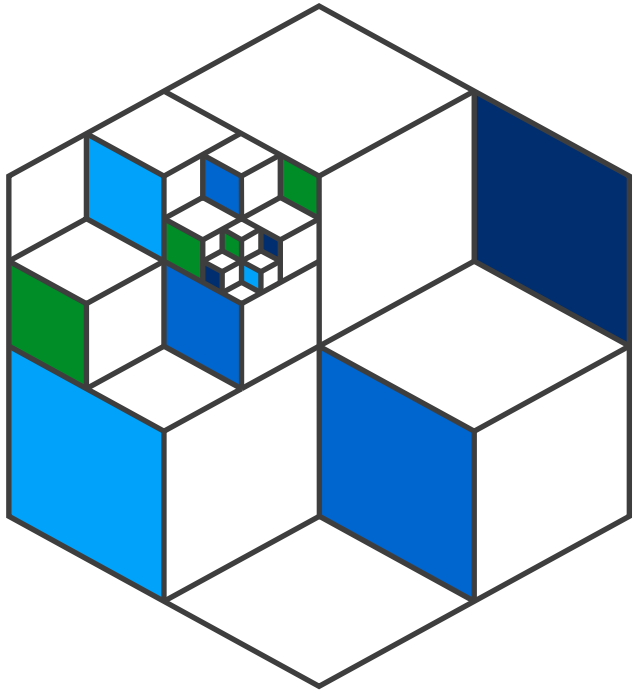
N.º 30
ISSN 2256-232x

investigaciones en construcción

# Semilleros de Investigación 2016



*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

# Semilleros de Investigación 2016

N.º 30

UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

**Bogotá D. C., 2017**

Los semilleros de investigación son un espacio académico que tiene por objetivo acercar a los estudiantes de Derecho y Ciencia Política a las actividades que se desarrollan en el marco de los proyectos de investigación. En tal sentido, Investigaciones en Construcción publica los artículos elaborados por los estudiantes, como resultado de los semilleros de investigación.

***Investigaciones en Construcción, n.° 30***
**Resultado de Semilleros de Investigación 2016**

**Publicación anual**
**Bogotá D. C. 2017**

**© 2017, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá**
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus

André-Noël Roth Deubel, *Director*
Juan Sebastian Solano, *Coordinador Editorial*
Ángela María Herrera, *Coordinadora Académica*
Ana Marlen Garzón Urrego, *Coordinadora Administrativa*
Laura Melissa Ruano Chacón, *Diseñadora Gráfica*
e-mail: *insisjpg_bog@unal.edu.co*

**Arte de carátula y diseño original de la Serie Investigaciones en Construcción**
Laura Melissa Ruano Chacón

**Corrección de estilo**
Juan David Rincón, Érika Mesa y Ricardo Camacho

ISSN: 2256-232x

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización del titular de los derechos patrimoniales

*In memoriam*

En homenaje al profesor

Edgar Alberto Novoa Torres (q. e. p. d.),

quien incentivó en sus estudiantes

el espíritu investigativo y crítico,

así como el mejoramiento continuo

de los procesos académicos en la Facultad.

# Contenido


**11-18** **Lista de siglas y acrónimos**

**19-24** **Presentación**

## Sección I

**27-59** **Víctimas del conflicto armado colombiano en tránsito a sujetos democráticos: el derecho a la verdad como eje reparador (2011-2016)**

*Victims of the colombian armed conflict in transit to a democratic subject: right to truth as an axis for reparation (2011-2016)*

Jacobo Díaz Blandón, Laura Cristina Montenegro Sarmiento, Ángela Beatriz Torres Tamayo

*Grupo de investigación Colectivo de Estudios Poscoloniales/Decoloniales en América Latina, Colectivo (Copal)*

**61-99** **Conflictividad territorial en el Catatumbo. Un horizonte intercultural por construir**

*Territorial conflicts in the Catatumbo. An intercultural horizon to build*

Danna Carolina Aguilar Gómez, Jefferson José Cruz Medina, Juan David Sánchez Vargas

*Grupo de investigación Relaciones Interétnicas y Minorías Culturales*

**101-127** **La representación de las Farc-EP en la prensa colombiana. Análisis de las noticias de *El Tiempo* y *El Espectador* en el marco de los diálogos de paz en La Habana (2012-2016)**

*The representation of the Farc-EP in the Colombian press. Analysis of the news of* El Tiempo *and* El Espectador *in the framework of dialogues of Peace in Havana (2012-2016)*

Ángel David Acosta Forero, Hugo Ernesto García Gómez, Lina Marcela Hurtado Valero, David Antonio Giraldo Vargas

*Grupo de investigación Cultura Jurídico-Política, Instituciones y Globalización*

129-160 **Democracia e insurgencia. Una mirada a las propuestas para la reconfiguración de la democracia de dos movimientos insurgentes armados (ELN y M-19) en Colombia entre 1979 y 2016**

*Democracy and insurgency. A look at the proposals for the reconfiguration of democracy of two armed insurgent groups (ELN and M-19) in Colombia between 1979 and 2016*

Cristian Camilo Jiménez Riaño, Valentina Muñoz Bernal
*Grupo de investigación Seguridad y Defensa*

161-187 **Reparación de víctimas en el sistema de la Corte Penal Internacional: obstáculos y deficiencias**

*Victims' reparation under the International Criminal Court system: obstacles and shortcomings*

Carlos Ariel Bautista González, Jhojann Esteven Suárez Orjuela, Nathalia Andrea Vásquez
*Grupo de investigación Grupo de Estudios Penales, Conflicto y Política Criminal*

## Sección II

191-220 **Conflictividad ambiental urbana y de aguas en Bogotá**

*Urban environmental and water conflict in Bogotá*

Salma Sofía Baizer Cassab, Daniel Felipe Martínez Gamboa, Miguel Angel Fandiño Castro, Johans Steven Isaza Salazar
*Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (Gidca)*

221-250 **Conflictividad ambiental en La Guajira: derecho al agua**

*Environmental crisis in the Guajira: right to water*

Ivon Lizeth Rodríguez Torres, Johan Ferley Rodríguez Fonseca, Felipe Andrés Martínez Rojas
*Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (Gidca)*

251-274 **Consecuencias ambientales de las actividades mineras de carbón en Tibú, Norte de Santander, en el periodo 2002-2015**

*Environmental consequences caused by coal mining activities in Tibú, Norte de Santander, period 2002-2015*

Camila Andrea Ortiz Díaz, John Mario Montenegro Galindo, Adriana María Guerrero Arias
*Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (Gidca)*

## Sección III


**277-307 Análisis sobre la implementación de la oralidad en la administración de justicia en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina**

*Analysis of the implementation of orality in the administration of justice in the Archipiélago of San Andrés, Providencia y Santa Catalina*

Brenda Gabriela Muskus González, Silvia Juliana Tello Solano, Natalia Andrea Zuluaga Acevedo

*Grupo de investigación Relaciones interétnicas y minorías culturales*

**309-336 Hacia una aproximación económico-jurídica de la maternidad subrogada y su regulación**

*Towards a Legal and Economic Approximation of Surrogate Motherhood and Its Regulation*

Andrea Carolina Reyes Olmos, Juan Camilo Bedoya Chavarriaga, Diana Marcela Daza Gacha, David Felipe Morales Martínez

*Semillero La maternidad subrogada en Colombia*

**337-371 Responsabilidad médica: un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado**

*Medical Liability: study from Jurisprudence of Supreme Court of Justice, Constitutional Court and State Council*

Tatiana Mogollón Rangel, Felipe Alejandro Cortés González, Juan Sebastián Cortés Espitia

*Grupo de Investigación para la Articulación del Derecho Civil y los Derechos Económicos Sociales y Culturales, Giadesc*

**373-402 La interpenetración de la justicia transicional y la justicia ordinaria: estudio orientado a la complejidad sobre la seguridad jurídica y el debido proceso**

*The interpenetration of the Transitional Justice and Ordinary Justice: research to guide the complexity about legal certainty and due process*

Sara Carrillo Vargas, Oscar Duvan Aparicio Suárez, Oscar Alejandro Delgado Díaz

*Semillero La interpretación de la justicia transicional y la justicia ordinaria*

**403-428 Inconstitucionalidad del artículo 6° de la Ley 1121 del 2008 de teletrabajo, por la vulneración de principios de derecho laboral contenidos en la Constitución Política de Colombia**

*Unconstitutionality of article 6th of Ley 1121 del 2008, for violating labor law principles contained in the Constitution of Colombia*

Valeria López Olaya, David Morales Castaño, Delma Camila Mesa Villamil, Daniela Ríos Moreno

*Grupo de investigación Escuela de Justicia Comunitaria (EJCUN)*

**429-452 Discursos mediáticos sobre el delito de cuello blanco**
*Mediatic Discourses on White-Collar Crime*
José David Lugo Forero, David Alejandro Luna Barrera, Yennifer Katerine Rodríguez Hernández
*Escuela de investigación en criminología mediática, justicia penal y política criminal "Luis Carlos Pérez"*

**453-476 Derecho administrativo para el posconflicto: hacia una administración transicional**
*Administrative Law for Post-Conflict. Towards a Transitional Administration*
David Gonzalo Muñoz Quetamá, Michael Javier Quiroga Vega, Lian Sahir Vargas Neira
*Grupo de investigación Derecho Constitucional y Derechos Humanos*

## Sección IV

**479-507 ¿Por qué TransMilenio en Bogotá está en crisis?**
*¿Why TransMilenio in Bogotá is in crisis?*
Ángela María Herrera Puyana, Laura Daniela Gómez Rodríguez, María Fernanda García Fonseca
*Grupo de Investigación Presidencialismo y Participación*

**509-550 Impactos económicos, políticos y jurídicos de la crisis de la caída de los precios del petróleo desde 2014 en Colombia, Argentina y Venezuela**
*Economic, political and legal impacts of the falling oil prices crisis since 2014 in Colombia, Argentina and Venezuela*
María José Sánchez Sánchez, Santiago Sotelo Ardila, Daniela Velásquez Sarmiento
*Grupo de Investigación Grupo de Estudio Economía Digna (Geed)*

**551-575 Diagnóstico de implementación del Código País de Mejores Prácticas Corporativas: el mejoramiento de la arquitectura de control y el problema de la agencia en las juntas directivas**
*Diagnosis of implementation of the Código País de mejores prácticas corporativas: the improvement of the control architecture and the problem of the agency in the boards of directors*
María Paula Herrera Duque, Luisa Fernanda Valderrama
*Grupo de investigación Arbitraje Nacional e Internacional (ANI)*

# Lista de siglas y acrónimos

**ACD**
Análisis crítico del discurso

**Acnur**
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

**ACNUDH**
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

**ADN**
Ácido desoxirribonucleico

**AEPER-CPI**
Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

**AMV**
Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia

**AN**
Asamblea Nacional de Venezuela

**ANH**
Agencia Nacional de Hidrocarburos

**Anla**
Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

**ANM**
Agencia Nacional de Minería

**Anapo**
Alianza Popular Nacional

**Anzorc**
Asociación Nacional de Zonas de Reserva Campesina

**APP**
Asociaciones público-privadas

**ARN**
Ácido ribonucleico

**Ascamcat**
Asociación Campesina del Catatumbo

**Asou'wa**
Asociación de Autoridades Tradicionales y Cabildos U'wa

**Asocbarí**
Asociación Comunidad Motilón-Barí de Colombia

**Astracatol**
Asociación de Trabajadores Campesinos del Tolima

**AUC**
Autodefensas Unidas de Colombia

**Bacrim**
bandas criminales

**BBC**
British Broadcasting Corporation

**BIS**
Bank for International Settlements (Banco de Pagos Internacionales)

**BM**
Banco Mundial

**BTR**
Bus de Tránsito Rápido

**BCV**
Banco Central de Venezuela

**BVC**
Bolsa de Valores de Colombia

**CADTM**
Comité para la abolicion
de las deudas ilegitimas

**CAF**
Corporación Andina de Fomento

**CAR**
Corporación Autónoma Regional
de Cundinamarca

**CCA**
Código Contencioso Administrativo

**CDESC**
Comité de Derechos Económicos,
Sociales y Culturales

**CDMA**
Comisión Delegada para el sector Medio
Ambiente de la Contraloría General
de la República

**Cedema**
Centro de Documentación
de los Movimientos Armados

**Cedetrabajo**
Centro de Estudios de Trabajo

**CEH**
Centro de Memoria Histórica (Guatemala)

**Censat**
Centro Nacional Salud, Ambiente y Trabajo

**CEVNR**
Comisión para el Esclarecimiento de la
Verdad, la Convivencia y la No Repetición

**CGP**
Código General del Proceso

**CHCV**
Comisión Histórica del Conflicto
y sus Víctimas

**Ciadi**
Centro Internacional de Arreglo de
Diferencias Relativas a Inversiones

**Ciama**
Conferencia Internacional sobre
Agua y Medio Ambiente

**CICR**
Comité Internacional de la Cruz Roja

**Ciipe**
Comisión Intersectorial de
Infraestructura y Proyectos Estratégicos

**Cinep**
Centro de Investigación y Educación Popular

**Cisca**
Comité de Integración Social del Catatumbo

**Clacso**
Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales

**CNA**
Coordinador Nacional Agrario

**CNG**
Coordinadora Nacional Guerrillera

**CNMH**
Centro Nacional de Memoria Histórica

**CNRR**
Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación

**CGSB**
Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar

**Conpes**
Consejo Nacional de Política Económica y Social

**Corpacot**
Corporacion para la Proteccion Ambiental, Cultural y el Ordenamiento Territorial

**Corpoguajira**
Corporación Autónoma Regional de La Guajira

**Corte IDH**
Corte Interamericana de Derechos Humanos

**COSO**
Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (Comité de Patrocinadores de la Comisión Treadway)

**CP**
consejero ponente

**CPC**
Código de Procedimiento Civil

**CPI**
Corte Penal Internacional

**CPP**
Código de Procedimiento Penal

**CRA**
Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico

**Cree**
Sobretasa al impuesto sobre la renta para la equidad

**CSML**
Comisión de Seguimiento y Monitoreo al Cumplimiento de la Ley 1448 de 2011

**CST**
Código Sustantivo del Trabajo

**CUT**
Central Unitaria de Trabajadores de Colombia

**Dane**
Departamento Administrativo Nacional de Estadística

**DBO**
demanda bioquímica de oxígeno

**DCP**
Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

**DD. HH.**
derechos humanos

**Dejusticia**
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad

**DESC**
derechos económicos, sociales y culturales

**DIH**
Derecho Internacional Humanitario

**DNA**
deoxyribonucleic acid (ADN)

**DNP**
Departamento Nacional de Planeación

***DO***
*Diario Oficial*

**DPI**
Derecho Penal Internacional

**DPG**
diagnóstico genético preimplantatorio

**EAAB**
Empresa de Acueducto
y Alcantarillado de Bogotá

**EBA**
European Banking Authority

**EE. UU.**
Estados Unidos

**EJCUN**
Escuela de Justicia Comunitaria

**ELN**
Ejército de Liberación Nacional

**Embi**
Emerging Markets Bonds Index (Indicador de Bonos de Mercados Emergentes)

**EPL**
Ejército Popular de Liberación

**EPS**
Entidad Promotora de Salud

**ERP**
Enterprise Risk Management (Gestión Integral de Riesgos)

**Esmad**
Escuadrón Móvil Antidisturbios

**ETB**
Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá

**FF. AA.**
Fuerzas Armadas

**FAO**
Food and Agriculture Organization (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación)

**Farc-EP**
Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo

**FED**
Federal Reserve System (Sistema de la Reserva Federal)

**Fedesarrollo**
Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo

**FES**
Fundación Friedrich-Ebert-Stiftung

**FIDH**
Federación Internacional de Derechos Humanos

**FIV**
fecundación *in vitro*

**FMI**
Fondo Monetario Internacional

**FSB**
Financial Stability Board (Consejo de Estabilidad Financiera)

**Gaula**
Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal

**GDP**
Gross domestic product (Producto interno bruto-PIB)

**Geed**
Grupo de Estudio Economía Digna

**Giadesc**
Grupo de investigación para la Articulación del Derecho Civil y los Derechos Económicos Sociales y Culturales

**Gidca**
Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales

**GNC**
Gobierno Nacional Central

**GTPSS**
Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador

**IA**
inseminación artificial

**IAC**
inseminación artificial conyugal

**IAD**
inseminación artificial de donante

**IAHe**
inseminación artificial heteróloga

**IAHO**
inseminación artificial homóloga

**IAVH**
Instituto de Investigación de Recursos Biológicos "Alexander von Humboldt"

**ICANH**
Instituto Colombiano de Antropología e Historia

**ICC**
International Criminal Court

**ICESCR**
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

**ICFES**
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior

**ICTJ**
International Center for Transitional Justice (Centro Internacional para la Justicia Transicional)

**Ideade**
Instituto de Estudios Ambientales para el Desarrollo

**Ideam**
Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales

**IDEHPUCP**
Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

**IED**
Inversión Extranjera Directa

**IELTS**
International English Language Testing System (Sistema internacional de prueba del idioma inglés)

**IFI**
Institución Financiera Internacional

**Isis**
Islamic State of Iraq and Syria (Estado Islámico de Iraq y Siria)

**Incoder**
Instituto Colombiano de Desarrollo Rural

**Incora**
Instituto Colombiano para la Reforma Agraria

**Indupalma**
Industria Agraria La Palma

**IPS**
Institución Prestadora de Salud

**ISA**
Interconexión Eléctrica S. A. E.S.P.

**IVA**
Impuesto sobre el valor añadido. Impuesto sobre el valor agregado

**IVE**
interrupción voluntaria del embarazo

**JEP**
Jurisdicción Especial para la Paz

**M-19**
Movimiento 19 de abril

**MAR**
marco de apetito de riesgo

**MCLH**
mesa de conversaciones de La Habana

**Melicet**
Michigan English Language Institute College Entrance Test

**MMC**
medios masivos de comunicación

**MP**
magistrado ponente

**NYSE**
New York Stock Exchange (Bolsa de Nueva York)

**OCDE**
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

**Ocha**
Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios

**OEA**
Organización de Estados Americanos

**OMI**
Organización Internacional para las Migraciones

**OIT**
Organización Internacional del Trabajo

**OMC**
Organización Mundial del Comercio

**OMS**
Organización Mundial de la Salud

**ONG**
Organización No Gubernamental

**ONU**
Organización de las Naciones Unidas

**OPA**
oferta pública de adquisición

**Oxfam**
Oxford Committee for Famine Relief (Comité de Oxford para ayudar a la Hambruna)

**PDET**
programas de desarrollo con enfoque territorial

**PIB**
Producto Interno Bruto

**PIDCP**
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

**PIDESC**
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

**Pines**
Proyectos estratégicos de interes nacional

**PNB**
Producto Nacional Bruto

**PND**
Plan Nacional de Desarrollo

**PNN**
Parques Nacionales Naturales

**PNRIV**
Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas

**PNUD**
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

**PNUMA**
Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

**Pratec**
Proyecto Andino de Tecnologías Campesinas

**RAE**
Real Academia Española

**RAF**
Risk appetite framework (marco de apetito del riesgo)

**RNA**
Ribonucleic acid (ARN)

**RUV**
Registro Único de Víctimas

**SAI**
sociedad administradora de inversión

**SARC**
Sistema de Administración de Riesgo Crediticio

**Scare**
Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación

**SEC**
Securities and Exchange Commission (Comisión de Bolsa y Valores)

**SFC**
Superintendencia Financiera de Colombia

**SGR**
Sistema General de Regalías

**SIVJRNR**
Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición

**Sogeocol**
Sociedad Geográfica de Colombia

**SPI**
Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional

**TCA**
territorios campesinos agroalimentarios

**TIC**
tecnologías de la información y la comunicación

**TLC**
Tratado de Libre Comercio

**TOEFL**
Test of English as a Foreign Language (Examen de inglés como lenguaje extranjero)

**TRHA**
Técnica de Reproducción Humana Asistida

**TSJ**
Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela

**UACT**
Unidad Administrativa para la Consolidación Territorial

**UAF**
Unidades Agrícolas Familiares

**UEBPD**
Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del Conflicto Armado

**Unam**
Universidad Nacional Autónoma de México

**Unep**
United Nations Development Programme (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo)

**Unesco**
United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura)

**UNGRD**
Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres

**UNOPS**
United Nations Office for Project Services (Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos)

**UP**
Unión Patriótica

**Upme**
Unidad de Planeación Minero Energética

**URSS**
Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

**USAID**
U. S. Agency for International Development

**WWC**
World Water Council (Consejo Mundial del Agua)

**YPF**
Yacimientos Petrolíferos Fiscales S. A.

**Zidres**
Zonas de Interés de Desarrollo Rural Económico y Social

**ZRC**
Zona de Reserva Campesina

**ZRC-C**
Zona de Reserva Campesina del Catatumbo

# Presentación

EL INSTITUTO UNIDAD DE INVESTIGACIONES JURÍDICO-SOCIALES GERARDO MOLINA, Unijus, promueve y apoya el desarrollo e implementación de programas y proyectos que aporten al conocimiento de la realidad nacional e internacional y de las instituciones jurídicas, políticas y sociales. Por tal motivo, es fundamental el apoyo constante a la formación de semilleros de investigación en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Sede Bogotá, así como la consolidación de los semilleros ya existentes. Mediante la Convocatoria n.° 30 de 2016 fueron seleccionadas dieciocho propuestas de investigación integradas por un total de sesenta estudiantes, vinculados a un total de trece grupos de investigación.

