inicial condujeron a Europa hacia el antropocentrismo exacerbado y la supuesta madurez racional. Y, posteriormente, alcanzó la presentación de una historia mundial a través del descubrimiento de América, como una constitución (invención) del carácter mundial que supondría la proyección de un nuevo ser, el de aquellos recién dominados y unos otros dominantes.

La modernidad ha sido ampliamente estudiada en conjunción con el proyecto colonial, debido a las relaciones entre ambos procesos. En el análisis que Jorge Polo Blanco y Milany Gómez Betancur (2019) hacen de los planteamientos de Dussel, identifican la concreción

de la modernidad en su expansión territorial como una representación del eurocentrismo. Lo europeo, en relación con la modernidad, se desprende de lo que, en términos de Dussel (2000), es una doble formulación: por un lado, pretende racionalidad y, por el otro, maneja un discurso mítico.

La colonización, como un proceso expansivo, se impuso como superación de un mundo que, en respuesta a los desarrollos europeos, se constituyó como uno solo, de modo que la representación del sistema mundial sería la de un orden generalizado que configuraría un espacio al cual solo se podría acceder a través de la modernidad, tal como se la entiende eurocéntricamente. La representación de lo humano, desde una capacidad ulterior al entorno que lo rodea, configura el uso de la razón como una acción que le permite al ser humano, en cuanto pensante, apropiarse de aquello inmaduro o inerte.

La proyección de la modernidad a través de la colonialidad supuso, además, la disyunción del mundo en zonas cohesionadas, pero al mismo tiempo negadas, separadas, con el fin de sustentar el mito europeo. A partir de los planteamientos de Santiago Castro-Gómez (2000) se puede identificar cómo el carácter violento del proyecto moderno constituyó sujetos y separó no solo al hombre de la naturaleza, sino al hombre blanco, heterosexual, europeo, del resto de la humanidad. La separación no solo se hizo en términos de identificación negativa, sino que implicó el planteamiento de estructuras jerárquicas que sustentaron la apropiación europea de lo incivilizado.

La representación de la modernidad como un proyecto mundial es analizada, desde muchos puntos de vista decoloniales, como aquello que le permitiría a Europa la conformación de un espacio global en el cual ella fuera el centro. Edgardo Lander (2000) expone la manera en que la identificación de lo europeo se halló ante otro al que se le confirmó en la nulidad de su ser, principalmente por su raza, y al mismo tiempo le confirió al europeo, por ser europeo, un estatus diferencialmente positivo, por el hecho de contener una serie de características determinadas.

La modernidad, vista desde la perspectiva de un discurso decolonial, implica una expresión que se apropia y niega otras formas de

vivir, creer y observar. Por esto, en los términos de Lander (2000), son parcialmente desconocidas, y siempre excluidas, consideradas supersticiones, formas en las que se niega al ser humano y el mismo proyecto colonial/moderno. La modernidad sujeta al individuo a una serie de proyectos coloniales que no se limitan al control físico sino que buscan el control del entendimiento del ser humano como un ente que va de un punto hacia otro. Así es como en todos los aspectos sociales se imponen clases de desarrollismo.

La dominación implanta diversas formas que, institucionalizadas en el ámbito de la colonia, configuran el desempeño de la sociedad. Santiago Castro-Gómez (2000) habla de la imposición de la norma como una forma mediante la cual el sujeto incivilizado se constituye como un espacio por imaginar, por blanquear, en el sentido de neutralizar, negar y reconstruir. Es a través de la institucionalidad de lo moderno que el individuo se puede hallar en sociedad (bajo la ciudadanía) en cuanto cumpla ciertos estándares definidos bajo normas, mínimos civilizatorios.

La conformación de la identidad del otro se realiza, en este sentido, en la representación de un vacío, que es un sujeto de carencias y, naturalmente, un foco de tensiones, por lo que reconfigura, hasta cierto punto, el mismo proyecto colonial moderno, así como configura una nueva identidad. La creación de la modernidad consistiría, en términos de Mignolo (2000), en la invención del individuo que ya era, pero que es replanteado y al que se le dan nuevas coordenadas, una sobreposición de aquellas características bajo las cuales aquellos que están a punto de ser dominados se constituyen como sujetos incompletos e incapaces.

La formación de la modernidad como un proyecto unitario supondría, por lo que se ha visto, una forma de expresión de las relaciones mundiales de acuerdo con la cual se instaure un sistema con un centro particular.

La unidad, como un proyecto, plantea una modernidad en la que se dan diversas expresiones eurocéntricas. Este es un punto central en el análisis de la modernidad, que, en contraposición a lo que plantea la crítica general, se adhiere a una realidad cohesionada que se fragmenta en la acción ante la resistencia al proyecto colonial. Claudia Zapata Silva (2017) expone que la aproximación a

la modernidad por parte de algunos teóricos decoloniales supone una concepción monolítica. Ella critica la concepción que se tiene de una modernidad única, avasalladora y realmente totalizante.

La modernidad como se trata usualmente desde la decolonialidad ha omitido constantemente ciertos vacíos en la pretensión totalizante. Zapata (2017) hace un recuento de algunas de las críticas que han desarrollado tanto diferentes corrientes anticoloniales como autoras feministas decoloniales. Las críticas en torno al análisis de lo colonial y de la modernidad que hacen los teóricos decoloniales giran en torno a la interpretación de esta última como una unidad en la que no existen divergencias, ni movimientos de resistencia, en cuanto se encuentran sumergidos en la modernidad.

La interpretación de acuerdo con la cual la modernidad es suscitada por la colonialidad es también un tema en relación con el que tienden a desarrollarse críticas respecto al análisis decolonial. María Lugones (2008) hace consideraciones sobre las categorías de dominación que Aníbal Quijano analiza, y considera que la interpretación de Quijano ignora o considera natural la categoría de sexo. La forma en la que se comprende la modernidad, como un proyecto unitario, omite ciertas maneras en las que la opresión no solo hizo parte del proyecto moderno civilizatorio, sino que también lo constituyó.

El análisis que realizan ciertos teóricos decoloniales respecto al racismo pierde de vista la manera en la que ciertas categorías de opresión se imbrican y no generan una especie de individuo uniforme entre uno y otro territorio, sino que se confronta el proyecto europeo con diversas modernidades en juego, y se ignora hasta cierto punto, bajo ciertos planteamientos el cómo la modernidad como pluralidad, se encuentra en la resistencia como apuesta anticolonial. Arturo Escobar (2003) menciona la categoría de transmodernidad como una posibilidad, no solo de negar la modernidad, sino también de ver su lado oscuro, a lo cual habría que agregar cómo ese lado oscuro es realmente el lado claro desde el cual se debe trabajar.

Muchos autores decoloniales sostienen que el análisis de Fanon (Mignolo reconoce en más de una ocasión los aportes de Fanon, aunque los cuestiona) es una versión incompleta de la verdadera

descolonización, pues no reconoce la descolonización de la epistemología. Asimismo, los teóricos decoloniales han sido criticados por no encontrarse situados realmente en sus territorios. Observar el lado oscuro de la modernidad es reconocer la modernidad del sur global en el que nos encontramos y que debe ser reivindicado.

Los aportes que se realizan desde diversos campos anticoloniales recaen también en la constitución de diversas luchas que son reivindicadas en la interseccionalidad, pues recogen las formas en las que las categorías de opresión son constitutivas de las diversas expresiones de dominación. El análisis de la sumatoria de las categorías de opresión es, por los autores decoloniales, un problema constante en la identificación de la constitución de la identidad en la colonialidad, los cuales han tenido aliados silenciosos, que más por omisión le han sido serviles a la colonia, como lo han declarado muchas autoras interseccionales.

La relación que se establece entre la colonialidad y la modernidad parece ignorar procesos modernos alternos a las cuestiones coloniales, los cuales se identifican desde un lado oscuro, que no ha sido comprendido, y que se ha abandonado. Los esfuerzos de aquellos que en el sur global ayudan a reivindicar sus propias epistemologías son suprimidos e ignorados por los autores decoloniales constantemente, endulzados levemente, pero excluidos del campo académico, el cual se centra, como dice Lugones (2008), en un determinado grupo extremadamente endogámico.

Otredad

La noción del otro, para la decolonialidad, nace del proceso histórico que se desarrolló con la modernidad, puesto que el capitalismo eurocéntrico parte de las ideas llamadas “modernas” y se propone desde el principio ser aplicable a todas las realidades y contextos como un parámetro de acuerdo con el cual todos lleguen a ser y considerarse modernos. Para los autores decoloniales, la modernidad obvia el proceso de la colonialidad como necesario para sí. Este es un hecho histórico que en diferentes partes del mundo permitió la producción de sujetos, conocimientos y poder, asegurando, además, su reproducción perpetua.

Así entendido, el otro o la otredad es la negación de aquello que no entra en las categorías modernas, pero puede hacer parte de la modernidad en la medida que sea aleccionado conforme al esquema de esta, por lo que la modernidad adoctrinadora “adopta” la otredad y la vuelve útil a su praxis. Dussel y Guillot (1975) explican que “‘el Otro’ de la totalidad o el ‘mundo’ europeo eran todas las culturas y hombres que habían sido constituidos como cosas ‘a la mano’, instrumentos, ideas conocidas, entes a disposición de la ‘voluntad de poder europea’ (y después ruso-norteamericana)” (p. 8).

Para la teoría decolonial hay una otredad que ha padecido lo moderno. Luego de las independencias en América y otras regiones del mundo, donde se asentaron los colonos europeos, se han padecido formas de colonización que no son netamente presenciales, a través de la cultura, la filosofía, la economía, la política, etc. Se han impuesto dinámicas eurocéntricas que perpetúan el “sistema-mundo moderno/colonial”. El Estado-nación es un importante garante de su reproducción con la función paralela de adoctrinamiento de la otredad, como lo plantea Castro-Gómez (2000): “el Estado-nación opera como una maquinaria generadora de otredades que deben ser disciplinadas, esto se debe a que el surgimiento de los estados modernos se da en el marco de lo que Walter Mignolo ha llamado el ‘sistema-mundo moderno/colonial’” (p. 152).

Pero entonces ¿qué es la otredad? Y ¿desde dónde es trabajada por los autores decoloniales? La idea del otro y la caracterización de la otredad viene de nociones del filósofo judío-lituano Emmanuel Levinas. Nelson Maldonado-Torres (2007) explica que el trabajo de Levinas rompe con las producciones de conocimiento occidental, pues sale del filosofar que se funda en las nociones de sujeto y objeto y se enfoca en la ética, en la cual la relación privilegiada es aquella entre el yo y el otro. La filosofía de Levinas antagoniza con el pensamiento de Heidegger: “La ontología heideggeriana se le aparecía a Levinas como una filosofía del poder. La propuesta de la ontología como filosofía primera es, para Levinas, cómplice de la violencia” (Maldonado-Torres, 2007, p. 129).

Levinas, por su herencia judía y su vivencia del holocausto, parte de la relación entre la ontología y el poder para desarrollar su ética, que se enfocaría en el yo y el otro. Estas ideas inspirarían no solo a

Maldonado-Torres, sino también a otros autores decoloniales, como Enrique Dussel y Walter Mignolo. Maldonado-Torres explica que, en el caso de Dussel, constituyen un pilar en la conexión que este desarrolla entre el Ser y las empresas coloniales históricas, lo que acercó a Dussel a la noción de “colonialidad del ser”. “Fue, sin embargo, otro argentino, Walter Mignolo, quien formularía el concepto más de dos décadas más tarde. El concepto de colonialidad del ser nació en conversaciones sobre las implicaciones de la colonialidad del poder, en diferentes áreas de la sociedad” (Maldonado-Torres, 2007, p. 129).

En la teoría de la colonialidad del ser hay también una influencia que proviene del autor poscolonial (así es denominado por los teóricos decoloniales) Frantz Fanon, pues como Maldonado-Torres (2007, p. 129) explica, Mignolo enriquece su concepción de la colonialidad del ser con el pensamiento de Fanon sobre el sujeto racializado y su encuentro con el otro imperial. Esto permite entender el punto clave en la idea de la otredad: hay un sujeto (colonizador) que llega a un proceso de subjetivación por un encuentro con el otro (colonizado). El otro estará en constante proceso de reivindicación ante su negación y adoctrinamiento.

Dussel (1994), a su vez, percibe la otredad, principalmente la latinoamericana, como un padecimiento que nace en 1492 con la llegada de la corona española a América. Allí se dio un proceso de encubrimiento del otro bajo un “lo mismo”, como una forma de ocultar lo no europeo. En esa relación de conquistador y conquistado existe una paradoja, en el sentido de que el otro debe mantenerse en esa condición para que el sujeto se subjetive, pero este no puede exterminarlo, sino que debe acercarlo a sí, marcar un camino hacia la modernización que permita reconocerlo como alguien que podría ser como el sujeto, pero no lo es:

El Otro es la “bestia” de Oviedo, el “futuro” de Hegel, la “posibilidad” de O’Gorman, la “materia en bruto” para Alberto Caturelli: masa rústica “descubierta” para ser civilizada por el “ser” europeo de la “Cultura Occidental”, pero “en-cubierta” en su Alteridad. (Dussel, 1994, p. 37)

Que se asuma al otro como “lo mismo” tiene un significado que implica que se busca una sumisión de la otredad, pero con el fin

de que esta se incorpore al cuerpo primario que vendría siendo el sujeto que subsume a este otro. Pues, en el caso europeo y de lo eurocéntrico, el otro es un ente sumergido en la inopia y en aquello que lo eurocéntrico entenderá como premoderno. Por esto los autores decoloniales también plantean que la otredad no es solo una categoría que tiene unas imbricaciones históricas con la dominación y que supone la negación de quienes conquistaron, sino que parte asimismo de una forma de reivindicación fundada en una resignificación histórica producida desde la otredad en respuesta a su negación.

La otredad, entonces, se muestra como una caracterización de lo padecido históricamente en América Latina. Es el oprimido por el eurocentrismo y la negación de la modernidad, que en todos los casos mencionados anteriormente tiene la posibilidad de salir de su condición de otro para ser ejecutor y reproductor apto del proyecto europeo. Ochy (2007) señala que los autores decoloniales caen en un concepto sumamente endogámico, como su grupo M/C, puesto que se enfrasan en una única forma de concebir al otro que deja por fuera muchas alteridades o subalternidades que también padecen lo moderno. Pareciera que estos teóricos dejan de lado el hecho de que lo único realmente universal de la modernidad eurocéntrica es que hay una multiplicidad de cuerpos que se ven afectados de forma mayoritariamente negativa por lo moderno, lo que no entra en la otredad decolonial.

Para entender mejor estas falencias o vacíos que nos deja la teoría decolonial en varios aspectos, se puede ver lo que la autora lesbo-feminista antirracista Ochy Curiel señala como un reduccionismo: los autores decoloniales consideran poscoloniales, casi que arbitrariamente y sobre todo porque temporalmente son anteriores a ellos, a autores que ya hacían críticas a los conceptos de raza, clase, género, y que habían elaborado otro tipo de diferenciaciones que permiten establecer patrones de poder:

Sin utilizar el concepto de “colonialidad”, las feministas racializadas, afrodescendientes e indígenas, profundizado desde los años setenta en el entramado de poder patriarcal y capitalista, considerando la imbricación de diversos sistemas de dominación (racismo, sexismo, heteronormatividad, clasismo) desde donde

han definido sus proyectos políticos, todo hecho a partir de una crítica poscolonial. (Curiel, 2007, pp. 93-94)

Asimismo, hay un sesgo en el análisis crítico de las otredades, puesto que su reivindicación y entendimiento se hace desde el lugar de autores reconocidos en la academia, en su mayoría hombres, que plantean sus estudios desde un punto de vista sumamente androcéntrico, así como desde una posición de privilegio en la academia y los centros de producción de conocimiento:

Si bien desde la producción académica se han abierto vías para un pensamiento crítico, este no deja de ser elitista y, sobre todo, androcéntrico. Tal situación se complejiza en tiempos de globalización, donde las relaciones de poder no solo se extienden a los mercados capitalistas, sino también a todas las relaciones sociales. (Curiel, 2007, p. 100)

Aparte de las críticas y aportes que trae a colación Ochy Curiel, están las de la teoría feminista decolonial desde la perspectiva de la interseccionalidad. Esta última muestra las relaciones de poder y dominación de los cuerpos con mayor claridad, ya que ve que el proyecto de la modernidad produce unas alteridades oprimidas y obviadas fundado sobre un androcentrismo eurocéntrico que terminó por desplazar las alteridades. Pues concebían un único otro que, aunque en la crítica decolonial es rescatado, sigue enajenando otras otredades que también han sido subyugadas en lo moderno.

Mara Viveros Vigoya (2016) hace un análisis sumamente importante para este diálogo sobre el problema que han tenido los movimientos de liberación que se presentan dentro del feminismo al universalizar nociones y prácticas, porque reivindican intereses sectoriales. En cambio, la interseccionalidad de las feministas decoloniales les permite reconocer las alteridades de manera más amplia: “estos distintos feminismos críticos [decoloniales] han buscado construir un sujeto político universalizable y relacionarse con otros movimientos sociales sin tener que escoger entre las luchas de distintos movimientos sociales. Sin embargo, esta estrategia no ha estado desprovista de contradicciones” (Viveros Vigoya, 2016, p. 14).

¿Una crítica del poder incompleta?

Aníbal Quijano desarrolla el concepto de colonialidad del poder (2000a, 2000b) para arrojar luz sobre la manera en que en el proceso de la colonia en América Latina es creado un patrón de poder sin precedentes en la historia: la raza. Aunque la asimetría en las relaciones de poder siempre ha generado formas de dominación, la particularidad de la dominación racial es que ubica una diferencia en la naturaleza de los seres. De esta manera, los pueblos de América y de África quedan despojados de su historia y de un lugar en la lucha por el poder, pues ya por naturaleza son inferiores; además, es un patrón global y que constituye el debate fundamental en nuestra época.

Este proceso tuvo lugar histórico en la colonización europea de América. La pregunta de los colonizadores ante los indígenas era ¿qué son estos?, ¿son o no humanos? En el artículo “El concepto de ‘racismo’ en Michel Foucault y Frantz Fanon: ¿teorizar desde la zona del ser o desde la zona del no-ser?”, Grosfoguel (2012) realiza un recorrido que permite ubicar la emergencia histórica del racismo. Ya antes de la colonia existía en la península cierta concepción de la “pureza de sangre” que discriminaba a musulmanes y a judíos. Podemos ubicar una particularidad en el momento político, pues “el proyecto de los reyes católicos de ‘un Estado, una identidad, una religión’ quería hacer corresponder la identidad del Estado con la identidad de la población y es el comienzo de la idea de Estado-nación en Europa” (Grosfoguel, 2012, p. 88).

En línea con Quijano (2000a, 2000b) y con Maldonado-Torres (2008, 2011), Grosfoguel afirma que la idea de raza nace en la modernidad con relación a esas nuevas gentes que no tenían religión y, por lo tanto, dentro del imaginario cristiano, estaban expulsadas de lo humano. Según él,

la categoría de “indio” constituye una nueva invención identitaria que homogeniza toda una heterogeneidad de identidades a partir de la idea errada de los españoles de creerse haber llegado a la India. Ese debate fue el primer debate racista en la historia mundial y la identidad de “indio” fue la primera identidad moderna. (Grosfoguel, 2012, p. 90)

De esta manera, la raza constituyó un patrón de poder en América; uno de sus resultados es la compleja estratificación racial que existía en cada país, donde la cúspide y el objetivo que perseguirían las sociedades, en un proceso de “purificación” de su raza, es la raza blanca.

A partir del siglo XIX, las preguntas se secularizan y son desarrolladas por la ciencia. Surge un racismo biologicista que atribuía diferencias fenotípicas a diferencias biológicas. Las ciencias humanas (más directamente aquellas comprendidas por la antropología, la etnografía y la etnología) también hacen lo suyo al considerar que ciertas razas estaban en un estado de atraso con respecto a la raza blanca, y se dedican a estudiar a esas razas atrasadas como estadios anteriores en el camino al progreso que ha recorrido la raza blanca. De esta manera, se genera un gran volumen de conocimiento “científico” que justifica y promueve explícita e implícitamente el racismo y que incluso hoy en día es una tendencia existente (mucho más en ciencias humanas, pues el racismo biologicista es mal visto por la mayoría de las personas).

A pesar del fin formal de la colonia, sobrevive la idea de raza de la colonialidad. Los desarrollos de los autores decoloniales permiten señalar que esta idea es el fenómeno más duradero y arraigado en las relaciones de poder desde su creación. Prueba de ello es el racismo que cuestiona la condición de humanidad de ciertos grupos e individuos en todo el mundo. El problema es que el racismo es un fundamento de la modernidad, y esta es un horizonte hacia el cual la mayoría de las sociedades procuran avanzar.

Con el concepto de *heterogeneidad de clasificación social*, Quijano (2000b) explica que en el proyecto de modernidad capitalista-colonial era necesaria la clasificación social para la dominación de un grupo sobre otro. Así, la raza termina redefiniendo todas las formas de opresión previas: género, linaje, etnicidades. Respecto a la división racial del trabajo que se establece, Grosfoguel (2012) explica que, después de que el debate por la existencia del alma en los pueblos indígenas fuera saldado a favor de Bartolomé de Las Casas, quien argumentaba que en efecto tenían alma pero estaban en estado bárbarico,

el imperio español re-articuló la división internacional del trabajo a partir de la idea de raza de una manera más sistemática. Mientras los “indios” hacían trabajo forzado en la “encomienda”, el trabajo esclavo se asignaba a los “africanos” que eran clasificados como “pueblos sin alma”. Comenzó entonces el comercio de africanos esclavizados en el Atlántico que se extendería por varios siglos. Con la esclavización africana en las Américas el discurso racista religioso se transformó en discurso racista de color. (p. 91)

Una idea central para estos autores es que vivimos en un mundo organizado de acuerdo con un *sistema-mundo capitalista/patriarcal occidentalocéntrico/cristianocéntico moderno/colonial* (Castro-Gómez y Grosfoguel 2007). Al respecto, Quijano (2000b) señala que

tal como lo conocemos históricamente, el poder es un espacio y una malla de relaciones sociales de explotación/dominación/conflicto articuladas, básicamente, en función y en torno de la disputa por el control de los siguientes ámbitos de existencia social: 1) el trabajo y sus productos; 2) en dependencia del anterior, la “naturaleza” y sus recursos de producción; 3) el sexo, sus productos y la reproducción de la especie; 4) la subjetividad y sus productos materiales e intersubjetivos, incluido el conocimiento; 5) la autoridad y sus instrumentos, de coerción en particular, para asegurar la reproducción de ese patrón de relaciones sociales y regular sus cambios. (p. 289)

Este es el poder capitalista y moderno; y las lógicas de la modernidad y de la colonialidad del poder empapan las disputas en cada uno de los ámbitos.

Respecto a la modernidad, se señala una paradoja: a pesar de que su objetivo es la igualdad, está basada en la diferenciación racial; por lo tanto, es un objetivo imposible de cumplir y la modernización jamás puede llevarnos a una sociedad igualitaria. El semiólogo argentino Mignolo señala en una entrevista con Catherine Walsh (2003) que este proyecto se constituyó “como si la ‘modernidad’ fuera un punto de llegada y no la justificación de la colonialidad

del poder” (p. 2). En línea con sus colegas, Mignolo considera la modernidad como un artificio para justificar la dominación de Occidente sobre el resto del mundo.

La decolonialidad es la propuesta de los autores ante la colonialidad del poder. En primer lugar, esto significa una reconceptualización del poder que vaya más allá de entenderlo como dominación: donde muchos pensadores occidentales se han visto limitados, los decoloniales encuentran posibilidades ampliadas al constituir un concepto de poder como voluntad de vida. Esto les da la posibilidad de abrir las puertas de la participación democrática como más que un problema burgués. Su ideal es una democracia sin adjetivos, ni participativa ni representativa. De esta manera, el sujeto político es el pueblo y la sede del poder sería la comunidad política.

Quijano (2015) explica que él y muchos otros viven adentro y en contra, es decir, luchando contra el sistema desde adentro para crear otro sistema, sin caer en el reformismo. Dentro de esta forma de pensar la política y el poder se recoge la consigna zapatista de “Mandar obedeciendo”. Por otro lado, la propuesta decolonial también implica el fin de la imposición de la episteme occidental; no se propone imponer una nueva, sino que existan y convivan distintas epistemes en una “revuelta epistémica constante” (Quijano, 2015) que sea un cuestionamiento al poder. Con lo que Dussel (2012) denomina una historia no eurocéntrica, se transformará la manera en la que se construye conocimiento y memoria.

Los autores decoloniales desarrollan importantes consideraciones sobre la forma en la que históricamente se ha pensado el poder y sobre cómo los grupos racializados lo han padecido. Estas consideraciones son tremendamente útiles para pensar las relaciones de poder de maneras distintas a las que han existido; sin embargo, no están exentas de poder ser criticadas.

La filósofa y especialista en estudios latinoamericanos Claudia Zapata Silva (2017) desarrolla críticas en este sentido. En primer lugar, señala que los autores decoloniales hacen residir el poder de los grupos subalternos en su propia condición de subalternidad, lo cual los coloca al margen de la lucha por el poder y la hegemonía en la sociedad. Con respecto al concepto de hegemonía, podemos

remitirnos a las palabras de Dussel (2012), que en la entrevista citada explica que su concepto de hegemonía ciertamente es distinto del de Gramsci. Para él, se trata de una situación en la que todos los intereses se vean cumplidos. En este escenario, si bien los movimientos sociales tienen intereses sectoriales, pueden homogenizarlos por medio de la traducción y llegar a un estado de hegemonía en la sociedad. Por ejemplo, dice Dussel, el feminismo se interesa por el antirracismo cuando se da cuenta de que las mujeres de color proletarias son las más oprimidas.

Esto nos permite señalar dos cosas en armonía con las críticas que hace Zapata Silva. En primer lugar, que para Dussel los grupos subalternos solo podrían superar su condición de subalternidad con respecto al poder cuando se organizan en movimientos sociales de intereses sectorizados y solo pueden ser hegemonía en una traducción que neutraliza la disputa política inherente al encuentro de intereses distintos. Si no están en este escenario, no son más que víctimas a las cuales es posible remitirse como evidencia de la nefasta modernidad/colonialidad.

Segundo, el autor hace una inferencia errónea en su ejemplo; de hecho, las feministas antirracistas han estructurado su pensamiento y su práctica política sobre la base de sus propias experiencias como mujeres pobres y racializadas. Esto no se ha dado como indica el autor, según el cual un grupo ya consolidado del feminismo es el que se fija en el sufrimiento más intenso del grupo racializado y por eso se interesa por el antirracismo. De hecho, los grupos más formalizados del feminismo han excluido esos feminismos críticos para darles prevalencia a los problemas de género.

En este punto, la interseccionalidad nos da luces. Lugones (2008) se refiere al patrón de poder que describe Quijano (2000b):

La lógica de los ejes estructurales muestra al género como constituido por y constituyendo a la colonialidad del poder. En ese sentido, no hay una separación de raza/género en el patrón de Quijano. Creo que la lógica que presenta es la correcta. Pero el eje de colonialidad no es suficiente para dar cuenta de todos los aspectos del género. Qué aspectos se ven depende del modo en que, de hecho, el género se conceptualice en el modelo. En el patrón de Quijano, el género

parece estar contenido dentro de la organización de aquel “ámbito básico de la existencia» que Quijano llama «sexo, sus recursos y productos”. (Lugones, 2008, p. 82)

Quijano cae en la lógica de la modernidad/colonialidad al aceptar sin reflexión la idea de género, que es precisamente como la idea de raza, es decir, una característica biológica que crea una jerarquía naturalizada. Parece que, en la teoría del autor, las mujeres son excluidas de la batalla por el poder, son simplemente los recursos que los hombres se disputan. De paso, acepta prejuicios que están inscritos en el concepto de género: “el dimorfismo biológico, la dicotomía hombre/mujer, el heterosexualismo, y el patriarcado” (Lugones, 2008, p. 78).

Volviendo al ejemplo que ponía Dussel (2012), desde la perspectiva del análisis interseccional no es válido hacer esa especie de suma aritmética de opresiones, no se trata de quién es la más oprimida, pues en cada experiencia se puede encontrar una vivencia distinta de la opresión. Como Viveros Vigoya (2016) señala, las categorías son inseparables, están imbricadas y en su separación se niega la experiencia particular. Se trata entonces de la deconstrucción de los privilegios que nos ponen por encima de otros; y de la discusión (no exenta de conflicto) y construcción colectiva de alternativas para la reproducción de la vida. Todo esto implica una práctica política en contra del poder como dominación.

Finalmente, y retomando a Zapata (2017, p. 59), señalamos un problema en la conceptualización de la modernidad como un objeto de análisis monolítico, pues, a pesar de la linealidad que caracteriza al conocimiento moderno, en su concepto de poder como voluntad de vida claramente beben de Levinas y de Baruch Spinoza²: ¿no son estos autores modernos? ¿Es necesario subalternizarlos para poder referenciarlos?

.....

2 Véase el concepto de potencia en Spinoza (Balibar).

La decolonialidad como campo de estudio

El proyecto de investigación que construye el grupo M/C, conforme a su distanciamiento de las críticas eurocéntricas catalogadas como teorías intra-modernas, es un proyecto que se plantea desde la perspectiva de la exterioridad, no ontológica, sino desde el punto de vista del despertar de los discursos contrahegemónicos no-modernos. En ese sentido, su cuerpo conceptual se enfoca principalmente en cinco pilares básicos retomados por Arturo Escobar (2003): 1) *el sistema mundo moderno colonial*, ya que para este grupo la modernidad no existe sin colonialidad, tal como se añadió anteriormente; 2) *la colonialidad del poder*, concepto propuesto por Aníbal Quijano para definir un modelo hegemónico global del poder que es inaugurado con el encuentro entre Europa y América, y el consecuente proceso de conquista que articuló las formas de trabajos y a las gentes en torno al capital y que, además, se ayudó de la clasificación social racial para legitimar la explotación; 3) *la diferencia colonial y colonialidad global*, en la que es posible ver las diferencias culturales en las estructuras globales de poder; 4) *la colonialidad del ser*, una categoría de Nelson Maldonado-Torres que se refiere a la intención de expansión ontológica por medio de la imposición de una epistemología europea sobre las otras, que terminan por ser sulbaternizadas; por último, 5) *el eurocentrismo*, que es entendido como una experiencia histórica local europea que ha devenido en “experiencia global” desde el siglo XVII y que relegó a la definición de “pensamiento no-eurocéntricos” a las otras experiencias, las cuales no eran definidas por sí mismas sino en su comparación con Europa.

Para empezar, es importante resaltar el sentido de externalidad que este grupo quiere imprimir a su proyecto de investigación, que contrasta con la visión intra-moderna de la modernidad. Esta visión explica la globalización como radicalización de la modernidad (y en este sentido habla de la modernidad europea), como si esta última fuera una totalidad de la que no es posible escapar, debido a que es el proceso que tuvo las condiciones y características para devenir global. Pues bien, para el grupo M/C, parece existir un reto planteado por estas teorías intra-modernas: el de pensar una exterioridad a la modernidad desde cuya perspectiva

es posible ubicar un nicho de epistemologías y discursos desde el punto de vista del Otro. Por lo tanto, “la pregunta de si existe o no una ‘exterioridad’ al sistema mundo moderno colonial es de alguna manera peculiar a este grupo y fácilmente malentendida” (Escobar, 2003, p. 63). Con esta pregunta, propuesta por Enrique Dussel (1976) en su trabajo sobre filosofía de la liberación, parece inaugurarse el pensamiento sobre el Otro: “el Otro como oprimido, como mujer, como racialmente marcado, como excluido, como pobre, como Naturaleza” (p. 63).