Este número de *Investigaciones en Construcción* se divide en cuatro secciones temáticas: 1) investigaciones sobre el posconflicto, desde sus multiples matices; 2) conflictividades y derechos ambientales con estudios de caso en diversos puntos de la geografía nacional; 3) asuntos sociojurídicos referentes a temáticas propias de nuestra realidad social; y 4) análisis de problemáticas del país y de las regiones desde la perspectivas política y de las políticas públicas. De este modo, se demuestra el interes continuo de la academia y sus integrantes por las problematicas sociales, determinando el modo en que las teorías jurídicas y políticas pueden contribuir a la construcción de nuevas propuestas para su solución.

La presente publicación está compuesta por los artículos que resultaron de los proyectos aprobados.

## Sección I

**Víctimas del conflicto armado colombiano en tránsito a sujetos democráticos: el derecho a la verdad como eje reparador (2011-2016)**

Grupo de investigación Colectivo de Estudios Poscoloniales/Decoloniales en América Latina, Colectivo (Copal).

En este artículo, se analiza el contenido esencial del derecho a la verdad, para determinar si los mecanismos establecidos en la Ley 1448 de 2011 y en el "Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera" cumplen los estándares internacionales y si garantizan el derecho a la verdad para las víctimas. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Camilo Alberto Borrero García.

**Conflictividad territorial en el Catatumbo. Un horizonte intercultural por construir**

Grupo de investigación Relaciones Interétnicas y Minorías Culturales.

Este artículo realiza una aproximación a las conflictividades interculturales originadas por el choque de las territorialidades campesinas e indígenas presentes en la región del Catatumbo (Norte de Santander). Para ello, se identifican los actores que habitan y disputan este territorio, caracterizando la problemática desde sus diferentes variables y los condicionantes que impiden el desarrollo del proyecto intercultural propuesto. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Edgar Alberto Novoa (q. e. p. d.).

**La representación de las Farc-EP en la prensa colombiana. Análisis de las noticias de *El Tiempo* y *El Espectador* en el marco de los diálogos de paz en La Habana (2012-2016)**

Grupo de investigación Cultura Jurídico-Política, Instituciones y Globalización.

Este artículo analiza el discurso de los medios masivos de comunicación en Colombia, puntualmente de la prensa escrita (*El Tiempo* y *El Espectador*). Se realiza un acercamiento al conflicto armado con las Farc-EP y el papel de los medios de comunicación y se reflexiona en torno al papel que estos tienen en la representación de los diversos actores políticos frente a la sociedad civil. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Oscar Eduardo Mejía Quintana.

**Democracia e insurgencia. Una mirada a las propuestas para la reconfiguración de la democracia de dos movimientos insurgentes armados (ELN y M-19) en Colombia entre 1979 y 2016**

Grupo de investigación Seguridad y Defensa.

Estudia las propuestas para la reconfiguración de la democracia en Colombia de dos movimientos insurgentes armados (ELN y M-19) entre 1979 y 2016. Mediante una revisión documental de archivo, y el estudio interpretativo de los discursos existentes, recopila entrevistas e historias de vida de militantes de estos grupos, reconstruyendo las críticas a la democracia en Colombia hechas por el ELN y el M-19. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Carlos Medina Gallego.

**Reparación de víctimas en el sistema de la Corte Penal Internacional: obstáculos y deficiencias**

Grupo de investigación Grupo de Estudios Penales, Conflicto y Política Criminal.

Este artículo busca identificar la participación de las víctimas, las formas de reparación y la relación de la Corte Penal Internacional con los Estados, con el fin de identificar sus obstáculos y deficiencias. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor José Francisco Acuña Vizcaya.

## Sección II

**Conflictividad ambiental urbana y de aguas en Bogotá**

Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (Gidca).

Este trabajo investiga los conflictos ambientales redistributivos en la ciudad de Bogotá, centrándose en las diversas maneras de apropiación, acceso y goce del agua. Con este fin, este análisis se sustenta en una indagación teórica y en un estudio de casos en las localidades de Ciudad Bolívar, Suba y San Cristóbal. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Gregorio Mesa Cuadros.

**Conflictividad ambiental en La Guajira: derecho al agua**

Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (Gidca).

Esta investigación busca determinar las principales falencias de los proyectos implementados por el Gobierno nacional, que no han permitido superar la crisis ambiental en La Guajira, situación que afecta los derechos fundamentales de los ciudadanos, principalmente el derecho fundamental al agua. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Gregorio Mesa Cuadros.

**Consecuencias ambientales de las actividades mineras de carbón en Tibú, Norte de Santander, en el periodo 2002-2015**

Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (Gidca).

El posicionamiento de la minería, como pilar fundamental de la economía colombiana en los últimos gobiernos, y la preocupación por las consecuencias ambientales de la minería y la extracción de recursos energéticos son los temas abordado en este artículo. Esta investigación toma como caso de estudio el municipio de Tibú en Norte de Santander. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Gregorio Mesa Cuadros.

## Sección III

**Análisis sobre la implementación de la oralidad en la administración de justicia en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina**

Grupo de investigación de Relaciones Interétnicas y Minorías Culturales.

El trabajo de campo realizado en Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina pretendió conocer las dificultades de la implementación de la oralidad en la administración de justicia en ese departamento y las estrategias para mitigar el impacto del bilingüismo en las distintas instancias judiciales del circuito de San Andrés. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Edgar Alberto Novoa Torres (q. e. p. d.).

**Hacia una aproximación económico-jurídica de la maternidad subrogada y su regulación**

Semillero La maternidad subrogada en Colombia.

Por medio de un enfoque jurídico-económico se realiza un análisis de la maternidad subrogada, como técnica de reproducción humana asistida, una práctica social no regulada normativamente en el Estado colombiano; así como la concepción de la familia y los constructos sociales de las relaciones cotidianas. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección de los profesores Luis Arturo Suárez Pacheco y Marcela González Sandoval.

**Responsabilidad médica: un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado**

Grupo de Investigación para la Articulación del Derecho Civil y los Derechos Económicos Sociales y Culturales, Giadesc.

Con este estudio se aborda la discusión de la responsabilidad médica, tanto cívil como estatal, dada desde el ámbito de las altas Cortes del sistema jurídico colombiano, buscando la compresión conceptual de la responsabilidad médica, tanto como sus implicaciones y potencialidades. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor José Guillermo Castro Ayala.

**La interpenetración de la justicia transicional y la justicia ordinaria: estudio orientado a la complejidad sobre la seguridad jurídica y el debido proceso**

Semillero La interpretación de la justicia transicional y la justicia ordinaria.

Con este artículo se estudia cómo la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) cumpliría, o no, con la materializar el derecho a la justicia de las víctimas del conflicto armado colombiano. Asimismo, indaga los modos en que el Estado deberá garantizar tanto los derechos de las víctimas como los de los victimarios que se sometan a ella. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Héctor Henrique Quiroga Cubillos.

**Inconstitucionalidad del artículo 6° de la Ley 1121 del 2008 de teletrabajo, por la vulneración de principios de derecho laboral contenidos en la Constitución Política de Colombia**

Grupo de investigación Escuela de Justicia Comunitaria (EJCUN).

Este artículo analiza el teletrabajo, como una nueva modalidad de empleo en Colombia y sus posibles beneficios en la expansión del empleo, pero también los retos de su implementación y las afectaciones laborales que implicaría. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Edgar Ardila Amaya.

**Discursos mediáticos sobre el delito de cuello blanco**

Grupo de investigación Escuela de investigación en criminología mediática, justicia penal y política criminal "Luis Carlos Pérez".

Desde un análisis criminológico, este artículo aborda las lógicas y discursos mediáticos que subyacen a los delitos de cuello blanco, particularmente al desfalco de Interbolsa. Para este análisis, se tomaron las noticias de dos medios colombianos, en el periodo 2012-2013, en razón de la importancia que estos dieron a este caso. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Estanislao Escalante Barreto.

**Derecho administrativo para el posconflicto: hacia una administración transicional**

Grupo de investigación Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

En este artículo se realiza una revisión de los conceptos de administración pública y se define una administración para la transición, así como las posibles consecuencias de su implementación, en el contexto de los acuerdos de paz entre el Gobierno nacional y las Farc-EP y de ejecución de lo acordado en La Habana, Cuba. Este semillero estuvo bajo la dirección del profesor Andrés Abel Rodríguez Villabona.

## Sección IV

**¿Por qué TransMilenio en Bogotá está en crisis?**

Grupo de Investigación Presidencialismo y Participación.

Hace un análisis de la implementación del sistema de buses de tránsito rápido (BTR) en Bogotá —mediante la creación de la empresa de transporte Tercer Milenio TransMilenio S. A.— y los problemas que este presenta: alto precio de los pasajes, ineficacia para satisfacer la demanda creciente, protestas, bloqueos, largas filas, problemas de corrupción, entre otros. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Miguel Angel Herrera Zgaib.

**Impactos económicos, políticos y jurídicos de la crisis de la caída de los precios del petróleo desde 2014 en Colombia, Argentina y Venezuela**

Grupo de Investigación Grupo de Estudio Economía Digna (Geed).

Con esta investigación se analiza el impacto de la crisis en los sectores político, económico y judicial de estos países en el el periodo 2012-2016, tomando el caso de Colombia, Venezuela y Argentina, países que dependen de la producción de hidrocarburos, en especial del petróleo. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Daniel Alberto Libreros Caicedo.

**Diagnóstico de implementación del *Código País de Mejores Prácticas Corporativas:* el mejoramiento de la arquitectura de control y el problema de la agencia en las juntas directivas**

Grupo de Investigación Arbitraje Nacional e Internacional (ANI).

Esta investigación se centra en un diagnóstico de la implementación de las medidas recomendadas por el Código de Mejores Prácticas Corporativas Colombia (Código País) en las entidades emisoras de valores. El semillero de investigación estuvo bajo la dirección del profesor Fredy Andréi Herrera Osorio.

# Sección I

# Víctimas del conflicto armado colombiano en tránsito a sujetos democráticos: el derecho a la verdad como eje reparador (2011-2016)*

## *Victims of the colombian armed conflict in transit to a democratic subject: right to truth as an axis for reparation (2011-2016)*

Semillero de investigación vinculado al grupo de investigación Colectivo de Estudios Poscoloniales/Decoloniales en América Latina, Colectivo (Copal)**

**Laura Cristina Montenegro Sarmiento**
Departamento de Derecho
*lcmontenegros@unal.edu.co*

**Jacobo Díaz Blandón**
Departamento de Derecho
*jadiazbl@unal.edu.co*

**Ángela Beatriz Torres Tamayo**
Departamento de Derecho
*abtorrest@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33452 "El derecho a la verdad como elemento para la transición de las víctimas del conflicto armado colombiano hacia el sujeto democrático. Ley 1448 de 2011 y acuerdos de la Mesa de Negociación de La Habana (2011-2016)", dirigido por el profesor Camilo Alberto Borrero García.

** Los autores agradecen la colaboración y aportes de Diana Marcela Daza Gacha, coautora *ad honorem* de la investigación, y de la profesora Diana Carrillo González.

**Resumen:** El derecho a la verdad, como elemento del tránsito de la guerra a la de paz, se ha presentado como el primer paso a la reparación de las víctimas, la reconciliación y la no repetición. En este artículo, se analiza el contenido esencial del derecho a la verdad a partir del derecho internacional, para determinar si los mecanismos establecidos en la Ley 1448 de 2011 y en el "Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera" (en adelante *Acuerdo Final*) cumplen los estándares internacionales y si garantizan el derecho a la verdad para las víctimas. Por último, este artículo presenta un caso en el que se evidenciaron las conclusiones de la investigación.

**Palabras clave:** derecho a la verdad, víctimas del conflicto armado colombiano, sujeto democrático, democracia, acuerdos de la mesa de conversaciones de La Habana, Ley 1448 de 2011

**Abstract:** The right to truth has been shown as the first step of reparation for victims, the reconciliation of society and guarantees of no repetition during a transition from war to peace. In this article we reconstruct the essential content of the right to truth based on the international law, to analyze whether the law 1448 and the "Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera" satisfy the international standarts and also if they have really guarranteed the right to thuth. In the end, this article will conclude with case where the conclusions are evidenced.

**Keywords:** right to truth, victims, armed colombian conflict, democratic subject, democracy, acuerdos de la mesa de conversaciones de La Habana, Law 1448

## I. Introducción

Esta investigación parte de los resultados del semillero de investigación presentados en el artículo "Los paradigmas democráticos y el modelo colombiano: un análisis desde el sujeto, el voto y la representación"[1], que concluyó que el modelo democrático colombiano es de tipo participativo-representativo y que este ha sido condicionado por el conflicto armado (Daza, Díaz, y Montenegro, 2016). Debido a este fenómeno, se ha considerado que la flagrante y masiva vulneración de derechos humanos conllevó a que las víctimas perdieran su condición de ciudadanos y sujetos democráticos (Palomino y Rodríguez, 2015), siendo despojadas de su derecho a participar, directa o indirectamente, en la democracia colombiana. En este marco, podría afirmarse que las víctimas del conflicto armado colombiano han sido desplazadas hacia un estado antidemocrático. Según Diana Fuentes Becerra y Clara Atehortúa-Arredondo (2016), "las personas en situación de víctimas tienen un cambio en cuanto al ejercicio de sus derechos, que se denomina en términos de ciudadanías precarias, incompletas o en el bajo acceso a los derechos" (p. 68).

La transición hacia una sociedad en paz demanda el restablecimiento de los derechos de las víctimas y de su calidad de sujetos democráticos, a través de mecanismos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Este imperativo constituye al mismo tiempo derechos reconocidos a las víctimas, con los que se pretende fomentar su confianza en el Estado de derecho, promoviendo la reconciliación (CIDH, 2014, p. 31). Con lo anterior, se lograría una democracia en paz y con justicia social.

Uno de los ejes del restablecimiento de los derechos las víctimas es la verdad, como presupuesto para el logro de la paz, que asegura la no-repetición de los hechos (Cabrera, 2012) y permite el restablecimiento de la confianza cívica, garantizando el reconocimiento de las víctimas (Gutiérrez, 2010). El derecho a la verdad permite la participación de las víctimas en los procesos judiciales y administrativos, con el fin de esclarecer los hechos victimizantes y hacer que tanto ellas como la sociedad conozcan lo ocurrido (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 12 de octubre de 1997). Dichos mecanismos, en su carácter democrático, deberían permitir que la víctima recobre su calidad de sujeto político y de derechos, a través de su participación en diferentes escenarios.

En el marco de una justicia transicional, la Ley 1448 de 2011 entró en vigencia, respondiendo a estas necesidades, como una política pública que busca la reparación y atención integral a las víctimas del conflicto armado. Sin embargo, las normas en materia de verdad, contenidas en la Ley 1448, someten la consecución de la verdad individual a los

1 Artículo resultado del proyecto de investigación "Los paradigmas democráticos y el modelo colombiano".

escenarios judiciales, donde la víctima no necesariamente obtendrá la verdad de los hechos, sino una mera verdad procesal. Esta noción procedimental e individual que consagra la ley impide que las víctimas tengan una oportunidad real de divulgar sus historias y generar a partir de ellas la reconciliación social necesaria para el posconflicto. Todo esto, sin considerar que la garantía del derecho a la verdad, desde una perspectiva judicial, restringe el derecho de participación de las víctimas, porque prioriza las versiones de los victimarios (Villa, 2013). Adicionalmente, los múltiples problemas en la implementación de la ley han impedido restituir los derechos de las víctimas y, contrario a las metas establecidas, han generado un proceso de revictimización (Núñez, 2014; Romero Silva, 2014).

La mesa de conversaciones de La Habana (en adelante MCLH), logró el "Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera" (en adelante *Acuerdo Final*). El quinto punto del acuerdo pretende resarcir a las víctimas, asumiendo la deuda con ellas las víctimas. Asimismo, se entiende la necesidad de construir un sentido de memoria histórica, al tener como horizonte el esclarecimiento de causas, efectos y hechos del conflicto. El *Acuerdo Final* lograría este objetivo a través del robustecimiento de los mecanismos y medidas vigentes desde la promulgación de la Ley 1448. En ese sentido, con el *Acuerdo Final* se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (Sistema Integral o SIVJRNR), que articula una serie de instituciones encaminadas a contribuir al goce efectivo del derecho a la verdad, entre otros (p. 8). El SIVJRNR funcionaría bajo los criterios orientadores de reconocimiento, satisfacción de los derechos, participación y reparación de las víctimas, esclarecimiento de la verdad, reconocimiento de la responsabilidad de los victimarios y garantías de protección y seguridad.

Por ello, la presente investigación pretende indagar si las medidas implementadas para garantizar el derecho a la verdad en la Ley 1448 de 2011 y en el *Acuerdo Final* permiten la transición de las víctimas a sujetos democráticos; o, si por el contrario, intensifican su condición en un estado antidemocrático. La hipótesis planteada es que los puntos sobre derecho a la verdad en la Ley 1448 de 2011 y el *Acuerdo Final* no permiten una transición de las víctimas hacia a la constitución de sujetos democráticos.

Tal indagación parte del supuesto de que la Ley 1448 determina medidas en las que la consecución de la verdad depende de escenarios judiciales, donde predomina la versión del victimario. Por efecto del proceso, las víctimas pueden tener algún beneficio, más no obtienen un esclarecimiento satisfactorio los hechos, tanto a nivel individual como colectivo. Con esta ley se determinan medidas que pretenden reconstruir lo ocurrido en el conflicto a partir de la labor del Centro Nacional de Memoria Histórica, siendo así la so-

ciedad el principal titular del derecho a la verdad. Asimismo, dicha ley no dota a las víctimas de mecanismos individuales para hacer exigible su derecho a la verdad.

Por otro lado, el *Acuerdo Final* instaura medidas y mecanismos para esclarecer los hechos ocurridos a razón del conflicto armado. Sin embargo, el esclarecimiento de los hechos, como se ha descrito, crearía un relato de la verdad desde la visión de los actores del conflicto, lo que excluye la participación directa de las víctimas. Lo que se requiere es un proceso integral de participación con las víctimas, garantizando la satisfacción de su derecho a la verdad. En ese sentido, proponemos que, en el marco del derecho a la verdad, la transición de las víctimas a un estatus de sujetos democráticos depende de la creación de mecanismos de organización colectiva, plena participación política y del alcance de sus exigencias en espacios institucionales, tanto a nivel individual como colectivo. De ese modo, los hechos que dieron lugar al conflicto, serían del conocimiento tanto de las víctimas como de la sociedad en general.

Por lo anterior, resulta necesario analizar el *Acuerdo Final* y la Ley 1448 y determinar indicadores de goce efectivo, para establecer si los mecanismos de estos instrumentos garantizan a las víctimas el derecho a la verdad, conforme al marco internacional; o si perpetúan la condición antidemocrática que el conflicto armado ha generado sobre ellas.

## Presupuestos teóricos y analíticos de la investigación

A continuación presentamos los fundamentos y debates teóricos usados para comprender el fenómeno identificado. En primer lugar, consideramos la predominancia del carácter restitutivo en la justicia transicional, así como la propuesta de una justicia que transforme las condiciones previas a las victimizaciones y que no se limite al restablecimiento de estas. La justicia transicional es un conjunto de medidas jurídicas y políticas, utilizadas para reparar a las víctimas ante violaciones masivas a derechos humanos (Centro Internacional para la Justicia Transicional [ICTJ], s. f.). Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon (2009) proponen una perspectiva transformadora en la reparación integral de las víctimas en sociedades desiguales, eliminando la vocación restitutiva de la justicia transicional. Ello implica que, además de restituir el daño y generar una justicia correctiva por los hechos atroces, se transformen las relaciones de subordinación, exclusión y desigualdad que pudieron alimentar o facilitar el conflicto y la victimización desproporcionada de los sectores más vulnerables. De esta forma se haría efectiva una justicia distributiva, que entienda las particularidades del contexto social y una visión del pasado, presente y futuro en términos de reparación y no repetición.