En este primer punto, se destacan las críticas a los autores de coloniales o los que hacen parte del denominado giro decolonial, ya que, como señala Claudia Zapata (2018) en su texto *El giro decolonial. Consideraciones críticas desde América Latina*, en los trabajos de dichos autores

no se exhibe un conocimiento acabado del campo de pensamiento crítico que ha surgido en América Latina durante los siglos XIX y XX, pese a lo cual suelen formular hipótesis de envergadura (y por lo general descalificadoras, al rotular prácticamente todo lo anterior como convencional, probablemente de ahí venga aquello de “giro”, que podría entenderse como una forma de autorrepresentación intelectual). (p. 53)

En esta primera crítica ya se atisba el malestar que genera el halo academicista y excluyente que puede caracterizar al grupo M/C del giro decolonial. Además, este grupo se cristaliza como una red de teóricos cuyo accionar, meramente académico, es valorado por su participación en congresos o revistas especializadas (esto pone un problema sobre la mesa en la medida que estas bases de datos y revistas están disponibles solo para una comunidad académica que puede pagar por el acceso a ellas). Es decir, parece que en la esfera académica se engendra un proyecto que busca leer las realidades que se ubican fuera de ella, pero ¿qué sucede con los aportes que se originan en estas realidades otras? ¿Teorizar fuera del campo académico tiene potencial emancipador o este es un privilegio de aquellos que poseen facultades intelectuales específicas?

Por otro lado, continuando con el proyecto de investigación del grupo M/C, su postura teórico-académica ubicada en una

exterioridad inspira el proyecto emancipatorio de la transmodernidad, propuesto principalmente por Dussel. Se trata de un desafío al grueso de los teóricos europeos y euroamericanos que veían imposible superar la modernidad. El proyecto de la transmodernidad, de manera contraria, ve un potencial epistémico en aquellos que no han sido completamente colonizados por la modernidad europea. Asimismo, como explica Grosfoguel (2008) en su texto “Hacia un pluri-versalismo transmoderno decolonial”,

Es desde la geopolítica y corpo-política del conocimiento de esta exterioridad o marginalidad relativa que emerge el pensamiento crítico fronterizo como una crítica de la modernidad hacia un mundo descolonizado transmoderno pluriversal de múltiples y diversos proyectos ético-políticos en los que una real comunicación y diálogo horizontal con igualdad pueda existir entre los pueblos del mundo más allá de las lógicas y prácticas de dominación y explotación del sistema-mundo. (p. 212)

El proyecto emancipatorio de la trans-modernidad difiere de la post-modernidad, pues esta última es lo que ya Escobar explicaba a través de las críticas intra-modernas: una crítica eurocéntrica al eurocentrismo, dónde se encuentran las críticas de personajes como Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, quienes conciben una única forma de universalismo, en el sentido de que reconocen que las particularidades se disuelven desde la perspectiva del abstracto eurocentrado. Las particularidades son absorbidas y homogeneizadas, es decir, se presta atención solo a las diferencias dentro de este universalismo, pero se ignora una alteridad epistemológica. En contraste, Grosfoguel recuerda la experiencia zapatista de la “Otra campaña”, en la que, en vez de predicar con base en un programa pre-fabricado, lleno de significantes vacíos (la Nación, el Socialismo, la Democracia), se construye un programa basado en el “andar preguntando” que deriva en un universo construido a la luz de la singularidad de los distintos proyectos producto de la diversidad epistémica en México.

Sin embargo, Zapata (2018) propondría que la decolonialidad parece ser un significativo vacío adoptado, que promueve

la recepción irreflexiva (de la cual probablemente no se puede inculpar a los autores de esta corriente), que repite hasta el hartazgo

palabras comodines que suelen cerrar más que abrir el análisis. Es cosa de mirar los programas de algunos congresos y algunas revistas especializadas para constatar que todo puede llegar a ser colonialidad o decolonial, sin que nadie se tome la molestia de explicar por qué. (p. 53)

Asimismo, la ejemplificación que Grosfoguel ofrece acerca de la experiencia zapatista evidencia la selección de los casos que se acomodan a la Otredad cultural desde la perspectiva del grupo M/C, debido a que los zapatistas no se piensan como un movimiento por el poder político o el Estado, sino que cultivan un proyecto de transformación social alejado de las lógicas moderno/coloniales, como lo es la imposición de ideas por medio de significantes vacíos, según veíamos anteriormente.

Dentro de este proyecto emancipador, resultan importantes las nociones de *pensamiento de frontera*, *epistemología de frontera* y *hermenéutica pluritópica* de Mignolo, en la medida que es menester un pensamiento otro, que, aun cuando se ubica en la frontera de la modernidad, pues esta ha afectado a los pueblos y gentes, refleja en su contenido una exterioridad en la que existen alternativas, alteridades, “subalternidades” con potencial transformador de la sociedad. Se trata, entonces, de cambiar las categorías y contenidos impuestos por la modernidad occidental. Esto es necesario debido a que, según Mignolo, citado en Escobar (2003),

no hay, con seguridad, tradiciones de pensamiento original a las cuales se pueda regresar. Antes que reproducir los universales abstractos occidentales, sin embargo, la alternativa es una suerte de pensamiento de frontera que enfrente el colonialismo de la epistemología occidental (de la izquierda y de la derecha) desde la perspectiva de las fuerzas epistémicas que han sido convertidas en subalternas formas de conocimiento (tradicional, folclórico, religioso, emocional, etc.). (p. 65)

Esto es, para teóricos decoloniales como Mignolo, las experiencias anteriores, convencionales y que abonaron, si se quiere, el nacimiento de una verdadera corriente anticolonial. No se preocuparon

por la descolonización de saberes, a pesar de que este era el objetivo principal del grupo M/C. Sin embargo, este tipo de afirmaciones son objeto de críticas como las que ofrece Zapata (2018):

En un artículo que escribí recientemente junto a mi colega Elena Oliva, observamos que los intelectuales, escritores y activistas afrodescendientes de la América Latina, reunidos en tres congresos continentales (los congresos de las culturas negras de las Américas: 1977 en Cali, 1980 en Ciudad de Panamá y 1982 en São Paulo), dieron absoluta prioridad a esta dimensión de la problemática colonial, en expresa articulación con una acción política transformadora de las estructuras sociales, entendiendo que sin esta última la “descolonización del saber” —para ponerlo en términos decoloniales— carecía de sentido o tendría un alcance menor en cuanto al mejoramiento de la calidad de vida de las personas afrodescendientes, que junto a los indígenas, continúan exhibiendo los mayores índices de pobreza en el continente. (p. 55)

En síntesis, el grupo de M/C pretende la concreción del campo de estudio de la decolonialidad a partir de los presupuestos de una episteme externa a la modernidad, y con una metodología capaz de ser utilizada en sus contextos. Una episteme con la potencialidad de desplazar la lectura académica de los autores (hombres, blancos, europeos) hacia la producida en el nicho de la descolonización de saberes. No obstante, dichas pretensiones parecieran quedarse en las premisas.

Las autoras interseccionales cercanas a la decolonialidad, como Mara Viveros Vigoya (2016) se apoyan en la idea de construir conocimiento situado con la finalidad de “aprehender las relaciones sociales como construcciones simultáneas en distintos órdenes, de clase, género y raza, y en diferentes configuraciones históricas” (p. 12). Esto es así en la medida en que

los contextos en los cuales las interacciones de las categorías de raza, clase y género actualizan dichas categorías y les confieren su significado. Estos contextos permiten dar cuenta no solo de la consustancialidad de las relaciones sociales en cuestión, sino también de las posibilidades que tienen los agentes sociales de

extender o reducir una faceta particular de su identidad, de la cual deban dar cuenta en un contexto determinado. (Viveros, 2016, p. 12)

Pero, a diferencia de los anteriores autores del M/C, estos agentes producen y reproducen saberes de una forma transgresora³, buscando apelar a sus vivencias y a las relaciones de poder que los intersecan. Estas propuestas empezarían a tomar fuerza desde la perspectiva del feminismo de color. Ejemplo de ello son los numerosos trabajos académicos y no académicos de autoras como Gloria Anzaldúa, que de forma temprana han roto con la tradición académica de sustraer del texto la propia subjetividad y no reflejar en él la propia voz. Esa ruptura puede ser hallada en su escrito *La Prieta* (1989), una autobiografía en la cual, implícitamente, Anzaldúa reconoce la construcción de saberes de frontera recogidos en sus experiencias. Vale destacar también a autoras como Yuderlys Espinosa-Miñoso, quien en sus numerosos trabajos propone la construcción de una nueva (o transformada) epistemología, y metodologías que la acompañen, partiendo de su propia existencia marcada por diferentes opresiones.

Asimismo, una crítica clara que puede ser rescatada, desde las perspectivas interseccionales en la línea del feminismo decolonial, es la que señala el equiparamiento hegemónico de los autores de M/C frente a la construcción de saberes, así como la poca reflexividad por parte de ellos en relación con la construcción teórico-metodológica de la otredad. Resulta interesante, por ejemplo, encontrar la conformación de una hegemonía en la producción académica decolonial, que al ser exclusivamente académica no lograr desligarse de una posición privilegiada. Esa posición es conflictiva por sus reflexiones sobre los contextos complejos del Otro, que es observado como algo externo.

Mientras tanto, desde el punto de vista del feminismo decolonial, se puede recoger la posibilidad de construir saberes a partir de la posición misma del otro. Pero no un otro puro y descontaminado de la modernidad, sino sobre la base de su posición de dominado.

.....
3 Se decide utilizar ese término en la medida en la que hablar desde las vivencias, como sujetas inmersas, implica una transgresión a la Academia y a sus formas hegemónicas.

Ejemplo de ello es la producción teórica de feministas comunitarias, como Julieta Paredes en *Hilando fino, desde el feminismo comunitario* (2010), quienes a partir de sus vivencias construyen alternativas emancipatorias a la modernidad, apelando al sinnúmero de experiencias y a la articulación de opresiones que se concretan en sus cuerpos. Esto es posible sin necesidad de acudir a la extracción de los saberes de sus contextos, práctica que ha sido recriminada a algunos autores, como Walter Dignolo y Aníbal Quijano, en críticas como la de Silvia Rivera-Cusicanqui (Grosfoguel, 2016).

Conclusiones

La práctica académica de los teóricos decoloniales pertenecientes al grupo M/C parece entrar en contradicción con la construcción de un proyecto de práctica política capaz de hacerles frente a las matrices de opresión impuestas por la modernidad occidental. Pues su producción de saber es predominantemente académico, a pesar de buscar un diálogo con la otredad, construye una hegemonía sobre otros saberes. Ejemplo de ello es la constante autorreferenciación entre los autores de la teoría, que no le da espacio a otros conocimientos, a menos que sean recortados para alimentar su teoría. Como explica Zapata (2018), el problema de esto es que limita la propia teoría decolonial.

La propuesta interseccional (planteada por el feminismo decolonial) de entender la imbricación de las categorías de poder a partir de un ejercicio reflexivo situado permite pensar este tipo de problemas. Un proyecto que se enfrenta a la dominación necesita promover la deliberación colectiva para articular prácticas políticas efectivas. Esto significa que cada individuo pueda exponer su posición sin apuntar a que esta sea reducida de ninguna manera. Si bien se debe buscar acuerdos, estos deben ser dinámicos. Además, cada idea debe estar situada en su lugar de enunciación; de otra manera, se cae en la separación de sujeto y objeto que se critica agudamente en la modernidad/colonialidad. Las concepciones unitarias de los grupos sociales no son más que abstracciones que se quedan cortas con respecto a la práctica crítica.

En ese sentido, una teoría emancipatoria necesita producir conocimiento de manera situada, además de abrirse a formas de conocer, ser y hacer distintas al paradigma occidental. Esto en función, no solo de reconocer la multiplicidad de dimensiones en las que se da la opresión (como la raza, el género y la clase), sino de ponerlas en cuestión y entender que afectan a los individuos de manera simultánea y diferencial. Por lo tanto, toda pretensión de construir teoría y praxis decolonial debería estar vinculada a una epistemología interseccional, debido a la capacidad de esta última de involucrar al otro, subyugado en la modernidad, así como a la otredad simplificada por algunos autores de la decolonialidad.

Referencias

- Anzaldúa, G. (1989). La Prieta. En C. Moraga y A. Castillo (eds.), *Esta puente, mi espalda. Voces de mujeres tercermundistas en los Estados Unidos* (pp. 157-172). Estados Unidos: ISM Press Editorial.
- Balibar, E. “Spinoza y la política”.
- Castro-Gómez, S. (2000). Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la “invención del otro”. En E. Lander (ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 145-162). Buenos Aires: Clacso.
- Castro-Gómez, S. y Grosfoguel, R. (2007). Prólogo. Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. En S. Castro-Gómez y R. Grosfoguel (eds.), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 9-25). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Curiel, O. (2007). Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista. *Nómadas*, 26, 92-101.
- Dussel, E. (1994). *1492 el encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz: UMSA, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación.
- Dussel, E. (2000). Europa, modernidad y eurocentrismo. En E. Lander (ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 41-53). Buenos Aires: Clacso.

- Dussel, E. [danielmuñoz]. (2012 diciembre). E. Dussel explica la teoría: “el giro descolonizador” (The Decolonaizing Turn) [Archivo de video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=mI9F73wLMQE>.
- Dussel, E. y Guillot, D. (1975). *Liberación latinoamericana y Emmanuel Levinas*. Buenos Aires: Bonum.
- Escobar, A. (2003). Mundos y conocimientos de otro modo. El programa de investigación de modernidad/colonialidad latinoamericano. *Tabula Rasa*, 1. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=396/39600104>.
- Grosfoguel, R. (2008). “Hacia un pluri-versalismo transmoderno decolonial”.
- Grosfoguel, R. (2012). El concepto de “racismo” en Michel Foucault y Frantz Fanon: ¿teorizar desde la zona del ser o desde la zona del no-ser? *Tabula Rasa*, 16, 79-102.
- Grosfoguel, R. (2016). Del extractivismo económico al extractivismo epistémico y ontológico. *Revista Internacional de Comunicación y Desarrollo*, 4, 33-45.
- Lander, E. (2000). Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos. En E. Lander (ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 11-40). Buenos Aires: Clacso.
- Lugones, M. (2008). Colonialidad y género. *Tabula Rasa*, 9, 73-101.
- Maldonado-Torres, N. (2007). Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. En S. Castro-Gómez, y R. Grosfoguel (eds.), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 127-169). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Maldonado-Torres, N. (2008). La descolonización y el giro des-colonial, *Tabula Rasa*, 9, 61-72.
- Maldonado-Torres, N. (2011). Thinking through the Decolonial Turn: Post-continental Interventions in Theory, Philosophy, and Critique—An Introduction. *Transmodernity*. Recuperado de: <https://escholarship.org/uc/item/59w8j02x>.
- Maldonado-Torres, N. [Grado Cero]. (2017, octubre 9). Teorizando el giro descolonial, con el Dr. Nelson Maldonado-Torres [Archivo de video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=ba8BcLA2DF4&t=127s>.

- Mignolo, Walter. (2000). La colonialidad a lo largo y a lo ancho: el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad. En E. Lander (ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 55-86). Buenos Aires: Clacso.
- Mignolo, Walter. 2007. *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Gedisa.
- Paredes, J. (2010). *Hilando fino, desde el feminismo comunitario*. La Paz: Cooperativa El Rebozo.
- Polo Blanco, J. y Gómez Betancur, M. (2019). Modernidad y colonialidad en América Latina. ¿Un binomio indisociable? Reflexiones en torno a las propuestas de Walter Mignolo. *Revista de Estudios Sociales*, 69, 2-13.
- Quijano, A. (2000a). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En E. Lander (ed.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 201-246). Buenos Aires: Clacso.
- Quijano, A. (2000b). Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of World Systems Research*, 6(2) [Número especial], 342-388.
- Quijano, A. [Flacso Ecuador]. (2015, agosto 26). Aníbal Quijano en el III Congreso Latinoamericano y Caribeño de Ciencias Sociales [Archivo de video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=OxL5KwzGvdY&t=26s>.
- Viveros Vigoya, M. (2016). La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. *Debate Feminista*, 52, 1-17.
- Walsh, C. (2003). Las geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder. Entrevista a Walter Mignolo. *Polis*, 1(4).
- Zapata Silva, C. (2018). El giro decolonial. Consideraciones críticas desde América Latina. *Pléyade*, 21, 49-71.

Violencia en el territorio: el asesinato de líderes sociales indígenas en el Cauca y la relación con el despojo de la tierra en el marco del posconflicto

Jonathan Pérez Verano*

David Santiago Chacón Reyes****

Daniel Santiago Ordóñez
Velásquez**

Julio Rafael Quiñones Páez*****
Director

Antonia Naar Araújo***

Resumen

El presente artículo pretende develar una de las causas estructurales del asesinato de líderes y lideresas sociales del departamento del Cauca pertenecientes a la comunidad indígena. Para tal fin, se hace uso del concepto de *acumulación por desposesión* con el objetivo de demostrar que la presencia de esta forma de acumulación desdibuja la brecha construida entre la economía legal e ilegal, por lo cual la responsabilidad es de la economía en su conjunto. Se expone la forma en la cual, tanto antes como después de la firma de los acuerdos de paz y la salida de las FARC-EP del territorio, el conjunto de la economía caucana ha recurrido a la violencia para despojar a la comunidad de su territorio con el fin de sacar réditos económicos, vulnerando la vida indígena. Se concluye que, únicamente superando la desigualdad estructural, cambiando el modelo de desarrollo e implementando realmente el acuerdo de paz se podrá detener la lógica de la acumulación por desposesión y por ende el asesinato de líderes y lideresas.

Palabras clave Acuerdos de paz, acumulación por desposesión, asesinato de líderes y lideresas, Cauca (Colombia), comunidad indígena, economía legal e ilegal, FARC-EP.

* Estudiante de séptimo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: jperezv@unal.edu.co.

** Estudiante de séptimo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: dsordonezv@unal.edu.co

*** Estudiante de quinto semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: anaara@unal.edu.co.

**** Estudiante de séptimo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo: daschaconre@unal.edu.co.

***** Profesor asociado, Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional de Colombia. Correo: jrquinonesp@unal.edu.co.

Abstract

This paper aims to reveal one of the structural causes of “the social leader’s murdered” in Cauca Department that belong to the indigenous community. To this, the concept “accumulation by dispossession” is used with the aim of demonstrating that its presence blurs the gap between the legal and illegal economy, therefore is the economy’s responsibility as a whole. It exposed the way in which, before and after the signing of the peace agreements and the FARC-EP’s departure from the territory, the whole of the cauca’s economy has resorted to violence to deprive the community’s territory to make economics returns, violating the indigenous life. It is concluded that, only by overcoming structural inequality, changing the development model and actually implementing the peace agreement can the logic of accumulation by dispossession be stopped and hence the social leader’s murdered.

Keywords Accumulation by dispossession, Cauca (Colombia), legal and illegal economy, indigenous community, the peace agreement, the social leader’s murdered.

Introducción

Luego de firmados los acuerdos de paz en noviembre de 2016 y, tras el anuncio inicial del proceso de reincorporación por parte de la guerrilla de las FARC-EP, se esperaba un tránsito pacífico del país hacia la paz. Sin embargo, el tiempo develó el surgimiento de un fenómeno complejo, el aumento exorbitante del asesinato de líderes sociales a lo largo del territorio, cuyas causas generan desconcierto en un momento en el que el país se preparaba para acoger un muy deseado proceso de paz.

Si bien los datos anteriores a 2016 arrojaban un número considerable de asesinato de líderes y lideresas sociales, ya que en los dos primeros años del segundo periodo presidencial de Juan Manuel Santos (2014-2018) fueron asesinados 153 líderes, según la Fundación Ideas Para la Paz (FIP) (2018) la situación empeoró durante la fase final de las negociaciones (p. 1). Pues, para el año 2016, según la base de datos elaborada conjuntamente con datos de la Defensoría del Pueblo, Ojo a la Paz, la Unidad de Víctimas, Indepaz, CODHES, ONU, etc., el asesinato de líderes asciende a 137,

en un contexto en el que la situación más preocupante es la del suroccidente del país.

Para el año 2017, el número sube de nuevo a 146 líderes asesinados, y la mayoría de los casos se presentan en el occidente y suroccidente del país. Para el año 2018, la situación sigue en aumento, pues se produce el asesinato de 199 líderes y lideresas sociales, mayoritariamente en el Cauca, Antioquia y Nariño. En el 2019, los números parecían indicar una disminución hasta julio, aun cuando en ese momento iban más de 55 líderes asesinados; sin embargo, durante la segunda mitad del año la situación en el Cauca se agravó de tal manera que en medios de comunicación se empezó a hablar de la masacre de la población indígena del departamento.

No sería novedoso pensar que el asesinato de líderes sociales es consecuencia de la reconfiguración de relaciones de poder luego de la salida de las FARC. Esa es la respuesta común que se ha recibido sobre el fenómeno en todo el país. Sin embargo, dicha respuesta parece no bastar para explicar el fenómeno en el departamento del Cauca, lugar con mayor índice de asesinatos de líderes y lideresas sociales en el territorio colombiano.

Como se ha mencionado, el fenómeno en el Cauca resalta a simple vista por su carácter étnico, ya que la población indígena del departamento constituye en la actualidad el segundo grupo más afectado por los asesinatos, solo superado por el asesinato de líderes comunales (Base de datos Data Sketch, 2019). Es por esto por lo que se pretende estudiar el asesinato de líderes y lideresas sociales indígenas (característica distintiva). No obstante, los motivos de la elección recaen, además, en dos aspectos fundamentales: primero, hay que recordar que el Cauca ha sido un departamento históricamente conflictivo, especialmente para la población indígena, que se ha dado a conocer por sus formas de resistencia. Entre esas formas resalta un movimiento con más de quince años de antigüedad denominado Liberación de la Madre Tierra (Aljure y Cruz, 2018), en el que han luchado por el reconocimiento de territorios que históricamente les pertenecen, pero de los que han sido despojados.

Una segunda razón se deriva de la anterior: la configuración geoespacial del territorio caucano se relaciona directamente con dicho conflicto, el cual tiene como resultado la coexistencia

abigarrada de grupos afrodescendientes, campesinos e indígenas. Además, se trata de un espacio que ha servido como fortín político y económico de diferentes grupos armados, entre los cuales sobresalen el bloque Alfonso Cano de las FARC-EP. Por lo tanto, la construcción social del Cauca ha sido permeada por la presencia de múltiples agentes, tanto legales como al margen de la ley, y por una diversidad cultural, al menos en lo que respecta a los pueblos indígenas y afros, que gozan de territorios comunales y resguardos para su supervivencia en los que se vive constantemente una disputa por la tierra.

El conflicto que se menciona tiene a la tierra como protagonista. Tal dinámica no se puede entender sin acudir al concepto de *acumulación por desposesión* de David Harvey, ya que este parece ser el mecanismo predilecto para generar, con base en el uso de la tierra, réditos económicos. Por lo anterior, el presente artículo tiene como objetivo demostrar la relación existente entre el asesinato de líderes sociales indígenas, el conflicto latente por la tenencia de la tierra (que es la condición estructural del departamento, donde son frecuentes las dinámicas propias del despojo, y que tiene como protagonistas a agentes legales, como comunidades, concesiones mineras y petroleras o proyectos de ganadería extensiva, entre otros, e ilegales) y la configuración geoespacial que deriva en el conflicto de uso y vocación del suelo, lo cual genera las condiciones de pobreza y desigualdad estructural de la región.

Dicho de otro modo, la propuesta concreta bajo la que se plantea esta investigación es la observación del asesinato de líderes sociales indígenas, pero no solo como el efecto de una reconfiguración de relaciones de poder entre agentes de un territorio (que en efecto existe), sino de causas estructurales vinculadas a la economía (legal e ilegal) que configura las relaciones internas del territorio, basadas en la acumulación por desposesión. El objetivo de la propuesta es demostrar que el asesinato de líderes y lideresas no es un fenómeno propio únicamente de las economías ilegales, y que si bien el fenómeno ha aumentado con la salida de las FARC-EP, la militarización de la zona sin las políticas sociales contempladas en el acuerdo solo puede redundar en un incremento de la conflictividad.

El texto se estructura en las siguientes cuatro partes: 1) una exposición teórica, con el fin de explicar en qué consiste la acumulación por desposesión y su relación con la economía del departamento y con el asesinato de líderes y lideresas sociales; 2) un breve recorrido por la lucha indígena, acompañado de datos relacionados con la economía legal/ilegal anterior a la firma de los acuerdos; 3) una exposición de datos sobre el incumplimiento del acuerdo de paz y la pobreza en el departamento del Cauca, también acompañada de datos sobre la economía legal/ilegal posteriores al acuerdo de paz de noviembre de 2016; y 4) un apartado final de conclusiones sobre lo encontrado en la investigación.

Exposición teórica

Se solía pensar que el punto de quiebre del sistema económico capitalista se presentaría en el momento en el cual existiera una sobreacumulación en un territorio, esto es, una sobreabundancia de mercancías que no pudieran venderse sin pérdidas (junto con una posible sobreconcentración de capital dinero que no pudiera encontrar oportunidades de inversión y con creciente desempleo), y esta no pudiera encontrar un espacio geográfico y/o temporal (proyectos a largo plazo que requieren de capital ficticio proveniente de los préstamos) en donde depositar sus excedentes y así generar rentabilidad. Es decir, en el momento en que el sistema no pudiera seguir expandiéndose, por lo cual su única alternativa sería destruir para crear. David Harvey (2005) resume el panorama que esta dinámica produce de la siguiente forma:

El capital, en su proceso de expansión geográfica y desplazamiento temporal que resuelve las crisis de sobreacumulación a la que es proclive, crea necesariamente un paisaje físico a su propia imagen y semejanza en un momento, para destruirlo luego. Esta es la historia de la destrucción creativa (con todas sus consecuencias sociales y ambientales negativas) inscrita en la evolución del paisaje físico y social del capitalismo. (p. 103)

No obstante, el mismo autor nos muestra que siempre hubo una alternativa a la cual acude constantemente el sistema para

poder sobrevivir a sus propias contradicciones (el carácter dual de la economía capitalista). Después de la crisis de 1973, Estados Unidos liberó el mercado financiero y creó un poderoso emporio, basado en Wall Street y la Reserva Federal, con poder de control sobre las instituciones financieras globales como el FMI. Estas instituciones usan su poder económico para obligar a otros Estados a abrir sus mercados (especialmente de capital y flujos financieros), al tiempo que cubren el riesgo asegurando que los bancos estadounidenses no pierdan (ajustes estructurales que deben asumir los países para pagar sus deudas). La fuga de capitales que se genera de la crisis a nivel global termina fortaleciendo el poder de Wall Street (Harvey, 2005).

Según Harvey (2005), para que esto funcione correctamente debe haber un entramado de acuerdos institucionales para sostener y apoyar la reproducción ampliada, es decir, el crecimiento. En este campo interviene el capital financiero, que, respaldado por el poder estatal, puede volverse en otro tipo de acumulación dedicada a la apropiación y devaluación de activos, más que a la construcción a través de inversiones productivas. Es entonces cuando se hace evidente la necesidad del sistema actual de acudir a la “etapa de acumulación originaria”, fuertemente vinculada con la depredación, el fraude y la violencia. Esto es lo que Harvey (2005) llama acumulación por desposesión, concepto que se deriva de los análisis de Marx y que sintetiza de la siguiente forma:

Una mirada más atenta de la descripción que hace Marx de la acumulación originaria revela un rango amplio de procesos. Estos incluyen la mercantilización y privatización de la tierra y la expulsión forzosa de las poblaciones campesinas; la conversión de diversas formas de derechos en propiedad —común, colectiva, estatal, etc.— en derechos de propiedad exclusivos; la supresión del derecho a los bienes comunes: la transformación de la fuerza de trabajo en mercancía y la supresión de formas de producción y consumo alternativas; los procesos coloniales, neocoloniales e imperiales de apropiación de activos, incluyendo los recursos naturales; particularmente de la tierra; el tráfico de esclavos; la usura, la deuda pública y finalmente el sistema de crédito. El Estado,

con su monopolio de la violencia y sus definiciones de legalidad, juega un rol crucial al respaldar y promover estos procesos. (p. 113)

El análisis de Harvey se enriquece con los aportes de Rosa Luxemburgo, que evidencian que el capitalismo, desde sus inicios, recurrió al mundo no capitalista por medio de mecanismos diversos, entre ellos la violencia, para colocar sus mercancías, obtener materias primas y convertir a la población de esas regiones periféricas en proletariado. Sin embargo, dicha reflexión no tuvo en cuenta que el capital “mantiene formas de apropiación y despojo, incluso en las relaciones entre las dinastías económicas capitalistas” (Rodríguez, 2017, p. 46).

Partiendo de lo anterior, se ve cómo la acumulación por desposesión tiene estrecha relación con las reflexiones realizadas en torno al despojo de nuestra región. El texto “Despojo para la acumulación: un análisis de los procesos de acumulación y sus modelos de despojo”, de Carlos Rodríguez (2017), resulta bastante esclarecedor con respecto a esto: “la intensidad de las formas de despojo en América Latina en la fase de la globalización neoliberal, que ha fortalecido la dinámica de las economías primarias-exportadoras dependientes de los mercados de los países económicamente desarrollados y emergentes [es mucha]” (p. 46). Es así como la categoría del extractivismo se vincula al análisis de los procesos que resultan en una intensificación del despojo, cuyo objetivo es insertar en el mercado los recursos naturales y los mercados emergentes que se encuentran en territorios habitados por las comunidades (Rodríguez, 2017).

De esta forma se produce el acaparamiento de la tierra, que es un fenómeno que viene en aumento durante el todo el siglo XXI. Las tierras adquiridas se han utilizado para sembrar los llamados “cultivos comodines” (los cuales tienen múltiples funciones, sirven como combustible, alimentación humana y/o animal, entre otras), igual que para la ampliación del hato ganadero y de los monocultivos forestales. Los activos liberados en la lógica de la acumulación por desposesión corresponden a las tierras compradas, usurpadas o controladas por diferentes mecanismos. Dichos bienes prometen

generar rentabilidades muy elevadas a largo plazo debido al aumento exponencial de la población mundial (Giraldo, 2015).

Por su parte, la minería en Colombia ha generado expropiaciones de millones de hectáreas que son concesionadas a transnacionales mineras (Sacher, 2015). Esta actividad es facilitada por el Estado con reformas que favorecen la explotación minero-energética. Tal es el caso de leyes como la 685 de 2001, la cual favorece la participación de empresas privadas en la exploración y explotación de minerales e hidrocarburos; por su parte, la creación de la Agencia Nacional de Minería (decreto 4134 de 2011) fomenta el sector en la medida en que “promociona y otorga títulos” (Sañudo *et al.*, 2016).

Si bien dicho mecanismo requiere de tecnificación “discursiva y práctica [...] mediante un régimen tecnológico, cultural y representacional de verdad, y por medio de un ordenamiento imaginario y estético alrededor de los macroproyectos de inversión” (Giraldo, 2015, p. 641), en el territorio colombiano tal tecnificación parece ser secundaria, ya que uno de los mecanismos predilectos para la acumulación es la violencia, el desplazamiento forzado y el asesinato. Parece que la acumulación por desposesión, llevada a cabo por medios violentos, es la causa principal de la actual disposición geoespacial del territorio, del origen de los conflictos por la tierra y la desigualdad que marcan la región.

Ahora bien, la literatura que ha abordado el tema del aumento en el número de asesinatos de líderes y lideresas, tanto en el Cauca como en el orden nacional, parece haber llegado a un consenso al establecer que las causas residen en factores económicos. Sin embargo, al momento de realizar la caracterización del problema, la postura generalizada presenta discrepancias significativas entre las economías formales, informales e ilegales, que tienen como puntos de diferenciación el producto que se comercializa, el pago de impuestos, el cumplimiento de las determinaciones legales, tanto del derecho internacional como de las disposiciones jurídicas nacionales y el uso de la violencia.

De esa forma, se logra establecer que la economía informal es aquella que comercializa productos que son considerados legales, pero sin cumplir con los deberes tributarios o evadiendo algún tipo de reglamentación propia de algún Estado (como en el caso

del contrabando). Por su parte, la economía ilegal se caracteriza por establecer una red de producción y comercialización de un producto que se ha definido como prohibido, además de utilizar la violencia para su reproducción (Defensoría del Pueblo, 2018).