Igualmente, es necesario el diálogo entre las categorías de *sujeto democrático* y *víctima*. En el modelo colombiano, un sujeto democrático se caracteriza por ser titular de una

fracción de la soberanía popular; ejercer su libertad en condiciones de igualdad; no ser privado de sus derechos; contar con garantías de participación; tener la posibilidad jurídica de elegir a sus representantes y ejercer control sobre ellos; ser sujeto de protección de sus derechos, contar con mecanismos para su exigibilidad y recibir indemnización cuando estos se vulneren (Daza, Díaz y Montenegro, 2016). En ese sentido, un sujeto es desplazado a una condición *antidemocrática* cuando no se le garantizan su categoría como ciudadano, es decir, cuando se excluye del conjunto de derechos y deberes y la desprotección legal lo lleva al despojo político y a retornar a un estado de naturaleza (Butler y Spivak, 2009, p. 49).

En el marco del conflicto armado colombiano, donde la vulneración masiva de derechos ha llevado a un estado de cosas inconstitucional (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-025, 2004), es posible afirmar que las víctimas —a pesar de encontrarse dentro de los límites territoriales del Estado— se manifiestan como una *humanidad espectral* a partir de ese abandono de la protección legal (Butler y Spivak, 2009, p. 53). Consideramos necesario enfatizar que las víctimas son insertadas en una maquinaria institucional que las obliga a reconocerse judicialmente como tales y a seguir procedimientos específicos que pretenden retornarlas de manera privada a la condición de ciudadanos. Sin embargo, sería imposible que las víctimas se reconstituyan como sujetos democráticos, debido que no cuentan con espacios para el ejercicio colectivo de su *libertad* (Butler y Spivak, 2009) —es decir, espacios donde se trascienda el individualismo del ámbito jurídico-procesal y que conlleven a la acción pública de lo político-democrático—. Lo anterior, en tanto las víctimas son constituidas legal y judicialmente, pero su condición de igualdad ciudadana solo podrá lograrse una vez ejerzan el acto de autoconstituirse como sujetos democráticos, a partir de la reconstrucción de su verdad y memoria en espacios públicos, colectivos y participativos (Touraine, 2006).

De este modo, otra categoría analítica importante para esta investigación fue el *derecho a la verdad*. La titularidad de este derecho la ostenta tanto las víctimas como la sociedad en su conjunto. La verdad contribuiría al fortalecimiento del sistema democrático porque al permitir que la reconciliación en la sociedad sea una garantía de no repetición, reconstruyendo el tejido social y devolviendo el carácter de sujeto democrático a las víctimas (De Greiff, 2012). Sin embargo, no basta con que exista una narrativa que pretenda esclarecer los hechos victimizantes, la verdad debe ser producto del esfuerzo de las víctimas y de la sociedad. En un escenario de reconciliación las personas se reconocerían como sujetos de derechos iguales, de modo que se comprometerían con las instituciones, sus normas y valores, y confiarían en ellas, así como en los otros individuos, asumiendo que todos ellos asumen tal compromiso (De Greiff, 2012); es decir, se construirían colectivamente condiciones de posibilidad e igualdad (Butler y Spivak, 2009, p. 86). Con esta

reconciliación se fortalecería el tejido social, no solo por la integración de las víctimas, que en ocasiones deben afrontar la indiferencia de la sociedad civil y los ataques de la institucionalidad, sino además por la inclusión de actores que eran considerados el enemigo, el otro que debe ser destruido.

Esclarecer la verdad permitiría en estos casos delimitar responsabilidades. Asimismo, en el marco de procesos en los que los actores del conflicto no estatales se acojan al ordenamiento jurídico y político existente, se buscaría reintegrar estos agentes a la vida civil, cambiando calificativos existentes (excombatiente) por un nuevo rol en la sociedad (ciudadano). La verdad, como derecho de las víctimas, y de la sociedad en su conjunto, contribuye no solo a que ellas hagan el tránsito a sujetos democráticos, sino a fortalecer la legitimidad de los sistemas de democracia (De Greiff, 2012).

Por último, la categoría de *democracia* será abordada a partir de las conclusiones del proyecto de investigación "Los paradigmas democráticos y el modelo colombiano" (Daza, Díaz y Montenegro, 2016). La democracia colombiana se adscribe al paradigma liberal, en su vertiente participativa, que recoge el modelo democrático participativo. Esto significa que los sujetos democráticos tienen derecho a participar y controlar las decisiones políticas, al tiempo que tienen el derecho a ser representados en el Estado.

## Presupuestos metodológicos de la investigación

La investigación se desarrolló en tres etapas. La primera implicó la reconstrucción dogmática del contenido esencial del derecho a la verdad, desde los parámetros jurídicos establecidos internacionalmente (Arango, 2015). De esta manera se identificaron los elementos que definen al derecho a la verdad y los mínimos que deben recoger los instrumentos bajo análisis. En ese sentido, se hizo una revisión de las fuentes del derecho (normas, doctrina y jurisprudencia), para identificar los cuatro elementos del derecho, referidos por Rodolfo Arango (2015): titularidad, obligación, contenido del derecho y mecanismo de exigibilidad.

Tras esta exploración, se construyeron indicadores de goce efectivo, para determinar si las medidas sobre derecho a la verdad, en la Ley 1448 y el *Acuerdo Final,* incorporaban los parámetros establecidos internacionalmente; es decir, si reunían los mínimos identificados para la garantía del derecho. Para este ejercicio se utilizaron como base los *Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador* (Organización de Estados Americanos, [OEA] y Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador [GTPSS], 2011). Ese documento contempla un modelo de medición del cumplimiento de derechos, que distingue tres tipos de indicadores: estructurales, de proceso y de resultado. La formulación de estos indicadores se propuso como un mecanismo

cualitativo que permitiría, desde el derecho internacional, identificar el potencial de la Ley 1448 y el *Acuerdo Final* para devolverle a las víctimas su condición de sujetos democráticos.

Los indicadores estructurales "reflejan la ratificación o aprobación de instrumentos jurídicos internacionales básicos para facilitar la realización de un derecho" (OEA y GTPSS, 2011, p. 25). Sin embargo, teniendo en cuenta que, para el derecho a la verdad, los instrumentos internacionales pertenecen al *soft law* —dada la naturaleza del derecho—, no se evaluó su ratificación o aprobación, sino la integración de su contenido al ordenamiento jurídico colombiano, vía bloque de constitucionalidad. Los indicadores estructurales se refieren principalmente a la adopción de medidas legislativas, por lo que se comparó el contenido de normas de diferente jerarquía (leyes, decretos reglamentarios, protocolos y reglamentos) con las disposiciones del "Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad" (ONU, 8 de febrero del 2005) (en adelante Conjunto de principios contra la impunidad). En este sentido, se evaluó la incorporación del derecho a la verdad en estas normas, la adopción de medidas (judiciales y extrajudiciales) y el diseño de mecanismos destinados a la garantía del derecho que tuvieran por ejes la igualdad, la participación y la inclusión de enfoques diferenciales.

Por su parte, los indicadores de proceso pretenden la "medición del alcance, la cobertura y el contenido de las estrategias, planes, programas, o políticas u otras actividades e intervenciones específicas" (OEA y GTPSS, 2011, p. 34), adoptadas por el Estado para garantizar un determinado derecho. Uno de los principales mecanismos para el acceso al derecho a la verdad es la creación de una comisión extrajudicial. En el Conjunto de principios contra la impunidad se fijan los mínimos que deben ser cumplidos para que dichas comisiones garanticen efectivamente el derecho a la verdad. Así, los indicadores de proceso propuestos apuntaron a la evaluación del contenido de las medidas adoptadas por el Estado para la garantía del derecho a la verdad en los tópicos descritos en este conjunto de principios.

El último grupo de indicadores corresponde a los indicadores de resultado. La OEA y el GTPSS (2011) definen que estos "reflejan los logros, individuales y colectivos, que indican el estado de realización de un derecho humano en un determinado contexto" (p. 25). Teniendo en cuenta que la realización de este derecho depende, en gran medida, de la consideración de la víctima, quien es el sujeto destinatario de la garantía, fueron formulados indicadores focalizados en la percepción que se tiene de esta, a través de aspectos como la contribución a su proceso de duelo, la revictimización y su dignificación, elementos relevantes para su tránsito a sujeto democrático.

En la segunda etapa de la investigación se aplicaron los indicadores cualitativos a los contenidos del derecho a la verdad, definidos en la Ley 1448 y en el *Acuerdo Final*. Para

tal efecto, se reconstruyó, dogmáticamente, el tipo, alcance y contenido de las medidas implementadas o propuestas sobre el derecho a la verdad en ambos instrumentos. Lo anterior se realizó a partir de las estrategias de sistematización del derecho propuestas por Christian Courtis (2009), dado el carácter normativo de la Ley 1448; en ese sentido, se revisaron fuentes legales y jurisprudenciales. Por otra parte, la identificación de las medidas al derecho a la verdad en el *Acuerdo Final* se llevó a cabo mediante la estrategia de análisis de contenido (López Noguero, 2002).

Adicionalmente, se intentó reconstruir la historia de vida de una víctima del conflicto armado para contrarrestar los resultados (Chárriez, 2012). De esta manera pudimos identificar si las propuestas de indicadores eran suficientes o no para el goce efectivo al derecho a la verdad.

En este orden de cosas, este artículo está divido en cuatro partes. En primer lugar se presenta la reconstrucción del contenido esencial del derecho a la verdad desde el marco jurídico internacional y se describe el contenido de los instrumentos nacionales bajo análisis (Ley 1448 y el *Acuerdo Final*). En segundo lugar se explican los resultados obtenidos con la aplicación de los indicadores cualitativos a las medidas establecidas en los instrumentos estudiados, con el fin de determinar si estos cumplen los estándares nacionales y si podrían devolver la condición de sujeto democrático a las víctimas. En un tercer momento se contrasta la información anterior con la entrevista a una víctima que amablemente colaboró en nuestro proyecto. Finalmente, se presentan las conclusiones de la investigación. Los indicadores cualitativos se incorporaron al documento como anexos.

## Contenido esencial del derecho a la verdad en el marco internacional y nacional

### Reconstrucción del contenido esencial del derecho a la verdad desde el marco jurídico internacional

El derecho a la verdad se ha abordado de diferentes maneras, según épocas y situaciones concretas, por lo que hay una constante ampliación de su titularidad, contenido y obligaciones. En ese sentido, este derecho ha sido construido dependiendo de la coyuntura y las necesidades políticas y sociales de contextos en guerra. Así, con el pasar de las décadas, el derecho fue mutando a un concepto mucho más amplio e interdisciplinario. Uno de los cambios más importantes en el tema se dio sobre el rol del Estado respecto a la garantía del derecho a la verdad, ya que es este el principal responsable de la reparación a las víctimas y la lucha contra la impunidad (Comisión Colombiana de Juristas [Coljuristas], 2012). Asimismo, la titularidad del derecho a la verdad se extendió a la so-

ciedad en su conjunto. Este aspecto colectivo surgió por la existencia de conflictos armados en los que se produjeron masivas vulneraciones a los derechos.

Casos como los de las desapariciones forzadas implicaron la consideración de otros aspectos, tenidos en cuenta, solamente, tras la aparición de situaciones de violación de derechos humanos concretas. Debido a estas situaciones, se incluyó, dentro del derecho a la verdad, la necesidad de conocer las circunstancias y motivaciones que habrían conducido a estas vejaciones, así la identidad de los responsables y no solo la ocurrencia de los hechos (Coljuristas, 2012).

Este es el marco de referencia de la presente investigación. Partimos de la idea de que la verdad es un derecho de las víctimas y de la sociedad, en general, conocer la verdad sobre las causas, modos y circunstancias de las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos de los cuales el Estado es garante.

## Titularidad

La titularidad reace sobre los sujetos a quienes se garantiza protección jurídica, de modo particular o general, así como aquellos que por sus condiciones específicas merecen una garantía reforzada por (Arango, 2015). El derecho a la verdad comprende cuatro tipos de titulares: individuales, colectivos, familiares y sociales (Coljuristas, 2012), debido a que —desde una perspectiva jurídica internacional— existen víctimas, de titularidad individual o colectiva, de conflictos armados o violaciones graves y sistemáticas a derechos humanos.

La titularidad individual ocurre sobre el sujeto o víctima directa quien sufre daños, lesiones físicas o mentales y vulneraciones a sus derechos fundamentales, es decir, padece el hecho victimizante (Defensoría del Pueblo, s. f., p. 28). La titularidad colectiva se reconoce sobre sujetos colectivos étnica, racial y culturalmente diferenciados, dado que, por su carácter de pueblos, pueden ser víctimas de vulneraciones a su libre determinación, pervivencia física o permanencia cultural, todos estos derechos colectivos (Coljuristas, 2012, p. 36). Por su parte, en desarrollo del Primer Convenio de Ginebra (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2012), se ha constituido la titularidad sobre familiares de víctimas, al reconocerles el derecho de conocer la ubicación y el estado de sus familiares, especialmente de los desaparecidos (Coljuristas, 2012, p. 22). Por último, también se ha establecido la titularidad sobre la sociedad, con carácter colectivo, estableciendo su derecho a conocer lo sucedido para garantizar la no repetición, a través de la memoria (Corte IDH, 25 de noviembre del 2000, p. 81).

Sobre la protección reforzada a nivel internacional, se presentan dos tipos de distinción: una, correspondiente al hecho que desencadena la victimización; y, otra según las características de las víctimas. Ante la lucha contra la impunidad y la barbarie, son de

especial atención los titulares del derecho a la verdad que han sido o son víctimas de desapariciones forzosas, tortura, entre otros. Esta protección reforzada se da en el marco de los hechos, en beneficio de los tres tipos de titulares (ONU, 9 de febrero del 2006. p. 22).

Asimismo, los titulares del derecho a la verdad pertenecientes a grupos vulnerables requieren protección reforzada, como es el caso de las mujeres (Guzmán, 2012, p. 23), los niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y pueblos étnicos y raciales (Coljuristas, 2007, p. 107).

## Contenido

Actualmente existe consenso para identificar como parte de las garantías de las víctimas frente al derecho a la verdad las siguientes: 1) averiguar el paradero de sus familiares; 2) conocer las circunstancias que dieron lugar a las violaciones; 3) identificar y judicializar a los sujetos que las perpetraron, y 4) esclarecer las motivaciones para su perpetración (Coljuristas, 2007). Sin embargo, esta no fue la definición inicial utilizada en la jurisprudencia, la práctica de los Estados ni en los instrumentos que tratan (directa o indirectamente) el derecho a la verdad. La primera preocupación por el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre el paradero de sus familiares surge en el DIH (Coljuristas, 2012). En atención a que los conflictos armados llevan consigo la muerte de personas, el art. 16 del *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña* estableció como obligación de las partes llevar un registro completo sobre los heridos, muertos y enfermos de la parte contraria que hubiesen caído en su poder:

> Las Partes en conflicto deberán registrar, tan pronto como sea posible, toda la información adecuada para identificar a los heridos, a los enfermos y a los muertos de la parte adversaria caídos en su poder. Estos datos deberán, si es posible, incluir: a) designación de la Potencia a la que pertenecen; b) destino o número de matrícula; c) apellidos; d) nombre o nombres; e) fecha de nacimiento; f) cualquier otro dato que figure en la tarjeta o en la placa de identidad; g) fecha y lugar de la captura o del fallecimiento; h) datos relativos a las heridas, la enfermedad o la causa del fallecimiento. (CICR, 12 de agosto de 1949)

Igualmente, se fijó como deber de las partes actuar motivadas por el derecho de las víctimas de conocer la suerte de sus familiares (CICR, 8 de junio de 1977). Lo anterior, atiende a una concepción individualista: el derecho a conocer el paradero y la suerte de sus familiares es un derecho de las víctimas (Coljuristas, 2012, p. 23).

Posteriormente, se ampliaron las situaciones en las cuales se podía predicar la existencia del derecho a la verdad: en escenarios de conflicto de carácter internacional o no

internacional (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007) y en casos de masivas violaciones a los derechos humanos, —a raíz de las desapariciones forzadas del Cono Sur en la década de los setenta del siglo pasado (Coljuristas, 2007)—.

En el Sistema Universal de Protección de DD. HH., en 1996, con el *Informe de Joinet,* se reconoce a la verdad como el derecho "a saber qué pasó" (Coljuristas, 2007). El "derecho a saber", es decir, las connotaciones del derecho a la verdad se ampliaron en 2005, reconociendo que las víctimas debían ser informados sobre los acontecimientos o las motivaciones que llevaron a la perpetración de estas violaciones, y a conocer "en caso de fallecimiento o desaparición [...] la suerte que corrió la víctima" (ONU, 9 de enero del 2006). La inclusión de la identificación de violadores de DD. HH., en las normativas sobre el derecho a la verdad, se hizo en una de Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, para que este adoptara medidas conducentes a que "las víctimas de violaciones de derechos humanos encuentren la verdad sobre esos actos, conozcan quiénes son sus autores y obtengan la indemnización adecuada" (ONU, 3 de abril de 1966).

Con lo anterior, es posible explicar que, según la jurisprudencia interamericana, las víctimas tienen derecho a "conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos" (Corte IDH, 2000). Esta noción puede considerarse la más integral dentro de lo comprendido respecto al derecho a la verdad.

## Obligación

El Estado es el titular de la obligación para garantizar el "derecho a la verdad", conforme a lo determinado por organismos como la Corte IDH, la cual, sostuvo que "los Estados miembros del Sistema Interamericano cargaban, con esta en merced al deber de garantía, establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)" (González-Salzberg, 2008).

En términos generales, la obligación consiste en que el Estado debe adelantar todas las tareas posibles para dar a conocer la verdad (Fajardo, 2012, p. 30); adoptar diseños institucionales que permitan que el derecho a la verdad se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible (Amaya, 2007, p. 143); suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones humanos, conforme a un debido proceso legal (González, 2008); colaborar con la recaudación de la prueba para alcanzar los objetivos de una investigación y abstenerse de realizar actos que impliquen obstrucciones (Corte IDH, 2005); y, permitir que instituciones puedan inspeccionar directamente archivos donde se contengan datos de la investigación (Corte IDH, 2014). Lo anterior convierte a la obligación del Estado para con la comunidad internacional en una de medio y no de resultado (Newman, 2009, p. 55); lo que significa que su cumplimiento no se predica

a partir del resultado obtenido sino de cómo se realiza la investigación y su posterior juzgamiento, en cuanto debe emprenderse con seriedad (Corte IDH, 1988).

Sin embargo, las obligaciones generales se pueden materializar en específicas: investigar, juzgar y sancionar; contar con un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo; o, investigar hechos violatorios de los derechos humanos (Fajardo, 2012, p. 25) y que las investigaciones versen sobre lo verdaderamente ocurrido (González, 2008). También, encontrar los restos de las víctimas, y entregarlos a sus familiares, en caso de desaparición forzada (González, 2008; Amaya, 2007, p. 138). Además, la obligación del Estado implica que el resultado de la investigación sea comunicado a la familia de la víctima y a la sociedad (González, 2008): a la familia, como una necesidad de garantizar pleno acceso a la información y, a su vez, para que esta tenga la capacidad de actuar en todas las etapas (Amaya, 2007, p. 139); a la sociedad, porque se deben divulgar públicamente los resultados de la investigación y los procesos judiciales, principalmente por medios de comunicación social (Corte IDH, 25 de noviembre del 2000). Lo anterior tendría el fin de que la sociedad en su totalidad pueda acceder al conocimiento de lo verdaderamente ocurrido (Amaya, 2007, p. 139).

En dicha investigación, el Estado debe identificar a los responsables por las graves violaciones cometidas (González, 2008), para posteriormente juzgar los daños cometidos bajo su jurisdicción, conforme al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), el derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho penal internacional (DPI), que establecen la obligación de juzgar a los responsables en el marco de un conflicto armado no internacional (González, 2008). En el proceso de juzgamiento se identifica, individualiza y, si es del caso, se sanciona (Amaya, 2007, p. 138) al responsable y la sanción debe ser efectiva y además pertinente (González, 2008). Asimismo, el Estado debe abstenerse de adoptar medidas que supriman los efectos de las sentencias condenatorias (González, 2008) y reabrir los procedimientos judiciales contra quienes fueron absueltos, solamente cuando la actuación de la justicia obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal y la víctima no contó con las debidas garantías judiciales (ONU, 1998).