Esta caracterización tiende a invisibilizar la forma en la cual se vinculan realmente estos tipos de economía. Viendo el panorama completo de la acumulación por desposesión y el despojo, no pueden separarse. Hacerlo nos lleva inevitablemente a plantear un diagnóstico incompleto del problema. Es por ello por lo que parece necesario revelar la manera en que el despojo y/o la acumulación por desposesión establece el vínculo entre lo legal y lo ilegal. Esta simbiosis produce el conflicto por la tierra que genera el departamento y que es, como demostraremos en este artículo, la causa principal del asesinato de líderes y lideresas.

Preacuerdo

Dentro de este apartado, la propuesta es analizar datos concretos directamente relacionados con el departamento del Cauca antes de la firma del acuerdo de paz en noviembre de 2016. Esto está dirigido a entender las formas de operación de la economía legal e ilegal dentro del territorio y la existencia de una relación directa con la acumulación por desposesión. El apartado se divide en tres partes: una dedicada a la muestra de la historia indígena del departamento, otra dedicada a la descripción temporal de la economía legal, y la última, a una descripción temporal de la economía ilegal.

Sobre el movimiento indígena

Las relaciones conflictivas en el Cauca no son nuevas; es una situación que se deriva de la disposición geoespacial configurada durante la época colonial, situación que se ha mantenido y reforzado con el tiempo. Por ello, las comunidades, en especial el pueblo indígena, deben disponer de distintos mecanismos para recuperar el territorio que les ha sido despojado e incluso conservar el que actualmente poseen. Durante la colonia tuvieron que enfrentar a los hacendados armados (terratenientes) que pretendían desterrar

a los indígenas. Los pueblos nativos fueron desplazados hasta llegar a un territorio inhóspito, conocido actualmente como “tierra adentro”, en el sur del Huila y el norte del Cauca. Allí se resguardaron aprovechando el difícil acceso a la zona y buscando tranquilidad como pueblo que había sido perseguido (García, 2017).

Este hecho constituye un claro ejemplo de la acumulación originaria o por desposesión que configura el panorama actual de acumulación de tierra y concentración de la productividad en la actividad agrícola de plantaciones. El proceso continuaría con la venta de los resguardos por medio de negocios engañosos. Esos lugares se convirtieron en nuevas haciendas que transformaron los cultivos en pastos (Espinoza, 2012).

Ya dentro de este territorio serán constantemente atacados por los hacendados que representaban la expansión de la agroindustria colombiana, la cual se inició en los años cincuenta. Este fenómeno está relacionado directamente con la expansión de los ingenios azucareros del Valle, que había despojado de sus tierras a indígenas, afros y campesinos. Posteriormente, tomarán fuerza los grupos armados (FARC-EP, ELN, autodefensas), que requieren la tierra para llevar a cabo actividades delictivas (cultivos ilícitos o minería ilegal) con el fin de sustentar sus acciones (Peñaranda, 2012).

Este asedio produjo la unión de organizaciones indígenas en busca de soluciones, como lo dice Ricardo Peñaranda en “Nuestra vida ha sido nuestra lucha”, el capítulo 1 de *El movimiento armado Quintín Lame*. Dicha búsqueda encontrará su cúspide en 1971 con la fundación del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), en un momento histórico en el que la presión ejercida desde los años cincuenta por los otros agentes que ocupaban el territorio dará pie a un antes y un después en la forma de la organización indígena. A partir de este hito empezará una confrontación política a través de actos de resistencia contra aquellas empresas (fincas de hacendados) y grupos armados que han pretendido despojarlos de su tierra (Peñaranda, 2010).

Ya en época más reciente, el movimiento indígena del Cauca ha tenido cierta incidencia en movimientos más grandes, como el “Proceso de liberación de la Madre Tierra”, según el nombre con el cual se lo conoce en el ámbito continental. Este proceso consiste

en tomas pacíficas de territorios ocupados por haciendas alegando el despojo al que han sido sometidos los indígenas a través de la historia. Dichas tomas consisten en el control de un espacio, la construcción de viviendas y zonas comunes y el remplazo de monocultivos por alimentos de consumo (pancoger). Hay que dejar en claro que tales procesos están cargados de significados que van más allá de la tierra, puesto que para ellos son una forma concreta de conectarse con la naturaleza y recuperar la relación de la que han sido despojados a lo largo del tiempo (Aljure y Cruz, 2018).

Desde entonces, tanto el CRIC como los mismos resguardos, han sido víctimas constantes de ataques, entre los que se cuentan episodios fatídicos como las masacres de El Nilo (1991) y El Naya (2001) y otro gran número de hechos directamente relacionados con líderes indígenas. Los responsables de esos hechos han variado desde las guerrillas asentadas en el territorio hasta la fuerza pública y los grupos de autodefensas dedicados a defender a los terratenientes (Hernández, 2012).

A manera de síntesis, hay que recalcar que la comunidad indígena del Cauca ha sido una víctima histórica de agentes que solo ven un valor económico en el territorio. Aunque haya sido despojada de sus tierras siglos atrás, también es una acérrima defensora de estas. De ahí la combatividad y la resistencia que se ha producido en los últimos cincuenta años (Peñaranda, 2012).

Sobre la economía legal

Como se ha evidenciado, la población del departamento ha sido víctima de una configuración geoespacial que corresponde a un modelo de uso de la violencia para despojarla de las tierras con el objetivo de imponer una economía acorde con las necesidades de producción y acumulación propias del modelo de desarrollo global. Actualmente, esto se lleva a cabo mediante la implementación de megaproyectos adelantados en la región que corresponden a acuerdos internacionales, como la Iniciativa para la Integración de Infraestructura Regional en Suramérica (IIRSA), los tratados de libre comercio (TLC), el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y la Iniciativa Regional Andina (IRA), los cuales están fuertemente asociados con el despojo de tierras (Luque, 2016).

Los proyectos mencionados acuden a la violencia para desplazar a la población que habita en el territorio. Sin embargo, suelen valerse (al menos en el Cauca) de grupos armados ilegales que ocupan la región y que son afines a su visión de desarrollo o prestan “sus servicios” por una suma de dinero. Este panorama lo sintetiza de la siguiente manera Ricardo Manuel Luque (2016), en su texto “Los desplazamientos humanos recientes en el Cauca (Colombia): características e impactos sociales y espaciales”:

En efecto, se desarrollan proyectos de construcción de represas hidroeléctricas, así como proyectos de deforestación que implementaban las empresas de madera, o proyectos de explotación minera y de construcción de carreteras para facilitar el transporte de todas estas materias primas. En este sentido, los territorios son despoblados y repoblados al antojo de los actores armados. (p. 190)

Por medio de tales megaproyectos, designados por entidades internacionales, se determina cuáles son los sectores predominantes en la economía. Es así como los llamados “cultivos comodines” terminan por aportar gran parte del PIB del departamento: el café, la caña de azúcar (y todos sus derivados, como el alcohol combustible) y la fabricación de cartón y papel (monocultivos forestales). De igual forma, se potencian sectores como el pecuario y el extractivo, los cuales tienen gran incidencia (Cámara de Comercio, 2006; Informe de Coyuntura, 2011, 2016). Dicho ordenamiento del territorio ha sido posible y se afianza mediante la lógica del despojo.

Esta disposición agrava el problema principal del departamento del Cauca: la distribución de la tierra, ya que, como dice el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), citado en PNUD (2014),

el 46,26 % es de propiedad privada de uso agropecuario, el 33,61% es de “minorías” (115 resguardos y 17 títulos colectivos); el 16,63 % pertenece al Estado e instituciones, el 3,20 % son áreas protegidas, el 0,23 % privados de uso no agropecuario, el 0,098 % menor a un metro cuadrado, 0,06 % a religiosos y el 0,02 % a otras comunidades.

De ese 46,26 % de propiedad privada de uso agropecuario, el 65% recae en el 7 % de propietarios de tierras en el departamento

(de hecho, el 36 % recae en un 1 % de los propietarios). Esto demuestra tanto la hiperconcentración de tierras como que los grandes terrenos están dedicados al monocultivo para la explotación económica (PNUD, 2014, pp. 19-21).

El cuadro anterior se refleja en el comportamiento de la economía caucana en la evidente concentración de tierras. Esta situación es agravada por la distribución de la tierra fértil o con vocación agrícola. Dichas tierras son ocupadas por un sector minoritario de la población, y a la vez constituyen una de las zonas subutilizadas según la vocación del suelo. Estas se encuentran concentradas en la franja central, región que concentra casi la totalidad del conflicto de uso y vocación, como se puede ver en la figura 1 (Estrada, 2013; Gamarra, 2007).

La población indígena y afrodescendiente es excluida de los territorios fértiles y productivos, de modo que se encuentra en suelos con vocación de conservación, forestales o agroforestales. Esto demuestra que la dinámica económica interna del departamento gira en torno a la exclusión, por lo cual la proliferación de la economía informal e ilegal es más que esperable, ya que puede llegar a ser la única alternativa para la generación de los recursos necesarios de subsistencia (Estrada, 2013; Gamarra, 2007).

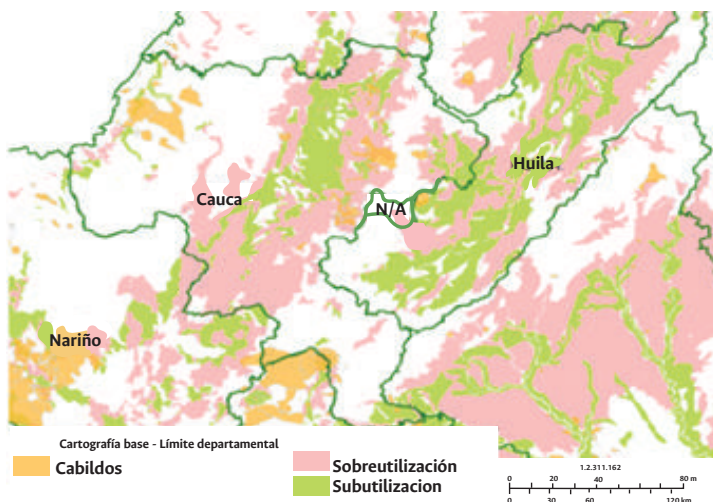


Figura 1. Conflicto de uso y vocación del suelo en el departamento del Cauca

Fuente: SIGOT-Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

De igual forma, y pese a que la mayor parte del territorio no tiene vocación para el aprovechamiento agropecuario (36,41 % del suelo debe dedicarse a la conservación y un 25,11 % a la producción-protección forestal), gran parte del territorio se destina a esta actividad (Estrada, 2013).

Este patrón de concentración de la tierra y su uso indebido se deben en gran medida a políticas públicas que, como hemos visto, obedecen a designios internacionales y que privilegian la agricultura y ganadería comercial y extensiva. Esto explica también por qué se ha pasado de cerca de 245.000 reses en el departamento a principios de este siglo a tener en el 2013 más de 369.000. No obstante, en gran medida, esto es causado por las adquisiciones masivas hechas por sectores del narcotráfico y de los grupos armados ilegales: “Los nuevos modelos productivos y la necesidad de financiar el conflicto o alimentar el narcotráfico han hecho crecer los cultivos industriales, los ilícitos y la ganadería extensiva” (Luque, 2016, p. 193).

Para mantener el *statu quo* obtenido a través de la acumulación por desposesión de forma violenta o fraudulenta desde la época colonial, un *statu quo* que permite el ordenamiento territorial actual y la configuración de la economía del departamento, los terratenientes de la región han acudido a formas no legales con el fin de contrarrestar el movimiento de Liberación de la Madre Tierra, tal y como lo evidencian los relatos de la propia comunidad. A continuación, se muestra un ejemplo de esta situación, de los múltiples encontrados. El señor José cuenta que

los terratenientes también se unen y buscan estrategias para parar el proceso que está avanzando, porque va cogiendo fuerza. Ellos traen personal malo, entre ellos narcotraficantes y entonces vienen ya a representar lo que es AUC, paramilitares, ellos atemorizan a la gente, ya no asesinan a determinadas personas sino a personas grandes, se agudiza todo más. (Citado en Espinoza, 2012)

Por su parte, la minería legal (figura 2) y los proyectos agroindustriales, de los cuales son grandes partícipes empresas como Anglo Gold Ashanti, Carbonandes, Orocauca y Panamérica, entre otras (pese a contribuir en menos del 2 % del PIB del departamento), son

los generadores de la mayoría de los conflictos socio-territoriales. Las iniciativas de dichos proyectos han sido detenidas frecuentemente por la resistencia de las comunidades, que, en diversas ocasiones, se han manifestado en contra. Un claro ejemplo de esto fue la declaración del 2005 realizada por las comunidades indígenas en contra del TLC con Estados Unidos y los proyectos mineros, que gozaron del auge del aval estatal durante el periodo presidencial de Álvaro Uribe Vélez (Defensoría del Pueblo, 2018; Estrada, 2013; Ortiz, 2005).

Parece emblemático el caso ocurrido en el corregimiento de la Toma, localizado en el municipio de Suárez, al norte del departamento. Dicho corregimiento ha sido modelado para instaurar la explotación de oro a gran escala, proceso que ha sido permitido por la militarización, los desplazamientos forzados, las amenazas a líderes y lideresas sociales, entre otros fenómenos (Sañudo *et al.*, 2016).

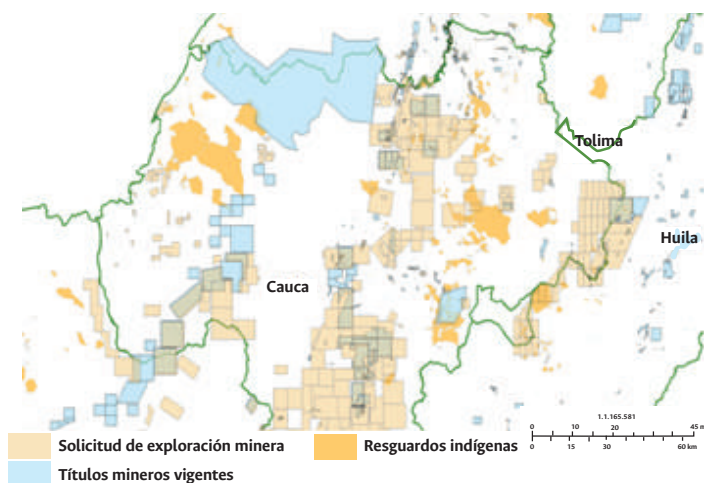


Figura 2. Minería actual en el departamento del Cauca

Fuente: SIGOT-Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Las disputas por la minería han encontrado en la figura de la “zona minera étnica”, introducida mediante la ley 2255 (código minero de 1988), que otorga a las comunidades indígenas la protección legal para la extracción minera en sus territorios, una forma más de conflicto (Caro, 2014). En la actualidad, podemos ver gran

concentración de proyectos de minería artesanal en el norte del Cauca, de carácter tanto individual como comunitario. Estos proyectos han sido concebidos como figuras de protección territorial aprovechando el principio de “primero en el tiempo, primero en el derecho”. Sin embargo,

las tensiones políticas entre los cabildos, los sectores mineros indígenas y no indígenas y la agudización del conflicto armado han configurado en estas zonas una compleja amalgama que desafía el ejercicio de autoridad de las organizaciones indígenas y de los cabildos, y agudiza la constante persecución y señalamiento a los sectores mineros artesanales tanto por el Estado, con sus políticas que favorecen y estimulan el desarrollo de la gran minería, como por los actores armados ilegales, quienes controlan la actividad minera. (Caro, 2014, p. 262)

Cuando la comunidad indígena lleva a cabo estos proyectos, se ha visto amenazada. Incluso, hay casos en los cuales la comunidad denuncia que los líderes asesinados hacían parte de algún tipo de resistencia en contra de proyectos adelantados en territorios que la ley los habilitaba a reclamar (Caro, 2014).

Sobre la economía ilegal

El panorama de la economía ilegal en el departamento siempre ha estado marcado por dos sectores: la minería ilegal y el narco-tráfico. Estas actividades son recurrentes en el territorio debido a la alta presencia de grupos ilegales en la zona que incentivan dicho mercado y regulan la comercialización para garantizar mayores beneficios. La existencia de grupos armados ilegales remite directamente a la utilización irregular de la tierra (para su financiamiento), en cuanto esta última tiene como finalidad el cultivo o la minería. Así, comunidades enteras quedan despojadas de sus recursos, lo cual, al igual que las economías agroindustriales o extractivas, tiene repercusiones en el medio ambiente.

Existe una conexión directa entre los actores armados ilegales y el asesinato como forma de despojo, puesto que esta tiene como fin infundir miedo y crear escenarios de sumisión en los territorios.

La resistencia a tal mercado ilegal termina generando amenazas y hasta asesinatos; se puede decir que el despojo que practican los actores armados es una sujeción forzada a las determinaciones del grupo específico que detenta las armas.

Uno de los fenómenos más llamativos en el departamento es el incremento constante de los cultivos de coca, que pasaron de 2104 hectáreas cultivadas en 2006 a más de 12.000 hectáreas en 2016, según los datos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por su sigla en inglés). Esto, además de representar un incremento exponencial año tras año, evidencia que el narcotráfico es el mercado más prolífico de este territorio y que es, en gran medida, junto con la ausencia del Estado, tanto una causa como una consecuencia de la presencia de tantos actores ilegales (Oficina de las Naciones Unidas, 2017).

De igual forma, hay que resaltar que en el sector del norte del departamento, zona predominantemente habitada por indígenas y campesinos, se encuentran cultivos de marihuana que se han combatido a partir de la erradicación manual, según los datos del Observatorio de Drogas de Colombia (ODC) (citado en Oficina de las Naciones Unidas, 2015). Otro cultivo que resulta ser de gran impacto en el Cauca es el de amapola. En este caso, se registra una reducción de los cultivos desde el 2006 hasta el 2010, pero después de este año empieza un aumento consistente hasta el 2015 y baja un poco en el 2016, aunque no al nivel de años anteriores. El promedio de cultivos de amapola en el Cauca en los años del gobierno de Juan Manuel Santos, tal como se puede inferir de la tabla 1, es de 170 hectáreas, según los datos del Observatorio de Drogas y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2017).

Tabla 1.

# de Hectáreas	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Coca	5.902	6.066	4.325	3.326	6.389	8.066	12.595
Amapola	92	102	102	220	208	256	162

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Observatorio de Drogas (2016) y Oficina de las Naciones Unidas (2017).

Por su parte, la minería practicada de forma ilegal, que consiste en la explotación con maquinaria y la posterior búsqueda del metal, representa por lo menos el 80 % de dicho sector y genera al menos 49.000 empleos indirectos (Defensoría del Pueblo, 2016). Pero alrededor de tal actividad se encuentra grupos armados ilegales cobrando extorsiones y lucrándose de ello, sin contar con que los alegatos de las comunidades afro e indígenas se refieren a la explotación ilegal de territorios ancestrales al cuidado de las comunidades (Defensoría del Pueblo, 2016).

Si bien es evidente la relación del despojo con este tipo de minería, hay una modalidad que involucra actores considerados legales. Los grupos ilegales irrumpen en el territorio desplazando a la población. Una vez asentados, eliminan la posibilidad de resistencia de las comunidades tradicionales. En ese momento, entra la fuerza pública, que “expulsa” a dichos grupos y “libera” los territorios para la concesión de títulos (Estrada, 2013).

De igual forma, este tipo de minería termina por desplazar a la minería artesanal, incluso la llevada a cabo en las ZMI. Tal situación ha sido frecuente en los municipios de Suárez, Buenos Aires y Santander de Quilichao, donde ha llegado una cantidad grande de población minera que utiliza técnicas mecánicas y químicas (mercurio y cianuro) para la captación de oro. La fragilidad técnica y legal pone en riesgo constante la autonomía indígena, ya que los actores multinacionales y los grupos al margen de la ley quedan habilitados para hacer acuerdos o enlaces con estos sectores mineros (Caro, 2014).

Posacuerdo (2016-2018)

Como bien se ha mostrado, la condición económica (tanto legal como ilegal) del Cauca y su ordenamiento territorial reproducen la desigualdad, la pobreza y la marginalidad, todo con el impulso de la acumulación por desposesión.

El acuerdo de paz de La Habana entre el Estado colombiano y las FARC-EP plantea algunas medidas frente a esta problemática, que no es exclusiva de la región. Sin embargo, el incumplimiento sistemático de dicho acuerdo por parte del Estado no permite superarla.

Por esta razón, la violencia que se vive en el territorio se sigue reproduciendo, y la situación se ve agravada por la débil presencia de instituciones estatales que, históricamente, se ha dado en el territorio. Para mejorar dichas condiciones se había estipulado que, “si el Acuerdo de paz no se implementa según los términos del PMI en cuanto a requerimientos de inversión, se estará frente a un evidente y consciente incumplimiento” (CSIVI-FARC, 2019, pp 137). Por este motivo, como lo ha denunciado la CSIVI-FARC, estamos frente al incumplimiento de lo acordado en La Habana por la falta de inversión necesaria para la implementación de la paz:

Los cálculos realizados por el componente FARC-CSIVI señalan la necesidad de 122,63 billones de pesos para la implementación del Acuerdo Final en los próximos 4 años, en el escenario más negativo se espera que sean aprobados por lo menos 37,08 billones para garantizar el cumplimiento del PMI. (CSIVI-FARC, 2019, p. 138)

Pese a lo anterior, en el presupuesto general de la nación no se determina un capítulo específico que hable sobre la implementación (CEPDIPO, 2018), por lo cual nos estamos refiriendo a la implementación de una paz desfinanciada. Todo lo planteado afecta las condiciones materiales y expresa razones para el mantenimiento del conflicto en el territorio (tabla 2).

Tabla 2. Sobre el desplazamiento forzado en el año 2017

Número de personas desplazadas	Número de personas desplazadas recibidas	Número de personas desplazadas expulsadas
Fuente: unidad para la atención y reparación integral a las víctimas + 2017	Fuente: unidad para la atención y reparación integral a las víctimas + 1984-2017	Fuente: unidad para la atención y reparación integral de víctimas + 1984-2017
Cauca 3.544	Cauca 259.044	Cauca 377.939
Colombia 54.531	Colombia 7'201.252	Colombia 7'905.837

Fuente: Tomada de Terridata del DNP (2017).

Por lo tanto, es necesario una revisión de las condiciones materiales de la población en el Cauca. Esto es necesario con el fin de observar la violencia no solo física sino económica que vive el departamento y que perpetúa la dinámica del despojo en la región mostrada en el segmento anterior. En el caso de la pobreza monetaria en el Cauca, el Gobierno argumenta que ha habido una disminución a través de proyectos sociales e inversión gubernamental. Sin embargo, esta situación se ve contrastada por el alto número de personas que aún se mantienen en la pobreza (figura 3).



Figura 3. Pobreza monetaria en el Cauca

Fuente: Tomada del DANE (2017).

Con el objetivo de realizar un análisis que aborde de manera estructural el papel de la economía en el asesinato de líderes sociales indígenas, surge la necesidad de determinar la influencia de la economía ilegal y el papel de la economía legal en estos procesos de acumulación.

Economía ilegal

Al finalizar las negociaciones entre el Gobierno nacional y las FARC-EP para la salida pacífica del conflicto y la culminación de una guerra de más de cincuenta años, se planteó una serie de condiciones para la pacificación del territorio en donde el grupo armado en cuestión tuvo un desarrollo histórico. Pese a ello, se ha presentado una nueva etapa de conflicto armado. La Defensoría

del Pueblo (2017), en su informe sobre los grupos armados ilegales y los nuevos escenarios de riesgo en el posacuerdo, ya había planteado esto como un escenario posible: la proliferación de economías ilegales en donde se ubica la minería ilegal y el narcotráfico (cultivos ilícitos).

La economía ilegal se presenta como desencadenante de procesos de violencia que se incrementaron con el posacuerdo, pero que se veían ya en el preacuerdo como producto del despojo, la falta de inversión y la concentración tanto de la tierra como de las oportunidades laborales. Esta es una de las causas estructurales de la violencia en el territorio donde se dio el desarrollo y la consolidación de grupos al margen de la ley. Dentro de dichas dinámicas violentas se encuentran tanto las amenazas y el amedrentamiento como el progresivo aumento de asesinatos de líderes y lideresas sociales y el desplazamiento forzado (Defensoría del Pueblo, 2017).

Como anteriormente se planteó, la salida negociada de las FARC-EP de sus sectores de asentamiento ha hecho que distintos grupos al margen de la ley, como el Ejército de Liberación Nacional (ELN), las Autodefensas Gaitanistas y las disidencias de las FARC-EP, lleven a cabo una serie de arremetidas violentas por el control del territorio y, dentro de este, por el manejo de economías ilegales y el poder sobre ellas. Por lo tanto, esta disputa, en principio, se basa en la apropiación de tales economías. Sin embargo, hay que recordar que estas se vinculan estrechamente con la economía legal, lo que conduce a un incremento de la violencia, como mecanismo de despojo, en dichos territorios.

A partir de lo anterior, se tomarán los datos del último informe hecho por la UNODC, del 2019, junto con datos correspondientes al ODC y al Ministerio de Justicia de Colombia (sobre estos, hay que decir que la información más reciente data del 2018). El objetivo de todo esto es tratar de establecer la relación actual entre los cultivos ilícitos y la economía vinculada con el despojo y, como consecuencia, con el asesinato de líderes sociales, en particular de los indígenas.

Cultivos ilícitos

Después de cuatro años de incremento consecutivo de los cultivos de coca en el país (desde 2013 hasta 2017), se debe resaltar que para el año 2018 se presenta una disminución. Aunque esto es una buena señal con respecto años anteriores, al evaluar la condición del departamento del Cauca, el crecimiento sigue siendo exponencial, lo que demuestra que cada vez más territorio del departamento está dedicado al cultivo de coca (Oficina de las Naciones Unidas, 2019).

Tal como lo muestra la figura 4, la situación es la siguiente: existe una leve reducción en el cultivo de coca en la frontera con Ecuador por el Pacífico, pero dicho patrón no es seguido por el Cauca, ya que “la reducción está fuertemente relacionada con

Tabla 3. Cultivos de coca por departamento (hectáreas), 2010-2018

Departamento (# de Hectáreas)	2015	2016	2017	2018
Nariño	29.755	42.627	45.735	41.903
Norte de Santander	11.527	24.831	28.244	33.598
Putumayo	20.068	25.162	29.589	26.598
Cauca	8.660	12.595	15.960	17.117
Total Nacional	96.084	146.139	171.495	169.019

Fuente: Oficina de las Naciones Unidas (2019).

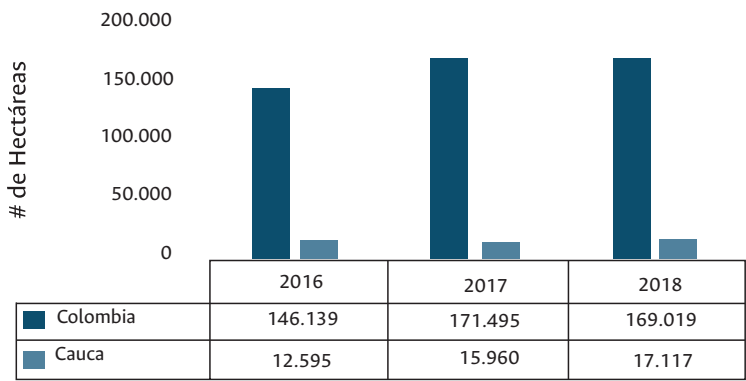


Figura 4. Serie histórica de cultivos ilícitos (hectáreas), 2001-2018

Fuente: Oficina de las Naciones Unidas (2018).

la intervención (impactar y erradicar): el 36 % de las grillas que mostraron reducción fueron intervenidas en 2018, y el 66 % de las grillas intervenidas mostraron reducción” (Oficina de las Naciones Unidas, 2019, p. 44). De lo anterior se puede deducir que existe una falta de interés del Estado en el territorio caucano, por lo cual hay un aumento de más de un 30 % desde 2016. Esta situación se expresa en asesinatos, como medio de la acumulación por desposesión de tierra, y en una nueva vocación del suelo, y resulta especialmente conflictiva, puesto que, como dice Indepaz (2018), “el 36 % del total de cultivos de coca registrados en Colombia están en territorios étnicos de resguardo o de consejos comunitarios”.

Según el informe emitido por la UNODC, los cultivos de droga venían aumentando desde el año 2013, y el aumento llegó al punto más alto en el año 2017, con 171.000 hectáreas. Aunque para el año 2018 la cifra sigue siendo una de las más altas con respecto a los años anteriores, se logra una disminución con relación al auge del 2017, lo cual se relaciona con el hecho de que es la época posterior a la firma de los acuerdos de paz. En la figura 5 se evidencia la variación en los años 2017-2018. Allí se percibe que en el Cauca hay un aumento; a pesar de que no es el departamento con más incremento, está entre los ocho en los que el aumento ha sido más alto.

La situación se vuelve más compleja, ya que la disputa por el control de los territorios ha llevado a que, en zonas donde están localizados los cultivos ilícitos de coca, la comunidad se ve seriamente afectada debido al aumento de la violencia por parte de los grupos armados ilegales. La presión ejercida por estos grupos se caracteriza principalmente por dos factores: por un lado, por “la incertidumbre de las comunidades debido a la falta de control de uno u otro grupo ilegal sobre la región, lo que genera una duda con respecto al actor que deben enfrentar o resistir” (Oficina de las Naciones Unidas, 2018, p. 86); y, por otro lado, por el hecho de que “los recursos económicos generados por la producción ilícita dan lugar al establecimiento de grupos de presión que pueden incidir sobre las dinámicas municipales” (Oficina de las Naciones Unidas, 2018, p. 86).

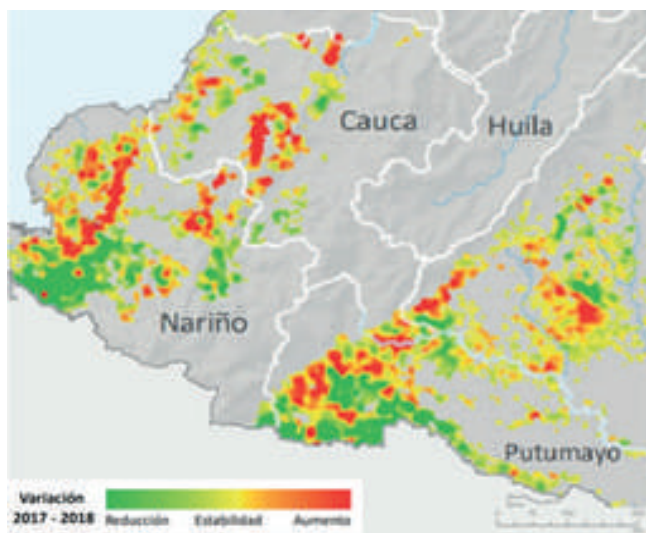


Figura 5. Variación absoluta del área sembrada con coca, 2017-2018

Fuente: Oficina de las Naciones Unidas (2019).

Esta reconfiguración, acompañada por la consolidación de la presencia de viejos y nuevos actores armados en el territorio, genera un escenario en donde las rentas ilegales aumentan la necesidad de seguridad en el territorio, de igual manera ilegal, para hacer frente a las acciones del Estado en contra de estas economías ilegales. Asimismo, existe una incidencia sobre los votantes, pues los grupos armados ilegales intervienen en los procesos democráticos con el objetivo de impulsar el posicionamiento de candidatos que presten menor atención a las actividades ilegales, y propiamente hablando, de economía ilegal. Otra de las formas de presión es la incidencia sobre la clase política local, en virtud de lo cual los recursos obtenidos mediante actividades ilícitas son utilizados para el debilitamiento de acciones emprendidas por el Estado en aras de la contención y la confrontación de la economía ilegal. Esas formas de presión ejercidas por los grupos armados ilegales conllevan una violencia sistemática empleada para la obtención de sus beneficios. El soborno es quizás uno de los delitos menos graves, en comparación con el despojo de tierras, el asesinato progresivo de líderes sociales y el amedrentamiento (Oficina de las Naciones Unidas, 2018).