En las etapas de los respectivos procesos, el Estado debe garantizar que las víctimas puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios para que sean analizados, de forma completa y seria, por las autoridades, antes de resolver hechos o reparaciones; así como facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que generen entorpecimiento en el proceso (Amaya, 2007). Asimismo, el Estado debe garantizar el acceso a la información sobre graves violaciones a derechos humanos, ya que toda la información respecto a casos de violación al DIH y DIDH es pública y debe difundirla. Solo en casos excepcionales se permite que el Estado limite dicho acceso

cuando defina en forma precisa y clara, a través de una ley en sentido formal y material, las causales para restringirlo (Corte IDH, 2014). De lo anterior, se concluye que la obligación es activa y pasiva por parte del Estado: no solo debe promover medidas para garantizar el "derecho a la verdad", sino que también debe abstenerse de realizar actuaciones que afecten la investigación y juzgamiento en casos que afecten el DIH y el DIDH.

## Exigibilidad

En el derecho internacional no existen medios de exigibilidad exclusivos para el derecho a la verdad. Lo que sí establece el derecho internacional es una serie de instrumentos de *soft law* y otros de *hard law* que, en principio, obligan a los países a desarrollar mecanismos de exigibilidad, sin que esta característica sea obligatoria. Sin embargo, es posible afirmar que el instrumento integra principios orientadores que elevan el estándar de aplicación e interpretación normativo. Esto, dado que, siendo la comunidad internacional una comunidad heterogénea, se pretende que las obligaciones a las que se someten los Estados sean apropiadas a sus contextos y realidades jurídicas.

No obstante, para determinar la exigibilidad o garantía del derecho a la verdad se debería seguir el instrumento que estipula *in extenso* este derecho, esto es, el Conjunto de principios contra la impunidad (ONU, 8 de febrero del 2005). Según este instrumento, es deber de los Estados adoptar medidas para garantizar la función independiente y eficaz del poder judicial.

Como mecanismo adicional, ese conjunto de principios sugiere que se establezca una "Comisión de la verdad", o algún tipo organismo de investigación similar para garantizar el derecho a saber. Según el instrumento, la Comisión debe ser constituida por diversos sectores, incluyendo la participación de mujeres, víctimas y demás sectores afectados de manera más grave por las vulneraciones a los derechos humanos, quienes deberán ser asignados preferiblemente por consulta pública, garantizando la independencia, imparcialidad y eficacia de su labor. Por esta razón, el principio 7 establece que quien sea parte de esta Comisión, no puede ser removido de su función mientras dure la misma o ser juzgado por sus funciones a través de leyes ordinarias, toda vez que estos principios permiten blindar con parcialidad e impedir el amedrentamiento de sus integrantes (ONU, 8 de febrero del 2005).

Los medios de exigibilidad en el marco internacional también se miden por la precisión de la competencia del mandato de la Comisión de la verdad, con el fin de evitar conflictos de competencias. Para ello, la Comisión debería contar con la asistencia de la fuerza pública, así como con las facultades de inspeccionar, de actuar en aras de proteger un testimonio o una prueba, de investigar a cualquier actor o cómplice de una conducta violatoria, para investigar todos los hechos violatorios; así como con métodos de archivo para la adecuada

conservación de pruebas, expedientes y testimonios que servirán para garantizar el derecho a la verdad. Además, las comisiones de la verdad deben corroborar la información indagada, previa su publicación; garantizar el derecho que les asiste a los acusados a ser escuchadas, mientras se realiza la investigación; y respetar la confidencialidad y seguridad de aquellos testigos que participen en la construcción de la verdad. Para tal efecto, el Estado debe costear los gastos necesarios para lograr los objetivos propuestos.

Entre las funciones primordiales de la Comisión de la verdad, propuestas por el Conjunto de principios contra la impunidad, encontramos: 1) asesorar al Gobierno y al legislador, para implementar, mejorar, y expandir una política pública de reconciliación, reparación y no repetición; 2) publicar masivamente las conclusiones del ejercicio; 3) crear un sistema adecuado de archivo que permita la consulta de los expedientes y la información de manera ágil y eficiente.

## El derecho a la verdad en Colombia (2011-2016)

### El derecho a la verdad en la Ley 1448 de 2011

En materia del derecho a la verdad, la Ley 1448 de 2011 contempla tres titulares: la víctima, sus familiares y la sociedad. Tal derecho está definido como el derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias y motivos en que se cometieron graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (Ley 1448, 2011, art. 23). No obstante, no crea mecanismos individuales de acceso a la verdad, lo que indicaría que, en materia de titularidad, se enfoca en la sociedad, como titulares de este derecho.

Al no crear estos mecanismos individuales para la garantía de verdad de manera individual, esta ley, concretó la creación del Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) (Ley 1448, 2011, art. 146). Este centro tiene a su cargo integrar un archivo con documentos originales o copias fidedignas que den cuenta de los hechos violatorios de derechos humanos. A partir de la sistematización de esa información, el CNMH deberá realizar informes, programas de investigación, exhibiciones, muestras o eventos que reivindiquen tanto a las víctimas como el papel de los derechos humanos. Esta ley también estipula que el CNMH estará a cargo de la creación y funcionamiento de un museo, cuyo fin es socializar el material de un modo pedagógico, de forma tal que permita la conservación de la memoria en la sociedad. La perspectiva de verdad descrita en dicha ley se entiende ligada al trabajo del Estado en conjunto con el de los centros de pensamiento, grupos de víctimas, movimientos sociales y organizaciones protectoras de derechos humanos, siempre con la condición de que la memoria no niegue, vulnere o restrinja los principios constitucionales de pluralidad, participación, solidaridad, libertad de expresión y pensamiento (Ley 1448, 2011, art. 143).

A su vez, en materia de extraditados, el Estado se obliga a adoptar medidas para que estos revelen los motivos y circunstancias en las que ocurrieron las violaciones a derechos (Ley 1448, 2011, art. 195).

Por último, la Ley 1448 crea el "Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas" (PNRIV), que garantiza el derecho a la verdad, a nivel, colectivo y social, al obligar al Estado a dar carácter público a los ejercicios de arrepentimiento, los actos de conmemoración y las investigaciones concluidas, con sus respectivos testimonios (Ley 1448, 2011, art. 139); por medio de publicaciones, actos u homenajes en plaza pública, apoyo a movimientos sociales, difusión de disculpas y aceptación de responsabilidad de los victimarios, siempre contando con la participación de las víctimas (Ley 1448, 2011, art. 141). El Estado sería el obligado directo de brindar las condiciones y los mecanismos tanto para reconstruir la verdad con las organizaciones anteriormente descritas, como para hacer la divulgación necesaria.

Finalmente, la ley no establece medios que le permitan a los titulares colectivos la realización de su derecho a conocer verdad de lo ocurrido, por lo que este depende de la información que arroje el CNMH en materia de la memoria. Mientras que el derecho a la verdad, en su aspecto individual, queda sujeto al éxito de los procesos judiciales, en caso de que logren iniciarse.

## El derecho a la Verdad en el *Acuerdo Final* de la mesa de conversaciones de La Habana

Los comunicados conjuntos de la mesa de conversaciones de La Habana dan cuenta de cómo se respondió a las demandas de las víctimas y la sociedad, a través de la creación de mecanismos para esclarecer lo ocurrido en el marco del conflicto armado colombiano. Por ello, en el *Acuerdo Final,* las partes se centraron en los derechos de las víctimas a la verdad, creando mecanismos extrajudiciales como la "Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas" (CHCV), la "Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición" (CEVNR) y la "Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del Conflicto Armado" (UEBPD). Asimismo, se crearon mecanismos judiciales en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Tales mecanismos se articulan en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) (Gobierno nacional y Farc-EP, 24 de noviembre del 2016, p. 124) y se fundamentan en la "Declaración de principios" del quinto punto del Acuerdo, que son: el reconocimiento de las víctimas, el reconocimiento de responsabilidad, satisfacción de los derechos de las víctimas, la participación de las víctimas, el esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, las garantías de protección y seguridad, de no repetición, principio de reconciliación y enfoque de derechos.

Desde la primera concertación sobre el punto de víctimas, en 2014, se acuerda la creación de una Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (CHCV), instalada de manera inmediata y que contó con la participación de expertos con el mandato de formular el "insumo fundamental para la comprensión de las complejidades del conflicto y las responsabilidades de quienes hayan participado o tenido incidencia en el mismo" (CHCV, 2015, p. 4). Ese mandato fue *cumplido* a través de catorce ensayos, reunidos en el informe titulado *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia,* en los que más que disertar sobre la verdad, los diferentes autores expusieron sus ideas sobre el como origen del conflicto en el país. Además, uno de los propósitos de este informe era que serviría para la futura Comisión de la verdad, pero no establecen ningún elemento para la implementación de esta (Gobierno nacional y Farc-EP, 5 de agosto del 2014). No obstante, el documento no aclaró cuál de las catorce posturas debe ser la ruta hacia la construcción de verdad. Asimismo, la mesa de conversaciones se solicitó la realización de foros regionales y uno nacional, realizados por el Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz de la Universidad Nacional de Colombia y por la ONU. También se anunció el recibimiento en La Habana de la primera de las cinco delegaciones de víctimas que participarían en el espacio. De igual manera, se acordó crear una subcomisión de género y, posteriormente, una étnica. Por su parte, la CEVNR se creó como un mecanismo de carácter extrajudicial, independiente e imparcial, con el fin lograr la

> construcción y preservación de la memoria histórica y lograr un entendimiento [...] del conflicto, [...], de tal forma que no solo se satisfaga el derecho a la verdad sino que también se contribuya a sentar las bases de la convivencia, la reconciliación, y la no repetición. (Gobierno nacional y Farc-EP, 4 de junio del 2015)

En este comunicado conjunto, se sugiere que a partir de la construcción de memoria que se puede satisfacer el derecho a la verdad, como derechos de las víctimas, y las garantías para una convivencia pacífica (del cual serían titulares los integrantes de la sociedad).

Con el cumplimiento de los acuerdos de paz, se ha pretendido establecer un escenario para la construcción y preservación de la memoria histórica, logrando entender el conflicto, satisfaciendo el derecho a la verdad, y sentando las bases de la convivencia, la reconciliación, y la no repetición. Lo anterior se cumpliría por medio de los objetivos centrales de la CEVNR: 1) contribuir al esclarecimiento de lo ocurrido; 2) promover el reconocimiento de las víctimas y de los hechos victimizantes, y 3) fomentar la convivencia de los territorios. También se estableció como objetivo el esclarecimiento y el reconocimiento de prácticas que constituyeron graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH; las responsabilidades colectivas; el impacto del conflicto sobre la sociedad;

el contexto, origen y causas del conflicto; y la promoción de procesos positivos de resiliencia y transformación (Gobierno nacional y Farc-EP, 4 de junio del 2015).

El mandato de la Comisión se concretaría en la elaboración de un informe sobre los aspectos de su competencia, así como en la formulación de recomendaciones cuya implementación sería vigilada por un comité de seguimiento y monitoreo.

Sin embargo, el derecho a la verdad no solamente se puede garantizar mediante la reconstrucción del conflicto armado, ya que se requieren medidas que partan de los hechos victimizantes en particular. Por lo anterior, se creó la UEBPD, destinada principalmente a la búsqueda de personas desaparecidas que se encuentren con vida o la identificación y entrega de restos (CHCV, 2015). Con esto se cumpliría uno de los aspectos relativos al derecho a la verdad de las víctimas: darles a conocer el paradero de sus familiares.

En el ámbito judicial, las partes acordaron la creación de la JEP, instituida para "acabar con la impunidad, obtener verdad, contribuir a la reparación de las víctimas y juzgar e imponer sanciones a los responsables" (Gobierno nacional y Farc-EP, 23 de septiembre del 2015). La verdad, en este caso, se garantizaría en el marco de una investigación judicial. Es más, el aporte de la verdad plena sería requisito para acceder a esta jurisdicción. El goce efectivo del derecho a la verdad se lograría por la articulación de mecanismos judiciales y extrajudiciales.

En el *Acuerdo Final* se propone el SIVJRNR, un conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales que permitirán, además de lo concertado anteriormente, la rendición de cuentas, el reconocimiento de las víctimas, la responsabilidad de los victimarios y las garantías de goce del derecho a la verdad. Uno de los componentes del SIVJRNR es la CEVNR, "un órgano temporal y de carácter extrajudicial, que busca conocer la verdad de lo ocurrido y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones a los derechos humanos y ofrecer una explicación amplia a toda la sociedad sobre la complejidad del conflicto" (Gobierno nacional y Farc-EP, 24 de noviembre de 2016, p. 129). Así, el CEVNR sería un órgano independiente e imparcial, encaminado a la contribución de la verdad, centrada en las víctimas; garantizando un enfoque territorial y diferencial, para esclarecer y reconocer las prácticas y hechos que deterioraron nuestro tejido social y la democracia. La mesa de conversaciones de La Habana también acordó que el CEVNR estará compuesto por once comisionados —escogidos imparcialmente por los magistrados de la JEP— para un periodo de tres años. Las labores de esta comisión concluirían con la elaboración de un informe final. La financiación de la CEVNR estaría a cargo del Gobierno nacional, que debe garantizar su funcionamiento, la transparencia de las financias y la veeduría ciudadana.

Por su parte, la UEBPD se acordó como "una unidad especial de alto nivel de carácter humanitario y extrajudicial, cuyo objetivo es dirigir, coordinar y contribuir a la imple-

mentación de acciones humanitarias de búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas" (Gobierno nacional y Farc-EP, 24 de noviembre de 2016, p. 129). Por ello, la UEBPD tiene como funciones principales la recolección de información para establecer el universo de personas dadas por desaparecidas en el conflicto armado; fortalecer y agilizar los procesos de identificación; coordinar y adelantar procesos de búsqueda, identificación, localización y entrega digna de restos; promover la coordinación interinstitucional para la orientación de la atención psicosocial a los familiares; y forjar alianzas con organizaciones nacionales e internacionales. Además, se estableció que las actividades de esta unidad no pueden sustituir ni impedir las investigaciones judiciales. También se definió que la UEBPD estaría compuesta por un director escogido por los magistrados de la JEP.

Por último, el *Acuerdo Final* crea la JEP, un órgano que busca garantizar el derecho a la justicia por medio de mecanismos de justicia transicional, en el marco del derecho internacional en materia de derechos humanos y el derecho internacional humanitario (DIH). Esta jurisdicción especial es "un mecanismo judicial que tiene el propósito de administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario" (Gobierno nacional y Farc-EP, 24 de noviembre de 2016, p. 129). La JEP estaría constituida por varias instituciones:

1. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas: tiene como función determinar si los hechos y conductas atribuidas a las personas son cometidos en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno. Para esto, la Sala recibirá los informes de la justicia ordinaria y de las organizaciones de víctimas sobre las conductas y crímenes cometidos y definirá si estos son amnistiables o no. Una vez surtido el trámite, la sala tendría la obligación de remitir los casos a la Sala de Amnistía e Indulto, que, a partir del reconocimiento de las conductas, determinaría el caso o lo remitiría a la Unidad de Investigación y Acusación para proceder —de ser el caso— al trámite correspondiente en el Tribunal para la Paz (Gobierno nacional y Farc-EP, 24 de noviembre de 2016, p. 154).
2. Sala de Amnistía o Indulto, concebida para otorgar amnistía, teniendo en cuenta el reconocimiento de la verdad, responsabilidad y determinación de los hechos. Si las conductas cometidas no son amnistiables serán remitidas a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (todo conforme a la promulgación de una "Ley de amnistía") (Gobierno nacional y Farc-EP, 24 de noviembre de 2016, p. 157).
3. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, creada para los casos diferentes a los anteriores o en supuestos no previstos. Su misión es definir la situación jurídica de todos los que hayan accedido al componente de justicia del SIVJRNR, en relación a dos

supuestos: personas que no serán objeto de amnistía o indulto, ni serán incluidas en la resolución de conclusiones; y personas a las que no habrá de exigírseles exigir responsabilidades ante el Tribunal, por ser merecedoras de amnistía o indulto (Gobierno nacional y Farc-EP, 24 de noviembre de 2016, p. 158).

4. Unidad de Investigación y Acusación, creada en caso de que no haya reconocimiento de responsabilidad, tendría la función de investigar y de acusar ante el Tribunal para la Paz —en caso de que exista mérito para ellos— (Gobierno nacional y Farc-EP, 24 de noviembre de 2016, p. 159).
5. Tribunal para la Paz, concebido como el órgano de cierre de la jurisdicción especial que estaría constituida por distintas secciones. Concretamente, en primera instancia; 1) para el reconocimiento o ausencia de verdad y responsabilidad que proferirá sentencias; 2) para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad donde se celebrarán juicios contradictorios; 3) para la revisión de sentencias; y, finalmente, en segunda instancia; 4) para decidir las impugnaciones de las sentencias proferidas por cualquiera de las secciones de primera instancia (Gobierno nacional y Farc-EP, 24 de noviembre de 2016, p. 160).

El SIVJRNR se aplicará a todos los victimarios que participaron de manera directa e indirecta en el conflicto armado: agentes del Estado, guerrilleros, financiadores y colaboradores de grupos armados ilegales; por lo que se acordó que se aplicará únicamente a quienes se suscriban al *Acuerdo Final* de paz con el Gobierno. Los agentes del Estado, que hayan tenido participación en el marco del conflicto armado, tendrán una aplicación diferenciada con un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico de lo acordado en el sistema judicial.

## Resultados obtenidos de la aplicación de indicadores cualitativos

### Resultados de la aplicación de indicadores cualitativos a la Ley 1448 de 2011

En Colombia, se creó el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), una institución encargada de garantizar la verdad a un titular en específico: la sociedad. Esta entidad quedó a cargo de un archivo central, con el fin de evitar la pérdida de información, siendo un espacio útil como centro de recursos para los investigadores sociales. La ley exonera de cualquier responsabilidad civil y penal a los investigadores del Centro de Memoria, lo que permite que estos tengan la facultad de pronunciarse sin temor.

Aparte de los mecanismos ya descritos y conforme al contenido del derecho a la verdad según la Ley 1448, se pretende recaudar tanto la versión de la víctima como la de los vic-

timarios, esto a través de la cooperación interinstitucional de la Fiscalía y el CNMH. Así, si bien el CNMH es una institución no judicial de garantía al derecho a la verdad, lo cierto es que la falta de recursos humanos y financieros ha mostrado sus limitaciones (CSML, 2015, p. 35). Además, su labores es insuficiente para dar a conocer lo sucedido en las regiones, al funcionar en Bogotá (CSML, 2015, p. 36). Este no es un problema de la norma en sí, sino de la insuficiencia de recursos para cumplir el mandato que se le ha encargado.

## Resultados de la aplicación de indicadores cualitativos al *Acuerdo Final*

El *Acuerdo Final* no solo contempla la verdad como un derecho de las víctimas, sino que fija mecanismos para su garantía en el marco del SIVJRNR. En este sistema se articulan medidas judiciales y extrajudiciales en las que el principal obligado es el Estado, a partir de la creación de instituciones destinadas a la garantía del derecho a la verdad y una jurisdicción especial. Además, se crea una unidad especial para la búsqueda de personas desaparecidas, considerando que conocer el paradero de estas, es uno de esos elementos del derecho a la verdad.

Cabe destacar que en la construcción del SIVJRNR fue crucial la participación de las víctimas, a través de las propuestas recogidas en los cuatro foros organizados por la Universidad Nacional de Colombia y la ONU. Gracias a esta mediación se seleccionaron también sesenta víctimas que fueron a La Habana a dar sus testimonios ante la mesa de conversaciones. Sin embargo, resulta extraño que no se mencione en el texto de los acuerdos la importancia de la labor de los defensores de derechos humanos en el punto que versa sobre las víctimas. Dicha selección se tradujo en la inclusión de enfoques diferenciales, atendiendo a particularidades étnicas, culturales, territoriales, etarias y de género y a los niveles de afectación que cada sujeto sufrió a raíz del hecho victimizante. Sin embargo, la participación de las víctimas no se limitó a ese espacio de construcción normativa. El *Acuerdo Final* incluye disposiciones especiales que contemplan su participación en los escenarios y ejercicios de constitución de memoria y elaboración de narrativas sobre el conflicto, considerando que el reconocimiento de los derechos de las víctimas implica su aporte a la verdad, a través de los relatos de sus vivencias personales. Por ejemplo, se consagró como función de la CEVNR la creación de "espacios en los ámbitos nacional, regional y territorial, en especial audiencias públicas [...] con el fin de escuchar las diferentes voces, en primer lugar las de las víctimas" (Gobierno nacional y Farc-EP, 24 de noviembre de 2016, p. 136). La participación de organizaciones de víctimas y de derechos humanos fue prevista expresamente en la creación del CEVNR, para vigilar la implementación de las recomendaciones propuestas en su informe final.