Las dinámicas antes mencionadas están claramente relacionadas con la existencia de cultivos ilícitos en los territorios, existencia que tiene una historia. Allí, tanto el abandono estatal como la baja rentabilidad de las economías lícitas (debido a la disposición del suelo fértil y a su mala utilización) son factores que auspician el incremento de economías ilícitas en el marco del posconflicto. De igual manera, a pesar de la firma de los acuerdos, no se ha logrado una contundente disminución de estas economías, así que más que hablar de reconfiguración es prudente aclarar que se trata de un desarrollo sostenido.

Un nuevo escenario se ha consolidado en el posacuerdo con la “salida” negociada de las FARC-EP de los territorios donde ejercía el control. Como se ha planteado anteriormente, esto ha ocasionado la disputa por el territorio y la conquista plena de las economías ilegales por parte de los grupos al margen de la ley, que, a pesar de encontrarse asentados en los mismos territorios que las FARC-EP, tenían cierto dominio en la zona. Las formas de acción que se han adoptado, producto de este nuevo fenómeno, han sido la intimidación, los asesinatos selectivos y las amenazas. Esas formas constituyen un ciclo de violencia cuyo foco es regional, más que nacional, como se veía en años previos al acuerdo.

Dentro del último informe presentado por la UNODC en cuanto al monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos, se hace una valoración de las condiciones de seguridad en el territorio afectado por el cultivo de coca. Allí se evalúa la existencia de estos cultivos, del asesinato de líderes sociales, del desplazamiento forzado interno, de la afectación provocada por la fuerza pública y por los actos terroristas. En tal informe se indica que la magnitud de los cultivos de coca está correlacionada con las variables mencionadas, las cuales constituyen los principales ciclos de violencia en los territorios:

el aumento en la cantidad de coca ha estado acompañado de aumentos en el desplazamiento forzado interno, homicidios en el marco del conflicto armado, los actos terroristas, en el asesinato de líderes sociales y en la ocurrencia de afectaciones a pública. (Oficina de las Naciones Unidas, 2019, p. 91)

De lo anterior se infiere que, en virtud del desarrollo de los cultivos ilícitos dentro del departamento del Cauca, este se ha visto inmerso en el auge de la violencia después de la desmovilización negociada de las FARC-EP.

En la figura 6 se muestra tanto la afectación por coca en los municipios como los homicidios ocurridos dentro de estos en el marco del conflicto armado. A pesar de que en el departamento del Cauca se percibe una afectación media por cultivos ilícitos, el número de homicidios está entre los más elevados. Al integrar la información planteada a lo largo de este apartado, en cuanto a la evolución de los cultivos ilícitos después de la firma de los acuerdos de paz, se observa que la probabilidad de aumento de la violencia en dichos territorios es mayor que en departamentos donde se ha visto una disminución de cultivos de coca. Como se mencionaba anteriormente, esto se debe a la consolidación de la economía ilegal y a la disputa del territorio por parte de los grupos al margen de la ley, los cuales utilizan las amenazas, el desplazamiento y el homicidio como formas de presión.

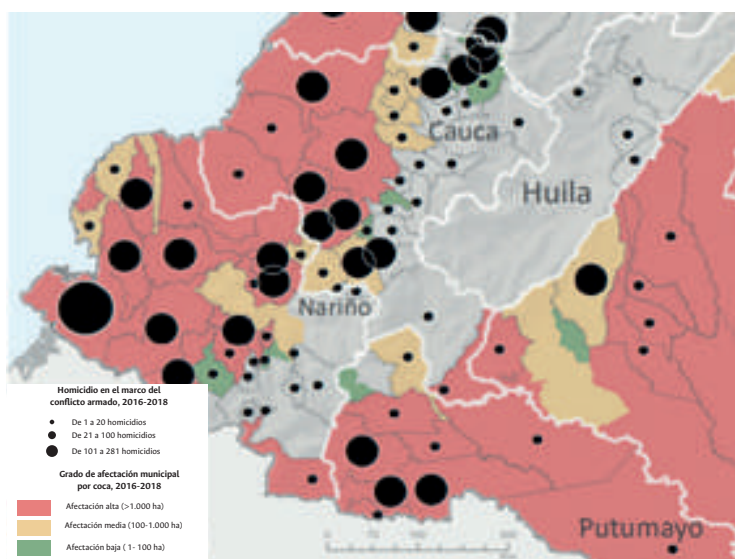


Figura 6. Homicidios en el marco del conflicto armado y grado de afectación municipal por cultivos de coca, 2016-2018

Fuente: Oficina de las Naciones Unidas (2018).

Economía legal

El análisis de las condiciones de la acumulación por desposesión en el caso colombiano, en específico en el Cauca, va de la mano del análisis de la influencia del conflicto armado; en ese sentido, el conflicto es observado como un mecanismo que ha permitido la apropiación por parte de grandes hacendados y empresas de tierras de indígenas, campesinos y poblaciones afrodescendientes:

En realidad, la expulsión de la población es una estrategia de la guerra misma por medio de la cual se intimida a campesinos y se abaratan tierras para apropiarse de ellas e imponer mecanismos de producción de recursos legales o ilegales, ya sea para la organización delictiva o para la elite terrateniente local. El método principal para influir en el precio y las cantidades de equilibrio en el mercado de tierras es el desplazamiento forzado. (Rey, 2013, p. 688)

Los cultivos legales en el Cauca están enmarcados en disputas sociales por la tierra que se han caracterizado por la lucha por la legitimidad en su tenencia. Todo esto se ha agravado por los años de conflicto que han estructurado la violencia y los mecanismos de acumulación por desposesión. De ahí que Ayala-Osorio (2019) afirme lo siguiente:

Los departamentos del Valle del Cauca y el Cauca dan cuenta de disímiles conflictos [...] enmarcados en relaciones de dominación ejercidas por élites y grupos de poder, con la anuencia de una institucionalidad estatal al servicio de terratenientes, ganaderos y familias tradicionales. (p. 4)

Esta lucha por la tierra ha tenido un auge debido a los procesos de recuperación de la tierra que le ha sido robada a los indígenas en el Cauca, al movimiento de Liberación de la Madre Tierra (Peñaranda, 2010).

La cuestión agraria sobre los cultivos permanentes en el departamento se caracteriza por el monocultivo. En este orden de ideas, se ve la importancia e influencia de la caña de azúcar en la producción agraria y en las condiciones de tenencia de la tierra, pues, según datos recopilados por el DNP del Ministerio de Agricultura en 2016, alcanza el 46,6 % de las hectáreas sembradas de cultivos permanentes en el Cauca (DNP, 2017).

En este sentido, el monocultivo de la caña de azúcar ha continuado con su crecimiento en el 2017, con 48.984 hectáreas (DANE, 2019). Este leve crecimiento se ve expresado en un contexto sumamente convulsionado y que va en contravía de los postulados liberales de seguridad. Ante esta situación, es necesario abordar la existencia de la apropiación por despojo que ha sido utilizada en la expansión de los cultivos de caña de azúcar.

Las diferentes formas de acumulación por despojo no se centran solo en el despojo que se deriva de las economías ilegales. En el caso colombiano, van más allá, hasta el punto de ejercer un papel determinante en las economías legales, pues, a través de la apropiación de baldíos, estas economías han propiciado el aumento de la apropiación de tierras:

El trámite de estas adjudicaciones de predios baldíos está colmado de irregularidades, por cuanto las resoluciones de adjudicación son consecutivas lo que hace suponer que se realizaron en bloque, al igual que las diligencias de inspección ocular, lo cual es físicamente imposible dadas las condiciones del terreno y las distancias mencionadas. (Contraloría, 2017, p. 127)

Este caso de adjudicación de predios baldíos por parte de terratenientes y empresas dedicadas a la siembra de cultivos de caña de azúcar hace parte de un informe presentado por la Contraloría en el cual se demuestran las apropiaciones irregulares de grandes cantidades de tierra. De esta forma, se establecen conexiones entre paramilitares, otros grupos al margen de la ley y terratenientes del Cauca y del Valle del Cauca. En esta relación, los paramilitares cumplían la función de desplazar, asesinar y silenciar a líderes sociales locales que se oponían a la acumulación o el robo de las propiedades, no solo de los baldíos, sino de pequeñas fincas y terrenos, de tal manera que fuera posible continuar con la acumulación de tierras (Centro Nacional de Memoria, 2018).

De igual forma, las disputas por el territorio en las cuales interviene constantemente la comunidad se ven interferidas por los actores ilegales (que se han potenciado con el aumento de las economías ilegales):

hay indicaciones de servicios y de relaciones con cooperativas de seguridad de empresas que tienen en sus filas a civiles con experiencia en contrainsurgencia y antiterrorismo que supuestamente colaborarían en acciones de inteligencia, agresión e intimidación. También hay testimonios desde las comunidades sobre complicidad de autoridades con los negocios ilícitos y situaciones de pago de agentes del Estado en contraprestación por tolerancia y omisión de acciones de control y de justicia. (Indepaz, 2018)

Por otra parte, no deja de ser llamativo el hecho de que todos los grupos armados ilegales del Cauca han amenazado a los líderes y lideresas, y a personas no reconocidas como tales, que se oponen a la minería, específicamente a proyectos megamineros. Hay que recordar que, entre títulos y solicitudes mineras, se cubre el 44 % del territorio del departamento (Indepaz, 2018). Nuevamente, parece que la minería aprovecha la proliferación de estos grupos y su falta de ideología política para sacar rédito y despojar a las comunidades.

Conclusiones

Uno de los factores relevantes (no el único) en la configuración del conflicto en el departamento del Cauca es la economía. Sin embargo, es erróneo plantear la problemática del asesinato de líderes y lideresas desde la perspectiva de la separación entre economía legal e ilegal, ya que, más estructurante que la legalidad en sí misma, resulta ser la acumulación por desposesión, un mecanismo que comparten ambas economías.

En este orden de ideas, es inevitable no concluir que la raíz del problema es el sistema que promueve la reproducción de dicho mecanismo para su propia subsistencia. No obstante, sabemos que proponer su eliminación no aportaría mucho a la discusión, puesto que no sería más que agregar una obviedad. En todo caso, sí resulta importante resaltar el papel que ha jugado la “legalidad”, en la cual se escuda la acumulación por desposesión, ya que permite encontrar responsables que, hasta el momento, no son detectados

por el Estado colombiano, bien sea por falta de agudeza o por simple omisión. Esto permite, además, desenmascarar a quienes, esgrimiendo un discurso de paz, promueven modelos de desarrollo basados en el extractivismo, que, como lo hemos visto, parece no poder operar sin el despojo a las poblaciones más vulnerables.

La dinámica estudiada termina por acentuarse en aquellas comunidades que ofrecen mayor resistencia, pues en esos casos se emplean mecanismos violentos para llevar a cabo la acumulación por desposesión. Lo anterior explica que la comunidad indígena del departamento del Cauca sea una de las más perseguidas: su constante oposición a los proyectos económicos legales e ilegales en la región, y a la constante interacción entre ellos, así como la falta de inversión estatal, configuran un panorama en donde resistir es incluso arriesgarse a perder la vida.

Por lo anterior, se puede argumentar que la salida de las FARC-EP del territorio no marca el comienzo de una nueva dinámica. Tanto el narcotráfico como la minería ilegal (las dos grandes economías ilegales de la región) operan con el mismo mecanismo: la acumulación por desposesión, que ha sido también, históricamente, el mecanismo con que han operado en el territorio tanto los grandes hacendados como las multinacionales. Eso ha perjudicado a las comunidades vulnerables, en especial a la comunidad indígena, debido a su ya conocida acérrima resistencia.

El cambio en la intensidad (aumento de asesinatos selectivos) se explica por la flexibilidad operativa que tienen las organizaciones delictivas, que pueden establecer alianzas entre sí, así como con actores legales. Como ha ocurrido anteriormente, es posible que dentro del territorio esté funcionando nuevamente la cadena rotativa que en su momento evidenció Jairo Estrada: primero llega la economía ilegal por vía violenta; una vez se establece en el territorio y logra despojar a la comunidad, el Estado aparece con un gran volumen de fuerza armada para “liberar” el territorio y ponerlo a disposición de concesiones multinacionales. Si bien el análisis inicial apuntaba únicamente a la minería ilegal, el desinterés estatal para llevar a cabo un proyecto eficaz y consensuado de erradicación de cultivos ilícitos hace pensar que posiblemente esta lógica esté incentivando dicha modalidad delictiva. Como,

hasta la fecha, el Gobierno de Iván Duque únicamente a recurrido al aumento de fuerza militar como solución al aumento de los asesinatos de líderes y lideresas, una de las recomendaciones de este texto es evaluar esta posibilidad en futuras investigaciones.

Por su parte, el acuerdo de paz logrado con las ya extintas FARC-EP significó una oportunidad histórica, no solo para el departamento sino para la totalidad del territorio colombiano. Sin embargo, su incumplimiento impide la superación de las causas estructurales del despojo, y por ende del conflicto en sí, que lleva a la muerte de tantas personas que han liderado a sus comunidades. Por eso, podemos asegurar que parte de la responsabilidad por cada asesinato cometido es del Estado colombiano y que su intervención militar, más que en una solución, se puede convertir en un agravante, por lo menos para la seguridad de los líderes y lideresas de la zona.

Referencias

- Aljure Sánchez, K. y Cruz, D. (2018). *La representación en los medios de comunicación sobre los procesos de liberación de la madre tierra en el norte del Cauca* (tesis de maestría). Pontificia Universidad Javeriana.
- Ayala-Osorio, G. (2019). El monocultivo de caña de azúcar en el valle geográfico del río Cauca (Valle del Cauca, Colombia): un enclave que desnaturaliza la vida ecosistémica (37-66). Universidad Autónoma de Occidente, Colombia.
- Cámara de Comercio del Cauca y Corporación Cauca Progres. (2008). *Análisis de coyuntura económica Cauca 2000-2007*. Popayan, Cauca. Recuperado de: <https://www.cccauca.org.co/sites/default/files/imagenes/analisis-coyuntura-economica.pdf>.
- Caro, C. (2014). Minería en el Norte del Cauca Indígena. Prácticas territoriales y transformaciones socioespaciales en los resguardos indígenas nasa del municipio de Santander de Quilichao, Cauca, Colombia. En U. N. de Colombia (ed.), *Extractivismo minero en Colombia y América Latina* (pp. 253-283). Bogotá. Recuperado de: www.clacso.edu.ar.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2014). "Patrones" y campesinos: tierra, poder y violencia en el Valle del Cauca (1960-2012), informe del centro nacional de memoria histórica, Colombia. Recuperado

- de: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2014/patronesyCampesinos/patrones-y-campesinos-tierra-poder-violencia-valle-del-cauca-insertos-baja.pdf>.
- Centro de pensamiento y diálogo político [CEPDIPO]. (2018). *Implementación del acuerdo de paz sin recursos: a propósito del proyecto de Presupuesto General de la Nación 2019*. Bogotá, Colombia: Editorial Gentes del Común.
- Contraloría General de la República. (2017). Acumulación irregular de predios baldíos en la altillanura colombiana. Bogotá (Colombia). Recuperado de: https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/703164/Inf_Baldios_pub2017.pdf/fc83b206-c806-414e-a253-6bf355b01ccf.
- Defensoría del Pueblo. (2016). *La minería sin control Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/InformedeMinerla2016.pdf>.
- Defensoría del Pueblo. (2017). Grupos armados ilegales y nuevos escenarios de riesgo en el posacuerdo. Bogotá, Colombia. Recuperado de: http://publicaciones.defensoria.gov.co/desarrollo1/ABCD/bases/marc/documentos/textos/Grupos_Armados_ilegales_y_nuevos_escenarios_de_riesgo_en_el_posacuerdo.pdf.
- Defensoría del Pueblo. (2018). *Informe especial: Economías ilegales, actores armados y nuevos escenarios de riesgo en el posacuerdo*. Bogotá. Recuperado de: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/economiasilegales.pdf>.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2018). Boletín técnico: pobreza monetaria en el Cauca (2017).
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2019). Encuesta Nacional Agropecuaria 2017 (ENA).
- Espinoza, M. (2012). Recuperación de tierras: Una mirada desde la economía política. En *Nuestra vida ha sido nuestra lucha: Resistencia y memoria en el Cauca indígena* (pp. 85-120). Bogotá: Centro de Memoria Histórica. doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004
- Estrada Álvarez, J. (2013). *Procesos socio-territoriales. Pacífico: itinerarios y tendencias*. Bogotá: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos.
- Fundación Ideas para la Paz. (2018). *Agresiones y homicidios de líderes sociales*. Bogotá. Recuperado de: <http://ideaspaz.org/media/website/infografia-lideres.pdf>.

- Gamarra Vergara, J. (2007). *Economía del departamento del Cauca: Concentración de tierras y pobreza. Documentos de trabajo sobre economía regional*. Cartagena: Banco de la República.
- García Leal, P. (2018). *El despojo: origen del conflicto por la tierra en el Cauca*. Recuperado de: <https://elturbion.com/?p=12859>.
- Giraldo, O. F. (2015). Agroextractivismo y acaparamiento de tierras en América Latina: Una lectura desde la ecología política. *Revista Mexicana de Sociología*, 77(4), 637-662. doi.org/10.22201/iis.01882503p.2015.4.52675.
- Harvey, D. (2005). El “nuevo” imperialismo: acumulación por desposesión. *Socialist Register* 2004, 99-129. doi.org/10.1016/0025-5564(89)90058-8.
- Informe de Coyuntura Económica Regional Departamento del Cauca. (2011). *Informe de coyuntura económica regional departamento del Cauca-2011*.
- Informe de Coyuntura Económica Regional. (2016). *Informe de coyuntura económica regional departamento del Cauca*. Popayán.
- Luque, R. M. (2016). Los desplazamientos humanos forzados recientes en el Cauca (Colombia): características e impactos sociales y espaciales. *Investigaciones Geográficas*, 65, 181-200. doi.org/10.14198/ingeo2016.65.11.
- Observatorio de Drogas de Colombia y Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2016). Caracterización regional de la problemática asociada a las drogas ilícitas en el departamento del Cauca. Recuperado de: <http://www.odc.gov.co/PUBLICACIONES>.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018). *Colombia-Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2017*. Bogotá, Colombia. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/crop-monitoring/Colombia/Colombia_Monitoreo_territorios_afectados_cultivos_ilicitos_2017_Resumen.pdf.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2019). *Colombia-Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2018*. Bogotá, Colombia. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/colombia/2019/Agosto/Informe_de_Monitoreo_de_Territorios_Afectador_por_Cultivos_Illicitos_en_Colombia_2018_.pdf.
- Ortiz, L. (2005). Paeces/nasa: posiciones en contra del libre comercio. *Colombia Internacional*, 61, 166-181.
- Peñaranda, R. (2010). *El movimiento armado Quintín Lame (MAQL)*. Tercera edición. Bogotá: ARFO Editores e Impresores.

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2014). *CAUCA: análisis de la conflictividades y construcción de paz*.
- Rey, C. (2013). Análisis espacial de la correlación entre cultivo de palma de aceite y desplazamiento forzado. Cuadernos de economía, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Rodríguez, C. (2017). Despojo para la acumulación. Un análisis de los procesos de acumulación y sus modelos de despojo. *Bajo el Volcán*, 17(26), 41-63. doi.org/http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28655577003.
- Sacher, W. (2015). Megaminería y desposesión en el Sur: un análisis comparativo. *Íconos - Revista de Ciencias Sociales*, 19(51), 99. doi.org/10.17141/iconos.51.2015.1475.
- Sañudo, M. F., Quiñones, A.J., Copete, J. D, Díaz, J. R., Vargas, N. y Cáceres, A. (2016). Extractivismo, conflictos y defensa del territorio: El caso del corregimiento de La Toma (Cauca-Colombia). *Desafíos*, 28(1), 367-409. doi.org/10.12804/desafios28.2.2016.1.

La buena fe como fundamento para la vinculación de partes no signatarias en el arbitraje colombiano: *estoppel* y levantamiento del velo corporativo *

María Paula Herrera Duque**

Daniela Velásquez Sarmiento*****

Ulises Iván López Ballesteros***

Sebastián Salazar Castillo

Profesor monitor

Santiago Sotelo Ardila****

Resumen

Este escrito se propone determinar si las teorías no consensuales de vinculación de partes no signatarias al pacto arbitral, como el *estoppel* y el levantamiento del velo corporativo, pueden tener cabida en el ordenamiento jurídico colombiano. En primera instancia, analiza las instituciones sustanciales que han soportado la aplicación de dichas teorías en el contexto internacional y su relación con las instituciones jurídicas colombianas. En segunda instancia, cualifica el debate desde el punto de vista constitucional, observando si la aplicación de teorías que no se basan en el consentimiento es constitucionalmente admisible, teniendo en cuenta que el artículo 116 consagra el principio de habilitación.

Palabras clave Arbitraje comercial, *estoppel*, habilitación, velo corporativo, vinculación de no signatarios.

* Los autores agradecen la colaboración y los aportes de María Alejandra Reyes Muñoz, Andrés Felipe Salamanca Moreno y Mariana Viviescas Maldonado.

** Estudiante de décima matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: mperrerad@unal.edu.co.

*** Estudiante de décima matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: uilopezb@unal.edu.co.

**** Estudiante de décima matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: ssotelo@unal.edu.co.

***** Estudiante de décima matrícula de derecho, Universidad Nacional de Colombia. Correo: davelasquezsa@unal.edu.co.

Abstract

This paper aims to determine whether non-consensual theories to bind non-signatory parties to the arbitration agreement, such as estoppel and corporate veil lifting, can be accommodated in accordance with the Colombian legal system. In the first instance, it analyzes the substantial institutions that have supported the application of these theories in the international context and their relationship with Colombian legal institutions. In the second instance, it qualifies the debate from the constitutional point of view, observing whether the application of theories that are not based on consent are constitutionally admissible, considering that article 116 establishes the principle of authorization.

Keywords Commercial arbitration, corporate veil, empowerment, estoppel, non-signatories.

Introducción

El arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de controversias (MASC) a través del cual las partes acuerdan renunciar a presentar sus conflictos ante una corte nacional para presentarlos ante un tribunal arbitral. En Colombia, “el gran impulso al arbitraje lo dio la Constitución Política de 1991 (art. 116), al contemplar este mecanismo de solución de controversias contractuales o extracontractuales como uno de los sistemas de administrar justicia” (Bonivento, 2017, p. 155). En los últimos años el país ha mostrado una disposición abierta al desarrollo del arbitraje nacional e internacional. Esta situación se refleja, entre otros aspectos, en la ley 1563 de 2012, por la que se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, que en su aparte sobre el arbitraje internacional es una adopción casi al pie de la letra de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1965, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), una clara muestra de la intención de armonización en la materia en el orden internacional.

El arbitraje ha evolucionado gracias a los debates y situaciones problemáticas que se han presentado en los ámbitos nacional e internacional. Si bien su regulación es aparentemente clara —ley 1563 de 2012—, es común que surjan controversias de orden procesal

sobre el alcance objetivo y subjetivo del pacto arbitral (Silva, 2005). Una de las controversias más usuales es la vinculación de partes no signatarias a un procedimiento arbitral, situación en la cual un sujeto que no ha suscrito la cláusula arbitral es convocado por el tribunal. Para ese efecto, en el ámbito internacional se han desarrollado diversas teorías de vinculación que se dividen en teorías consensuales —basadas en una expresión o manifestación del consentimiento— y teorías no consensuales —basadas en la buena fe y la equidad—, a partir de las cuales se definen algunos supuestos concretos bajo los cuales una parte no signataria está obligada a acudir a arbitraje.

Las teorías de vinculación no consensuales son aquella del *estoppel* y la del alter ego o levantamiento del velo corporativo, ambas fundamentadas en los principios de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho, con un extenso desarrollo internacional. En contraste con lo observado en este plano, el desarrollo de las teorías de vinculación de no signatarios en el arbitraje nacional es limitado. En la ley 1563 de 2012 se reconocen exclusivamente las figuras del llamamiento en garantía y de los litisconsortes necesarios, mientras en la doctrina pocas obras tienen como objeto el análisis de estas teorías (Gómez, 2013), y en varios casos los análisis son anteriores a la entrada en vigencia de la ley mencionada.

Sin embargo, para analizar la viabilidad de la aplicación de las teorías no consensuales no es suficiente dar cuenta de las instituciones jurídicas que las fundamentaron a partir de la experiencia internacional y el derecho privado nacional. Dadas las particularidades del sistema de habilitación jurisdiccional concebido por la Constitución política colombiana en su artículo 116, resulta indispensable analizar la posible contradicción entre las teorías no consensuales y esta norma constitucional que exige una habilitación de las partes para dar jurisdicción transitoria a los árbitros.

Para cumplir con dicho objetivo, en la primera parte de este artículo se establecen los presupuestos de aplicación de las teorías de levantamiento del velo corporativo y *estoppel* en el arbitraje comercial internacional. Posteriormente, se identifican los presupuestos bajo los cuales se han aplicado estas teorías en materia sustancial en Colombia. En la parte final, se analiza si la vinculación de partes

no signatarias en el arbitraje comercial nacional a través de las teorías mencionadas es compatible con el ordenamiento jurídico colombiano, considerando el principio de habilitación señalado en el artículo 116 de la Constitución política.

Teorías de vinculación de partes no signatarias en el ámbito internacional

Como punto de partida, se debe analizar cuál ha sido el desarrollo de la vinculación de partes no signatarias al pacto arbitral en el ámbito internacional. Para esto, lo primero que hay que tener en cuenta es que, en la actualidad, es común que múltiples partes intervengan tanto en la etapa precontractual como en la ejecución de distintas operaciones comerciales en el marco de una relación contractual. En ese escenario surge la pregunta de quiénes se encuentran vinculados por el pacto arbitral, y si, *prima facie*, por la naturaleza convencional del arbitraje, podría considerarse que solamente se encuentran vinculados quienes han suscrito una cláusula arbitral. Diversas teorías de vinculación de partes no signatarias han sido desarrolladas especialmente a través de laudos internacionales y decisiones de cortes nacionales en Europa y Estados Unidos.

En el arbitraje comercial internacional, se puede distinguir ampliamente entre dos grupos de teorías de vinculación de no signatarios. En el primer grupo, los no signatarios están obligados a acudir a arbitraje sobre la base de un concepto funcional de consentimiento. Entre tanto, en el segundo grupo, los no signatarios son vinculados al procedimiento arbitral teniendo como fundamento consideraciones equitativas (Brekoulakis, 2016, p. 144), tal y como sucede en las teorías bajo estudio: el *estoppel* y el levantamiento del velo corporativo.

El primer grupo de teorías, correspondiente a las teorías consensuales, no requiere un comportamiento de una parte que resulte contradictorio o fraudulento, a diferencia de las teorías que serán analizadas posteriormente, porque la vinculación se basa en la conducta o declaraciones no explícitas de dicha parte en relación con el contrato que contiene la cláusula arbitral (Meruane,

2017, p. 95). Así pues, de la negociación y/o el cumplimiento de las obligaciones del contrato principal por parte de un tercero se puede deducir su intención de resolver sus disputas a través de arbitraje (Restrepo, 2010, p. 56).

Ahora bien, en el segundo grupo de teorías o “teorías no consensuales” encontramos el *estoppel* y el levantamiento del velo corporativo como manifestaciones de los principios de buena fe, equidad, *non venire contra factum proprium* y la prohibición de abuso del derecho (Born, 2014, p. 1476). Esto es así en razón de que la finalidad principal al vincular una parte no signataria al procedimiento arbitral es, precisamente, impedir que esta última se beneficie de su actuación desleal o contradictoria, al pretender favorecerse de un contrato o una entidad interpuesta, pero no soportar la carga de acudir a arbitraje (Ovchar, 2009, p. 1).

En ese sentido, se observa cómo entre los dos grupos de teorías existen diferencias importantes. Sin embargo, la más significativa de ellas consiste en que el presupuesto fundamental en las teorías consensuales es el hecho de que, desde la etapa precontractual, la verdadera intención de las partes fue vincular al no signatario a arbitraje (Born, 2014, p. 1450; Hanotiau, p. 545). Por lo tanto, existe un consentimiento del cual se puede derivar la habilitación de las partes, mientras que, como se observará en los apartados siguientes, en las teorías no consensuales dicha habilitación no se encuentra presente.

Estoppel

El *estoppel*, si bien se define de diversas maneras, generalmente se refiere a la prohibición de actuar de forma inconsistente con las propias declaraciones o conducta, en la medida en que se ha reconocido que cuando una parte ha hecho una declaración o ha actuado de un modo particular, es injusto y equivalente a fraude permitir que, posteriormente, alegue y pruebe hechos contrarios a sus declaraciones o conductas anteriores (Cooke, 2000, p. 2).

De la revisión de la doctrina internacional sobre la vinculación de partes no signatarias desde la perspectiva de la teoría del *estoppel*, se evidencia que esta teoría tiene su fundamento en los

principios de buena fe y *non venire contra factum proprium*. A pesar de que se evidencia una clara relación de esta teoría con los sistemas de *common law*, la doctrina reconoce la posibilidad de que también se encuentre un fundamento en los sistemas de *civil law*, a través de dichos principios universales. Adicionalmente, la doctrina internacional plantea cómo el *estoppel* implica una amplia variedad de supuestos o tipologías; sin embargo, todas ellas se fundamentan en la prohibición de actuar en contradicción con un entendimiento al que previamente se ha llegado con su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja (Brekoulakis, 2016, p. 140).

Levantamiento del velo corporativo

En el caso del levantamiento del velo corporativo se pretende aplicar el principio de buena fe en las relaciones comerciales con el fin de que la distinción entre la personalidad jurídica de las compañías sea desestimada, ya que mantener dicha separación de patrimonios y personalidades traería consigo un abuso del derecho (Cámara de Comercio Internacional, 1995).

En el ámbito internacional, las cortes nacionales y los tribunales arbitrales han reconocido que la teoría del levantamiento del velo corporativo encuentra su fundamento inclusive en la *lex mercatoria*, por cuanto se relaciona directamente con el concepto general de buena fe en los negocios y los usos del comercio internacional. También se reconoce que esta teoría ha sido particularmente desarrollada en la regulación societaria, en especial a partir de la década de 1950. Así lo señaló un Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (1990) al analizar cómo la teoría del levantamiento del velo había sido reconocida en los países de residencia de las partes, Estados Unidos y Egipto, así como en la sede del arbitraje, Suiza.

Así, de manera general se ha asumido que es necesario levantar el velo corporativo cuando i) un accionista tenga el control total sobre una entidad, evidenciado por una capitalización insuficiente y la confusión en la administración y gestión de ambas entidades, así como entre los activos de las mismas; siempre que ii) la totalidad de las circunstancias constituyan un abuso del derecho, en

particular, de la personalidad jurídica de la entidad que es usada como alter ego (Tribunal Arbitral Ad Hoc, 1991).

Fundamentos de la teoría del estoppel y del levantamiento del velo corporativo en el derecho sustancial colombiano

Ahora bien, analizados los presupuestos de las teorías de vinculación de partes no signatarias en el arbitraje comercial internacional, para continuar con el objeto de la presente investigación, es necesario analizar si estas figuras encuentran cabida en el ordenamiento jurídico colombiano por medio de principios generales que han sido elevados en el ámbito constitucional y legal. Sin embargo, considerado que no hay normas que prevean su aplicación de manera directa en materia arbitral, resulta necesario estudiar bajo qué presupuestos se ha fundamentado su aplicación sustancial.

Por un lado, con respecto a la teoría del estoppel, la doctrina le ha dado fundamento en el principio de *non venire contra factum proprium* o la doctrina de los actos propios, la cual ha sido interpretada como parte del principio general de la buena fe. La razón para equiparar la doctrina de los actos propios al principio del estoppel es la unidad de objetivo, que es evitar las incongruencias en las relaciones jurídicas en el ámbito procesal (Rodríguez, 2018).