Con esta descripción es posible identificar el cumplimiento de los indicadores de estructura propuestos en este artículo (anexo 1). Los indicadores de proceso se evaluaron

teniendo en cuenta que los instrumentos internacionales se encargan de cualificar las comisiones de la verdad, como mecanismo de mayor garantía de este derecho, y que el Acuerdo crea la CEVNR. Inicialmente, debe señalarse que esa creación no es de orden legal y que no hay previsiones respecto a la inamovilidad ni la inmunidad de los miembros de la Comisión. Asimismo, no se contemplan disposiciones especiales para los testimonios de las víctimas como el anonimato o la garantía de confidencialidad, ni es posible asegurar la difusión de los documentos que sirven de fundamento al informe. No obstante, la reglamentación propuesta para la CEVNR sí cumple con el resto de requisitos (anexo 1). En primer lugar, parte de que no es un mecanismo de sustitución de la justicia, sin embargo, sí contribuye a que las víctimas conozcan los hechos y circunstancias que originaron su condición. Cabe resaltar que, respecto a los actores, los negociadores han preferido enfatizar las responsabilidades colectivas de quienes participación en el conflicto y no en las individuales. Además, la competencia de la CEVNR es amplia al aludir las "prácticas y hechos que constituyen graves infracciones al DIH" (Gobierno nacional y Farc-EP, 24 de noviembre de 2016, p. 134). Sin embargo, han debido incluirse las violaciones a los DD. HH. perpetradas por el Estado, dado que este ha sido uno de los actores del conflicto y que el objeto de protección es la dignidad humana.

Sobre los indicadores de proceso, cabe manifestar que el *Acuerdo Final* propone garantías para las personas acusadas, la divulgación del informe de la CEVNR y mecanismos de preservación y acceso a los archivos. Las personas acusadas tienen la posibilidad de reconocer la verdad y su responsabilidad en la realización de las conductas que originaron los hechos victimizantes, para acceder a beneficios tasados en función de su grado de contribución. Además, se garantiza la corroboración de los hechos reconocidos por los victimarios, a través del contraste de estos con los informes presentados por la Fiscalía, la Jurisdicción penal militar, la Comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes, la Procuraduría, la Contraloría, entre otras entidades; de igual modo, se garantizan el financiamiento estatal, la protección de archivos y el acceso a los mismos, acorde a las leyes de la república —entre otros aspectos operativos—. Con lo anterior se evidencia el cumplimiento de los indicadores procedimentales. Sin embargo, es preciso recordar que se deben fijar los mecanismos para aseguren la independencia e imparcialidad de los comisionados, no solo en su elección sino también en el ejercicio de su mandato. Además, deben darse más garantías a las víctimas, entendiendo su condición de vulnerabilidad y el temor que persiste por amenazas. La inclusión de las violaciones a DD. HH. y la difusión de la información deben ser elementos imprescindibles para la efectividad en las labores desarrolladas por la Comisión. En el caso de la divulgación de la verdad sobre los hechos, se facilitaría el acceso de la Comisión y la ciudadanía en general a ella, permitiendo la reflexión sobre las narrativas del conflicto en el país.

### Análisis de la información normativa a partir de la entrevista realizada Omilse Blandón Castaño, víctima del conflicto armado colombiano

A partir de los indicadores de resultado, se pretende evaluar si una víctima conoce la verdad de los hechos victimizantes que sufrió, gracias a las medidas adoptadas por el Estado, y si este conocimiento le ha ayudado en su proceso de y a iniciar su reconstitución como sujeto democrático. Como se mencionó en la introducción, este análisis se llevó a cabo a partir de una entrevista realizada a Omilse Blandón Castaño, víctima del conflicto (anexo 2). En la conversación, se evidenció que la señora Omilse reconoce y sabe los hechos que antecedieron al asesinato de su marido, por haber vivido en el lugar de su ocurrencia, así estos sucesos no hayan sido reconocidos en algún proceso administrativo o judicial. Aunque ella fue reconocida como víctima en el Registro Único de Víctimas (RUV), por los hechos que ella narró, realmente no logró saber las causas y circunstancias del hecho victimizante, pero ella acreditó su versión de lo ocurrido a partir de lo que pudo demostrar. Es de anotar que ella no conoce ningún mecanismo para saber lo que sucedió con su esposo y que ni ella ni sus hijos han participado de alguna actividad del CNMH donde se erija una memoria sobre su esposo.

Por último, como nunca fue informada de los mecanismos de acceso a la verdad y no ha recibido ninguna verdad de tipo institucional, no se siente redignificada, ni satisfecha al no tener certeza de lo ocurrido. Ha superado su duelo, no por conocer los hechos, sino por sacar a sus hijos, al estar ocupada en esto, nunca se involucró con las organizaciones de víctimas. Con base en lo anterior puede afirmarse que no se garantizó su derecho a la verdad.

## Conclusiones

* Los mecanismos establecidos en la Ley 1448 no permiten el tránsito de las víctimas hacia su reconstitución como sujetos democráticos. Dichos mecanismos se enfocaron en construir memoria para la sociedad, pero fue ineficaz e ineficiente en materia de verdad individual, que permite cerrar los episodios de duelo y redignificar las víctimas. Es una revictimización la falta de mecanismos de los afectados de violaciones a los derechos humanos para conocer las causas, las circunstancias, y la totalidad de los hechos, siguiendo los estándares internacionales.
* El "*Acuerdo Final* para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera" tiene el potencial para alcanzar, en mayores proporciones, la verdad individual y el conocimiento masivo de los hechos que configuraron el conflicto en Colombia, garantizando el cierre de episodios de duelo y la redignificación individual

de las víctimas, para que puedan salir de su estado de vulneración de derechos y esto les permita participar como sujetos democráticos. Por otra parte, la construcción de memoria será el primer paso para que la sociedad en general y las generaciones futuras conozcan los hechos de la guerra y eviten repetirla.

* En el debate entre la justicia transicional y la transformadora, la verdad debería asumirse bajo el segundo enfoque transformador, de modo que, en la construcción de la verdad entre víctima y victimario, se permita reconstruir la fractura democrática de la nación colombiana que dio origen al conflicto armado. En ese sentido, a partir de la reconstrucción de la verdad, se deben establecer vías de participación democrática que no existían incluso antes de la guerra, con el fin de mejorar las condiciones de participación previas al conflicto.
* El contenido esencial del derecho a la verdad en el marco internacional tuvo un trance del DIH al DIDH. Ello ocasionó que la titularidad de la "víctima" se ampliara no solo a quienes sufrieron el daño, sino a sus familias y a la sociedad en general, entendiendo el derecho a crear memoria histórica en términos de no repetición, más allá de conocer los hechos y circunstancias. Asimismo, se le adscriben responsabilidades al Estado, por hechos victimizantes, y obligaciones para que cree mecanismos que hagan exigibles la garantía del derecho.
* La obligación, dentro del derecho a la verdad en el derecho internacional, se establece para los Estados como una obligación de medio y no de resultado. La falta de mecanismos de exigibilidad del derecho a la verdad hace que este no sea garantizado a la mayoría de las personas, sino a aquellas que encuentran sus casos e historias de vida reconstruidos —dentro de la construcción de memoria o en algún proceso judicial—; por lo que es imperativa la existencia de un mecanismo de exigibilidad propio del derecho a la verdad.
* Con respecto al estudio de caso, sobre Omilse, podemos afirmar que no se garantizó su derecho a la verdad, porque en tanto las autoridades no realizaron una investigación seria sobre la muerte de su esposo de la señora Omilse. Lo anterior también se puede afirmar porque la víctima no se siente satisfecha por la ausencia de una verdad por parte del Estado sobre lo que ocurrió con su esposo. Por último, de este caso se deriva que las medidas adoptadas por la Ley 1448 no fueron altamente difundidas, pues si bien la señora se encuentra dentro del RUV, no fue informada de los mecanismos de acceso a la verdad.

# Anexo

## Anexo 1. Indicadores cualitativos de goce efectivo del derecho a la verdad

| Tipo | Indicador | Componente | ¿Cumple? Si/no |
|---|---|---|---|
| Estructural | Incorporación del derecho a la verdad en el ordenamiento | Incorporación del derecho a la verdad en Marco jurídico para la paz y relacionados (Acuerdos de la mesa de conversaciones) | |
| | | Incorporación del derecho a la verdad en leyes de Procedimiento penal ordinario | |
| | | Incorporación del derecho a la verdad en leyes de Procedimiento penal en el marco del Fuero penal militar | |
| | | Incorporación del derecho a la verdad en leyes de justicia transicional | |
| | | Incorporación del derecho a la verdad en decretos reglamentarios | |
| | | Incorporación del derecho a la verdad en protocolos o reglamentos en entidades con facultades investigativas en violaciones a DD. HH. | |
| | Adopción de medidas estatales para la garantía del derecho a la verdad | Clases | |
| | | Judiciales | |
| | | No Judiciales | |
| | | Agente práctico u obligado de las medidas | |
| | | Rama judicial | |
| | | Órganos estatales destinados a la protección de DD. HH. | |
| | | Organismos internacionales relacionados con la protección de DD. HH. | |
| | | Entidad especial para atención a víctimas | |
| | | Entidad destinada específicamente a la garantía del derecho a la verdad | |
| | Enunciación de mecanismos para la garantía del derecho a la verdad | Enunciación de mecanismos en Marco jurídico para la paz y relacionados (Acuerdos de la mesa de conversaciones de La Habana) | |
| | | Enunciación de mecanismos en leyes de Procedimiento penal en el marco del Fuero penal militar | |
| | | Enunciación de mecanismos en decretos reglamentarios | |
| | | Enunciación de mecanismos en protocolos o reglamentos en entidades con facultades investigativas en violaciones a DD. HH. | |
| | Diseño de mecanismos con vocación de eficacia, para la garantía del derecho a la verdad | Participación de las víctimas en la construcción de mecanismos para la garantía del derecho a la verdad | |
| | | Participación de defensores de derechos humanos y ONG en la construcción de mecanismos para la garantía del derecho a la verdad | |
| | | Inclusión de enfoques diferenciales atendiendo a razones étnicas, culturales y de género | |
| | | Creación de instituciones, entidades, comisiones especiales cuyo objeto específico sea la garantía del derecho a la verdad | |
| | | Previsión de medidas que faciliten la actividad de instituciones, entidades o comisiones especiales cuyo objeto específico sea la garantía del derecho a la verdad en el acceso a la información | |
| | | Previsión de participación de las víctimas en la construcción de relatos y el desarrollo de las actividades de instituciones, entidades o comisiones especiales cuyo objeto específico sea la garantía del derecho a la verdad | |
| | | Participación de defensores de derechos humanos y ONG en el desarrollo de las actividades de instituciones, entidades o comisiones especiales cuyo objeto específico sea la garantía del derecho a la verdad | |
| | | Previsión de vías de divulgación de los mecanismos para la garantía del derecho a la verdad | |
| | | Acceso en condiciones de igualdad a los mecanismos creados | |
| De proceso | Independencia de imparcialidad de Comisión de la verdad | Creación por ley | |
| | | Garantía de inamovilidad de los miembros de la Comisión durante su periodo | |
| | | Inmunidad de sus miembros por los hechos mencionados en el informe | |
| | Mandato de la comisión | No sustitución de la justicia | |
| | | Focalización en el esclarecimiento de actores, hechos y móviles de violaciones a los derechos humanos | |
| | | Competencia para pronunciarse sobre todas las violaciones de derechos humanos comprendidos en el periodo del conflicto armado | |
| | Garantías al testimonio de la víctima y testigos | Anonimato | |
| | | Confidencialidad | |
| | Financiamiento de la comisión | Financiación pública o cooperación internacional | |
| | | Dotación material y personal suficiente para cumplir la función que le ha sido encomendada | |
| | Garantía a las personas acusadas | Previsión de la posibilidad del acusado para realizar por declaración o dossier contar su versión de los hechos | |
| | | Verificación de información aportada por acusado en declaración o dossier | |
| | Publicidad de los informes de la comisión | Acceso público al informe | |
| | | Alta difusión del informe | |
| | Preservación de los archivos | Los documentos fuente de los informes son conservados con medidas técnicas para evitar su destrucción, robo, simulación o falsificación de archivos que permitan la modificación de la memoria | |
| | | El acceso a los documentos fuente es público para fomentar el interés en la investigación histórica | |
| De resultado | Reconocimiento | La víctima fue reconocida desde el RUV por el hecho que la misma declara | |
| | Esclarecimiento | La víctima conoce las causas del hecho victimizante en el que se vulneraron sus derechos humanos | |
| | | La víctima conoce el actor perpetrador del hecho victimizante | |
| | | La víctima conoce las circunstancias de tiempo del hecho victimizante | |
| | | La víctima conoce las circunstancias de modo del hecho victimizante | |
| | Reparación | La víctima conoce las circunstancias de lugar del hecho victimizante | |
| | | La víctima ha sido sujeto de participación en actividades del Centro Nacional de Memoria Histórica | |
| | | La víctima hace parte de procesos de organización colectiva | |
| | | La víctima conoce los mecanismos para acceder a la verdad de los hechos victimizantes | |
| | Satisfacción | La víctima se siente satisfecha con la verdad que ha recibido, con ocasión del proceso para la garantía de su derecho a la verdad | |
| | | La víctima considera que en la construcción de la verdad no fue revictimizada, o se originó un nuevo trauma | |
| | | La visibilización de la verdad permitió su redignificación | |
| | | La verdad contribuyó a la superación del trauma originado por el hecho victimizante | |

**Fuente:** Elaboración propia

## Anexo 2. Entrevista a Omilse, víctima del conflicto armado

El siguiente texto es producto de la entrevista con Omilse Blandón Castaño, elaborada siguiendo sus palabras y respetando su uso del lenguaje y las referencias en pasado y presente que hace a José David, su esposo. La metodología implementada es la del *continuum vital,* que busca entender las trayectorias y prácticas vitales de las víctimas y la ruptura que se produce entre estas a partir del hecho victimizante.

### José David Díaz, la memoria de Omilse.

Con mi esposo José David tenemos dos hijos. Vivimos en Marquetalia, Caldas. Mi esposo profesionalmente era contador público. Yo soy psicóloga y trabajo en educación pública en este municipio.

Cuando llegamos allí, a mi esposo, como es tolimense, le llamó mucho la atención el comportamiento de la comunidad, y empezó a darse cuenta que eran vulnerados muchos derechos básicos de la comunidad, especialmente la menos favorecida. A pesar de ser contador público, siempre le fascinaba y trabajaba y leía y se autoformaba en el derecho. Fue así como, a pesar de muchas veces tener cargos públicos con la Alcaldía municipal de Marquetalia, también ayudaba siempre a la gente, ayudando a la gente vulnerable en casos en el que a la gente se le vulneraba el derecho a la salud, la mala atención de médicos en procesos quirúrgicos, o en nacimientos de hijos, y ante situaciones que se veían en la alcaldía, ante el uso y el abuso, empezaba a tener procesos y comunicarse con entidades públicas a nivel nacional y departamental. Entonces empezó a tener problemas con las autoridades, pero el hecho que más empezó a hacerle daño fue cuando le ayudó a una señora porque su hijo nació mal, hizo la denuncia a un médico y poco a poco con todas sus denuncias, fue llamado por el grupo paramilitar que estaba en Marquetalia, al "Mangón". Allí le dijeron que no molestara más, sin embargo, él veía que a la gente se le seguían vulnerando muchos derechos. Así fue como un día le ayudo a una señora, porque un ciudadano no la dejaba en paz y en un potrero intentaba ponerle un caballo, ahí en su casa casi. Este señor un día, como tomaba alcohol, mientras mi esposo salió a hacer una vuelta al supermercado, estaba amanecido borracho y se fue tras él y golpeó en el supermercado, cuando mi esposo volvió a la casa, él se sintió y se dio cuenta que estaba todo aporreado y se fue a hacerse evaluar médicamente a Manzanares en la parte legal y fue cuando, después de la consulta, un jeep intermunicipal lo recogió y se lo llevó secuestrado. Mi esposo estuvo secuestrado ocho días. Me llamaron al otro día y me dijeron que lo tenían secuestrado. Yo hice todo, inmediatamente me comuniqué con la alcaldía, hablé con el alcalde tan pronto me llamaron y el alcalde me dijo que sí que efectivamente él había estado en examen legal, pero que no sabía realmente dónde estaba él. Mi esposo jamás se desaparecía de la casa sin darme información. Llamaron telefónicamente y dijeron que sí, que lo

tenían secuestrado, que si les daba dinero. De la impresión mía no dije nada. Pedí ayuda al párroco, pedí más orientación, pedí ayuda en el Gaula, inmediatamente me conectaron con personas que me podían estar apoyando en el caso, así fue que me dijeron que no fuera a pagar un peso. Lo tuvieron ocho días secuestrado, me siguieron llamando, pidiéndome dinero, yo les dije que yo no tenía dinero, que yo era simplemente docente y que solo ganaba un salario para vivir. Me dijeron que llevara plata a la Arboleda, a la tienda más grande, que allá me esperaba alguien; sin embargo como el Gaula me había advertido que no pagará, yo nunca pagué nada. Como a los días llamaron, contestó mi hijo menor, le dijeron que le dijera a la mamá que ahí habían dejado a su esposo cerca de Pensilvania. La policía se comunicó conmigo, me dijeron que tenían una persona en el anfiteatro y que parecía que era mi esposo. Llamé a unas personas en Pensilvania, fueron y me dijeron que sí, que efectivamente allá estaba. Al otro día fui y lo recogí.

Esto hizo que nos tuviéramos que venir del pueblo, tener que dejar mi cargo y pedir apoyo en Manizales para reubicarme. Le vulneran a uno la paz, la tranquilidad. Solamente estábamos participando en una búsqueda de bienestar en el pueblo, mis hijos eran pequeños, ambos eran menores de edad. Yo declaré en la Personería municipal de Manizales, ahí quedé inscrita en el Registro Único de Víctimas, el proceso de declarar es fácil, porque uno va allá y cuenta los hechos. Pero procesos ágiles y rápidos nunca hay. Lo llaman a uno, que tiene derecho, pero nunca tuvimos una ayuda permanente para mis hijos para la alimentación, para la vivienda, para la salud mental, acompañamiento psicológico, nunca tuve un apoyo hasta este año. Yo sé que lo mataron por ayudar, por los procesos que él orientaba para que las personas siguieran en la búsqueda de bienestar. En Marquetalia había un grupo paramilitar, pero por la parte de Samaná, por el río, también entraba la guerrilla, también secuestraba y atacaba otro tipo de personajes de la vida pública. En el pueblo, el del liderazgo era "El soldado", eso lo contaba la gente. Yo nunca he tenido orientación por parte de entidades sobre cómo pasaron las cosas, ni nada. Mi esposo había pedido protección, nunca lo acompañaron, en ese sentido acá no había orientación ni apoyo. Yo no conozco ninguna verdad sobre lo que pasó, creo que proceso penal no hubo. Ante las situaciones del país y tanta gente víctimas creo que hay entidades donde nosotros las víctimas contamos el caso, pero en adelante, no pasa más. A mí me dijeron que yo no tenía derecho a las ayudas, porque yo era docente y que yo tenía con que vivir, me hacían llenar papeles, pero a la fecha no hubo ayuda.

Yo nunca he sabido de un centro de memoria nacional o algo así, sé que existe en Medellín un centro, pero en Caldas o en esta zona, no.

Yo nunca me entere o me informe de procesos de organización, porque me dediqué a levantar a mis hijos. No puedo decir que estoy satisfecha con la claridad de mi situación, porque no tenemos procesos de reflexión, donde se construya país, región. No puedo

sentirme redignificada si realmente nunca hemos tenido verdad. Todo este proceso lo termina a uno revictimizando.

## Referencias

Amaya, Á. (2007). "Efecto reflejo": la práctica judicial en relación con el derecho a la verdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional,* 10, 131-152. Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82401005

Arango, R. (2015). Derechos Sociales. En J. L. Fabra y V. Rodríguez (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 1677-1711). Ciudad de México: Universidad Autónoma de México. Recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf

Butler, J. y Spivak. G. (2009). *¿Quién le canta al Estado-nación? Lenguaje, política, pertenencia.* Buenos Aires: Paidós.