El principio general de buena fe está contemplado en el artículo 83 de la carta política y en el artículo 1603 del Código Civil. El primero de ellos dispone que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”, mientras que el segundo consagra que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”. Con sustento en estas normas, la Corte Constitucional ha adoptado la doctrina de los actos propios en las sentencias T-475 de 1992, T-295 de 1999, T-827 de 1999 y T-618 de 2000, por mencionar algunas. En ellas se reitera que el fundamento de esta doctrina radica en “la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada [...] buena fe [que] quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria” (Corte Constitucional, 1999b).

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha definido tres criterios para la aplicación de esta doctrina: que sea i) una conducta jurídica anterior, relevante y eficaz; ii) el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa debido a la contradicción existente entre ambas conductas; y iii) la identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas. El primero de los criterios se refiere a que la conducta sea ejecutada dentro de una relación jurídica, siendo necesario que repercuta en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud; el segundo señala que el objeto de la pretensión, que en otro contexto puede ser lícito, debe resultar inadmisibile por ser contradictorio con la conducta primigenia; mientras que el tercer requisito se refiere a la necesidad de que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas sean los mismos.

Por su parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha disertado sobre esta doctrina en las sentencias So811-2013, SC10895-2015, SC038-2015 y SC170-2018. Allí, es necesario destacar el alcance que la Corte Suprema le ha dado a la doctrina de los actos propios en lo que respecta al ejercicio de acciones judiciales, en cuanto guarda una estrecha relación con el análisis para la aplicación del *estoppel* como teoría de vinculación de terceros no signatarios. Así, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 de noviembre de 2013, sentencia SC10895-2015, señala:

el ejercicio de las acciones judiciales y la realización de las actividades que luego de iniciadas se efectúen en virtud de ellas, son comportamientos que también están sometidos al imperio de artículo 83 de la Constitución Política. Significa lo anterior que en los litigios, los intervinientes, independientemente de la posición que ocupen, deben desempeñarse con respeto en relación con sus actuaciones anteriores, ya sea que ellas se hayan verificado por fuera del proceso o en su interior, de modo que su gestión sea siempre un reflejo de la coherencia. [...] Es pertinente entender, en consecuencia, que la efectiva aplicación del principio de la buena fe y de la regla que de él se deriva que nos compele a respetar los actos propios, garantizan que los procesos judiciales, en general, y los actos que en desarrollo de ellos se realicen, en particular, sean

siempre expresión de probidad, corrección, transparencia y coherencia, y que, por ende, no se utilicen para propósitos diversos, en perjuicio de la contraparte o de la propia administración de justicia.

De esta manera, se espera que a través de la aplicación de esta doctrina se dé protección a las partes y al proceso de aquellas conductas contradictorias que resulten en perjuicio del fin perseguido con la acción instaurada.

Ahora, es necesario precisar que la diferencia entre la teoría de los actos propios y el *estoppel* anglosajón reside en que la segunda exige que la apariencia creada cause algún perjuicio o detrimento para la contraparte, mientras que la primera obvia este requisito (Correa, 2011). No obstante, las dos han resultado equiparables por tener como propósito la salvaguarda de la coherencia procesal con fundamento en la buena fe.

Por otro lado, la teoría del levantamiento del velo corporativo tiene fundamento en el principio de no abuso del derecho, que en el plano constitucional se encuentra incorporado en el artículo 95, el cual señala en su numeral 1º que son deberes del ciudadano “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. A su vez, el Código de Comercio (2019) dispone en su artículo 830 que “el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. Dado que este es un principio aplicable a todos los contratos y obligaciones mercantiles, el contrato de sociedad se encuentra dentro del alcance de esta disposición. De esta forma, se ha entendido que

la teoría del abuso de la personalidad jurídica y su consecuencia inmediata que es el desmantelamiento del velo corporativo, no son otra cosa que una aplicación del abuso del derecho que se concreta en una de sus especies: la utilización indebida de la personalidad jurídica. En este orden, el abuso de derecho consagrado en el artículo 830 del Código de Comercio es pilar suficiente para soportar la teoría del abuso de la personalidad jurídica en el derecho societario colombiano. (Arrubla, 2010, p. 73)

De igual forma, se ha considerado que por medio del artículo 98 de la misma codificación es posible la desestimación de la personalidad

jurídica, ya que dicho artículo menciona que la sociedad debe estar legalmente constituida y, en consecuencia, si hacen falta elementos para su constitución legal, o los mismos se encuentran viciados, se procederá a desestimar la personalidad jurídica, lo cual cubriría casi todos los supuestos en los cuales esta teoría se ha aplicado en legislaciones extranjeras (Díaz, 2010).

En este sentido, la legislación para las sociedades por acciones simplificadas (SAS), ley 1258 de 2008, contempla de manera expresa, en su artículo 43, la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica de este tipo de sociedades indicando que “cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”. No obstante, esta es una norma que no es extensible a otros tipos societarios, dado que impone una sanción, y por ende debe hacerse una interpretación restrictiva de ella.

Con fundamento en las normas referidas, la Superintendencia de Sociedades (2012, 2013) dio aplicación a la teoría del levantamiento del velo corporativo en la sentencia 800-55 y en el auto 801-17366. En la primera sentencia, más conocida como el “caso Mónica SAS”, se observa que la Superintendencia de Sociedades realizó un examen de tres elementos para determinar si procedía la desestimación de la personalidad jurídica, a saber: i) la existencia de una infracción legal; ii) el hecho de tomar ventaja a partir de la constitución de varias sociedades; y iii) la autonomía y subordinación de las distintas sociedades. Por otro lado, en el auto mencionado la Superintendencia consideró que indicios como la uniformidad en las operaciones (mismos contadores, mismos representantes legales, misma dirección, entre otros) son elementos que, valorados en conjunto, pueden dar lugar a la desestimación de la personalidad jurídica (Fernández, 2017).

A su vez, la Corte Constitucional, en las sentencias C-856 de 2004 y C-090 de 2014, reiteró que la vulneración de la buena fe contractual y el fraude son fundamentos para la desestimación de la

personalidad jurídica. De igual forma lo ha sostenido el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 19 de agosto de 1999, al aplicar a una persona natural los principios de la teoría del levantamiento del velo cuando se pretende utilizar la sociedad como medio para adelantar actividades prohibidas.

De esta forma, se hace patente que las teorías del *estoppel* y del levantamiento del velo corporativo no son figuras ajenas al ordenamiento interno, por lo cual son susceptibles de ser analizadas a la luz de la normativa arbitral.

Fundamentos de la teoría del *estoppel* y del levantamiento del velo corporativo en el derecho procesal colombiano

A partir de lo anterior, habiendo concluido que tanto el *estoppel* como el levantamiento del velo corporativo no son ajenos a las obligaciones sustanciales en el ordenamiento jurídico colombiano, debe hacerse un análisis desde el punto de vista del aspecto procesal, característica esencial del arbitraje (Corte Constitucional, 2016). Es decir, hay que determinar si la aplicación de las teorías del *estoppel* y del levantamiento del velo corporativo para la vinculación de no signatarios es posible en el arbitraje doméstico colombiano, desde la perspectiva constitucional.

La necesidad de esta evaluación del debate, por categorizarlo de algún modo, se da por la particularidad del régimen jurídico del arbitraje en Colombia, el cual no solo tiene regulación de rango legal sino también de orden constitucional. De hecho, esta regulación tiene relación intrínseca con la aplicación subjetiva del pacto arbitral y, en consecuencia, con la vinculación de no signatarios al mismo. De esta manera, se encuentra que el arbitraje es regulado por el artículo 116 de la carta política, que determina los entes encargados de la administración de justicia en el Estado colombiano. En el último inciso, este artículo establece cuándo los particulares pueden ser investidos de la función de administrar justicia:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las

causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (Constitución Política de Colombia, 2019, énfasis añadido)

Así las cosas, se destaca que este artículo estableció lo que la Corte Constitucional (2014b) define como el *principio de habilitación* en el arbitraje, según el cual

el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas, la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias.

Con base en lo anterior, es más claro el debate constitucional que aborda esta investigación, pues *prima facie* el principio de habilitación rechazaría la aplicación de teorías de vinculación de no signatarios que no se funden en la voluntad de las partes (teorías no consensuales), como lo son las del levantamiento del velo corporativo y del *estoppel*, pues las mismas no se apoyan en el consentimiento del tercero para su vinculación al pacto arbitral. Sin embargo, debe hacerse la claridad de que este rechazo aparente solo partiría de un análisis somero que no reconocería un hecho muy importante para el debate constitucional; a saber, que tanto la teoría del *estoppel* como la teoría del levantamiento del velo corporativo tienen raigambre constitucional, ya que, como fue mencionado, la primera se sustenta en el principio de buena fe (Constitución Política de Colombia, 2019, art. 83) y la segunda, en el deber de no abusar de los derechos (Constitución Política de Colombia, 2019, art. 95).

Por lo anterior, el análisis constitucional del objeto de investigación planteado no se limitaría a calificar la validez de las teorías como si estas fueran de un rango inferior en el esquema de fuentes de derecho del ordenamiento jurídico colombiano, sino que, por el contrario, plantearía un verdadero conflicto entre normas de rango

constitucional; en concreto, entre el artículo 116, que consagra el principio de habilitación, y los artículos 83 y 95, que reconocen los principios de buena fe y de no abuso del derecho (Constitución Política de Colombia, 2019).

El conflicto constitucional

Aclarada la existencia de un conflicto entre normas constitucionales, es necesario, antes de hacer el análisis del mismo y plantear una postura frente a su resolución, determinar qué tipo de normas o principios se encuentran en conflicto, pues esto tendrá implicaciones sobre cómo resolver dicha antinomia y por lo tanto repercutirá en el desarrollo de este trabajo.

En ese sentido, se debe observar que la jurisprudencia constitucional, siguiendo la dogmática jurídica, ha optado por tomar dos categorías en las cuales se pueden clasificar las normas de cualquier rango, y dentro de ellas, las normas constitucionales: las reglas y los principios (Corte Constitucional, 2002, 2005a).

De acuerdo con lo anterior, las *reglas* son aquellas normas que plantean “imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen” (Corte Constitucional, 2005a), mientras que los *principios* implican “mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas” (Corte Constitucional, 2008b).

Aplicando dicha categorización dogmática a las normas constitucionales en concreto, se destaca que, al margen de que el artículo 116 de la Constitución está redactado a manera de regla, pues plantea un requisito para que un particular pueda ejercer la función de árbitro, el mismo establece un principio de habilitación. Con todo, la técnica constitucional exige un análisis frente a la estructura de la norma, no frente al nombre que se le ha dado.

Tal interpretación encuentra soporte en el entendimiento mismo de la Corte Constitucional al respecto, pues, como se observa en la sentencia C-170 de 2014, dicho órgano entendió que el artículo 116 y el *principio de habilitación* plantean que “la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo

que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias”, de modo que es una verdadera *regla de habilitación*. Ahora bien, frente a la buena fe y el no abuso del derecho, se observa que los mismos si tienen estructura de principios, pues no establecen imperativos o mandatos concretos, cuya eficacia pueda ser verificada silogísticamente o que deban ser cumplidos en todas las ocasiones, sino que, por el contrario, toman la forma de mandatos de optimización y de “normas de organización mediante las cuales se unifica o estructura cada una de las jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia” (Corte Constitucional, 2005a).

En síntesis, mientras el artículo 116 plantearía una regla de habilitación, los artículos 83 y 95 desarrollarían los principios de buena fe y no abuso del derecho. Partiendo de lo anterior, se debería observar cuál es el mecanismo para resolver los conflictos de reglas con principios de rango constitucional, mecanismo con respecto al cual, *prima facie*, se aplicaría una fórmula muy simple: las reglas primarían en estos escenarios. El razonamiento que soporta esta fórmula está basado en la naturaleza misma de estas categorías normativas, pues el mandato que subyace al principio tendrá límites en las “posibilidades fácticas y jurídicas” de su realización, siendo en este caso una regla del mismo rango una de estas limitantes. Bajo este esquema, la conclusión sería que la regla de habilitación prima y, por lo tanto, no podrían aplicarse las teorías de no signatarios que no se basen en el consentimiento como el *estoppel* o el levantamiento del velo corporativo.

No obstante, debe enfatizarse que dicha fórmula se plantea para la generalidad de los casos y que es únicamente *prima facie*, pero, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, 2002), no debe aplicarse cuando pueda llevar a resultados irrazonables, contrarios al orden constitucional. Por lo tanto, para solucionar este tipo de antinomias constitucionales debe hacerse un análisis de la razonabilidad de la regla en el contexto del ordenamiento constitucional afectado. En este sentido, al ser necesario un examen de razonabilidad de orden constitucional, se requiere del desarrollo de un test de ponderación o razonabilidad frente a las normas en conflicto, aun cuando no sea propiamente procedente, por no tratarse propiamente de principios.

Test de ponderación constitucional

En virtud de lo anterior, se establecerán los lineamientos conforme a los cuales se compararán las disposiciones normativas constitucionales que entrarían a reñir al momento de aplicar las teorías de vinculación de no signatarios para, posteriormente, determinar si a la luz del ordenamiento jurídico colombiano estaría permitida la aplicación de dichas teorías.

La prueba de ponderación es un mecanismo mediante el cual se busca optimizar el escenario en el que se encuentren dos intereses contrapuestos. Esto se logra a través de tres exámenes, con los cuales se puede generar una regla de aplicación en un caso concreto analizado (Ibáñez y Alexy, 2006, p. 2). De acuerdo con Bernal (2006), para determinar el grado de satisfacción en cada caso, debe establecerse el peso abstracto de los principios en colisión, estableciendo el grado de importancia, el peso en abstracto y el nivel de la seguridad de las premisas (pp. 62-70).

$$GPiJi = \frac{ImportanciaPi.PesoPi.SeguridadPi}{ImportanciaJi.PesoJi.SeguridadJi}$$

Para aplicar la anterior fórmula, los valores de importancia y de peso en abstracto se catalogan en leve (1), medio (2) y grave (4). Por el contrario, el nivel de seguridad de las premisas se mide en cierto (1), plausible (1/2) y no evidente (1/4).

Si bien la finalidad del test es optimizar el funcionamiento de principios en contradicción, entendidos estos como estándares frente a los cuales existen mandatos de optimización, y no como reglas cerradas, es importante entender que esta serie de pasos se centran en determinar el grado de afectación de unos derechos y, en contrapartida, el grado de satisfacción de otros, reflejados ambos en principios. Por esta razón, de acuerdo con Alexy (1993), para poder determinar la regla aplicable al caso concreto, se debe comprender que la medida de no satisfacción de uno de los principios depende directamente del nivel de satisfacción del principio con el que se está ponderando (p. 161). Es así como, en el caso concreto, entraremos a analizar los principios constitucionales que se encontró en contradicción con la aplicación de las diferentes teorías de vinculación de terceros no signatarios al pacto arbitral.

Ponderación entre el principio de habilitación y los principios de buena fe y no abuso del derecho

Como se mencionó, según la Corte Constitucional y lo dispuesto por Alexy, la fórmula de peso, como parte de la teoría de los derechos fundamentales (Bernal, 2006, pp. 61-63) dentro del ejercicio de ponderación, dispone tres conceptos: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad, que se relacionan con i) el grado de afectación de los principios, ii) el peso abstracto de los principios y iii) la pregunta de si la importancia de uno de los principios implica la no satisfacción del otro (Corte Constitucional, 1996).

Grado de afectación de los principios

Antes de analizar el grado de satisfacción y de afectación de los principios en colisión, es importante tener en cuenta que para determinar el grado exacto de afectación debe utilizarse una escala de tres valores: leve, moderado y grave (Bernal, 2006, p. 62).

Es así como, en referencia a la afectación de los principios propiamente dichos, se debe señalar que, como se estableció en párrafos anteriores, existe una colisión entre el principio de habilitación y los principios de buena fe, para el caso del *estoppel*, y el no abuso del derecho, para el caso de la teorías del levantamiento del velo corporativo. Lo anterior se debe a que las teorías no consensuales de vinculación de terceros no signatarios responden a la buena fe contractual de los individuos atados en una relación negocial, pero a la vez estos sujetos tienen derecho a un juez natural, al cual se renuncia para dar paso al arbitraje en virtud del principio de habilitación.

Por un lado, el principio de habilitación se refleja en el arbitraje, ya que este se funda en el acuerdo entre las partes, que tiene su punto de partida en la voluntad, y en la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un litigio concreto. Esto constituye el fundamento de competencia de un tribunal arbitral. Esto cobra relevancia toda vez que las partes, por medio de un acuerdo, “deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos, establecen cuáles controversias someterán al arbitraje, determinan las

características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir dentro del marco general trazado por la ley” (Corte Constitucional, 2014b).

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como “aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta [...] y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada” (Corte Constitucional, 2008a). Asimismo, haciendo referencia a la buena fe contractual, la Corte Suprema de Justicia (2001) señaló:

La buena fe [...] se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual —en un sentido amplio—: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva; de consumación o post-contractual). (Énfasis añadido)

Adicionalmente, el abuso del derecho ha sido abordado por la Corte Constitucional (2019) como aquel escenario en el que “una persona comete [abuso del derecho] cuando se aprovecha de la interpretación de normas o reglas para obtener un resultado no previsto en el ordenamiento jurídico”.

Teniendo entonces un entendimiento de los alcances de los principios traídos a colación, debe determinarse el juicio de afectación de los principios señalando la afectación de cada principio en caso de que se privilegie uno sobre los demás. En primer lugar, al privilegiar los principios de buena fe y no abuso del derecho sobre el principio de habilitación, encontramos que la afectación de este último debe catalogarse como *grave*, toda vez que desnaturalizaría el ejercicio de la actividad judicial en un sistema democrático, debido a que esto implica aceptar que el juez natural brindado por el Estado no sea el juzgador, sino que, por el contrario, una disputa sea solucionada por un tribunal privado cuya intervención no fue consentida por la parte o el tercero.

En segundo lugar, al privilegiar el principio de habilitación sobre el de buena fe encontramos que este tiene una afectación *leve*, ya que, aun cuando la buena fe pretende guiar las actuaciones de ambas partes contractuales durante la formación del contrato, notamos que la afectación de esa expectativa legítima de una de las partes al creer que por la conducta de uno de los contratantes se aceptó una cláusula compromisoria (*estoppel*) es moderada y no constituye un agravante mayor. Esto es así, toda vez que, si bien el contratante al que se le creó la expectativa de que el tercero acudiría al arbitraje se ve afectado, no es una afectación que sea irreparable o que no tenga otras alternativas para satisfacerse, pues se prevé que el sistema judicial actual sea capaz de atender el fin de solución de controversias; es decir, el no conceder la competencia a un tribunal arbitral no implica que no sea posible lograr justicia material por medio del juez natural del caso.

Por último, en cuanto al principio de no abuso del derecho a llamar a un grupo de sociedades como terceros a un arbitraje en detrimento del principio de habilitación, debe entenderse que, al igual que en el anterior caso, este último sufre una afectación *leve*. Aunque el abuso de la figura de las sociedades para obtener beneficios no previstos por el sistema es reprochable, con el mismo no se puede retorcer la finalidad del principio de habilitación, pues se contrae el principio de voluntariedad para darle paso a una consecuencia que puede ser conseguida por otros medios, como lo es la jurisdicción ordinaria.

En conclusión, en la ponderación de la buena fe y el no abuso del derecho contra el principio de habilitación, se debe decir que, de afectar el principio de habilitación para satisfacer la buena fe y el no abuso del derecho, se obtiene una afectación grave de este, toda vez que se afecta no solo el acceso a la justicia, sino que también se accede a un sistema de solución de controversias que exige un alto estándar de manifestación de voluntad para su conformación. Entretanto, los otros dos principios, buena fe y no abuso del derecho, al final de la operación no se ven afectados, ya que poseen un medio alternativo para su realización, como lo es el juez natural de cada controversia.

Peso abstracto de los principios

En el caso objeto de investigación, debe analizarse el peso abstracto de los principios en conflicto. En primer lugar, en relación con el principio de habilitación, el peso abstracto está dado por el derecho de acceder a la administración de justicia, pero incluyendo también el respeto al juez natural. La Corte Constitucional (2017) ha dispuesto que el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de que en

la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje, es *la voluntad de las partes la que debe obrar como requisito constitucional para ello*, y no la voluntad de un tercero cuya participación tiene un origen distinto a dicha voluntad. [...] La voluntad de las partes es, así, *un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico*. (Énfasis añadido)

De hecho, en casos o supuestos con controversias diversas, la corte ha otorgado especial importancia al principio de habilitación de la mano del principio de voluntariedad, declarando la inexequibilidad de normas que restringen o impiden la expresión autónoma y libre de la voluntad para acudir al arbitraje (Corte Constitucional, 2017). Lo anterior ha sido decidido para enfrentar situaciones arbitrales relacionadas con la prestación de servicios públicos (Corte Constitucional, 1997), contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda con entidades financieras (Corte Constitucional, 2000a), infraestructura de redes de cableado o concesiones del servicio de televisión (Corte Constitucional, 2001), entre otras. A partir de esto, es dable concluir que para la Corte Constitucional la habilitación, relacionada con la voluntariedad y excepcionalidad del mecanismo, tiene un alto rango constitucional. La habilitación de la actividad jurisdiccional de los árbitros, así, tiene origen en el compromiso o pacto entre las partes que deciden, en el ejercicio de su voluntad, someter el asunto al conocimiento de dichos terceros y no a la jurisdicción común (Corte Constitucional, 2016), con lo cual el artículo 116 de la Constitución reconoce, bajo condiciones de excepcionalidad

y temporalidad, a la justicia arbitral (Corte Constitucional, Sala Plena, C-538, 2016). De hecho, la Corte Constitucional (2007), en sentencia de unificación, señaló:

El principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta e incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. (Énfasis añadido)

En relación con los principios de buena fe y no abuso del derecho, su peso interactúa inescindiblemente por su carácter de principios generales del derecho que fueron constitucionalizados. Al respecto, la corte ha establecido que en relación con el acto propio (*estoppel*), por ejemplo, tiene como sustento el principio de la buena fe, principio constitucional que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto (Corte Constitucional, 1999b). Asimismo, la Corte Constitucional (2011), en el marco de la buena fe, ha indicado que esta obliga a los ciudadanos a guiarse por parámetros de razonabilidad, honestidad, lealtad y moralidad en sus actuaciones contractuales.

Por otro lado, en relación con el principio de no abuso del derecho, la Corte Constitucional ha señalado que, en cuanto el artículo 95 de la Constitución política (2019) prohíbe el abuso del derecho al estipular que son deberes del ciudadano “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, este principio consagra una fórmula de “equilibrio” en materia de ponderación de los derechos constitucionales, de manera que su ejercicio no comprometa derechos de igual o mayor jerarquía (Corte Constitucional, 2017). En otros términos, tras el artículo 95 de la carta política subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales:

En una perspectiva dinámica, el ejercicio de los derechos constitucionales debe ser compatible con el respeto de los derechos ajenos. Se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines. (Corte Constitucional, 2017, énfasis añadido)

En vista de lo anterior, el peso abstracto de cada uno de los principios contrastados es *grave*. Esto por cuanto, según la misma Corte Constitucional, intérprete autorizada de la Constitución política, cada uno de ellos refleja valores y derechos constitucionales inescindibles que, aunque están sujetos a los límites mismos de la Constitución, guían la actividad de los particulares en la consecución de las garantías y principios como mandatos de optimización de similar relevancia.

Satisfacción de los principios (certeza)

La seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo, en las circunstancias del caso, determinará el grado de satisfacción de los principios en colisión (Bernal, 2006, p. 63). En ese sentido, dos preguntas deben ser respondidas: i) ¿existe certeza respecto de permitir que las teorías de no signatarios prevalezcan a través del principio de buena fe y el principio de no abuso del derecho? Y ii) ¿existe certeza respecto de que no permitir las teorías de no signatarios desde la perspectiva del principio de buena fe y del principio de no abuso del derecho a partir del principio de habilitación los afectaría?

En el presente, sobre el principio de habilitación, si bien el artículo 116 superior no deja duda sobre la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones que se confiere a los árbitros (Corte Constitucional, 2007), su función jurisdiccional depende de la habilitación de las partes a partir de la autonomía de la voluntad. Por este motivo, si no existe habilitación, se está privando a los sujetos de acudir a su juez natural, v. gr., la administración estatal de justicia. Así las cosas, por ejemplo:

Cualquier circunstancia que vicie la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos o la inexistencia misma de dicho consentimiento afecta la legitimidad tanto del tribunal arbitral como de las decisiones que él adopte y *constituye un obstáculo indebido en el acceso a la administración de justicia; de tal manera, el pacto arbitral debe resultar de la libre discusión y autónoma aceptación por las personas concernidas, sin apremio alguno, a la*

luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal curso de acción y no de una imposición que afecte su libertad negocial (Corte Constitucional, 2007, énfasis añadido)

En relación con el principio de buena fe, la corte ha considerado que, si bien este principio no es absoluto y admite limitaciones de acuerdo con el interés general, la seguridad jurídica y los derechos de terceros, lo cierto es que ha pasado de ser un “principio general de derecho” para transformarse en un postulado constitucional. Así, ha adquirido nuevas implicaciones en su aplicación y proyección, integrando el ordenamiento y regulando las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado (Corte Constitucional, 2008a).

Finalmente, haciendo referencia al principio de no abuso del derecho, la Corte Constitucional (2017) ha esclarecido que el abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros.

Así las cosas, puede concluirse que i) es plausible el hecho de que permitir la vinculación de no signatarios desde la perspectiva de la teoría del *estoppel* y el principio de buena fe los satisfaría, pero afectaría el principio de habilitación. Si el *estoppel* se relaciona con el principio de buena fe y otorga la protección dispensada por la equidad a quien ha confiado en la apariencia creada por la actitud pasiva o activa de alguien, es decir, cuando el silencio o la conducta han podido ser interpretados de buena fe como asentimiento, esto chocaría con lo dispuesto a partir del principio de habilitación, pues indudablemente este requiere una intención inequívoca por parte de quien se quiere vincular a un pacto arbitral.

Ahora bien, frente a la vinculación de no signatarios por el levantamiento del velo corporativo, en la medida que el principio está fundado en el no abuso del derecho ii) es cierto que encontraría un alto grado de satisfacción, puesto que al darse un injustificado abuso del derecho —de hecho, en este caso mediado por la inexistencia de consentimiento otorgada a partir del mismo artículo 116 constitucional— se rompería el equilibrio constitucional que busca el principio. Es menester recordar que, en relación con este

principio, el ejercicio del derecho implicará que sea constitucional y tenga en cuenta el contenido esencial y los fines del derecho, como es la protección de la voluntad bajo el principio de habilitación.

Finalmente, iii) existe certeza respecto de que el principio de habilitación hace parte de los elementos esenciales descritos en el artículo 116 de la Constitución y que, al interactuar con los principios de buena fe y no abuso del derecho, *a priori*, no debería flexibilizarse. Esto es así en cuanto, aun cuando la buena fe y el no abuso del derecho son principios que se componen de una suerte de carga sancionadora moral y social, no implican que quien actúe en contravía de ellos no sufra consecuencias en el ordenamiento por el hecho de que no se acuda a arbitraje, pues la institución misma no podría ser vista como un castigo ni podría habilitar a eliminar el estricto cumplimiento de su piedra angular: el consentimiento.

Fórmula de peso

En razón de lo anterior y de los valores asignados, según la fórmula del peso de Alexy (1993), se puede construir la tabla 1.

Tabla 1.

Conflicto	Fórmula de peso	Valor
Principio de habilitación (Ph) y Principio de buena fe (Pb)	$G(Ph / Pb) = 4 \times 4 \times 1 / 1 \times 4 \times 1/2$	16 / 2
Principio de habilitación (Ph) y Principio de no abuso del derecho (Pa)	$G(Ph / Pa) = 4 \times 4 \times 1 / 1 \times 4 \times 1$	16 / 4

Fuente: Elaboración propia.

Así las cosas, podrá concluirse que, a partir de la aplicación de la fórmula de peso como base para un juicio de ponderación entre los principios relacionados, tiene prevalencia el principio de habilitación (anexo 1). En primer lugar, entre el principio de habilitación y el principio de buena fe, el peso concreto del de habilitación es superior y, al ponderarlos, habrá un mayor grado de satisfacción de este último. Al respecto, debe destacarse que el principio de buena fe sigue siendo un principio general del derecho constitucionalizado, por lo cual no es un principio menor, pero no basta para

ignorar la habilitación y afectar la libertad negocial de quienes se suscriben o no a un pacto arbitral (Corte Constitucional, 2007). En segundo lugar, entre el principio de habilitación y el de no abuso del derecho, el peso concreto del de habilitación también es superior, pero la diferencia es menor. Lo anterior ocurre porque hay más certeza frente a la satisfacción o no del principio de no abuso del derecho, en tanto la misma Corte Constitucional (2017) ha dispuesto que el ejercicio este principio no puede comprometer derechos de igual o mayor jerarquía.

Conclusiones

La vinculación de terceros no signatarios del pacto arbitral en el arbitraje doméstico colombiano mediante las teorías del *estoppel* y del levantamiento del velo corporativo no es posible, pues esta contrariaría el principio de habilitación como regla constitucional que prima sobre los principios que fundamentan dichas teorías. Asimismo, debe destacarse que dicha aserción podría hacerse en general frente a cualquier teoría de orden no consensual que quisiera extrapolarse con base en la experiencia extranjera, pues el consentimiento es un requisito imperativo para que se dé el arbitraje en Colombia.

Lo anterior no implica desconocer la importancia y relevancia de estas teorías no consensuales para la búsqueda de efectos jurídicos de garantías para un tercero afectado por la conducta o el abuso del derecho de aquel a quien se pretende vincular. Como se desprende del texto, tanto la buena fe para los actos propios como el no abuso del derecho en materia sustancial ya han sido reconocidos en el ordenamiento jurídico colombiano como mecanismos que garantizan el principio de confianza legítima reconocido por la Corte Constitucional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Por ese motivo, las partes no pueden caprichosamente apartarse de los efectos de sus actuaciones contractuales, porque ello equivaldría a la violación de los postulados de la buena fe y de la coherencia jurídica exigida a los contratantes; ni tampoco pueden aprovecharse del derecho que les concede el ordenamiento para constituir personas jurídicas

con el fin de no obligarse en ciertos aspectos de relaciones que los han favorecido.

Por otro lado, debe destacarse que, a lo largo de la investigación, fue claro cómo la relación entre el arbitraje y el derecho constitucional es mucho más profunda de lo que se pensaría, lo cual enseña una perspectiva que puede haber sido poco explorada frente a las instituciones del arbitraje en Colombia, y que sería la de la relación con el derecho y los principios constitucionales. En ese sentido, explorar a profundidad esta relación se constituye en una tarea para la academia con el fin de dilucidar cómo extrapolar o traer categorías extranjeras al derecho colombiano. Esto es así considerando que tanto la doctrina como la experiencia internacional tienen gran relevancia para el arbitraje en Colombia, en conflictos domésticos e internacionales, sobre todo si en dicho ordenamiento jurídico el arbitraje, en cuanto medio alternativo de solución de conflictos, tiene efectos tan relevantes como garantía del derecho a la administración de justicia y la habilitación de las partes, piedra angular del arbitraje, y un alcance de rango constitucional.

Así las cosas, es menester darle más protagonismo al artículo 116 constitucional como puerta de entrada a un tema de alta trascendencia nacional en materia de acceso a la justicia y resolución efectiva de conflictos. Al mismo tiempo, es necesario no desconocer las más elementales nociones que identifican los principios generales del derecho.

Anexo 1

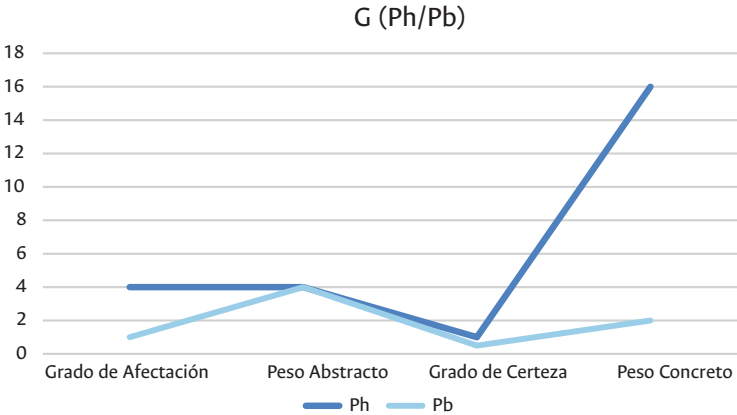


Figura 1. Principio de habilitación (Ph) y principio de buena fe (Pb)

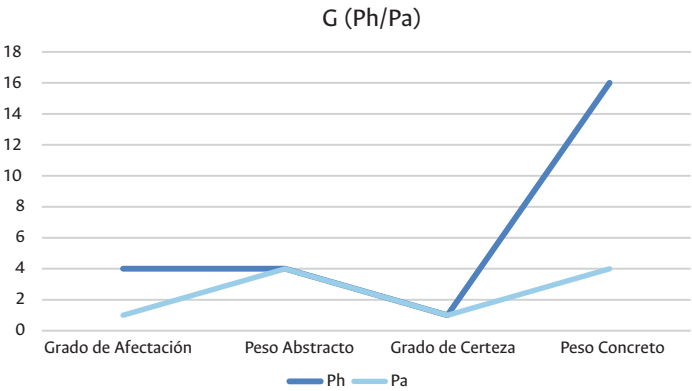


Figura 2. Principio de habilitación (Ph) y principio de no abuso del derecho (Pa)

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arrubla, J. A. (2010). El levantamiento del velo corporativo en Colombia. En M. E. Anzola Gil, *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano* (pp. 59-81). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Bernal, C. (2006, mayo-agosto). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77, 51-75.
- Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Brekoulakis, S. (2016). Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality. En Stavros L. Brekoulakis, Julian D. M. Lew et al. (eds.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, 37. Kluwer Law International.
- Cámara de Comercio Internacional. (1982, septiembre 23). Laudo CCI N.º 4131. Laudo interlocutorio. En *Collection of ICC Awards, 1974-1985*. Kluwer.
- Cámara de Comercio Internacional. (1990). Laudo CCI N.º 5721. En J. D. I. (Clunet).
- Cámara de Comercio Internacional. (2003). Laudo CCI N.º 8385. En J.-J. Arnaldez, Y. Derains y D. Hascher (eds.), *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000* 474.
- Consejo de Estado. (1999, agosto 19). Sentencia 10641. Sección Tercera. [M. P. Ricardo Hoyos Duque].
- Constitución Política de Colombia. (2019, noviembre 8). Secretaría del Senado.
- Cooke, E. (2000). *The Modern Law of Estoppel*. Oxford.
- Correa, N. (2011). *El estoppel: reflexiones para Colombia a propósito de la nueva ley de arbitraje peruana*. Bogotá: Centro de Arbitraje y Conciliación.
- Corte Constitucional. (1992, julio 29). Sentencia T-475. Sala Plena. [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (1996, enero 23). Sentencia C-022. Sala Plena. [M. P. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (1997, mayo 20). Sentencia C-242. Sala Plena. [M. P. Hernando Herrera Vergara].

- Corte Constitucional. (1999a, octubre 21). Sentencia T-827. Sala Séptima de Revisión. [M. P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (1999b, mayo 4). Sentencia T-295 [M. P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (2000a, agosto 30). Sentencia C-1140. Sala Plena. [M. P. José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional. (2000b, mayo 29). Sentencia T-618. Sala Sexta de Revisión. [M. P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (2001, enero 24). Sentencia C-060. Sala Plena. [M. P. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (2002, abril 11). Sentencia C-251. Sala Plena. [M. P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (2005a, agosto 9). Sentencia C-818. Sala Plena. [M. P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (2005b, agosto 17). Sentencia C-856. Sala Plena. [M. P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (2007, marzo 14). Sentencia SU-174. Sala Plena. [M. P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (2008a, diciembre 3). Sentencia C-1194. Sala Plena. [M. P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (2008b, julio 15). Sentencia C-713. Sala Plena. [M. P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (2011, octubre 20). Sentencia C-790. Sala Plena. [M. P. Nilson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional. (2014a, febrero 19). Sentencia C-090. Sala Plena. [M. P. Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional. (2014b, marzo 19). Sentencia C-170. Sala Plena. [M. P. Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional. (2016, octubre 5). Sentencia C-538. Sala Plena. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional. (2017, abril 28). Sentencia T-280. Sala Novena de Revisión. [M. P. José Antonio Cepeda Amarís].
- Corte Suprema de Justicia. (2001, agosto 2). Sentencia 6146. Sala de Casación Civil. [M. P. Carlos Ignacio Jaramillo].
- Corte Suprema de Justicia. (2013, noviembre 8). Sentencia 2006-00041-01. Sala de Casación Civil. [M. P. Arturo Solarte Rodríguez].

- Corte Suprema de Justicia. (2014, junio 9). Sentencia SCO38-2015.
Sala de Casación Civil. [M. P. Margarita Cabello Blanco].
- Corte Suprema de Justicia. (2015, agosto 19). Sentencia SC10895-2015.
Sala de Casación Civil. [M. P. Álvaro Fernando García Restrepo].
- Corte Suprema de Justicia. (2018, febrero 15). Sentencia SC170-2018.
Sala de Casación Civil. [M. P. Margarita Cabello Blanco].
- Díaz Ramírez, E. (2010). La personalización y despersonalización de sociedades en el derecho colombiano. En M. E. Anzola Gil, *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano* (pp. 35-58). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Fernández, J. P. (2017). Superintendencia de Sociedades y desestimación de la personalidad jurídica. *UNA Revista de Derecho*, 2, 1-35.
- Hanotiau, B. (2005). *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. Kluwer Law International.
- Meruane, D. (2017). La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en el arbitraje comercial internacional. Universidad de Chile.
- Ovchar, A. (2009). Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ: A Principle Promoting Stability Threatens to Undermine It. *Bond Law Review*, 21, 1-35.
- Restrepo, D. (2010). Vinculación de terceros al proceso arbitral. En Centro de Arbitraje y Conciliación, *Ensayos arbitrales*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Rodríguez, G. (2018). *El principio de estoppel en el derecho colombiano, análisis jurisprudencial*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Superintendencia de Sociedades. (2012, diciembre 10). Auto 801-17366. [Superintendente: José Miguel Mendoza].
- Sperintendencia de Sociedades. (2013, octubre 16). Sentencia 800-55. [Superintendente: José Miguel Mendoza].
- Tribunal Arbitral Ad Hoc. (1991). Laudo Alpha SA c. Beta & Co., State Company of Ruritanian Law. *ASA Bulletin*.

Desarrollo alternativo y proceso de sustitución de cultivos de uso ilícito en el Acuerdo Final de Paz: una perspectiva comparada de los casos de Tumaco (Nariño) y El Retorno (Guaviare) 2017-2019

Angie Juliet Ávila^{*}

José Armando Tobaría^{****}

Cristian Eduardo Bernal^{**}

Marco Alberto Romero Silva

Andrés Felipe Cortés^{***}

Director

Resumen

Este artículo contrasta las diferencias en el avance de la implementación del Programa nacional integral de sustitución de cultivos de uso ilícito en dos municipios: Tumaco (Nariño) y El Retorno (Guaviare), entre 2017 y 2019, desde el enfoque del desarrollo alternativo. Para ello, se desarrolla un estudio comparado con base en los ejes que propone el desarrollo alternativo, a través del “método de la diferencia”, bajo el cual se seleccionaron dos casos: uno en el que la implementación ha sido relativamente satisfactoria frente a otro en el que los avances son escasos. Los resultados arrojan que aspectos como la seguridad ^¾con su correlato sobre la participación social ^¾y el acceso y la tenencia de tierras ^¾que tienen que ver con cuestiones estructurales para la transformación del territorio y las condiciones de vida de la población ^¾tienen incidencia sobre los avances y rezagos que se presentan en estos territorios, pues obedecen a dinámicas particulares de cada municipio. En cambio, si bien existen diferencias en temas como asistencia técnica y financiera e infraestructura, estos obedecen a lógicas más nacionales y gubernamentales en relación con la presencia institucional, la asignación presupuestal al acuerdo final y la voluntad del Gobierno para su implementación.

.....
^{*} Estudiante de octavo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo:

^{**} Estudiante de octavo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo:

^{***} Estudiante de octavo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo:

^{****} Estudiante de octavo semestre de ciencia política, Universidad Nacional de Colombia.
Correo:

Palabras clave: Acuerdo Final de Paz, Colombia, cultivos de uso ilícito, desarrollo alternativo, Programa nacional integral de sustitución de cultivos de uso ilícito (PNIS).

Abstract

This article compares the differences in the progress of the implementation of the Comprehensive National Program of Substitution of Illicit Use Crops in two municipalities: Tumaco (Nariño) and El Retorno (Guaviare), between 2017-2019, from the Alternative Development Approach. To do this, a contrast is developed based on the axes proposed by the Alternative Development, through the “Method of Difference”, under which two cases were selected: one where the implementation has been relatively satisfactory compared to another in which the progress is scarce. The results show that aspects such as security $\frac{3}{4}$ with its correlation on social participation $\frac{3}{4}$ and access and ownership of land $\frac{3}{4}$ which have to do with structural aspects for the transformation of the territory and the living conditions of the population $\frac{3}{4}$ have an impact on the advances and lags that occur in these territories, because they follow particular dynamics of each municipality. On the other hand, while there are differences in issues such as technical, financial, and infrastructure assistance, they are driven by more national and governmental logic in relation to the institutional presence, the budget allocation to the Final Agreement and the will of the government for implementation.

Keywords Alternative development, Colombia, crops for illicit use, National Integral Program for the Substitution of Crops for Illicit Use (PNIS in Spanish), peace agreement.

Introducción

El Acuerdo Final de Paz (AFP) firmado por el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) tuvo como objetivo central la solución integral de las condiciones que causaron la permanencia del conflicto armado en el país a partir de la construcción de las bases de una paz estable y duradera. Una de estas condiciones fue la problemática de los cultivos de uso ilícito, que no solo ha contribuido a la perpetuación de la violencia y la consolidación de economías ilegales en los territorios afectados, sino que también ha tenido

implicaciones en el goce efectivo de los derechos y libertades de las comunidades que los habitan.

Por ello, el AFP contempló en el punto 4 el Programa nacional integral de sustitución de cultivos de uso ilícito (PNIS), que busca mejorar la situación de estas comunidades mediante acciones encaminadas a generar las condiciones materiales e inmateriales que garanticen su bienestar y buen vivir. El PNIS fue creado en mayo de 2017 mediante el decreto 896 y se enmarca en el enfoque de desarrollo alternativo planteado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en la medida en que sostiene que para solucionar la problemática no solo hay que eliminar los cultivos de uso ilícito, sino también asegurar una estructura económica y social para que las comunidades y el territorio se integren con la economía legal.

Por tanto, sus resultados no solo deben ser medidos según la reducción de área cultivada¹ —usualmente medida en hectáreas— sino también según el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Sin embargo, más de dos años después de la implementación del AFP, no son evidentes sus resultados en relación con esta problemática. Por una parte, las hectáreas sembradas de cultivos no han disminuido; incluso, se evidenció un aumento del 17 % de 2017 a 2018 (ODC, 2019). Por otra, las comunidades denuncian la falta de garantías para transitar a la economía legal (FIP, 2019).

En el debate político nacional persisten dos posturas con respecto a este fenómeno: la primera, que rechaza el PNIS, cuestiona la efectividad y propone volver a la “lucha frontal” contra las drogas mediante erradicación forzada y aspersión aérea, desmarcándose del enfoque de la ONU. La segunda, representada por las comunidades, defiende el PNIS y afirma que su implementación y la del AFP no ha sido efectiva porque se han generado múltiples obstáculos ¾ como el incumplimiento en los tiempos y objetivos establecidos ¾, derivados de la falta de financiación y de voluntad de los actores políticos gubernamentales, encabezados por la Presidencia y su

.....

1 Existen otras mediciones de efectividad que tienen que ver con el consumo, la oferta y la criminalidad asociada a las drogas, tales como la productividad de la hoja de coca o la producción de pasta base. No obstante, en este punto se escogió área cultivada porque es la variable que ha sido objeto de un seguimiento más asiduo por parte de los mecanismos de monitoreo y verificación (Observatorio de Drogas, 2019).

bancada en el Congreso de la República. En el ámbito territorial, la diferencia entre estas dos posturas no es tan clara porque hay tantas pruebas de avances municipales específicos como de retroceso. Y, en la medida en que el proceso de implementación se lleva a cabo en este ámbito, allí es donde se debería evaluar la eficacia de los autores del PNIS.

Por tanto, este trabajo tiene como objetivo comparar el avance de la implementación en el PNIS a la luz del desarrollo alternativo. Para ello, se escogieron dos “casos” de análisis: Tumaco (Nariño) y El Retorno (Guaviare), ambos municipios afectados por el conflicto armado. El primer municipio se caracteriza por ser el lugar donde menos han disminuido los cultivos (5 %), en contraste con la reducción que ostenta el segundo desde 2017 (36 %) (ODC, 2019). Lo interesante de estos dos casos es que los resultados se reflejan en el orden regional. Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC por su sigla en inglés (2019), la región pacífica tuvo la disminución más baja del país (4,8 %) y la región Meta-Guaviare, la más alta (36,5 %).

En tal sentido, la pregunta que guiará esta investigación es ¿cuáles han sido las diferencias en el avance de la implementación del PNIS en El Retorno y Tumaco entre 2017 y 2019? Para responder esta pregunta se utilizará una metodología mixta de comparación por “método de la diferencia”, en donde el “desarrollo alternativo” (DA) es la variable independiente y la reducción de hectáreas cultivadas y el mejoramiento de las condiciones de vida son las variables dependientes. Para ello, se utilizarán los tres ejes del DA, que son lucha contras drogas, desarrollo social y económico, y participación social. Posteriormente, se compararán los casos por separado.

La finalidad de esta comparación es brindar instrumentos para la discusión académica en torno al seguimiento del AFP. Partiendo de lo expuesto, este artículo se desarrollará en siete partes. Primero, se reseñan brevemente algunos enfoques de las políticas de drogas en Colombia, entre los cuales se aborda el desarrollo alternativo. Luego se plantean los ejes de este, que servirán como marco conceptual. Después, se expone brevemente la metodología de investigación y el contexto general del desarrollo del PNIS en los dos municipios. En un cuarto momento se hace el análisis del caso de

Tumaco, problematizando la visión institucional y la de las comunidades del territorio sobre los avances de la implementación del PNIS. Posteriormente, se presenta caso de El Retorno para dar paso al contraste de los hallazgos en cada caso. Por último, se ofrecen las conclusiones del trabajo y unas recomendaciones en torno a la implementación del AFP.

Enfoques de acción paralelos al desarrollo alternativo en Colombia

Durante la segunda mitad del siglo XX, el problema de las drogas en Colombia fue abordado desde un enfoque prohibicionista (Uprimny *et al.*, s. f.), bajo el cual surgen programas encaminados hacia el control y la fiscalización de las drogas. Así, en los ochenta la respuesta institucional del Gobierno fue presentar el asunto de las drogas como un problema de seguridad nacional. Por tanto, se implementaron mecanismos como el proceso de certificación, que consistía en condicionar la ayuda internacional de Estados Unidos a Colombia a la evidencia efectiva de su colaboración en la lucha contra las drogas (Matthiesen, 2000). Desde ese momento empieza la denominada “guerra contra las drogas”, que se centró en el endurecimiento y la criminalización del tráfico de estupefacientes, así como el surgimiento hegemónico del país del norte como “defensor” o “abanderado” mundial en la lucha contra las drogas (Malagón, 1998).

Paralelamente, a finales de los ochenta y principios de los noventa surge un enfoque de “corresponsabilidad” en la lucha contra las drogas basado no solo en buscar soluciones multilaterales al problema de las drogas, sino en abordar otras aristas de esta situación, desde los productores y los países donde surge la demanda (Bagley y Tokatlian, 1987). Este enfoque reconocía que existen múltiples actores y causas en el asunto de las drogas y, por tanto, planteaba estrategias desde diferentes frentes: social, político, económico, cultural, etc. (Bagley y Tokatlian, 1987).

Por otro lado, a inicios del siglo XXI, se toma un enfoque materializado en la Estrategia Andina, en la cual se da “una significativa participación de las fuerzas armadas norteamericanas en

operaciones antinarcóticos, principalmente en Bolivia, Perú y Colombia” (Rocabado, 1994, p. 110). Dentro de esta estrategia se enmarca el Plan Colombia, con las siguientes características: es represivo con los productores, propone estrategias esencialmente militares y aborda el problema en términos económicos.

Por último, se encuentra el enfoque que relaciona el problema de las drogas con los derechos humanos. Desde este enfoque, la Comisión Asesora para la Política de Drogas (2015) propuso dos modelos: el de despenalización flexible, que plantea “aceptar una forma legal, estrictamente regulada, de oferta y distribución de las drogas” (p. 17); y el modelo de despenalización estricta, según el cual “las drogas deben estar sometidas a reglas de mercado similares a las de cualquier otra mercancía” (16).

Bajo este último enfoque, el problema de las drogas se ve como un asunto de derechos humanos y se aborda desde la perspectiva de la salud pública, y la producción de cultivos de uso ilícito se concibe de manera integral, no solo ciñéndose a la disminución de cultivos mediante erradicación manual forzosa o por aspersión aérea, pues estas estrategias no han demostrado resultados satisfactorios luego de varias décadas. Frente a estas estrategias, que han predominado en Colombia, el enfoque en mención plantea estrategias para enfrentar las causas estructurales que llevan a habitantes de las zonas rurales a hacer del cultivo de plantas psicotrópicas la base de su subsistencia económica, es decir, mediante medidas de desarrollo rural. Es bajo este enfoque que se sitúa el desarrollo alternativo, que surge como alternativa a enfoques orientados a la lucha frontal contra la problemática de las hectáreas plantadas con estos cultivos.

La problemática de los cultivos de uso ilícito desde la perspectiva del desarrollo alternativo

El concepto de *desarrollo alternativo* ha evolucionado desde su llegada a América Latina en los ochenta. Cada vez que se implementan sus políticas y modelos de intervención, se dimensiona la complejidad teórica y empírica de la problemática de los cultivos de uso ilícito. En líneas generales, el DA comenzó proponiendo

únicamente estrategias de sustitución de cultivos y, posteriormente, se ha ampliado hacia otros aspectos considerados en los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS), como construcción de infraestructura, integración económica, preservación ambiental, entre otros. De manera que el DA se plantea como un enfoque integral cuyo objetivo es el mejoramiento de la calidad de vida de la población mediante la creación de una estructura productiva lícita y sostenible.

Así pues, el DA se define como un proceso para prevenir y eliminar cultivos de uso ilícito a través de la promoción de actividades legales y sostenibles socioeconómicamente, respetando las características socioculturales de las comunidades (UNODC, 2010). En este punto, es necesario aclarar que la finalidad del DA no es el desarrollo mismo, sino crear las condiciones para este. Sus objetivos resultan parciales y limitados: reducir la oferta de las materias primas para la producción de drogas y consolidar una economía lícita en las comunidades afectadas, vinculándolas con el desarrollo del país. Estos dos objetivos son complementarios e indican que la efectividad de los programas de DA no solo debe estar medida en términos de la expansión de los cultivos de uso ilícito, sino también por otras variables socioeconómicas que afectan a las comunidades campesinas.

En Colombia, los programas de DA han sido implementados desde 1994, iniciando con el Plan Nacional de Desarrollo Alternativo (Plante), algunos programas surgidos del Fondo de Inversión para la Paz del Plan Colombia, las Familias Guardabosques (PFGB), los proyectos productivos (PP) y, finalmente, el PNIS, derivado del Acuerdo Final de Paz. Un elemento central de estos programas es que han sido acompañados con medidas simultáneas de erradicación manual forzosa, aspersión aérea u otra política de interdicción. Es decir, nunca se ha contemplado —hasta el PNIS— el DA como la estrategia más importante de la política antidrogas en Colombia.

De manera que, esta política se ha caracterizado por hacer énfasis en los elementos de interdicción, dejando la estrategia productiva en un carácter preventivo y complementario (Sánchez, 2005). Por tanto, sus resultados se homologan a las políticas de

interdicción y viceversa. De igual manera, las potencialidades y alcances a largo plazo de las políticas de DA se han visto mitigadas históricamente por la desarticulación institucional y la desfinanciación (Vargas, 2010). Por ello, el PNIS se plantea como la principal estrategia de lucha contra las drogas, ser evaluado por mecanismos de monitoreo y verificación, y lograr articularse institucional y financieramente con los planes de desarrollo con enfoque territorial (PDET).

La UNODC, por lo general, impulsa las políticas de DA, puesto que se ha constituido como la principal instancia de asistencia técnica y financiera. Incluso, en el caso del PNIS dirige los mecanismos de monitoreo y verificación. En la tabla 1 se presentan algunas de las características generales que fueron definidas por la UNODC para las políticas de DA. Sin embargo, las características institucionales y culturales particulares de cada país exigen una normatividad diferenciada en aspectos específicos: el grado de condicionalidad para acceder a los beneficios, el tipo de compensación (individual/comercial o colectiva/estructural) y la visión de los agricultores (beneficiarios o aliados políticos y sociales).

Tabla 1. Características de las políticas públicas de DA

Principios	Paz estable y duradera Compensación económica Responsabilidad compartida
Estrategias (ámbito)	Substitución del ingreso (económico) Establecimiento de condiciones de paz y legalidad (político) Fortalecimiento de organizaciones de productores (organizacional) Mejoramiento de la calidad de vida de las personas involucradas (social) Diseminación de modelos de desarrollo sostenible (medioambiental) Empoderamiento de las mujeres en la lucha contra las drogas (género)

Fuente: elaboración propia con base en UNODC (2010).

En el caso del PNIS se aplican estas características generales. Ahora bien, según la Defensoría del Pueblo (2017), sus características particulares son, para el campesino, el compromiso de la no resiembra y, para el Gobierno, la obligación de cumplir los acuerdos pactados con las comunidades. Para ambos, consiste en desarrollar el proceso de sustitución voluntaria. Existen los dos tipos de compensaciones representadas en acuerdos individuales, colectivos y regionales, además de la posibilidad de desarrollar proyectos productivos y otras medidas similares que contribuyan al buen vivir de las comunidades campesinas. Por último, los cultivadores y recolectores se entienden como una unidad agrícola familiar que tiene un papel activo y fundamental en la construcción de la política pública. Por ello, se promueve la *construcción concertada* entre los diferentes actores involucrados.

Por otra parte, la UNODC también indica cómo debería darse el proceso de implementación de las políticas de DA. Primero, parte del reconocimiento histórico de la marginación de las comunidades productoras de coca, sobre la base de una caracterización del sistema productivo y una explicación de elementos como la naturaleza de los procesos de colonización, la tenencia de la tierra o la debilidad de la presencia institucional. Segundo, establece el estado de la legislación nacional y cuáles han sido las estrategias previas del Gobierno, para determinar la dependencia de los agricultores con respecto a los cultivos de uso ilícito. Tercero, elabora una intervención que se concentra simultáneamente en tres esferas: la lucha contra las drogas, las políticas de desarrollo y la participación de la sociedad civil. Finalmente, define los mecanismos de coordinación institucional y financiera para su aplicación.

En la tabla 2 se caracteriza el PNIS en cada una de las esferas de intervención, utilizando cinco ejes de análisis tomados del AFP. La primera esfera se refiere al reforzamiento del control estatal de los territorios afectados y los procesos de interdicción complementarios a la sustitución de cultivos. La segunda se relaciona con la generación de un marco institucional y un entorno económico favorable para el mejoramiento de las condiciones socioeconómicas de la población. Y la tercera se vincula con la participación no solo de las comunidades sino también de las organizaciones sociales tanto nacionales como internacionales.

Ejes del desarrollo alternativo

Tabla 2. Marco conceptual

MODELO DE INTERVENCIÓN			
Lucha contra las drogas	Políticas de desarrollo	Participación de la sociedad civil	
Primer eje: seguridad e interdicción Seguridad: Se refiere al fortalecimiento de la presencia institucional del Estado expresada en sus capacidades de protección de las comunidades y prevención integral frente a cualquier tipo de coacción o amenaza de grupos armados ilegales; sus capacidades de interdicción y judicialización de las redes territoriales de narcotráfico, y el aseguramiento del desminado de los territorios.	En especial, para esta esfera es fundamental: la coordinación entre organizaciones públicas, privadas y no gubernamentales y la preservación del medio ambiente. Segundo eje: desarrollo económico En este eje se busca sustituir el ingreso de la población campesina mediante el fomento de proyectos productivos según las posibilidades y capacidades de la región en cuestión. Para ello se garantizará: Asistencia financiera: Referida a la provisión de créditos o recursos económicos por parte del Estado que permitan el emprendimiento y la sostenibilidad de los proyectos productivos. Asistencia técnica: Consiste en la provisión de servicios de asistencia o soporte integral, técnico y tecnológico de manera descentralizada.	Cuarto eje: participación social Se refiere a la participación de las organizaciones sociales y Estados acompañantes de la implementación junto con los mecanismos de monitoreo y verificación. Incluye la participación de la comunidad local en el diseño, planificación, dirección y evaluación de todas las actividades propuestas. Para ello, se conforman organizaciones de productores y/o campesinos.	

Continúa página siguiente

Erradicación manual forzosa: Estrategia complementaria a la sustitución voluntaria de cultivos. Es de aplicación unilateral por parte del Estado y tiene dos características particulares: se aplica como última instancia en los territorios d	Integración económica: Consiste en la implementación de los proyectos productivos que buscan generar ingresos rápidos y a largo plazo, dirigidos a sustituir de manera oportuna y suficiente los recursos antes derivados de los cultivos de uso ilícito, de acuerdo con la preferencia de cada núcleo familiar y las condiciones y potencialidades de la zona. Tercer eje: desarrollo social Acceso a tierras: Se fundamenta en la regularización de la propiedad mediante la seguridad jurídica sobre la tenencia y uso de la tierra y los procesos de formalización de predios. De igual manera, se garantiza el acceso de la población campesina a fondos de tierras y subsidios de propiedad. Infraestructura: Comprende la garantía de una infraestructura vial y de servicios básicos, de riego y drenaje y de energía eléctrica y conectividad.
---	--

Fuente: elaboración propia a partir de informes de la UNODC y del Acuerdo Final de Paz (2016).

Ruta metodológica

Con base en los cuatro ejes planteados en el segmento anterior, se realizará un estudio comparativo de dos casos paradigmáticos. En concreto, se utilizará el “método de la diferencia”, según el cual se seleccionan casos positivos y negativos en sus resultados —El Retorno y Tumaco— para ver los cambios en la variable dependiente, en nuestro caso, el desarrollo rural y el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes (Pérez-Liñán, 2007). De acuerdo con este método, los casos positivos presentan una variable independiente (en este caso, derivada de alguno de los ejes del desarrollo alternativo), que debe estar ausente en los casos negativos, con lo cual esa variable puede surgir como la explicación más plausible de la diferencia de un caso frente a otro.

Este proceso se desarrollará en dos etapas que corresponden al análisis de dos perspectivas sobre la problemática en los dos municipios: la institucional y la comunitaria, y a una contrastación de ambas. Para ello, se siguieron técnicas como la revisión documental de informes institucionales, de organizaciones sociales y de medios de comunicación, así como una entrevista a una experta en temas de conflicto y tierras en Colombia. A su vez, estas etapas corresponden a los siguientes tres apartados.

Contexto y desarrollo de la implementación del PNIS en los municipios de Tumaco y El Retorno

El Ministerio de Justicia y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2014) hicieron una caracterización de los departamentos más afectados por la problemática de los cultivos de uso ilícito y destacaron algunos municipios. Seguidamente, se reseñarán los aspectos más importantes de dichos documentos.

Primero, Nariño presenta una vulnerabilidad histórica al establecimiento de economías ilegales, puesto que su economía se ha basado en bonanzas extractivas. Y desde la perspectiva del análisis de permanencia de los cultivos en este departamento, se ha comprobado que los programas de desarrollo alternativo han sido más eficaces que las políticas de interdicción. No obstante, se han encontrado limitaciones por el control del territorio por parte de

los grupos armados y la débil presencia del Estado, la alta concentración de núcleos de producción y minas antipersona (MAP), y los altos índices de necesidades básicas insatisfechas.

En específico, Tumaco es el municipio que padece más fuertemente las condiciones descritas anteriormente y, por ello, ha sido el eje de intervención de los programas antidrogas de los gobiernos desde 2006. Esto se debe a que es el que más concentra la distribución de cultivos de coca y la presencia de actores armados. De igual manera, su posición como puerto aéreo y marítimo lo convierte en un lugar de disputa de los actores que quieren hacerse con el control de las rutas del narcotráfico. Por esta razón, se ha caracterizado por presentar la mayor cantidad de incautaciones de pasta base de cocaína.

Segundo, el Guaviare ha sido un departamento cuya población se ha constituido por procesos de violencia y aprovechamiento de recursos naturales por los patrones históricos y la alta concentración de la tierra. Sin embargo, es uno de los departamentos donde se ha implementado el mayor número de programas de DA. En el 2004, con el Programa de Familias Guardabosques, y en el 2010, con proyectos productivos.

El Retorno ha sido uno de los últimos municipios afectados por las economías ilegales por dinámicas como el abandono histórico estatal y el conflicto armado que se ha trasladado del sur al norte del departamento. Por tanto, este municipio surgió como un sitio de intervención recientemente. No obstante, se afirma que las acciones del Estado han sido desmedidas, puesto que la erradicación manual aumentó un 408 % en un año en el departamento y se focalizó en El Retorno (79 % del total).

Como se puede ver en la figura 1, el número de hectáreas cultivadas de coca en Tumaco ha seguido históricamente la tendencia nacional, que es de aumento, y, por el contrario, en El Retorno ha disminuido. En 2012, 2014 y 2016 se muestran cambios importantes en los dos municipios y coinciden temporalmente con momentos claves de las políticas de DA. No obstante, su correlación no es clara. El presente trabajo pretende aclarar la relación con el PNIS.

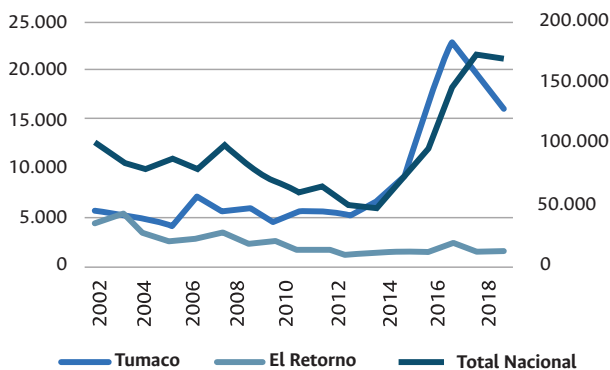


Figura 1. Número de hectáreas cultivadas de coca

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del ODC (2019).

Ejes del desarrollo alternativo en Tumaco

Lucha contra las drogas

Seguridad

La seguridad es un factor de importancia para garantizar las adecuadas condiciones de vida de los habitantes, para tener las garantías de participación política y para garantizar el ejercicio de los derechos básicos fundamentales. A pesar de esto, el Sistema de Alertas Tempranas (SAT) de la defensoría del pueblo en 2016 ya advertía sobre la conformación de grupos armados en las regiones abandonadas por las FARC-EP (Iepri, 2018), en las cuales el Estado colombiano no había hecho presencia.