Cabrera, L. (2012). El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación. *Pensamiento Jurídico,* 36. 173-189. Recuperado de http://www.bdigital.unal.edu.co/38022/1/40321-180998-1-PB.pdf

CAJP (Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA). (27 de diciembre del 2011). *Grupo de trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el protocolo de San Salvador.* Recuperado de scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CP/CAJP/INF&classNum=152&lang=s

Chárriez, M. (2012). Historias de vida. Una metodología de investigación cualitativa. *Revista Griot, 5*(1), 50-67. Recuperado de revistas.upr.edu/index.php/griot/article/download/1775/1568

CHCV (Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas). (2015). *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia.* Recuperado de http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf

CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). (2014). *Derecho a la verdad en América.* Washington: Organización de los Estados Américanos (OEA). Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf

CICR (Comité Internacional de la Cruz Roja). (12 de agosto de 1949). Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en

campaña. Ginebra: CICR. Recuperado de https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm

CICR (Comité Internacional de la Cruz Roja). (8 de junio de 1977). *Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.* Ginebra: CICR. Recuperado de https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm#6

CICR (Comité Internacional de la Cruz Roja). (2012). *Los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949.* Ginebra: CICR. Recuperado de https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf

CNMH (Centro Nacional de Memoria Histórica). (2015). *Yo aporto a la verdad. Acuerdos de contribución a la verdad y a la memoria histórica. Mecanismo no judicial de contribución a la verdad, la memoria histórica y la reparación, Ley, 1424/2010.* Bogotá: CNMH. Recuperado de https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2014/informesDAV/yo-aporto-verdad.pdf

Coljuristas (Comisión Colombiana de Juristas). (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).* Bogotá: Coljuristas. Recuperado de http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf

Coljuristas (Comisión Colombiana de Juristas). (2012). Derecho a la verdad y derecho internacional. Bogotá: Coljuristas. Recuperado de http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/derecho_a_la_verdad_y_derecho_internacional.pdf

Congreso de la República de Colombia. (10 de junio de 2011). Ley 1448 de 2011. *DO*: 48096. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43043

Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (22 de enero del 2004) Sentencia T-025/04. [MP Manuel José Cepeda]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm

Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). (29 de julio de 1988). Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988. [Rafael Nieto Navia, presidente]. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). (25 de noviembre del 2000). Caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre del 2000. [Antônio A. Cançado Trindade, presidente]. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf

Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). (14 de marzo del 2001). Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. [Antônio A. Cançado

Trindade, presidente]. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). (3 de marzo del 2005). Caso Huilca Tecse *vs.* Perú. Sentencia de 3 de marzo de 2005. [Sergio García Ramírez, presidente]. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_121_esp.pdf

Courtis, C. (2009). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En *Ecos cercanos: escritos sobre derechos humanos y justicia* (pp. 17-90). Bogotá: Siglo del Hombre.

CSML (Comisión de Seguimiento y Monitoreo al Cumplimiento de la Ley 1448 de 2011). (2015). *Segundo informe al Congreso de la República, 2014-2015. Resumen Ejecutivo.* Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, Mesa Nacional de Participación de Víctimas.

Daza, D. M., Díaz, J. y Montenegro, L. C. (2016). Los paradigmas democráticos y el modelo colombiano: un análisis desde el sujeto, el voto y la representación. *Investigaciones en Construcción,* 29, 277-308. Recuperado de http://www.uneditorial.com/pageflip/acceso-abierto/pdf/semilleros-de-investigacion-2014.pdf

De Greiff, P. (9 de agosto del 2012). *Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.* Nueva York: Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_sp.pdf

Defensoría del Pueblo. (s. f.). *Contenido y alcance del derecho a la reparación. Instrumentos para la protección y observancia de los derechos de las víctimas.* Recuperado de http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/alcanceReparacion.pdf

Fuentes Becerra, D. y Atehortúa-Arredondo, C. (2016). Sobre el sujeto-víctima: configuraciones de una ciudadanía limitada. *Revista Opinión Jurídica, 15*(29), 65-77. Recuperado de http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1717/1660

Fajardo, L. (2012). Elementos estructurales del derecho a la verdad. *Civilizar, 12*(22), 15-34. Recuperado de http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v12n22/v12n22a03.pdf

Gobierno nacional y Farc-EP. (5 de agosto del 2014). Acuerdos adicionales sobre la Comisión histórica del conflicto y sus víctimas (CHCV). *Comunicado Conjunto.* Recuperado de http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Comunicado%20Conjunto%2C%20La%20Habana%2C%2005%20agosto%202014-Versi_n%20Espa_ol.pdf

Gobierno nacional y Farc-EP. (4 de junio del 2015). Avances de la discusión del punto 5: Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición. *Comunicado Conjunto, 53.* Recuperado de http://www.verdadabierta.com

/documentos/procesos-de-paz/proceso-de-paz-2012/1226-comunicado-sobre-la-comision-de-la-verdad-junio-2015

Gobierno nacional y Farc-EP. (23 de septiembre del 2015). Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz. *Comunicado Conjunto, 60*. Recuperado de http://www.verdadabierta.com/documentos/procesos-de-paz/proceso-de-paz-2012/1226-comunicado-sobre-la-comision-de-la-verdad-junio-2015

Gobierno nacional y Farc-EP. (24 de noviembre de 2016). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. [Acuerdo Final]*. Recuperado de http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf

González-Salzberg, D. (2008). El derecho a la verdad en situaciones de post-conflicto bélico de carácter no-internacional. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional,* 12, 435-468. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562008000100016&lang=pt

Gutiérrez, L. (2010). *La reparación de víctimas de desaparición forzada, desde su propia perspectiva* (tesis inédita de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Recuperado de http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis428.pdf

Henckaerts, J-M. y Doswald-Beck, L. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Volumen I. Normas. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe. Recuperado de https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf

ICJT (Centro Internacional para la Justicia Transicional). (s. f.). ¿Qué es la justicia transicional? Recuperado de https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional

ICJT (Centro Internacional para la Justicia Transicional). (2009). ¿Qué es la justicia transicional? Recuperado de https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf

López Noguero, F. (2002). El análisis de contenido como método de investigación. *Revista de Educación,* 4, 167-179. Recuperado de http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1912/b15150434.pdf?sequenc

Newman-Pont, V. (2009). Falso o verdadero (¿El derecho a la verdad es norma imperativa internacional?). *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional,* 14, 43-69. Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420232003

Núñez, C. (coord.). (2014). Restitución de tierras: aprendiendo a reparar el despojo. *CODHES Informa. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento,* 83, 1-18. Recuperado de http://www.codhes.org/index.php?option=com_si&type=4

OEA (Organización de Estados Americanos) y GTPSS (Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador). (2011). *Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador.* Washington: OEA. Recuperado de http://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf

ONU (Organización de Naciones Unidas). (3 de abril de 1996). Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Guatemala. Recuperado de http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/guatemala1996.html

ONU (Organización de Naciones Unidas). (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx

ONU (Organización de Naciones Unidas). (12 de octubre de 1997). *La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos).* Nueva York: ONU. Recuperado de http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html

ONU (Organización de las Naciones Unidas). (17 de julio de 1998). *Estatuto de Roma.* Roma: ONU. Recuperado de http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

ONU (Organización de Naciones Unidas). (8 de febrero del 2005). *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Comisión de Derechos Humanos. 61º periodo de sesiones.* Nueva York: ONU. Recuperado de http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html

ONU (Organización de Naciones Unidas). (9 de enero del 2006). *Estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comisión de Derechos Humanos. 62º periodo de sesiones.* Nueva York: ONU. Recuperado de http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/120.pdf

Osorio, O. (2015). *Recordar y no repetir: la potencialidad de la construcción de Memoria Histórica en la contribución al fin del conflicto armado en Colombia* (tesis inédita de maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. Recuperado de http://www.bdigital.unal.edu.co/49903/1/1077851244.2015.pdf

Palomino, I. y Rodríguez, N. (2015). Participación de las víctimas del conflicto armado. En A. García, I. Palomino, N. Rodríguez, I. Luna, A. Salgado, H. Cuervo y G. Acosta, *La participación de las víctimas: un camino para construir e implementar políticas públicas transformadoras.* Bogotá: CODHES (Consultoría para los Derechos Humanos y de Desplazamiento). Recuperado de https://www.ndi.org/sites/default/files/guia_victimas_colombia_small.pdf

Romero Silva, M. (dir.). (2014). El desplazamiento forzado y la imperiosa necesidad de la paz. informe de desplazamiento 2013. *CODHES Informa. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento,* 82, 1-19. Recuperado de http://www.codhes.org/index.php?option=com_si&type=4

Touraine, A. (2006). *¿Qué es la democracia?* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2009). Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. En C. Díaz, N. Sánchez y R. Uprimny (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 67-143). Bogotá: Dejusticia (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad).

Villa, J. D. (2013). Consecuencias psicosociales de la participación en escenarios de justicia transicional en un contexto de conflicto, impunidad y no-transición. *El Ágora U. S. B, 13*(2), 307-338. Recuperado de http://www.scielo.org.co/pdf/agor/v13n2/v13n2a02.pdf

# Conflictividad territorial en el Catatumbo. Un horizonte intercultural por construir*

## *Territorial conflicts in the Catatumbo. An intercultural horizon to build*

Semillero vinculado al grupo de investigación Relaciones Interétnicas y Minorías Culturales

**Jefferson José Cruz Medina**
Departamento de Ciencia Política
*jejcruzme@unal.edu.co*

**Danna Carolina Aguilar Gómez**
Departamento de Ciencia Política
*dcaguilarg@unal.edu.co*

**Juan David Sánchez Vargas**
Departamento de Ciencia Política
*judsanchezva@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.º 33476 "Problemas territoriales en el Catatumbo: la interculturalidad en juego", dirigido por el profesor Edgar Alberto Novoa (q. e. p. d.).

**Resumen:** Este artículo realiza una aproximación a las conflictividades interculturales originadas por el choque de las territorialidades campesinas e indígenas presentes en la región del Catatumbo (Norte de Santander). En esa región hay condiciones estructurales que impiden un diálogo intercultural entre estas comunidades, el cual permitiría pensar soluciones autonómicas a las problemáticas que atañen al territorio de manera conjunta, en vía de construir alternativas de vida digna. Para desarrollar esta tesis, en primer lugar, se realizará una identificación de los actores que habitan y disputan el territorio del Catatumbo. Seguidamente, se hará una caracterización de la problemática territorial en cuestión desde sus diferentes variables. En tercer lugar, se analizarán los condicionantes que impiden el desarrollo del proyecto intercultural propuesto, dejando pendiente el intento por encontrar salidas normativas a los conflictos interculturales de Catatumbo para futuras investigaciones.

**Palabras clave:** interculturalidad, territorio, pueblo indígena motilón-barí, campesinos, zonas de reserva campesina, Catatumbo

**Abstract:** This paper makes an approach to the intercultural conflicts caused by the clash of peasant and indigenous territorialities in Catatumbo (Norte of Santander). Thus, the article support that there are a number of structural conditions that inhibit an intercultural dialogue between these communities, this dialogue would allow autonomous solutions to the problems that concern the territory in a joint way, so that of building alternatives for a dignified life. In order to develop this thesis, firstly, we do an identification of the actors that inhabit and dispute Catatumbo's territory. Then, we construct a characterization of the territorial problematic from its different variables. Thirdly, there is an analysis of the conditions that prevent the development of the proposed intercultural project, leaving the attempt to find normative solutions to Catatumbo's intercultural conflicts for future researches.

**Keywords:** interculturality, territory, motilón-barí people, peasants, Catatumbo, peasant reserve zones

## Introducción

Colombia es una nación pluriétnica y multicultural: en su ruralidad conviven campesinos, indígenas y afrodescendientes. Un problema común y de larga data de estas poblaciones es la inequidad en la posesión de la tierra. Para solventar esta situación, el Estado colombiano a partir de la Constitución de 1991 reconoció derechos territoriales diferenciados para la población afrodescendiente e indígena, conocidos como: resguardos indígenas y territorios colectivos de comunidades negras[1]. Sin embargo, no se ha dado esta diferenciación para la población campesina, la cual nunca ha sido reconocida como sujeto de derechos colectivos. Uno de los pocos avances en términos jurídicos para esta población ha sido la creación de la figura de Zona de Reserva Campesina (en adelante ZRC) por medio de la Ley 160 de 1994. Con esta se iniciaron esfuerzos para aprovechar terrenos baldíos nacionales e impulsar la pequeña propiedad. Aunque esta figura ha tenido un pobre desarrollo por parte del Estado, algunos movimientos socioterritoriales campesinos la asumen como el eje de sus reivindicaciones.

Un buen ejemplo de lo anterior se presenta en el Catatumbo, subregión ubicada en el departamento de Norte de Santander y habitada en su mayoría por colonos e indígenas de la etnia motilón-barí. Allí la problemática territorial es especialmente compleja: la existencia de abundantes recursos naturales ha desencadenado la ambición de grandes multinacionales de la minería y la agroindustria, trayendo consigo graves problemas ambientales y sociales. Además su ubicación fronteriza hace de las economías ilícitas una opción financieramente viable. Ligado a ello, esta región es un epicentro del conflicto armado colombiano; pues allí confluyen fuerzas insurgentes, proyectos de consolidación estatal por la vía militar y fuerzas paramilitares (Ascamcat y Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, 2012, p. 78). A causa de esto, las consideraciones básicas sobre cultura e identidad territorial, conocimientos locales y biodiversidad, consulta previa e informada y derechos fundamentales de las comunidades locales y pueblos originarios han sido marginalizadas.

Frente a esto, el campesinado catatumbero se ha abanderado de formas alternativas de apropiación del territorio, rechazando la concentración de las tierras en pocas manos. Entre ellas se pueden resaltar dos: la Zona de Reserva Campesina del Catatumbo (en adelante ZRC-C) promovida por la Asociación Campesina del Catatumbo (en adelante Ascamcat) y los territorios campesinos agroalimentarios (en adelante TCA) impulsados por el Comité de Integración Social del Catatumbo (en adelante Cisca). La

1 Decreto 1745 de 1995 "Derecho de propiedad colectiva de las tierras de las comunidades negras"; Decreto 2164 de 1995 "Titulación de tierra a las comunidades indígenas; Ley 70 de 1996 y Decreto 1953 de 2014", "Régimen Especial de los Territorios Indígenas".

constitución formal de la ZRC-C, ha sido exigida por Ascamcat desde el año 2009, sin embargo, sus contenidos han generado conflictos con la territorialidad del pueblo indígena motilón-barí. Esta conflictividad se expresa en dos aspectos: el primero, relativo a la morfología del territorio, es decir, a contradicciones en cuanto a la delimitación física del espacio habitado por las comunidades, y el segundo, referente a las dinámicas de producción cultural del territorio.

Esto es evidente en la colisión entre la exigencia barí de ampliación y saneamiento de sus resguardos indígenas Catalaura y Motilón-Barí y el área solicitada por los campesinos para la constitución de la ZRC en el polígono que corresponde a los municipios de San Calixto y Hacarí. Esto, a su vez genera que se contrapongan dos formas diferentes de concebir y apropiar un mismo territorio, —entendido como un lugar de prácticas y relacionamientos sociales— que, como veremos más adelante, son consustanciales a las lógicas de desarrollo propias de campesinos e indígenas. De esta manera se advierte un conflicto de carácter intercultural frente al uso, conservación y ordenamiento del territorio.

Por aparte, el Cisca ha defendido el desarrollo de los TCA, una propuesta que se ha gestado desde el Coordinador Nacional Agrario (en adelante CNA). Este proyecto se ha planteado desde unos ejes diferentes a los las ZRC, ligados a los Planes de vida que se han creado desde las comunidades. Si bien los TCA no guardan relaciones conflictivas en términos de traslapes o límites con las comunidades indígenas o con Ascamcat, sí presentan otra visión del territorio que complejiza las dinámicas de relacionamiento sociocultural en el Catatumbo. Sin embargo, no hay que ver estas visiones como contrapuestas. Esta es una virtud de la que carecen los marcos estatales de división político-administrativa del territorio, los cuales perciben las diversas territorialidades como compartimentos estancos, despreciando las formas alternativas de comprender y habitar el territorio que le apuestan no solo a la coexistencia sino a la convivencia.

En este sentido, es necesario no caer en una visión esencialista de las construcciones culturales de cada comunidad. Lo que se busca es partir de un entendimiento dialógico de las diversas compresiones existentes en torno al territorio, que permita que las reivindicaciones del pueblo indígena sean reconocidas por los campesinos y que, correlativamente, las reivindicaciones campesinas sean reconocidas por los indígenas que habitan la zona. Tal intercambio está orientado hacia el logro de la interculturalidad, no como reconocimiento jurídico, sino como una nueva forma de relacionamiento entre comunidades que cuestiona las relaciones de dominación propias de un modelo desarrollista.

Así pues, tomando como referencia a Catherine Walsh (2010), entenderemos la interculturalidad como

> el esfuerzo por promover las relaciones positivas entre distintos puntos culturales, de confrontar la discriminación, el racismo y la exclusión de formar ciudadanos conscien-

> tes de las diferencias y capaces de trabajar conjuntamente en el desarrollo de un país y en la construcción de una sociedad justa, equitativa, igualitaria y plural. (p. 76)

Esta visión crítica de la interculturalidad nos permitirá analizar en profundidad la problemática del Catatumbo, en tanto consideramos que las propuestas de las comunidades presentes en la zona, y el enfoque intercultural que se podría llegar a gestar, parten de la posibilidad del diálogo para la convivencia mutua entre culturas en busca de un aprendizaje bidireccional transformador.

Es precisamente este el núcleo de esta investigación, por ello analizaremos los límites de las territorialidades que coexisten en el Catatumbo de cara a la implementación de un proyecto intercultural, durante el periodo 2009-2015. En pro de esto, partimos del supuesto de que existen cuatro limitantes frente a la interculturalidad: 1) el Estado colombiano propicia un modelo de desarrollo neoliberal en el territorio catatumbero; 2) en función de dicho modelo de desarrollo, se implementan políticas de reconocimiento multicultural que jerarquizan a los sujetos indígenas y sujetos campesinos, insertándolos en una lógica de competición; 3) las propias territorialidades campesinas e indígenas se encuentran ancladas a la lógica estatal enunciada, generando un robustecimiento de las fronteras culturales existentes entre ellas e impidiendo avanzar así en un reconocimiento equitativo de las diferencias culturales de cada comunidad; 4) persiste, como limitante, una excesiva valoración de los procedimientos legales para la materialización de las territorialidades en juego, lo cual impide avanzar en un horizonte intercultural.

## Propósitos y hoja de ruta

En concordancia con lo expuesto anteriormente, nuestro marco metodológico parte del supuesto de que no es posible preguntarse por la interculturalidad como horizonte político sin antes examinar las limitaciones que imposibilitan el diálogo entre culturas. Tal y como lo dice Tubino (s. f.), el interculturalismo crítico "involucra por ello un momento descriptivo de esclarecimiento e interpretación de hechos y un momento normativo de carácter ético y político que, al combinarse, orientan las acciones programáticas que el ejercicio de la interculturalidad implica" (pp. 7-8). Esto quiere decir que existen al menos dos momentos para hablar de interculturalidad. El primero busca identificar e interpretar los conflictos interculturales que se viven en un territorio, para hacerlos inteligibles. Solo dando cuenta de esto es coherente pasar al segundo momento, intentar encontrar salidas normativas a dichos conflictos interculturales.

En este sentido, para hacer real el diálogo hay que empezar por visibilizar las causas del no-diálogo. El propósito de este escrito es hacer un diagnóstico general de las conflictividades interculturales consustanciales al choque de territorialidades campesinas e indígenas presentes en el Catatumbo. Dado que el interculturalismo crítico busca promover el diálogo cuestionando las causas de la asimetría cultural,

> [...] No hay por ello que empezar por el diálogo, sino con la pregunta por las condiciones del diálogo. O, dicho todavía con mayor exactitud, hay que exigir que el diálogo de las culturas sea de entrada diálogo sobre los factores económicos, políticos, militares, etc. que condicionan actualmente el intercambio franco entre las culturas de la humanidad. Esta exigencia es hoy imprescindible para no caer en la ideología de un diálogo descontextualizado que favorecería solo los intereses creados de la civilización dominante, al no tener en cuenta la asimetría de poder que reina hoy en el mundo. (Fornet, 2000, p. 12)

Así, este artículo tiene objetivos más exploratorios que conclusivos. Buscamos arrojar pistas sobre las problemáticas de campesinos e indígenas, dejando el segundo momento de análisis para investigaciones que tengan como finalidad trascender al planteamiento de soluciones interculturales.

Dicho esto, el presente artículo estará dividido en cuatro acápites que bastarán para desarrollar la hipótesis. En primer lugar, realizaremos una identificación de los actores que habitan y disputan el territorio del Catatumbo. Paso seguido se hará una caracterización del conflicto territorial existente en sus múltiples dimensiones. En tercer lugar, analizaremos los limitantes que impiden el desarrollo del proyecto intercultural enunciados en la hipótesis. Finalmente, nos permitiremos formular una serie de propuestas dirigidas a las comunidades que contribuyan a profundizar un proyecto de territorio intercultural en el Catatumbo, que puedan ser retomadas en futuras investigaciones sobre el tema en cuestión.

## De los actores, sus intereses y sus territorialidades

### Caracterización general de la región del Catatumbo

La tierra del trueno, como se conoce a la región del Catatumbo[2], ocupa el 50 % del departamento de Norte de Santander (1 100 000 ha) y comprende once municipios: Abrego, Convención, El Carmen, El Tarra, Hacarí, La playa, Ocaña, San Calixto, Sardinata, Teorama y Tibú (Conpes, 2013, p. 5). La región limita por el norte y el occidente con la

2 *Catatumbo,* palabra de la lengua barí, traduce 'casa del trueno'.

República de Venezuela, por el oriente el departamento del Cesar y por el sur los municipios de Cúcuta, Puerto Santander, El Zulia y Villa del Rosario. Su población es de 282 393 habitantes, de los cuales el 50 % se localizan en las cabeceras municipales, sin embargo —con excepción de Ocaña— sus municipios tienen población mayoritariamente rural (Conpes, p. 6), ascendiendo al 50 % del total, lo cual contrasta con el promedio departamental de 22,3 % y nacional del 24,2 %. Es decir, el Catatumbo es una región fundamentalmente campesina.

Como lo reseña Carlos Olaya (2015), esta región fue poblada desde tiempos precolombinos por diversos pueblos indígenas descendientes de la familia caribe, entre ellos, el pueblo barí que pervive pese a los avatares causados por la dominación colonial española y la posterior dominación criolla (p. 200). Tal etnocidio se ha extendido hasta los últimos tiempos, cuando los diversos conflictos nacionales se extienden sobre los reductos territoriales baríes, siendo los de mayor impacto la amenaza por los megaproyectos y la colonización. Con la denuncia de la existencia de petróleo en el Catatumbo a principios del siglo xx, el Estado colombiano empezó a estimular la explotación petrolera a cualquier precio. Nacieron así la Concesión Barco y la Concesión de Mares que significaron la entrega a compañías extranjeras (a través de particulares), de 630 000 ha del territorio nacional, gran parte de ellas pertenecientes a los barí, que para la fecha controlaban un área de 16 000 km$^2$ en Colombia y Venezuela, y contaban con unos 2 500 individuos. Sin embargo, para mediados del siglo, la acción de estas empresas petroleras ya había reducido, en unos 2 000 km$^2$, el territorio de los indígenas, por medio del despojo. Situación que se agravó con la construcción del oleoducto Caño Limón-Coveñas que le restó al pueblo indígena otros 1 300 km$^2$ de territorio ancestral (Arciniegas, 2008, p. 318).

Pero si hasta entonces los principales enemigos de las comunidades indígenas habían sido las compañías petroleras, desde las décadas de 1940 y 1950 hay que sumar a estas la presión de colonos y hacendados que movidos hacia la región por las compañías petroleras —las cuales constituían una fuente de recursos y un mercado para sus productos— arrasaron la selva e iniciaron una cacería de indígenas. Avellaneda lo reseña así: "Pertenecen a la leyenda de la zona las famosas por esos años, cacerías de indígenas motilones, por parte de colonos, actividad que se extendió hasta muy entrada la década de los sesenta" (Avellaneda, 1998, citado por Arciniegas, 2008, p. 317). Con esto iniciaría un proceso de resistencia motilona, que degeneró en una cruenta mortandad tanto de indígenas como de campesinos. Algunos estudios establecen que entre 1957 y 1963, habrían muerto alrededor de cien colonos y un número mayor, aunque desconocido, de indígenas (Salazar, 2005, p. 34). Siendo lo anterior muestra de que el conflicto existente actualmente entre campesinos e indígenas no es una novedad.

No obstante, la incursión de los colonos en la región no debe ser satanizada. Este proceso corresponde a un intento de abrirse camino para sobrevivir en un contexto agreste en el que la posesión de la tierra es fundamental para la realización del campesinado. Así pues, cada uno de los actores involucrados en la problemática cuenta con unos intereses particulares en los que cabe la pena detenerse, con el fin de entender la conflictividad causada por la coexistencia de múltiples formas de imaginar y habitar el territorio en un mismo espacio geográfico.

## Actores que habitan el Catatumbo

Como se mencionó anteriormente, Ascamcat surgió en 2005 como fruto del esfuerzo organizativo de campesinos de Convención, El Carmen, El Tarra y Teorama. La organización nace con el objetivo fundamental de defender la vida digna para los campesinos catatumberos, lo que implica una férrea defensa de su territorio. Así, propugna por el cuidado del medio ambiente, el rescate de las tradiciones campesinas, por la generación de espacios para la discusión y la toma de decisiones que involucran al campo (*Agencia Prensa Rural,* s. f.). Este es un objetivo que carga tras de sí una historia de construcción colectiva.

El antecedente más inmediato de esta organización se encuentra en la movilización campesina desarrollada entre 1996 y 1998 que pretendió exigir al Gobierno nacional, departamental y local, atención a demandas agrícolas, de infraestructura y desarrollo, sin recibir más respuestas del Estado que la represión violenta. Para el año 1999 incursionó en el Catatumbo un nuevo actor, el paramilitarismo que, con complicidad de las fuerzas militares, recrudeció el conflicto, dejando como saldo más de 10 200 campesinos asesinados, 600 desaparecidos, más de 114 000 desplazados, y el asesinato de cuatro líderes campesinos (Ascamcat y Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, 2013).

Como consecuencia de lo anterior, y empeorado por los desplazamientos forzados que se dieron entre los años 2002 y 2003, los campesinos conforman "de manera solidaria y comunitaria comités y asociaciones temporales para resistir al flagelo del desplazamiento, buscar una forma de protección y de ayuda mutua" (Ascamcat y Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, 2012, p. 20). Bajo este impulso, los campesinos intentaron retornar a la región, y organizaron el Encuentro Comunitario del Catatumbo "Integración, Vida y Territorio" en San Pablo, Teorama. Pero su proceso organizativo se vio nuevamente truncado por un episodio de desplazamiento de más de 300 personas a causa del conflicto armado y las extralimitaciones de la Fuerza Pública. En este contexto, en el año 2005, el campesinado catatumbero "resuelve por consenso de 300 campesinos/as víctimas del desplazamiento forzado, y con la participación activa y solidaria de 60 delegados de veredas y corregimientos del Catatumbo, la constitución de la Asociación Campesina del Catatumbo-Ascamcat" (p. 21).

Ya bajo la tutela de la organización, en el año 2009, se entabló la Mesa de Interlocución y Acuerdo bajo una Agenda Social con el Gobierno nacional y se iniciaron los trámites para la conformación de una Zona de Reserva Campesina para el Catatumbo, siguiendo los lineamientos y directrices de la Asociación Nacional de Zonas de Reserva Campesina (en adelante Anzorc). Con este fin, Ascamcat construyó un Plan de Desarrollo Alternativo e inició el trámite legal para el establecimiento de la ZRC en la región, la cual ha tenido importantes avances para su constitución con el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder). Para el año 2012, el Incoder ratificó el compromiso de la creación de la ZRC-C, para beneficiar a alrededor de 50 000 campesinos, habitantes de 340 veredas y 27 corregimientos de los municipios de El Carmen, Convención, Hacarí, San Calixto, Teorama, El Tarra y Tibú (Incoder, 2012).

Sin embargo, la representación campesina en el Catatumbo no solo se encuentra a cargo de Ascamcat, también interviene el Comité de Integración Social del Catatumbo (Cisca). Su origen es mucho más reciente si lo comparamos con Ascamcat. Entre los años 2002 y 2003, la Asociación del Alto Bobalí junto con los indígenas motilón barí y la Asociación de La Trinidad acordaron un límite a la expansión del cultivo de la coca que afectaba la región. Posteriormente, en septiembre del año 2004 se realizó el Encuentro Comunitario del Catatumbo "Integración, Vida y Territorio", en donde se ratificó la necesidad de conformar una Organización Regional y de formular un Plan de Vida. En octubre del 2004 "nació allí oficialmente el nombre de Comité de Integración Social del Catatumbo (Cisca) y se crearon el Equipo Consultivo con un representante por Asociación y el Equipo Ejecutivo" (Cisca, 7 de febrero de 2013).

Desde sus inicios el Cisca se ha distanciado de la propuesta de ZRC-C, según el líder Yermin Sanguino, "las Zonas de Reserva Campesina son una reivindicación histórica del campesinado. Pero hay otras propuestas que se están construyendo en la región como los territorios campesinos agroalimentarios, sin olvidar la defensa de los resguardos indígenas" (*Verdad Abierta,* 2016). En consecuencia, el Cisca ha abanderado otra propuesta, los TCA. Esta figura de ordenamiento territorial alternativo nace en el seno del CNA con el fin de "defender la tierra y el territorio, avanzando en la consolidación de nuestra propuesta política de tierras y territorios y en el fortalecimiento de nuestros planes de Vida Digna" (CNA, 2015).

Valga aclarar que las dos figuras (ZRC-C y TCA) no son opuestas y mucho menos excluyentes, más bien existe un foco diferente en una y en otra. Podemos establecer que los TCA apuntan no solo a la protección del territorio del latifundismo, sino que están destinados principalmente a fortalecer la economía campesina de forma solidaria, fundados en Planes de Vida. Empero, es palpable que su principal diferencia radica en las plataformas políticas y organizativas que impulsan cada proyecto, por parte de las ZRC: Marcha

Patriótica y Anzorc; y por los TCA: el Congreso de los Pueblos y el CNA (*El Espectador,* 21 de agosto de 2016).

Por otra parte, el tercer actor identificado, el pueblo indígena barí, cuenta con una estructura de organización política y social interna y externa propia. La representación legal de las 23 comunidades del pueblo motilón-barí está a cargo de la Asociación Comunidad Motilón Barí de Colombia (Asocbarí), la cual se rige por el mandato del "Consejo Autónomo de Caciques Barí", integrado por 23 caciques pertenecientes a los respectivos cabildos y asociaciones de las cinco municipalidades en los cuales se encuentran las comunidades (Asocbarí, s. f., p. 6). Esta organización fue fundada el 9 de junio de 1978 en un proceso autónomo de las comunidades, quienes vieron la necesidad de defenderse "en contra de las amenazas a nuestro territorio y nuestra cultura, es decir nuestra vida" (Asocbarí, s. f.). Desde ese año, Asocbarí ha jugado un papel fundamental en la defensa de la vida de las comunidades baríes en su integralidad, ante las diferentes amenazas que recaen en su contra. Lo cual implica una lucha persistente por lograr el reconocimiento y el respeto de sus derechos, tanto en sus territorios ancestrales como en los titulados como resguardos, pues para los barí la existencia y desarrollo de su pueblo no es posible sin el territorio que han construido, apropiado y defendido culturalmente por miles de años (Salazar, 2005, p. 7).

Como se planteó anteriormente, el pueblo barí cuenta con dos resguardos indígenas: el resguardo indígena motilón barí La Gabarra (13 000 ha) y el resguardo indígena Catalaura (105 000 ha). Estos resguardos fueron constituidos por el Incora en 1981 y 1984 respectivamente, sobre la margen izquierda del *Da Bokí* (río Catatumbo) entre los ríos *Caricacha Boki* (caño Brandy) y *Be Bokí* (caño Martillo) (Salazar, 2005, p. 47). Pese a estas medidas los resguardos no cuentan con seguridad jurídica plena, puesto que ha quedado pendiente la titulación de áreas que los indígenas reconocen como territorios ancestrales, impidiendo así el pleno dominio sobre su territorio (Defensoría del Pueblo, 2011, p. 8). En consecuencia, desde hace varios años las comunidades han solicitado al Incoder el saneamiento y la ampliación de sus resguardos sobre sus territorios ancestrales, sin que sus solicitudes hayan sido atendidas hasta el presente, aunque se han dado varios intentos por formalizar dicha demanda (aunque no suficientes). Esto se evidencia en el Documento Conpes 3739, en el cual se propone la recuperación de baldíos indebidamente ocupados y la ampliación y saneamiento del resguardo barí (Conpes, 2013).

Un caso aún más grave es el de los campesinos, quienes en su mayoría carecen de título de pleno dominio sobre sus tierras. En el Catatumbo este tipo de relaciones de propiedad se dan mediante la "buena fe", puesto que la tenencia de la tierra se ha reproducido por generaciones al margen de títulos materiales. Solo una breve proporción de campesinos ostenta los títulos en tanto que más del 40 % de las personas carecen de un título de

propiedad y una gran parte de quienes manifiestan tenerlo, poseen apenas documentos de traspaso o "carta de venta" que tradicionalmente los identifica como tal, pero que no les otorga [...] propiedad conforme a la ley civil (Ascamcat y Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, 2012, p. 323).

Este factor, ligado como está a la existencia de un modelo de desarrollo basado en el establecimiento de la agricultura empresarial y la gran propiedad agrícola y ganadera, así como a la "colonización cocalera" —que tuvo su auge en los años ochenta y que aún pervive como medio de subsistencia campesina, pero también a la persistencia de las dinámicas de despojo armado en la región—, es lo que ha desatado un movimiento popular en el Catatumbo que es definido por su fuerte lucha en pro de la dignidad campesina.

Habría que recordar cómo en junio del año 2013 Ascamcat protagonizó "una de las manifestaciones sociales más grandes de los últimos 10 años" (*El Espectador,* 1 de agosto de 2013). El "Paro del Catatumbo", como se le denominó, inició como una manifestación en contra de la erradicación forzada de cultivos ilícitos pero rápidamente dio paso a una agenda de peticiones que denunciaba el abandono estatal de la región y demandaba la creación de la ZRC. En su desarrollo, el campesinado tuvo que enfrentar el rigor de la represión de la Fuerza Pública y las acusaciones del Gobierno, según las cuales la protesta estaba dirigida por las Farc (Cruz, 2014, p. 249). Y aunque el paro finalizó con acuerdos suscritos entre el Gobierno nacional y los campesinos —por medio de la instalación de la Mesa de Interlocución y Acuerdos en el Catatumbo el 9 y 10 de agosto de 2013—, hasta el momento, según los campesinos, "solo se ha avanzado en un 30 por ciento del pliego de peticiones en la agenda de concertación" (*El Tiempo,* 16 de marzo de 2016). Dicha cuestión resulta paradójica si se tiene en cuenta que lo campesinos demandan del Estado el cumplimiento de sus leyes. Como lo señala Estrada (2013), "En realidad, lo que el movimiento se ha propuesto es darle vida jurídico-formal a la situación de hecho producida por décadas de producción campesina de territorio y de indiscutible abandono estatal en tierras baldías" (p. 30).

De esta manera, la propuesta de ZRC de Ascamcat constituye una forma de reconocer los derechos del campesinado catatumbero, un mecanismo de cumplimiento de las obligaciones estatales para con estas comunidades y una herramienta de atención y reparación íntegra de las víctimas del conflicto armado interno de esa región. Por ello desde el año 2012 Ascamcat se ha dado a la tarea de surtir los engorrosos trámites para la creación de una ZRC, y el Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, elaboró el *Plan de Desarrollo Sostenible*[3], un documento riguroso de casi seiscientas páginas en el que se especifican las

3 Este fue un documento realizado en concertacion con el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), quien financió el estudio, y el apoyo de la Coorporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez.

dinámicas del campesinado catatumbero, las problemáticas de la región y sus habitantes y la justificación para la constitución de un ZRC-C como un avance en la solución de problemas del tejido social campesino y de la economía campesina.

No obstante, todo ese esfuerzo se ha encontrado de manera sistemática con barreras interpuestas por el Estado. A pesar del ordenamiento jurídico existente —y del hecho de que las comunidades campesinas hayan decidido acogerse a él, con pleno conocimiento de sus limitaciones—, se constata un notorio contraste entre el tratamiento militar que le da el Estado a las aspiraciones territoriales de los campesinos y su tratamiento benévolo hacia los grupos económicos e inversionistas transnacionales para legalizar las apropiaciones de tierras baldías de la nación. Esto nos deja entrever que el Estado interviene en la problemática del Catatumbo como un actor que atiza el conflicto al promover intereses económicos, políticos y socioculturales (Estrada, 2013a, p. 28), que chocan con los intereses propios de organizaciones campesinas de la región (como Ascamcat o Asocbarí).

Lo anterior es evidenciable en el discurso militar con el que se ha deslegitimado la propuesta de ZRC, acudiendo a argumentos acríticos sobre la dura situación de las poblaciones rurales del Catatumbo y que le restan capacidad de agencia política a esta clase social. Este tipo de argumentos ha dado lugar a la estigmatización de las ZRC como meras plataformas para el crecimiento y fortalecimiento de los grupos armados al margen de la ley, dándole así a campesinos e indígenas el rol de títeres de las guerrillas (Blanco, 2013). Tal discurso ha estado en el núcleo del accionar estatal, las palabras de Estrada (2013a) son ilustrativas al respecto:

> A juzgar por las declaraciones del Ministro de Defensa y de altos mandos militares, en el bloqueo sistemático a la formalización de las ZRC estaría parte de la solución militar al conflicto social y armado, pues los territorios campesinos son definidos como retaguardias estratégicas de la guerrilla y algunos de ellos están incluidos dentro de los llamados Planes de Consolidación. (p. 28)

En el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 "Prosperidad para Todos" puede verse otro ejemplo del discurso militar, en este caso referido directamente a la región del Catatumbo. Allí, se planteó la necesidad de promover un "incremento del pie de fuerza en las bases militares encargadas del control fronterizo e incremento de la inteligencia y las operaciones de interdicción en las rutas del tráfico ilegal en el corredor Catatumbo-Bajo Cauca" (Congreso de la República, 2011, p. 43). En él se considera al Catatumbo como un territorio objeto de militarización estatal para asegurar el control y monopolio de la fuerza (Conpes, 2013, p. 53). En este sentido, se implementó el Plan "Espada de Honor" adelantado por el Ministerio de Defensa Nacional y la Fuerza Pública (Ejército Nacional de Colombia, 2012, p. 10). El Plan tiene como objetivo lograr un avance soste-

nido hacia la paz, a través de la integración de tres procesos: 1) el desarrollo de las operaciones por parte de la Fuerza Pública, 2) el fortalecimiento de la inteligencia y 3) el fortalecimiento de la acción integral (Conpes, 2013. p. 53). Esto demuestra que la intervención del Estado en la región se enmarca sobre todo en la presencia de uniformados como medio para revertir la histórica presencia diferenciada del Estado en su territorio (González, 2003).

Sin embargo, esta no es la única cara que el Estado muestra al Catatumbo, la otra es la del beneplácito hacia el desangramiento del territorio por parte del capital privado. En el año 2012, por medio de la Resolución 180241 de 2012, el Ministerio de Minas y Energías declaró la región del Catatumbo como una de las Áreas Estratégicas Mineras del país. La Agencia Nacional de Minería identificó las "zonas en las que sea viable desarrollar proyectos para minerales estratégicos a pequeña y mediana escala de operación, teniendo en cuenta la obtención de los mejores beneficios para el Estado" (Ministerio de Minas y Energías, 2012, p. 14), siendo el Catatumbo una de estas regiones. El Censo Minero refleja la política minera en el Catatumbo, en donde se registra la alta cantidad de minas (identificadas y adjudicadas) presentes en la región. Así pues, desde el Estado se ha impulsado una política económica para la región basada en la locomotora mineroenergética, como "impulso para el desarrollo del país". Esto ha traído graves lesiones para el medio ambiente y por tanto para el desarrollo de la vida de campesinos e indígenas en condiciones dignas y acordes a su cultura.

Por ello el mayor palo en la rueda para estas pretensiones estatales ha sido la resistencia campesina e indígena, la cual ejerce un contrapoder territorial que insiste en doblegar la solución militar y policial, así como la entrega indiscriminada de los recursos de la región a la empresa privada, por medio del posicionamiento de una alternativa de desarrollo centrada en el bienestar del ser humano y la naturaleza. Como lo señala un indígena barí

> [el Gobierno lo que busca es destruir y explotar] [...] estamos en desacuerdo con eso, no queremos nada de esas multinacionales en nuestras tierras, lo que queremos es sentarnos con el Gobierno nacional que nos respeten nuestro territorio ancestral, nuestra cultura, nuestra forma de pensar y cuando les solicitemos, que nos escuchen [...]. Sí, yo sé que es un territorio lleno de riqueza, pero no es como para que vengan a despojarnos de esa manera tan violenta y tan absurda que nosotros lo que hacemos es vivir en paz. (*Arcoíris,* 3 de agosto de 2016)

Con esta breve descripción de los intereses de defensa y protección que poseen los actores campesinos e indígenas sobre el territorio catatumbero, así como de las estrate-

gias militares y económicas del Estado, pasaremos ahora a caracterizar los conflictos que esas visiones encontradas han generado.