En el caso de Tumaco, la región ha sido afectada históricamente por distintos grupos al margen de la ley que hacen uso de las condiciones socioterritoriales que les permiten un mayor nivel de des-
 envolvimiento. Siendo así, tras el AFP, Tumaco se consolida como una zona vulnerable al surgimiento de nuevos grupos armados, situación que, como se mencionó, se advertía en 2016, cuando el SAT de la Defensoría del Pueblo alertaba sobre la conformación de grupos armados.

Dado este panorama, de acuerdo con el Ministerio Público, “lo que se ha enquistado en la ciudad portuaria de Tumaco es un control territorial y un sometimiento social impuesto por estructuras del narcotráfico que son rivales entre sí” (Ramírez y Vargas, 2019). Así, mientras se producían las negociaciones entre las FARC-EP y el Gobierno, surgieron grupos armados provenientes de las disidencias de la columna Daniel Aldana (FIP, 2017), además de la presencia del Ejército Nacional de Liberación (ELN) y grupos paramilitares como las Autodefensas Gaitanistas de Colombia (AGC).

Dicho esto, resulta fundamental establecer el vínculo entre la presencia de los actores armados y la vulnerabilidad que esto genera sobre las capacidades de protección de las comunidades que se acogen al programa PNIS. Así, en la entrevista realizada se establece una correlación entre la socialización y promoción del programa PNIS por parte de ciertos líderes comunales locales, que fueron la cara visible (gran parte líderes de la Coordinadora Nacional de Cultivadores de Coca y Amapola, COCCAM) y el asesinato de líderes sociales (experta en temas de conflicto y tierras, entrevista personal, 20 de noviembre de 2019).

Esto se relaciona con las denuncias realizadas por la COCCAM, en las cuales se hace alusión a la falta de garantías en relación con las condiciones de seguridad. De este modo, “Tumaco, es el municipio con mayor número de líderes asesinados desde 2016: cuatro (4) asesinados en 2016, diecinueve (19) en 2017 y diez (10) en 2018” (Indepaz, 2019). A esto se suman las constantes denuncias de COCCAM (2018) sobre Tumaco como uno de los municipios en donde han asesinado a más miembros de su organización.

Además de esto, “entre enero y noviembre de 2016 se registraron 132 asesinatos, 27 casos más que en el mismo periodo de 2015” (Observatorio del Delito de Tumaco citado en FIP, 2017, p. 68), y entre enero y octubre 20 de 2017, ocurrieron 150 asesinatos (Cienp, 2017). Estas cifras resultan ser preocupantes para los habitantes de Tumaco, pues las condiciones de seguridad no solo se ven afectadas por los miembros de grupos armados al margen de la ley, sino que también se ven deterioradas por parte de las Fuerzas Armadas,

como lo demuestra el caso del asesinato por parte de la Policía Antinarcóticos de siete campesinos cocaleros que protestaban contra la erradicación manual forzosa (EMF) (Cinep, 2017).

Esta situación termina por afectar las condiciones de vida de los habitantes de este municipio, que se ven enfrentados a la presencia de los distintos grupos armados y a la alta militarización de los territorios. De hecho, los cultivadores de coca ven con “preocupación que los anuncios del presidente Duque se orienten a regresar a lo peor de la guerra contra las drogas y el plan Colombia” (La barbarie se ensaña, 2019). Así, resulta de importancia entender que la presencia del Estado, en términos de seguridad, no se puede reducir a la militarización de los territorios atravesados por el conflicto, sino que debe ser integral, en lo que respecta tanto a mecanismos de prevención como a mecanismos de atención.

Finalmente, el desminado se presenta como uno de los factores de importancia para disminuir la vulnerabilidad de la integridad física y de las condiciones de seguridad. Sin embargo, según Presidencia de la Republica (2018a), Tumaco es uno de los municipios con mayor número de víctimas: 223.

Interdicción

En la figura 2 se muestra que en Tumaco la EMF tiene una incidencia positiva sobre la reducción de las hectáreas cultivadas, aunque no es sostenible en el tiempo. La estrategia de interdicción funcionó con relativa efectividad durante el periodo 2008-2012, si bien no fue eficiente en la medida en que se tuvo que intervenir más del doble de la disminución de cultivos. En el periodo 2012-2017 hubo una disminución de la EMF seguida de un aumento en los cultivos de uso ilícito, lo que prueba que si la estrategia de EMF no es continuada, no tiene resultados a largo plazo. No obstante, a sabiendas de esto, paralelamente a la implementación del PNIS en el periodo 2017-2018, hubo un aumento de la EMF que no tuvo grandes repercusiones en términos de disminución de hectáreas cultivadas.

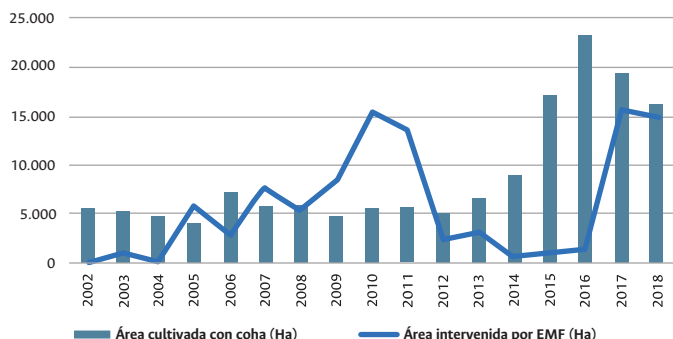


Figura 2. Efectividad de la EMF en Tumaco

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Observatorio de Drogas (2019).

Eje de desarrollo económico

Asistencia financiera en Tumaco

El Plan de Asistencia Inmediata (PAI) del PNIS incluye el pago en efectivo de \$ 1.000.000 durante 12 meses para el sostenimiento económico de las familias vinculadas al programa (CPEC, 2019). En el municipio de Tumaco, se han reportado casos de retraso en el pago del mes de septiembre de 2018 a las familias (Programa de sustitución, 2018), y a tres juntas de acción comunal (JAC) no les ha llegado ningún giro (Los enredos del Programa, 2018). Sumado a esto, de las 16.568 familias vinculadas al PNIS para 2019, tan solo el 6 % de ellas ha recibido la totalidad de los pagos (UNODC, 2019), un 29 % ha recibido 4 pagos, y un 26 % tan solo 3 pagos (El clamor de Nariño, 2019).

Este bajo nivel de cumplimiento de los pagos se explica en parte debido a que el 20 % de las familias en Tumaco se encuentran suspendidas (FIP, 2019). Esto se corrobora por lo afirmado por un líder social de COCAMM, que por motivos de seguridad no es referenciado en la investigación. Él dice que el Gobierno está poniendo trabas

para dilatar el avance del PNIS por medio de la suspensión de las familias por razones como el no informe completo de matas cultivadas y la inscripción en el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (Sisben) (Hay 13 mil familias, 2018).

Además de ello, en materia de proyectos de seguridad alimentaria y autosostenimiento, lo que incluye el pago de \$ 1.800.000 por familia por una sola vez, en Tumaco el 90 % de las familias vinculadas al PNIS no están recibiendo este pago, solo lo están recibiendo 1821 familias, bajo la coordinación de Cordeagropaz (UNODC, 2019). Esto refleja un rezago en la vinculación de las familias a los proyectos de seguridad alimentaria en Tumaco, que se explica en parte por el incumplimiento de los tiempos en los municipios. Por otro lado, en relación con el Plan de Atención Inmediata Comunitaria, el cual brinda oferta institucional en proyectos a corto plazo como guarderías, vías y comedores comunitarios, solo el 14 % de los recolectores ha sido contratado (experta en temas de conflicto y tierras, entrevista personal, 20 de noviembre de 2019).

Asistencia técnica

Los procesos de asistencia técnica en Tumaco han encontrado varias dificultades para su implementación, tanto en términos de la institucionalidad como de la comunidad. En cuanto a las dificultades institucionales, se han encontrado dos elementos negativos: desfases en la implementación y descoordinación institucional. Según la FIP (2019), en promedio, la asistencia técnica llegó ocho meses después del primer pago, el componente de autosostenimiento, trece meses después, y el proyecto de ciclo corto, diecinueve meses después, cuando lo ideal era que llegaran a partir del segundo pago. Esto hizo imposible concatenar temporalmente la asistencia técnica con el desembolso de los recursos del PAI y con la formulación de los proyectos productivos.

Más bien, con esto se ha puesto en riesgo la implementación porque se promueven ciclos productivos a corto plazo que no contribuyen a la seguridad alimentaria que necesitan los territorios. Por otra parte, debido a que la política de sustitución se lleva a cabo a la par con la EMF, tanto las familias cultivadoras como las instituciones que operan el programa se han encontrado en una situación

de incertidumbre. Tanto así que la Gobernación de Nariño (2019) tuvo que servir de garante de la implementación de la asistencia técnica mediante una unión temporal con la operadora.

Por su parte, las comunidades han confirmado estos problemas institucionales y, además, han reportado otros. Según una experta en temas de conflicto y tierras (entrevista personal, 20 noviembre de 2019) hubo un problema de entendimiento entre los operadores y las comunidades, una sobreestimación de los proyectos productivos y una desconexión entre los procesos institucionales y comunitarios. Cuando se hizo la encuesta para evaluar el avance de la asistencia técnica, hubo un problema en la caracterización de la noción de “campesino”, en la medida en que no se entendía su asociatividad en los consejos comunitarios. Por otra parte, en la misma encuesta se dieron cuenta de que los pocos proyectos productivos que estaban avanzando estaban concentrados en el 1 % de las familias; por tanto, no existía un impacto real de la asistencia técnica. Y, por último, también se registraron quejas de la comunidad por que los operadores concretos de la asistencia fueran foráneos y no campesinos locales, puesto que estos últimos son los que conocen las dinámicas de ese territorio.

Integración económica

En abril de 2018, según la Presidencia de la República, más de 1.800 familias vinculadas al PNIS recibirían \$ 65.000 millones para asistencia técnica, proyectos productivos y de seguridad alimentaria, relativos a gallinas ponedoras y de engorde, cerdos, plátano, ganado, huertas mixtas y piscicultura. Igualmente, en el Consejo Comunitario de Alto Mira y Frontera (CCAMF), comenzó un plan piloto de cacao en un vivero tecnificado con 100.000 plántulas, con 4900 personas y con el acompañamiento de la gobernación, la alcaldía, la Agencia de Renovación para el Territorio, gremios productivos y organizaciones comunitarias como Cordeagropaz y Recompaz (Presidencia de la República, 2018).

A mayo de 2018, 9800 familias ya contaban con acuerdo individual, se erradicaron 17.000 hectáreas y se empezaron proyectos con más 450.000 plántulas de cacao y 100.000 de otros cultivos de la mano de Fedecacao y Corpoica (Presidencia de la República,

2018). Más adelante, para junio de 2018, se inician 1747 proyectos de seguridad alimentaria, con el apoyo de 61 técnicos y un desembolso de \$ 4400 millones a destinados a la producción de la cadena pesquera en el puerto, que beneficiaría a 5000 pescadores y sus familias (Ministerio de Agricultura, 2018).

A pesar de lo anterior, si bien se han iniciado proyectos productivos, existen grandes dificultades en relación con dos aspectos: los retrasos por parte del Gobierno para ponerlos en marcha e incumplimientos en pagos y el acceso a tierras. Así pues, muchos campesinos cuentan con muy poca tierra (media hectárea o menos), por lo cual no es viable hacer un proyecto como el de cacao, que requiere de 3 hectáreas a 5 hectáreas, pues los cultivos de coca facultaban el microfundio al ser es muy productivos en poca tierra (experta en temas de conflicto y tierras, entrevista personal, 20 de noviembre de 2019). En relación con el tamaño de los predios rurales en Nariño, según el censo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) (2012), el promedio de hectáreas se encuentra en 4,8.

Sumado a esto, no ha habido avances notorios en relación con la comercialización de los productos. Algunos líderes proponen que es suficiente con que el Estado asegure un precio estable y competitivo del cacao (cuya semilla y sabor son característicos de la región y apetecidos internacionalmente) para que los campesinos reemplacen los cultivos de uso ilícito, con lo cual se apoyaría al pequeño productor a corto plazo mientras se implementan medidas de largo plazo como las de infraestructura vial (experta en temas de conflicto y tierras, entrevista personal, 20 de noviembre de 2019).

Eje de desarrollo social

Acceso a tierras en Tumaco

Por medio del programa Formalizar para Sustituir se pretende formalizar y proveer de seguridad jurídica en la tenencia de tierras a las familias vulnerables por presencia o amenaza de cultivos de uso ilícito (ANT, 2019). Según el último informe de la Agencia Nacional de Tierras (ANT, 2019b), con corte en enero de 2019, en el ámbito nacional se han entregado 1454 títulos de propiedad a las familias beneficiarias. En el departamento de Nariño, se han

entregado 64 títulos de propiedad. Y en Tumaco se caracterizó a 95 familias con el objetivo de sentar la línea base del desarrollo de los procesos de formalización y acceso a tierras, se realizaron 38 levantamientos topográficos, y se han entregado 11 títulos de propiedad (ANT, 2019).

En relación con lo anterior, un factor que ha dificultado este programa en Tumaco son los conflictos horizontales, es decir, los conflictos de tierras entre los campesinos y la población afro que integra los territorios colectivos (24.000 hectáreas) en el municipio. De este modo, representantes del CCAME, afirman que hay “presencia irregular en el territorio por campesinos” (El País, 2017), mientras que José Santacruz, integrante de las JAC de los ríos Mira, Nulpe y Mataje en defensa de los campesinos afirma “que no sabemos de quién son, qué pasó con esas tierras, y si están o no en el territorio colectivo, hay mucha confusión sobre la propiedad” (¿En qué va el conflicto?, 2017). Además, en el departamento de Nariño, la mayoría de los cultivos de uso ilícito están fuera de la frontera agrícola, lo cual no solo “condiciona la posibilidad de formalizar la ocupación —en el caso de los baldíos—, o la posesión —sobre privados—, sino también el tipo de actividad que se podría desarrollar en estas zonas” (FIP, 2018).

Por otro lado, las familias en Tumaco no han sido beneficiarias de los programas establecidos en el punto 1 (reforma rural integral) del AFP. Así, el Fondo de Tierras, que tiene como fin la entrega de hectáreas de tierra para la población rural conforme a la reforma rural integral, no ha entregado hectáreas a familias de Tumaco que se han acogido al PNIS (Contraloría, 2019). Además, con relación al subsidio integral de reforma agraria (SIRA), ninguna familia en Tumaco ha recibido alguna de las 450 subvenciones adjudicadas de 2016 a 2018 (ANT, 2018).

Infraestructura

Lo primero que salta a la vista sobre la infraestructura en Tumaco, en términos institucionales, es que existe un tratamiento superficial y aislado del tema, además de la escasa investigación al respecto. Normalmente, cuando se hace referencia a este problema se citan los indicadores oficiales del DANE (2019) de necesidades básicas insatisfechas (NBI) y el coeficiente GINI para explicar la falta

de servicios básicos y, en general, la ausencia de infraestructura vial, de riego y drenaje, electricidad y conectividad. Sin embargo, cuando se evalúan estos indicadores con más detalle, apenas se encuentran variaciones. El cambio del NBI y el GINI para Nariño y para Tumaco no ha superado a 2019 el orden de 0,03 puntos sobre el nivel que tenía en 2017.

Aunque esto se pueda explicar por los cambios de medición que ha habido en esta entidad, lo que se registra en las comunidades es que los indicadores no reflejan la complejidad del territorio. Según una experta en temas de conflicto y tierras (entrevista personal, 20 noviembre de 2019), Tumaco es un municipio muy grande que tiene un rezago en las vías terciarias y una ventaja natural por sus vías fluviales, de manera que existe una vulnerabilidad infraestructural al establecimiento de economías ilegales. En este sentido, el PNIS no ha tenido avance ni siquiera en la caracterización del territorio y su articulación con los ministerios de Transporte, Tecnología y Comunicaciones y Medio Ambiente no ha sido clara. Más bien, se han registrado avances de la gobernación local en este tema y un entendimiento leve con el Ministerio de Vivienda (Prosperidad Social, 2019).

Participación social

Según la Defensoría del Pueblo (2017), en una visita realizada el 24 de agosto de 2017, miembros del CCAMF denunciaron incumplimientos de las pautas contenidas en el punto 4 del AFP. En este documento se señalaba que en abril de 2017 se hicieron operativos de EMF en el interior de su título colectivo, desconociendo el “Acta de intención para la sustitución voluntaria de cultivos de uso ilícito”, donde sus integrantes expresaron la voluntad de levantar dichos cultivos y vincularse al PNIS.

Frente a esto, informan que 150 miembros del CCAMF llevaron a cabo una toma pacífica en la Casa de la Justicia de Tumaco, exigiendo tres aspectos. Primero, la suspensión de los operativos dirigidos por el Ejército, para que se priorizara el PNIS. Segundo, el cumplimiento del capítulo étnico del AFP, para que se resolviera la situación de ocupación irregular de las familias campesinas que desarrollan labores asociadas a los cultivos de uso ilícito dentro del título colectivo.

Y, tercero, que la implementación se diera en articulación con las autoridades de gobierno del consejo comunitario, garantizando la observancia del enfoque diferencial étnico que debe orientar todo el proceso de desarrollo alternativo (Defensoría del Pueblo, 2017).

Con lo anterior, en el informe se destaca que el Gobierno no ha garantizado el derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos afectados por la presencia de cultivos de uso ilícito en Tumaco. Cabe resaltar que este informe es reiterado en el AFP al establecer la relevancia de garantizar la participación y consulta de las comunidades y organizaciones representativas de los pueblos étnicos en la implementación del PNIS (Defensoría del Pueblo, 2017). Esto es así, en la medida en que la priorización de los pueblos étnicos evita su exterminio físico y cultural o extinción.

Sumado a esto, en Tumaco la organización y la articulación entre las instancias municipales y departamentales que creó el PNIS no ha sido fuertes, pues las comisiones no funcionan bien, como sí lo hacen en otros lugares, como Puerto Asís, Putumayo (experta en temas de conflicto y tierras, entrevista personal, 20 de noviembre de 2019). A pesar de esto, en la entrevista citada se reiteró el gran papel de presión que ha cumplido la COCCAM frente al Gobierno, especialmente en el de Juan Manuel Santos, y en la comunidad. Tal como ella lo expresa:

No es gratuito que muchos de los líderes que han asesinado sean de la COCCAM, porque estuvieron muy inmersos en este tema promocionando, promoviendo, diciéndole a la gente que se vincula al programa que confiara en el Estado, que esta vez sí iba a ser. (Experta en temas de conflicto y tierras, entrevista personal, 20 de noviembre de 2019)

Ejes del desarrollo alternativo: caso El Retorno

Lucha contra las drogas

El 22 de diciembre de 2016 se emitió la nota de seguimiento 017-16 con respecto al municipio de El Retorno, en el departamento de Guaviare, en la cual se advertía “sobre la persistencia, en algunas veredas y resguardos, de las extorsiones y amenazas, reclutamientos

de niños, niñas, adolescentes y jóvenes, desplazamientos forzados, restricciones a la movilidad, control de la vida cotidiana” (Iepri, 2018, p. 41). Así, según Pares (2019), se identifica la presencia de disidencias en el Guaviare que se estarían reagrupando, además de la presencia del grupo paramilitar conocido como los Puntilleros.

Así, vemos cómo hay un deterioro en las condiciones de seguridad y su relación con la presencia de grupos armados, pues, según el informe titulado “¿Cuáles son los patrones? Asesinato de líderes sociales en el postacuerdo”, el Guaviare se ubica como un municipio que ha sufrido tres violaciones al derecho a la vida por parte de las disidencias de las FARC, lo que refleja una preocupación por la concentración de asesinatos de líderes sociales en los municipios de los PDET (Iepri, 2018). Además, en junio de 2019, según denuncia de Jaime Ospina, asesor nacional de la Confederación de Acción Comunal de Colombia, varios voceros comunales del municipio del El Retorno fueron declarados objetivos militares (Álvarez, 2019).

Estas acciones llevan a que los habitantes de este municipio no tengan una percepción de seguridad, a lo que hay que añadir que, tanto en Tumaco como en El Retorno, los que se encargan de la promoción son aquellos que encuentran mayor vulnerabilidad en las garantías a la participación. De igual manera, el desminado en el Guaviare resulta ser otro factor que vulnera la integridad de los habitantes del municipio, pues a pesar de que en 2017 se reportaba la destrucción de cien minas antipersonal (MAP), en 2018 ya se reportaba un mayor número de afectados por MAP, debido a la presencia de las disidencias, que han comenzado “la siembra de MAP y ataques con explosivos a orillas de las carreteras” (Pares, 2018).

Interdicción

En la figura 3 se muestra que no existe correlación entre la EMF y la disminución de cultivos de uso ilícito. Las estrategias durante el periodo 2004-2008 variaron considerablemente sin tener efectos importantes en la reducción de hectáreas cultivadas. Incluso, en el periodo de implementación del PNIS, 2017-2018, hubo una aplicación de la política de interdicción desproporcionada con respecto a las hectáreas cultivadas que no tuvo efectos en 2018; más bien, lo que se evidenció fue un leve aumento de estos cultivos.

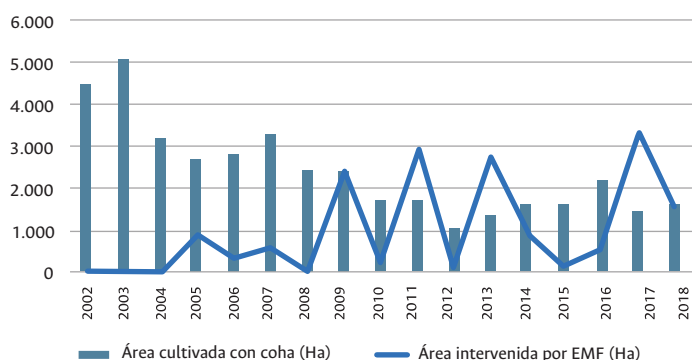


Figura 3. Efectividad del EMF en El Retorno

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del ODC (2019).

Desarrollo económico

Asistencia financiera en El Retorno

En relación con El Retorno, en septiembre de 2018, según un informe de la Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación (CPEC, 2018), se constata que el municipio contaba con 1532 familias vinculadas al PNIS, de las cuales el 73 % ya habían recibido al menos un pago. Además de ello, para 2019, de las 1532 familias acogidas en el programa, el 56 % de ellas han recibido la totalidad de los pagos del PAI (UNODC, 2019). Con esto, si bien en El Retorno hay un alto nivel de cumplimiento en los pagos, el tiempo en los mismos no se ha garantizado (FIP, 2019). Un factor de retraso en los pagos gira en torno al trámite por el que deben pasar para su autorización (experta en temas de conflicto y tierras, entrevista personal, 20 de noviembre de 2019). Así, el dinero debe pasar por la UNODC, que, para garantizar la transparencia, lo remite a Ginebra, y cuando se da el aval allí, se inicia el proceso de transacciones, lo cual hace muy demoradas las entregas y retrasa el cronograma (experta en temas de conflicto y tierras, entrevista personal, 20 de noviembre de 2019).

Por otro lado, conforme a los proyectos de seguridad alimentaria y autosostenimiento, en El Retorno el 22 % de las familias no

cuentan con el apoyo económico del proyecto de seguridad alimentaria y autosostenimiento, y solo en el caso de 1242 familias se está implementado bajo la coordinación de ANUC Meta (UNODC, 2019). En relación con esto, Emiro del Carmen Roperó Suárez, “Rubén Zamora”, representante del partido de la Fuerza Revolucionaria Alternativa del Común (FARC) en el Meta ante el PNIS, ha señalado que el levantamiento de coca de forma voluntaria por parte de la comunidad campesina ha sido muy exitoso en la región Guaviare-Meta. Sin embargo, critica que la implementación de los proyectos productivos ha sido muy lenta por parte del Gobierno, consecuencia de trabas y problemas de documentación que hacen que a más de 300 familias no les hayan llegado los pagos (Destacan erradicación de coca, 2018).

Asistencia técnica

Desde el inicio hasta la actualidad de la implementación del PNIS en El Retorno, se han reconocido los avances de los procesos de asistencia técnica. Cabe resaltar que esto es contrario a la tendencia nacional, puesto que la mayoría de los territorios se caracterizan por la lentitud y la intermitencia en este proceso (FIP, 2019). En marzo de 2018, el director de la Alta Consejería para el Posconflicto (ahora CPEC), Rafael Pardo, afirmó que Guaviare es el “primer departamento donde las familias que suscribieron acuerdos con el Gobierno para retirar la hoja de coca honran el compromiso en desarrollo del punto 4 de los Acuerdos de Paz suscritos entre el Gobierno y las FARC” (CPEC, 2018) e informó el avance a la etapa de desarrollo productivo y transformación del territorio.

Sobre esto, el informe del PNIS (2018) constata que, al 31 de agosto de 2018, 40 profesionales del operador de asistencia técnica de ese municipio (ANUC Meta) empezaron actividades para atender a 1242 familias y orientar sus proyectos productivos. De igual manera, Fidel Navarro, coordinador del PNIS, plantea que el proceso de selección del equipo de asistencia técnica y de contratación y capacitación de los equipos se dio satisfactoriamente. Incluso, para finales de ese año se logró concretar, junto con las comunidades, un “Plan general de asistencia técnica con enfoque agroambiental” para el municipio, donde se trazó la hoja de ruta para la implementación del PNIS en 2019 (Instituto Amazónico, 2018).

Integración económica

Según la CPEC, en 2018 se puso en operación un proyecto en un vivero de la vereda Alto Jordán, con 100.000 plántulas de cacao y 100.000 de sombrío, con apoyo de Fedecacao. A este se le sumaron dos viveros en Charras y Colinas, con 400.000 plántulas de cacao y 400.000 de sombrío (CPEC, 2018). Igualmente, se impulsaron proyectos de ganadería (Nueva jornada de pagos, 2018).

En agosto de 2018, el coordinador del PNIS, Fidel Navarro, afirmó que los proyectos productivos se estaban dando con la concertación entre las familias, el equipo técnico y las autoridades ambientales, para que fueran social, económica y ambientalmente sostenibles (Nueva jornada de pagos, 2018). Frente al problema relativo al acceso comercial de los productos, Navarro afirma que se han adelantado procesos para enfrentar condiciones ambientales, comerciales y de infraestructura mediante el establecimiento de contratos con agencias y empresas para la venta de productos (de ganadería, cacao, yuca, *sacha inchi*, entre otros), y la gestión de recursos para infraestructura vial, aunque estos dependen en gran parte de los PDET.

A pesar de esto, según los habitantes del municipio, en el 2018 aún no se tenía certeza de cómo comercializarían sus nuevos cultivos a corto plazo, pues a diferencia de la coca, que es comprada en la puerta de la casa, productos agrícolas se llevan en “camión hasta San José y solo el costo del transporte ya se come la ganancia” (Excocaleros de Guaviare, 2018). Además, en relación con el tamaño de los predios rurales en Guaviare, según el último censo del IGAC (2012), el promedio de hectáreas se encuentra en 55,17.

Igualmente, como expresa Tito Roldán, representante de la asociación de campesinos y trabajadores de la región de ríos Unilla e Itilla (Ascatrui), ante los rezagos del PNIS, los habitantes extrañan al Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema), el cual compraba las cosechas a los campesinos a precios muy favorables hasta 1996 (Excocaleros de Guaviare, 2018). Adicionalmente, si bien la priorización de la entrega de subsidios por \$ 1.000.000 por mes durante un año se cumplió, líderes como Tito Roldán creen que esto produjo efectos a largo plazo en el desfinanciamiento de proyectos de infraestructura e inversión social que necesita el municipio para comercializar y cambiar sus condiciones de vida, lo cual podría desembocar

en una resiembra de coca en el municipio. Tal como él lo expresa: “¿Qué va a suceder en un año cuando la gente deje de recibir el auxilio de alimentación que el Gobierno manda y todavía sus cosechas no les den lo necesario para vivir ni tengan la infraestructura para comercializarlas?” (Excocaleros de Guaviare, 2018).

Desarrollo social

Acceso a tierras

En el municipio de El Retorno, los programas del punto 1 de reforma rural integral y del programa Formalizar para Sustituir han tenido una participación nula. De esta manera, no se registra caracterización ni formalización de predios a las familias que se acogieron al PNIS en El Retorno bajo este programa (ANT, 2019). Un factor que ha dificultado el proceso de formalización es que en el departamento del Guaviare la mayoría de los cultivos de uso ilícito se encuentra fuera de la frontera agrícola (FIP, 2018). Además de ello, el Fondo de Tierras, para el corte de junio de 2019, solo ha entregado 72 predios con un total de 3832 hectáreas, ninguna de las cuales ha sido adjudicada a las familias en el municipio de El Retorno (Contraloría, 2019).

Esto genera dificultades para la sustitución de cultivos de uso ilícitos en este municipio, debido a que el PNIS parte de una concepción según la cual “con la formalización de la tierra, la gente tendrá mayor seguridad sobre su tierra y no va a arriesgarla al utilizarla en cultivos ilícitos” (experta en temas de conflicto y tierras, entrevista personal, 20 de noviembre de 2019). Además, en relación con el SIRA, en El Retorno, para el corte de mayo de 2019, no hay beneficiarios de este subsidio (ANT, 2019).

Infraestructura

En general, se debe mencionar que la infraestructura no ha sido tratada como un tema relevante para El Retorno, incluso dentro del contexto de implementación del PNIS. Esto podría explicarse por el hecho de que el municipio no cuenta con un alto rezago en infraestructura vial porque esta se ha venido financiando con dineros de

las regalías desde hace varios años (DNP, 2016), lo cual hace parte del desarrollo del sector minero-energético, o si se quiere, extractivista en la zona. Más bien, el foco de atención del municipio tiene que ver con la infraestructura de vías terciarias y riego y drenaje, por los problemas que supone en el deterioro medioambiental del Amazonas (Instituto Amazónico, 2018).

Al respecto, según Julián Wilches, exdirector de política de drogas del Ministerio de Justicia, el PNIS contemplaba un gran plan de inversión en infraestructura y acompañamiento técnico, cuyo fin era crear condiciones para que los territorios pudieran comercializar competitivamente sin deteriorar el medio ambiente. Sin embargo, al igual que expresa Tito Roldán, la mayoría de los recursos se han invertido en los subsidios en efectivo que reciben las familias de El Retorno, y se están dejando de lado los proyectos de largo plazo referentes a la infraestructura vial y de riego que les permitirán comercializar sus productos en los momentos que son cosechados (Excocaleros de Guaviare, 2018).

Participación social

Como afirma la COCCAM (2018), una de las causas del rezago en la implementación del punto 4 del AFP se debe a que “no están funcionando las instancias de participación que se proponen en el decreto reglamentario del programa” (p. 1). Partiendo de esto, según un informe de la UNODC (2017), las comunidades indígenas en Guaviare han demostrado su voluntad de acogerse al PNIS y han hecho varias reuniones de funcionarios del programa con las autoridades indígenas para realizar el proceso de concertación y de consulta previa, según el tratamiento diferencial y el enfoque étnico previsto en el AFP.

Además, El Retorno ha participado y asumido el liderazgo del proceso de implementación del PNIS en el territorio guaviareño, a través de sus autoridades y funcionarios administrativos, como se ve en el liderazgo que asumió el alcalde en las convocatorias de las asambleas comunitarias y de las jornadas de vinculación de familias. Igualmente, entidades ambientales en el ámbito local, como la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el

Oriente Amazónico, y del ámbito nacional, como el Ministerio de Ambiente, se han vinculado con la implementación del PNIS.

Además de esto, las organizaciones sociales tienen una alta participación e incidencia en la implementación del PNIS, en relación con lo cual se destacan las JAC, organizaciones de cocaleros, productores representados en la mesa Guaviare Es Paz, mujeres, afrodescendientes, indígenas y jóvenes, todos con altos niveles de participación en las actividades y reuniones que el programa de sustitución ha convocado (UNODC, 2017).

Igualmente, el coordinador del PNIS, Fidel Navarro, afirmó que los días 20 y 24 de agosto de 2018 se llevaron a cabo “jornadas de subsanación de los problemas que presentan las familias”, como los denomina, y una sesión de la Comisión Municipal de Planeación Participativa, en donde se llegó a acuerdos con las familias. Entre ellos están: primero, la articulación con la ANUC como operadora de asistencia técnica, dado que, según las familias, la anterior operadora no estaba facilitando pólizas; segundo, el pago directo a los recolectores, quienes serían supervisados por las JAC; y, tercero, pactos ambientales y de implementación de sistemas productivos sostenibles con las familias, que hacen un llamado al Gobierno para que la inversión en medio ambiente no sea destinada solo a la publicación de artículos, videos, etc., sino a las familias, para que los campesinos desarrollen acciones concretas y generen sistemas productivos compatibles con el medio ambiente (Nueva jornada de pagos, 2018).

Los rezagos, límites y potencialidades de la implementación del PNIS en los dos municipios

Para facilitar la presentación de los resultados, en la tabla 3 se exponen los hallazgos de cada municipio, de forma paralela, alrededor de los ejes del desarrollo alternativo, seguidos de un análisis comparado de estos resultados.

Tabla 3. Hallazgos sobre el estado actual de la implementación del PNIS en Tumaco y El Retorno de acuerdo con los ejes del desarrollo		
	CASO TUMACO	CASO EL RETORNO
LUCHA CONTRA LAS DROGAS		
Seguridad	Las condiciones de seguridad en Tumaco se ven afectadas por la gran cantidad de grupos armados existentes en la zona. La presencia de las disidencias de las FARC-EP y paramilitares compromete las capacidades de protección del Estado, más aún cuando la presencia estatal solo se da con base en la militarización y no en una presencia integral. Esto resulta perjudicial para las garantías de participación política. De ahí que los líderes que tuvieron un papel activo en la promoción del AFP sean los más afectados. En cuanto al desminado, se encuentran intentos por avanzar en este ámbito. Sin embargo, Tumaco continúa siendo de los municipios más afectados en Nariño por las MAP.	El Retorno ha tenido un deterioro de las condiciones de seguridad similar a Tumaco, puesto que, en ambos, mientras se daban las negociaciones y la etapa inicial del AFP, se reagrupaban los grupos armados. Sin embargo, en el territorio de El Retorno se encuentra una menor presencia de grupos armados, de modo que las disidencias toman su lugar como actor principal del conflicto, tanto en violaciones al derecho de la vida de los líderes comunales como en la resiembra de MAP. Estos hechos han afectado los esfuerzos institucionales y comunitarios en el desminado humanitario.

Interdicción

Según la Defensoría del Pueblo (2017), aunque la EMF se consideró como un mecanismo residual que solo entra en operación cuando las comunidades manifiestan su intención de no sustituir los cultivos de uso ilícito, estos dos mecanismos se plantean las mismas metas: reducir 50.000 hectáreas de área cultivada por año. Oficialmente, se ha evidenciado que la EMF ha avanzado a un ritmo más acelerado que la sustitución y, por ende, ha cumplido esta meta. En la figura 4, se muestra la ejecución de los operativos de EMF en los dos municipios.

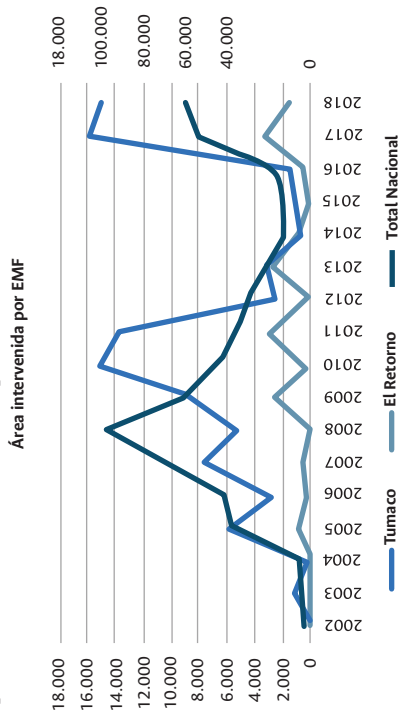


Figura 4. Área intervenida por EMF

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del ODC (2019).

Como en la figura 1, en la figura 4 se muestra la manera en que Tumaco sigue la tendencia nacional mientras que en El Retorno pasa todo lo contrario. En el estudio comparado de este artículo se muestra que, aunque las tendencias sean diferentes en ambos casos, la efectividad de la EMF es ambigua.

DESARROLLO ECONÓMICO	
Asistencia financiera	Los pagos del PAI no han tenido avances significativos: se han presentado atrasos y ningún giro en algunas zonas del municipio. Esto se debe, en su mayor parte, a la suspensión de las familias del programa por razones de documentación. Además, hay un progreso mínimo en los proyectos de seguridad alimentaria y contratación de recolectores en el municipio, dados los retrasos en los tiempos de inicio de los proyectos productivos y de asistencia técnica.
Asistencia técnica	En Tumaco, la asistencia técnica se ha encontrado con muchos obstáculos. Hubo problemas en la articulación de este punto con los demás en términos no solo temporales sino también organizacionales. Además, la encuesta de evaluación de este punto evidenció que hay una desconexión con los problemas principales de la comunidad y con las dinámicas propias del territorio.

Continúa página siguiente

Integración económica	Desde 2018, se han iniciado proyectos productivos con alrededor de 9800 familias en torno al cacao y otras actividades, como el ganado, la piscicultura, el plátano, entre otras. No obstante, además de los grandes retrasos del Gobierno en los pagos y el comienzo de los proyectos, la escasa cantidad de tierra que poseen muchos campesinos les ha impedido que sean viables sus proyectos productivos, ante lo cual no ha habido garantías para acceso a tierras. Igualmente, la comercialización de productos no ha tenido gran avance, ni siquiera en lo relativo a la fijación de un precio estable y competitivo del cacao para las familias.	Desde 2018, iniciaron proyectos productivos en El Retorno alrededor del cacao y el sombrero y, según el coordinador del PNIS, se han dado avances en el establecimiento de contratos con empresas para vender los productos. No obstante, pese al relativo avance satisfactorio, los habitantes no tienen certeza de cómo comercializar sus productos, dado las fallas en acceso comercial, la inexistencia de una institución como el Idema y la desfinanciación de proyectos de infraestructura e inversión social a largo plazo.
DESARROLLO SOCIAL		
Acceso a tierras	Conforme al programa Formalizar para Sustituir, de las familias caracterizadas en el municipio, solo una minoría ha recibido títulos de formalización. Esto se ha complicado debido a los conflictos horizontales de uso y tenencia de la tierra entre los campesinos y la población afro que integra los territorios colectivos y a la concentración de los cultivos de uso ilícito fuera de la frontera agrícola. Además, conforme al cumplimiento de los programas del punto 1 de reforma rural integral, no hay familias beneficiarias en el Fondo de Tierras y el SIRA en el municipio.	En relación con el programa Formalizar para Sustituir, no hay caracterización inicial de familias en el municipio y por ende la entrega de títulos de formalización bajo el programa es inexistente todavía. Esto ha sido dificultado por la concentración de los cultivos de uso ilícito fuera de la frontera agrícola. Por otro lado, en relación con el Fondo de Tierras y el SIRA, en el municipio todavía no hay familias beneficiarias. Esto genera mayor probabilidad de reincidencia en el cultivo ilícito, dado que no hay garantías de seguridad jurídica, puesto que no se cuenta con formalización.

Continúa página siguiente

Infraestructura	Tumaco sufre un rezago en infraestructura que no encuentra su correlato en la acción institucional. Pese a que esta se erige como un atenuante para el establecimiento de cultivos de uso ilícito, el problema no ha sido tocado por el PNIS. Más bien, se registraron esfuerzos aislados de la gobernación que aún se mantienen en simples diálogos con las comunidades y que no llegan a tener un impacto real.	El Retorno no experimenta un rezago en la infraestructura vial puesto que esta se ha financiado con fondos de la industria extractiva. Sin embargo, en los otros componentes de la infraestructura tienen problemas que no han sido necesariamente intervenidos por el PNIS pero que sí han sido abordados en las estrategias institucionales locales sobre el cuidado del medio ambiente.
PARTICIPACIÓN SOCIAL Y COMUNITARIA		
Participación social	En el Consejo Comunitario de Alto Mira y Frontera se han dado incumplimientos de los acuerdos hechos con las comunidades indígenas al realizar operativos de erradicación forzosa. Con ello, se han desconocido el enfoque étnico del AFP y el derecho a la consulta previa de las comunidades afectadas por la ocupación irregular de campesinos cultivadores de coca y por la presencia de cultivos de uso ilícito en su título colectivo. A esto se suma la falta de articulación entre instancias creadas por el PNIS en el territorio para garantizar la participación y atención a los habitantes, así como la falta de organizaciones de campesinos fuertes en la zona, salvo la COCCAM, que ha tenido un gran papel.	Las comunidades indígenas se han reunido con funcionarios para acogerse al PNIS mediante procesos de concertación y respeto de la consulta previa. Adicionalmente, las autoridades administrativas locales han liderado los procesos de sustitución, al igual que entidades ambientales del orden local y nacional. Organizaciones sociales como las IAC, organizaciones de cocaleros, de mujeres, afros, indígenas y jóvenes han participado activamente en reuniones del PNIS. Finalmente, se han dado espacios de retroalimentación con las familias para solucionar problemas que se van presentando en la sustitución, en aspectos como asistencia técnica, pactos ambientales, pagos a los recolectores, etc.

Fuente: elaboración propia a partir de informes de la UNODC y del Acuerdo Final de Paz (2016).

Resultados sobre la implementación del PNIS en Tumaco y El Retorno desde una perspectiva comparada

La garantía de las condiciones de seguridad es fundamental para la ejecución de las metas propuestas en el PNIS. Sin embargo, las condiciones de vida de los habitantes tanto de El Retorno como de Tumaco no han mejorado en este aspecto. No obstante, es evidente que en Tumaco hay una mayor presencia de grupos armados en comparación a El Retorno, hecho que termina por generar un ambiente de conflicto, más aún cuando la presencia del Estado se da en términos de militarización y no de forma integral, lo cual ocasiona conflictos con los habitantes de los territorios a causa de los mecanismos de EMF. Este panorama ha resultado fatídico para la participación política, pues, como lo denuncia COCCAM (2018), Tumaco es uno de los municipios que han sufrido más asesinatos de sus miembros. Vale la pena resaltar que las disidencias toman un papel activo en la reactivación del conflicto especialmente en El Retorno, por ejemplo, mediante la resiembra de MAP, hecho que compromete la integridad física de los habitantes de estos municipios y dificulta el avance de la verificación y sustitución de los cultivos de uso ilícito.

Con relación a los pagos, el PAI ha tenido dinámicas diferentes en El Retorno y Tumaco. En el primero hay mayor cobertura y cumplimiento a las familias, pero con algunos retrasos, y en el segundo se presenta un mayor número de suspensiones a familias, lo que contribuye al menor cumplimiento en los pagos. Además, hay mayor cantidad de proyectos de seguridad alimentaria en El Retorno; sin embargo, los pagos del proyecto han tenido demoras por documentación, y en Tumaco los tiempos de inicio de asistencia técnica y de proyectos productivos han complejizado la implementación de los proyectos de seguridad alimentaria.

Por consiguiente, la asistencia técnica en El Retorno ha mostrado un mayor cumplimiento, debido principalmente a la mayor articulación que se presenta entre la comunidad y la institucionalidad, de manera que la asistencia responde a las dinámicas que el territorio requiere. A diferencia de esto, el acompañamiento de la administración es precario en Tumaco, como se refleja en la

percepción de los habitantes de que la asistencia no está respondiendo integralmente a los problemas y necesidades del territorio y de la población, por lo cual los resultados han sido escasos.

Esto ha influido en la puesta en marcha de los proyectos productivos, pues si bien en los dos municipios se han iniciado cultivos de productos como el cacao, el *sacha inchi*, etc. (mayormente en El Retorno), la viabilidad de estos se ha diferenciado de manera importante por dos cosas: por un lado, por los atrasos en pagos y, por el otro, por el tema de acceso y tenencia de tierras. Así, en Tumaco la escasa propiedad de la tierra de muchos campesinos ha inviabilizado la sustitución, mientras que en El Retorno esta problemática ha tenido menos impacto y se han logrado concretar muchos proyectos. Sobre la comercialización, en los dos municipios existen dificultades: en Tumaco los avances en general son muy precarios, mientras que en El Retorno las dificultades surgen como producto de la priorización que hizo el Gobierno con los pagos a corto plazo, lo que deja bajo incertidumbre las medidas para comercializar a largo plazo.

El acceso a tierras en Tumaco ha mostrado un avance en el programa Formalizar para Sustituir y en El Retorno no se encuentra todavía títulos de formalización entregados a las familias. Sin embargo, en Tumaco existe un conflicto horizontal en acceso a tierras entre campesinos y la comunidad afro que integra los territorios comunitarios, conflicto en el que no ha intervenido el Gobierno, según manifiestan las comunidades indígenas, lo cual dificulta el proceso de formalización. Además, en los dos municipios no hay un avance en los programas del Fondo de Tierra y el SIRA, y en los municipios de Nariño y Guaviare hay una concentración de los cultivos de uso ilícito fuera de la frontera agrícola que mengua el proceso de formalización.

En esta línea, en ambos municipios el desarrollo de infraestructura no ha sido abordado de manera importante en la implementación del PNIS, pues aunque en El Retorno ha habido mayores desarrollos, como producto de recursos de minería, estos no han venido de la mano del PNIS; y, en Tumaco, la situación se agrava mucho más teniendo en cuenta el tamaño (3760 km²) y las dificultades de acceso y costos de transporte, a lo que se agregan el poco

impacto del PNIS en este aspecto y las aisladas iniciativas de la gobernación, que no se traducen en impactos reales para el municipio.

Finalmente, la participación social se ha manifestado como uno de los ejes en los que más difieren los hallazgos en ambos municipios, pues mientras en El Retorno la participación de múltiples grupos de ciudadanos y organizaciones ha sido efectiva y constante en el proceso de implementación, de la mano de actores gubernamentales y ambientales, en Tumaco los habitantes han visto el incumplimiento de los acuerdos de sustitución con el Gobierno de distintas formas: no se ha respetado el enfoque étnico del AFP, se han realizado operativos de EMF y las garantías de seguridad para la participación son precarias, si no inexistentes, como se refleja en las cifras de asesinatos de líderes sociales.

Conclusiones

Los dos municipios analizados presentan las diferencias más importantes en los ejes que tienen que ver con la implementación en el ámbito territorial, más que en el nacional, y en el orden estructural, más que en el situacional. Esto se explica porque aspectos como la interdicción, la asistencia financiera y técnica, la integración económica y la infraestructura han tenido rezagos y avances coordinados en el ámbito nacional, dado que su ejecución depende fundamentalmente de entidades gubernamentales. En cambio, la seguridad, el acceso a tierras y la participación social han reflejado la acción conjunta de diferentes actores, organizaciones y comunidades, según las dinámicas propias de cada contexto, que explican los resultados en uno y otro municipio.

Esto tiene dos implicaciones importantes: 1) que las dinámicas particulares de cada territorio determinan el proceso de implementación y 2) que el modelo de intervención del desarrollo alternativo en Colombia debe prestar más atención a ámbitos de intervención que tienen que ver con la transformación del territorio y de las condiciones de vida de la población, como son la seguridad (entendida integralmente también como presencia institucional del Estado) y la estructura de tierras en el país.

De acuerdo con esto, la dinámica del conflicto armado y de seguridad en Tumaco ha impactado en gran medida en otros ámbitos, como el de la participación social de las familias y comunidades en la implementación, la cual se ha revelado como un eje muy importante, pues ha permitido la articulación con la institucionalidad y la viabilidad de estrategias coordinadas y en consonancia con las necesidades del territorio en El Retorno, dinámica que se encuentra muy ausente en Tumaco.

De igual manera, se ve que el eje de tierras es un aspecto clave en la efectividad del desarrollo de proyectos productivos que permitan a las familias vincularse a la economía legal del país. Por un lado, es en este punto donde la articulación con el punto de reforma rural del AFP resulta crucial para la sustitución, y ante su escasa implementación en el acceso a tierras y la precaria tenencia de tierra de muchos campesinos y pequeños productores, la integración económica ha sido inviable a pesar de que en ambos municipios se hayan desarrollado iniciativas de proyectos (guardando las proporciones). En este tema, el microfundio incentivado por la economía de la coca ha mantenido una estructura rural en donde los campesinos han subsistido con muy poco territorio cultivable, especialmente en los municipios más afectados por la presencia de cultivos de uso ilícito, como es el caso de Tumaco.

Los resultados en temas de asistencia financiera, técnica, e infraestructura resultan ser aspectos que, si bien se vinculan con aspectos como la participación social que permite el control social y la articulación y dinamización de estos procesos, derivan principalmente de la falta de voluntad política del Gobierno nacional, principalmente por tres cosas. Primero, los inmensos retrasos con respecto a los tiempos que se contemplaban en el AFP. Segundo, la poca asignación presupuestal destinada a implementación de los distintos puntos. Y tercero, la escasa presencia institucional del Estado en los territorios, lo cual no solo ha dejado a las comunidades sin acceso a múltiples servicios, sino que ha permitido que distintos grupos armados ilegales se disputen el control de los territorios, con las inminentes y fatídicas consecuencias para la población, aspecto que, como se vio, ha influido mucho en las garantías para la sustitución de cultivos de uso ilícito.

Por lo anterior, se entiende que cada territorio tiene dinámicas propias que determinan el proceso de implementación del PNIS y que inciden principalmente en los ámbitos de seguridad, acceso y tenencia de tierras, y garantías de participación social. Todos los ejes del desarrollo alternativo requieren la coordinación y acción de la institucionalidad estatal. Sin embargo, en esos puntos es donde el Estado debería prestar una mayor atención, dado que esos factores (que, si bien no son fáciles de solucionar, requieren intervención urgente) están dificultando que haya una transformación real de los territorios y de las condiciones de vida de la población, tal como lo demanda el programa de sustitución voluntaria de los cultivos ilícitos.

Para poder implementarse con eficacia, los aspectos de asistencia financiera, técnica, proyectos productivos, etc., exigen que primero se den garantías de seguridad y acceso a tierras, e igualmente requieren que el Gobierno nacional, encabezado por el presidente de la república, Iván Duque, priorice la implementación del AFP, tanto en términos financieros como de acción institucional. De lo contrario, serán las comunidades las que seguirán viviendo con escasa presencia del Estado, bajo la coacción de diversos grupos armados ilegales, sin participación en las acciones que a ellos les conciernen y afectan, y obligadas a permanecer en la economía ilegal dada la imposibilidad de encontrar alternativas viables para su subsistencia económica. Es en ese nivel donde debe ponerse el foco y priorizar la implementación del PNIS, con todas las medidas que demanda, pues es la base para solucionar el problema de drogas en el país.

Referencias

- Acuerdo Final de Paz. (2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Recuperado de: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>.
- Agencia Nacional de Tierras [ANT]. (2018). Informe de rendición de cuentas para la Construcción de Paz. Recuperado de: <http://www.>

agenciadetierras.gov.co/wp-content/uploads/2018/07/Informe-Individual-Rendicion-Cuentas-de-Paz-Agencia-Nacional-de-Tierras-V2.pdf.

Agencia Nacional de Tierras [ANT]. (2019a). La Agencia Nacional de Tierras entrega 11 títulos de propiedad a las familias campesinas del municipio de Tumaco. Recuperado de: <http://www.agenciadetierras.gov.co/2019/11/05/la-agencia-nacional-de-tierras-entrega-11-titulos-de-propiedad-a-las-familias-campesinas-del-municipio-de-tumaco/>.

Agencia Nacional de Tierras [ANT]. (2019b). Informe de gestión primer trimestre 2019. Recuperado de: <http://www.agenciadetierras.gov.co/wp-content/uploads/2019/06/Informe-de-gestion-1er-trimestre-2019.pdf>.

Álvarez Vélez, Karol. (2019). Investigan veracidad de panfleto con amenazas a líderes en Guaviare. RCN Radio. Recuperado de: <https://www.rcnradio.com/colombia/llanos/investigan-veracidad-de-panfleto-con-amenazas-lideres-en-guaviare>.

Bagley, B. y Tokatlian, J. (1987). La política exterior de Colombia durante la década de los 80: los límites de un poder regional. En M. Hirst (comp.), *Continuidad y cambio en las relaciones América Latina-EE. UU.* Buenos Aires: GEL.

La barbarie se ensaña contra Tumaco. (2019). *Verdad Abierta*. Recuperado de: <https://verdadabierta.com/la-barbarie-se-ensana-tumaco/>.

Centro de Investigación y Educación Popular [Cinep]. (2017). Tumaco: ¿Víctima de quién? Informe primer semestre de 2017. Recuperado de: https://www.cinep.org.co/publicaciones/PDFS/20171101.informe2017-I_tumaco.pdf.

El clamor de Nariño por la sustitución voluntaria de cultivos de coca. (2019, marzo 25). *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/colombia2020/territorio/el-clamor-de-narino-por-la-sustitucion-voluntaria-de-cultivos-de-coca-articulo-857799>.

Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia. (2015). Lineamientos para un nuevo enfoque de la política de drogas en Colombia. Informe final. Bogotá, Colombia. Recuperado de: http://www.odc.gov.co/Portals/1/comision_asesora/docs/informe_final_comision_asesora_politica_drogas_colombia.pdf.

Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación [CEPEC]. (2019). Informe de gestión. Recuperado de: <http://www.posconflicto>.

- gov.co/Documents/CPEConsolidacion-Informe-Gestion-Agosto2018-Abril2019.pdf.
- Contraloría General de la Republica. (2019). Informe auditoría de cumplimiento reforma rural integral. Bogotá, Colombia. Recuperado de: https://www.minagricultura.gov.co/planeacion-control-gestion/Gestin/Informes_Auditoria_Contraloria_General_de_la_Republica/Vigencia_2019/Informe%20Final%20RRI%202017-2018.pdf.
- Coordinadora Nacional de Cultivadores de Coca, Amapola y Marihuana [COWCCAM]. (2018). Informe nacional sobre violación de derechos humanos en la implementación del punto 4 “Solución al problema de las drogas ilícitas” a la COCCAM. Recuperado de: <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2019/08/INFORME-NACIONAL-SOBRE-VIOLACION-DE-DERECHOS-HUMANOS-EN-LA-IMPLEMENTACION-DEL-PUNTO-4-COCCAM..pdf>.
- Defensoría del Pueblo. (2017). Análisis de la fase inicial de diseño e implementación del Programa Nacional de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito-PNIS. Delegada para los Asuntos Agrarios y Tierras. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://verdadabierta.com/wp-content/uploads/2018/11/Informe-PNIS-2017-para-web-1.pdf>.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2019). Índice de necesidades básicas insatisfechas. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/necesidades-basicas-insatisfechas-nbi>.
- Destacan erradicación de coca en Meta y Guaviare. (2018, septiembre 21). *El Tiempo*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/colombia/destacan-erradicacion-de-coca-en-meta-y-guaviare-271564>
- ¿En qué va el conflicto de tierras en Tumaco? (2017, octubre 25). *El País*. Recuperado de: <https://www.elpais.com.co/judicial/en-que-va-el-conflicto-de-tierras-en-tumaco.html>.
- Los enredos del Programa Nacional de Sustitución de Cultivos Ilícitos. (2018). *Revista Semana*. Recuperado de: <https://sostenibilidad.semana.com/impacto/articulo/los-enredos-del-programa-nacional-de-sustitucion-de-cultivos-ilicitos/42349>.
- Excocaleros de Guaviare: contentos por el presente, estresados por el futuro. (2018 marzo 15). *Pacifista*. Recuperado de: <https://pacifista.tv/notas/excocaleros-de-guaviare-contentos-por-el-presente-estresados-por-el-futuro/>.

- Fundación Ideas Para la Paz [FIP]. (2017). Informe 27 “Crimen organizado y saboteadores armados en tiempos de transición”. Recuperado de: <http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/596b780902224.pdf>.
- Fundación Ideas Para la Paz [FIP]. (2018). Quiénes son las familias que viven en las zonas con cultivos de coca: Caracterización de las familias beneficiarias del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (PNIS). Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/colombia/2018/Agosto/Quienes_son_las_familias_que_viven_en_las_zonas_con_cultivos_de_coca_N.1.pdf.
- Fundación Ideas para la Paz [FIP]. (2019, abril). ¿En qué va la sustitución de cultivos ilícitos? Desafíos, dilemas actuales y la urgencia de un consenso. Recuperado de: http://ideaspaz.org/media/website/FIP_sustitucion_VOLO6.pdf.
- Fundación Paz y Reconciliación [Pares]. (2018). Informe “Como va la paz”. Recuperado de: <https://pares.com.co/wp-content/uploads/2018/06/INFORME-FINAL-2018-ilovepdf-compressed.pdf>.
- Gobernación de Nariño. (2019, noviembre 13). Asistencia técnica integral para la sustitución de cultivos en Tumaco. Recuperado de: <https://nariño.gov.co/inicio/index.php/sala-de-prensa/noticias/2022-asistencia-tecnica-integral-para-la-sustitucion-de-cultivos-ilicitos-en-tumaco>.
- Hay 13 mil familias suspendidas en el programa de sustitución de coca. (2019). *La Silla Vacía*. Recuperado de: <https://lasillavacia.com/hay-13-mil-familias-suspendidas-en-el-programa-de-sustitucion-de-coca-68665>.
- Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas. (2018). Plan General de Asistencia Técnica con Enfoque Agroambiental.
- Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz [Indepaz]. (2018, diciembre). Cauca y Nariño: crisis de seguridad en el posacuerdo. Recuperado de: <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2019/01/INFORME-ESPECIAL-CAUCA-NARIN%CC%83O.pdf>.
- Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales [Iepri]. (2018). ¿Cuáles son los patrones? Asesinatos de líderes sociales en el post acuerdo. Recuperado de: <https://www.cinep.org.co/publicaciones/es/producto/cuales-son-los-patrones-asesinatos-de-lideres-sociales-en-el-post-acuerdo/>.

- Instituto Geográfico Agustín Codazzi [IGAC]. (2012). Atlas de la distribución de la propiedad rural en Colombia. Bogotá, Colombia.
- Malagón, M. (1998). Los Derechos Humanos en las relaciones Estados Unidos-Colombia (1977-1997). En L. A. Restrepo (coord.). *Estados Unidos. Potencia y prepotencia*. Bogotá: Tercer Mundo; Iepri; DNP.
- Matthiesen, T. (2000). El surgimiento del problema de la droga en las relaciones colombo-estadounidenses en los años 1980. En *El arte político de conciliar: El tema de las drogas en las relaciones entre Colombia y EE. UU., 1986-1994*. Bogotá: Fescol; Cerec; Fedesarrollo.
- Ministerio de Agricultura. (2018, mayo 21). MinAgricultura destina \$3.400 millones para implementar proyectos productivos de pescadores de Tumaco. Recuperado de: [https://www.minagricultura.gov.co/noticias/Paginas/MinAgricultura-destina-\\$3-400-millones-para-implementar-proyectos-productivos-de-pescadores-de-Tumaco.aspx](https://www.minagricultura.gov.co/noticias/Paginas/MinAgricultura-destina-$3-400-millones-para-implementar-proyectos-productivos-de-pescadores-de-Tumaco.aspx).
- Ministerio de Justicia y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2014). Caracterizaciones regionales y departamentales. Recuperado de: <http://www.odc.gov.co>.
- Nueva jornada de pagos a campesinos vinculados al programa de sustitución de cultivos ilícitos. Entrevista a Fidel Navarro. (2018, agosto 24). *Marandua Stereo*. Recuperado de: <https://marandua.com.co/programa-sustitucion-cultivos-guaviare/>.
- Observatorio de Drogas de Colombia [ODC]. (2019). Bases de datos. Recuperado de: <http://www.odc.gov.co>.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC]. (2010). Desarrollo alternativo en el área andina GUÍA TÉCNICA Nueva York, EE. UU. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/colombia/2019/Agosto/Informe_de_Monitoreo_de_Territorios_Afectador_por_Cultivos_Illicitos_en_Colombia_2018_.pdf.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC]. (2019a). Informe ejecutivo consolidado PNIS No. 16. Recuperado de: http://viva.org.co/cajavirtual/svco645/pdfs/Informe_ejecutivo_consolidado_NC2%BA_16.pdf?.pdf?.pdf.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC]. (2019b). Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2018. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/colombia/2019/Agosto/Informe_de_Monitoreo_de_Territorios_Afectador_por_Cultivos_Illicitos_en_Colombia_2018_.pdf.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC].

(2019c). Monitoreo y verificación de compromisos de sustitución de cultivos ilícitos-Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos-PNIS. Recuperado de: <https://verdadabierta.com/wp-content/uploads/2018/11/INFORME-EJECUTIVO-CONSOLIDADO-14.pdf>.

Pérez-Liñán, A. (2007). *El método comparativo: fundamentos y desarrollos recientes*. Pensilvania: Universidad de Pittsburgh.

Presidencia de la República. (2018a, abril 20). Más de 1.800 familias que sustituyeron la coca en Tumaco recibirán 65 mil millones de pesos en proyectos productivos. Sistema Informativo del Gobierno. Recuperado de: <http://es.presidencia.gov.co/sitios/busqueda/noticia/180420-Mas-de-1800-familias-que-sustituyeron-la-coca-en-Tumaco-recibir%C3%A1n-65-mil-millones-de-pesos-en-proyectos-productivos/Noticia>.

Presidencia de la Republica. (2018b). Italia anuncia la contribución de un millón de euros para el desminado humanitario en Colombia. Recuperado de: <http://es.presidencia.gov.co/noticia/180220-Italia-anuncia-la-contribucion-de-un-millon-de-euros-para-el-desminado-humanitario-en-Colombia>.

Presidencia de la República. (2018c, mayo 19). En área de Tumaco más de 17 mil familias participarán en programa de sustitución voluntaria. Sistema Informativo del Gobierno. Recuperado de: <http://es.presidencia.gov.co/noticia/180519-En-area-de-Tumaco-mas-de-17-mil-familias-participaran-en-programa-de-sustitucion-voluntaria>.

Programa de sustitución de coca está paralizado en Nariño. (2018, septiembre 18). *Caracol Radio*. Recuperado de: https://caracol.com.co/emisora/2018/09/18/pasto/1537274081_441960.html.

Prosperidad Social. (2019, octubre 19). Comunidades afrodescendientes de Tumaco son protagonistas en Feria de inclusión de Prosperidad Social. Recuperado de: <https://www.prosperidadsocial.gov.co/inf/not/Paginas/Comunidades-afrodescendientes-de-Tumaco-son-protagonistas-en-Feria-de-inclusi%C3%B3n-de-Prosperidad-Social.aspx>.

Ramírez, C. y Vargas, Y. (2019). En Tumaco no saben qué pasará con el PNIS. *Verdad Abierta*. Recuperado de: <https://verdadabierta.com/tumaco-no-saben-pasara-pnis/>.

Rocabado, J. (1994). *Estados Unidos contra las drogas*. La Paz, Bolivia: Ediciones Cerid.

- Torregrosa, J. (2011). *El desarrollo alternativo como herramienta de lucha integral a los cultivos de uso ilícito en Colombia. Análisis gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010)* (tesis de grado). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/10445>.
- Uprimny, R., Guzmán, D., Parra, J. y Bernal, C. (s. f.). Políticas de drogas frente al consumo en Colombia: análisis desde una perspectiva de derechos humanos. Colectivo de Estudios de Drogas y Derecho.



Semilleros de Investigación 2019, fue editado por Unijus, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Forma parte de la Colección Publicaciones de Posgrados de Derecho y Ciencias Políticas. El texto fue compuesto en caracteres de la familia Ancizar. El libro se terminó de imprimir en Bogotá, en los talleres de DGP Editores en el mes de diciembre del año 2019.