## De los conflictos entre las territorialidades catatumberas: sus aristas

El contexto, esbozado anteriormente, ha desatado una serie de conflictos de gran multiplicidad y complejidad entre las comunidades campesinas e indígenas, los cuales recaen sobre sus propias visiones del territorio. Consideramos que estos conflictos pueden ser leídos en función de tres variables: económica, sociocultural y política. Dichas variables no son excluyentes entre sí, muy por el contrario están sumamente imbricadas en el problema que nos convoca. Así pues, se presentarán desde sus matices y correlaciones. Nos ocupa, por tanto, la tarea de evidenciar los choques existentes entre los actores ya identificados en razón de sus diferentes propuestas de territorialidad, a partir de cada una de esas dimensiones.

### Una sola tierra, diversas formas de apropiación del territorio

Partiendo de la consideración según la cual "el territorio es una construcción cultural donde tienen lugar prácticas sociales con intereses distintos, percepciones, valoraciones y actitudes territoriales diferentes, que generan relaciones de complementación y reciprocidad, pero también confrontaciones" (Barañano, García, Cátedra y Devillard, 2007, p. 342) es necesario identificar qué tipo de relaciones se tejen entre las tres propuestas de territorialidad ya identificadas, esto desde la variable sociocultural.

Con la mira en ese propósito es necesario arrojar luz sobre lo podría entenderse por *territorio* y *territorialidad*. Arturo Escobar (2014), aclara inicialmente que el concepto de *territorio* no es equivalente al concepto de "tierra", uno de los núcleos del discurso de los movimientos campesinos; ni tampoco se acerca a una concepción del territorio moderna ligada a un determinado espacio donde el Estado ejerce soberanía y donde la población nacional habita. Más bien, el territorio étnico-territorial se refiere a la apropiación efectiva de un espacio mediante prácticas culturales que se enmarcan en la agricultura, la ecología, la economía, lo ritual, etc. Así, a diferencia de los conceptos más ligados al territorio como propiedad, el territorio en esta discusión no es un territorio con fronteras fijas, incluso visibles, sino un territorio con fronteras porosas en contacto con otros territorios (p. 90).

Con lo anterior, lo que nos explica Escobar es cómo este concepto de territorio se ha alejado de epistemologías cartesianas y liberales, que piensan el mundo en clave dualista

(p. 76). Se piensa entonces al territorio, no ya como algo inerte, sino como una entidad que está constituida fundamentalmente por relaciones. Así, para Escobar, retomando a Porto, el territorio sería un espacio geográfico que es apropiado, este proceso de apropiación del territorio es lo que se conceptualiza como territorialización, con lo que deviene además la construcción de identidades inscritas en estos procesos, es decir, las territorialidades. El territorio se construye entonces con materiales simbólicos, pero precisa también de un espacio para el ejercicio de tales prácticas socioculturales (p. 91).

Aclarado este punto, es nuestro deber decir que la territorialidad campesina no es uniforme, al menos si la miramos desde las dos plataformas organizativa fichadas, Ascamcat y Cisca; aunque ambas se enmarcan en la experiencia de las comunidades campesinas en la producción social del espacio, proceso en el que se conjugan reivindicaciones por el acceso a la tierra, la defensa del territorio, la soberanía alimentaria, el relacionamiento armónico con la Naturaleza, la democracia social y económica, y la paz con justicia social, compartiendo así la identificación de "movimientos socio-territoriales" (Estrada, 2013, pp. 34-35), no son pocas las diferencias entre los TCA y las ZRC.

Los matices que podemos establecer nacen de un proceso de construcción más ajustado a sus culturas, y a las realidades tanto ambientales como sociales de sus territorios. Desde el Cisca se piensa un relacionamiento con el territorio para defender la vida misma, en su materialidad; en palabras de la organización, "es una cultura en ejercicio de vida cotidiana". Defensa que tiene como premisa la vida digna, entendida como la realización de sus sueños y aspiraciones de permanencia en el territorio (Cisca, 7 de febrero 2013) y que se condensa en los "Planes de vida", que tienen por fin la pervivencia de los pueblos. Sus principios son la redistribución, el intercambio y la solidaridad.

En contraste Ascamcat y la ZRC-C tienen otra perspectiva, expresada así:

> [el territorio] nos permite acceder a lo que históricamente se nos ha sido negado: el derecho a la vida en condiciones de dignidad pero también *el derecho real y efectivo a la tierra y al territorio, a la propiedad y usufructo del mismo.* Además esta figura representa para nosotros víctimas de la violencia paramilitar en el Catatumbo, la posibilidad de restablecer nuestros derechos y reconstruir nuestra vida, identidad y cultura. (Téllez, 2014, pp. 8-9) (cursivas nuestras)

En este sentido, la figura de ZRC materializa la aspiración de los campesinos de desarrollar su economía y participar decisiva y adecuadamente en la economía nacional, pero también es concebida como un espacio de relacionamiento social sobre el que se tiene una identidad, un sentido de pertenencia y un arraigo.

En torno a estas diferencias existen dos matices sobre si las figuras son excluyentes o no. Alberto Castilla[4] sostiene: "los territorios campesinos [agroalimentarios] no riñen con la zona de reserva campesina y, de hecho, pueden ser complementarios, aunque una figura no podría estar dentro de la otra para evitar conflictos jurídicos y sociales" (*La Opinión,* 23 de agosto de 2016). Empero, recientemente el CNA viene desarrollando, con mayor ímpetu, la propuesta de constituir los TCA como una segunda figura jurídica de ordenamiento territorial campesino. Esto pone en entredicho la afinidad defendida por ambas organizaciones, pero sobre todo suma a la complejidad territorial del Catatumbo, pues se estaría propugnando por la creación de una nueva figura que en vez de aportar a la unidad del movimiento socioterritorial campesino, generaría nuevas divisiones entre los actores del territorio. Sin embargo, es preciso ver en ello una oportunidad de posicionar los derechos del campesinado con miras al reconocimiento de su subjetividad colectiva, siempre y cuando se pueda avanzar en un dialogo entre las plataformas organizativas campesinas y el pueblo barí.

Pasando a este último actor hay que aclarar que la conflictividad barí-Ascamcat es la de mayor gravedad. Como ya se señaló, la relación entre los campesinos y el pueblo indígena barí en la región del Catatumbo ha sido adversa a lo largo de su historia, dada la lucha por la posesión de la tierra a la que se han visto abocados ambos actores, ante la falta de una medida estatal de reforma agraria integral. Este es un primer foco de la comprensión sociocultural que poseen estos actores frente al espacio que habitan, la necesidad de proyectarse programáticamente hacia la configuración, defensa y desarrollo del territorio bajo demandas identitarias y particulares. Cuestión que ha incidido en una férrea posición de protección y control de la poca tierra que se ha obtenido tras una gran lucha social. Lo que se hace evidente en el problema de carácter intercultural generado por el traslape del territorio ancestral barí con la ZRC-C, donde los ánimos se han caldeado por acciones que han sembrado suspicacia.

Para rastrear este conflicto es necesario retroceder en el tiempo. En el 2007 Asocbarí, Ascamcat y Cisca tuvieron sumarios acercamientos a raíz de la amenaza de explotación de carbón a cielo abierto en el Catatumbo, que atentaba la estabilidad económica, política y medioambiental de ambas comunidades. El fruto de dicho acercamiento fue denominado "Vida, Naturaleza, Territorio y Cultura". El desarrollo de esta campaña constó de encuentros, cruzadas por las veredas amenazadas por la explotación de carbón para la

4 Jesús Alberto Castilla es senador del Polo Democrático Alternativo durante el periodo 2014-2018. Se ha destacado por su liderazgo en el movimiento campesino del Norte de Santander. Comenzó como dirigente comunitario en el Comité de Integración Social del Catatumbo (Cisca) y fue concejal de Convención (Norte de Santander). Actualmente es el presidente del Coordinador Nacional Agrario de Colombia (CNA), además de ser uno de los voceros nacionales del Congreso de los Pueblos.

recolección de firmas, la realización de un foro en el casco urbano de Tibú, cabildeos en los concejos municipales de la región, acciones jurídicas, giras internacionales y talleres de formación acerca de las consecuencias de la explotación minera en el ambiente, entre otros. (Ascamcat y Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, 2012, p. 318).

Posteriormente, en el año 2009 se desarrolló un proyecto de formación de escuelas de liderazgo para indígenas y campesinos en el que surgió el germen de la discordia que posteriormente echó por tierra los pocos avances alcanzados en materia de integración y diálogo entre las comunidades a través de la campaña "Vida, Naturaleza, Territorio y Cultura". Fue en ese momento cuando Ascamcat presentó su propuesta, ya mencionada, de exigencia de la constitución de la ZRC-C con la formulación de un plan de desarrollo alternativo. Si bien esta organización dice haber programado reuniones con el pueblo barí para socializar tal propuesta desde un inicio, aseguran que nunca pudieron llevarse a cabo porque "han existido algunas prevenciones del pueblo barí" (Ascamcat y Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, 2012, p. 317). Empero la versión de los barí es bien distinta; al respecto el líder indígena Alexander Dora expresa que fue en las escuelas mencionadas "cuando nos dimos cuenta que empezaron a hablar de reservas campesinas en la región del Catatumbo, dijimos ¿desde qué momento se construyó el documento? [el Plan de desarrollo alternativo]. Y ellos dijeron que habían hecho las reuniones, pero nunca nos tocaron el tema, nunca hablaron del tema de reservas campesinas" (A. Dora, comunicación personal, 11 de octubre de 2016).

¿Pero cuáles son los factores que avivan esta discordia? Este es un asunto que merece ser desmenuzado. Como lo habíamos anticipado al inicio de este texto podemos identificar dos dimensiones amplias de conflictividad indígena-campesina. En primer lugar, existe una discusión por el traslape espacial generado entre la demanda de ampliación y saneamiento de los resguardos Catalaura-La Gabarra y Motilón-Barí y el plan de ZRC-C. Es decir, hay limitaciones espaciales que impiden la convivencia de campesinos e indígenas en una misma porción de tierra. En segundo lugar, existen diferencias en principio irreconciliables entre las territorialidades indígenas y campesinas que van más allá de los límites de las figuras que defienden y que tienen que ver con la cosmovisión que del territorio se tiene. Procederemos ahora a desarrollar la primera dimensión de la conflictividad.

El área delimitada proyectada para ser reconocida como ZRC-C coincide en buena parte con la Zona de Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones, por lo que se viene adelantando el procedimiento de sustracción de la misma con destino eventual a ZRC-C como alternativa de ordenamiento productivo, social y ambiental del área a sustraer. Ahora bien, esta área a su vez colindaría por el sur con los dos resguardos baríes. Sin embargo con el trámite de ampliación y saneamiento de estos, ya no hablamos de áreas con-

tiguas sino de un traslape en los polígonos nororiental ubicado en el municipio de Tibú, y sur ubicado en Hacarí, Teorama y San Calixto.

La zona de traslape constituye para los barí un territorio ancestral sobre el que no tienen titulación alguna; cuestión grave porque impide que los indígenas tengan pleno dominio sobre un territorio debidamente delimitado cartográfica y materialmente, el cual hace parte sustancial de su cultura: la razón de existir del pueblo motilón es *Ishtana, la Tierra* (Salazar, 2005, p. 18). Es por ello que desde hace más de 35 años los barí vienen pidiendo a las entidades competentes que reconozcan y consoliden todo el territorio indígena, para que de esta manera, se pueda realizar en forma eficiente el saneamiento frente a quienes ejercen posesión u ocupación parcial del territorio indígena (Defensoría del Pueblo, 2011). Esto se refiere a la ocupación por parte de campesinos, quienes a su vez aducen arraigo en el territorio, apelando al hecho de su permanencia en el tiempo en un espacio que les tocó ocupar ante la falta de tierra y con el cual han creado lazos de pertenencia y apropiación, alegando así el reconocimiento y la protección de una práctica de economía campesina que hace parte del acontecer agrario de la región. Así pues, una visión del campesinado de este conflicto arguye que "los barí quieren más tierra y los campesinos quieren que se les reconozca alguna" (E. Quesada, comunicación personal, 29 de septiembre de 2016).

Lo anterior es muestra de que existe una lógica de competencia por la tierra en la que indígenas y campesinos tratan de posicionarse de la mejor manera dentro del marco multicultural establecido. Dicho sea de paso, los actores indígenas parten de una situación ventajosa en este marco, elemento palpable en el apoyo que algunas instituciones del Estado colombiano le han dado a este actor. En agosto de 2015, la Procuraduría General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional que se mantenga suspendido el trámite de constitución de la ZRC-C argumentando que el reconocimiento de esta figura de protección de los derechos del campesinado afectaría los derechos territoriales del pueblo barí, sin embargo, nada dijo la Procuraduría sobre la especial situación de vulnerabilidad de los derechos de las comunidades campesinas (Procuraduría General de la Nación, 18 de agosto de 2015).

Es por ello que los campesinos han venido defendiendo la consecución de un arreglo con los indígenas con una metodología que los acerque más y que escape de las lógicas institucionales que terminan siendo limitantes al diálogo cara a cara. Esto queda plasmado en lo argumentado por la Asociación Campesina del Valle del Río Cimitarra (organización hermana de Ascamcat) en la sentencia C-371/14 de la Corte Constitucional sobre la necesidad de realización de consulta previa para la creación de ZRC cuando en el área propuesta existen territorios indígenas

> Y es que el campesinado organizado ha ido más allá en la práctica de lo que prescribe la ley, por ello hablamos de acuerdos para el ordenamiento del territorio entre el pueblo oprimido (comunidades agrarias), caso Catatumbo y Suroccidente, y no de consultas previas. Que a la postre y según la ley nacional que pretende hacer suponer el accionante, solo consulta, no reconoce el consentimiento ni mucho menos el culmen de la civilización que es el acuerdo. (Corte Constitucional de Colombia, 2014)

Tal idea ha venido concretándose en lo que las organizaciones han llamado una "mesa intercultural". Esta iniciativa tiene por objetivo identificar los "obstáculos comunes-objetivos comunes" de las comunidades en pro de avanzar en soluciones a la compatibilidad de sus territorialidades y en la concertación sobre problemáticas que los amenazan a ambos (*Agencia Prensa Rural,* 6 de diciembre de 2012). No obstante, esta mesa ha contado con muy pocos avances ya que los indígenas barí se encuentran en proceso de "construcción de confianza" luego del percance originado con la propuesta de ZRC-C sin socialización y consulta previa, hecho que no fue recibido para nada bien por las Autoridades Tradicionales del Pueblo Barí (ÑatubaiyiBarí), que vieron en el accionar de Ascamcat un aprovechamiento de la "ingenuidad" barí en los primeros procesos de acercamiento, ya descritos (A. Dora, comunicación personal, 11 de octubre de 2016). Empero más allá de esto, la mesa intercultural puede llegar a tener un gran potencial para la generación de consensos que estén guiados por el respeto y la convivencia, y que a su vez signifiquen el fortalecimiento mutuo frente a luchas comunes por la defensa del Catatumbo.

Este tema de la "mesa intercultural" tiene que ser analizado cuidadosamente, por lo cual debemos traer a colación lo que se denomina como la noción "funcional" de la interculturalidad. Este concepto es abordado por Tubino y Zariquiey (2005) y está relacionado con el propósito de incluir la diversidad y las diferencias culturales al interior de la estructura social establecida. Si bien se busca promover el diálogo, la convivencia y la tolerancia los alcances de la interculturalidad como sufijo no van más allá y, más bien, termina por ser una salida legitimadora del sistema existente que no critica las reglas del sistema económico y político. En otras palabras "es perfectamente compatible con la lógica del modelo neoliberal existente" (Tubino, 2005).

Con lo anterior, lo que queremos decir es que la interculturalidad no se limita a la solución dialogada de un problema de límites entre figuras territoriales; más bien planteamos que lo que está en juego en este conflicto son diversas visiones de vivir el territorio, diversas comprensiones socioculturales de habitar el Catatumbo, que deben ir más allá de una mesa de diálogo. No es posible pensar la interculturalidad como mero acto de reconocimiento de culturas al margen de una subversión de relaciones de dominación. La interculturalidad no solo debe suponer una salida para la convivencia de las comunida-

des sino también una forma de relacionamiento diferente, más horizontal, en todas las dimensiones de la vida. Por lo tanto, es necesario abordar una perspectiva más aguda: la interculturalidad crítica. Siguiendo a Nila Vigil (2009), esta visión crítica supone "reconocer que las relaciones interculturales son asimétricas, no quedarse en el reconocimiento del conflicto intercultural y buscarle soluciones remediales al mismo (pues eso es el multiculturalismo) entender que el asunto es de doble vía y no una integración al modelo cultural hegemónico" (p. 5). La interculturalidad se tiene que *vivir* en y entre las comunidades, este es el verdadero trasfondo del problema intercultural en la región, como ya se ha venido esbozando.

Hecha esta aclaración, se puede establecer que la territorialidad indígena a diferencia de la campesina está cargada de un valor ancestral que viene desde tiempos precolombinos y se remonta a cosmogonías milenarias que integran al hombre y la naturaleza. En este sentido, suele ser la morada del principio creador o generador y de un universo de seres sobrenaturales que comúnmente ejercen potestad sobre la naturaleza y sus recursos. Así pues, el territorio define, en cierta manera, el *ethos* de cada pueblo (Salazar, 2005, p. 8). En el caso de la territorialidad campesina las ZRC constituyen la propuesta más reciente y quizá la más connotada, pues se han convertido en el núcleo del movimiento socioterritorial liderado por Anzorc. Aunque la ZRC es planteada desde la institucionalidad como una forma de distribuir la tierra, la Anzorc ha desbordado los procedimientos legales para su formalización al apropiarse simbólica y materialmente de esta figura. Esta nueva formulación pone en entredicho aquel imaginario que concibe al campesino como un "terrateniente en potencia", pues el territorio ya no es concebido como tierra —es decir, como un simple espacio geográfico delimitado susceptible de apropiarse privada o colectivamente para la explotación económica— sino que se ha convertido en el lugar o lugares donde se desarrolla la cultura campesina, la cual tiene como eje la unidad de producción familiar, particularmente agropecuaria, que contribuye a la producción de alimentos para el consumo de los centros urbanos.

Así, vemos que la actual concepción territorial del campesinado se acerca parcialmente a la noción ancestral del territorio indígena en términos socioculturales. De hecho, es sabido que el movimiento socioterritorial campesino ha hecho una revisión de las prácticas autonómicas de los grupos étnicos para la recuperación, conservación, manejo y gestión de sus territorios (Ferro y Herrera, 2013, p. 93), de manera tal que ha dialogado con los saberes indígenas para reapropiarlos. Dicho acercamiento pone a ambas comunidades, campesinas e indígenas, a discutir en términos de una misma lógica, la de la territorialidad, pero con diferentes alcances. La lógica campesina que suscriben las ZRC aún está muy ancladas a una visión productivista de la tierra en términos de rentabilidad,

descuidándose la salud del territorio. Las palabras de un indígena barí son ilustradoras al respecto:

> Digamos, la región del Catatumbo está más protegida por el pueblo barí que por los campesinos, porque si uno cae en el espacio territorial del campesino, todo está deteriorado. Eso va, por estar sembrando cultivos ilícitos, palmas africanas, proyectos de cauchos extranjeros, semillas técnicas que se han venido implementando. (A. Dora, comunicación personal, 11 de octubre de 2016)

Esta reflexión nos permite dar paso a la dimensión económica de las visiones de territorio que entran en juego en el Catatumbo. Conviene decir entonces que cada territorialidad está ligada a una lógica de desarrollo distinta, a continuación se profundiza en esta idea.

## De los choques del desarrollo

De forma similar a como lo ha destacado Carlos Duarte (2015) en su estudio sobre conflictos interculturales e interétnicos en el Cauca, en el Catatumbo también podemos considerar la permanencia de un conflicto intercultural. Este conflicto tiene una arista que se enmarca en los intereses económicos que tienen como eje al territorio: el *para qué* del territorio tiene respuestas diferentes en los actores que hemos caracterizado. Estos intereses de los que hablamos se pueden ver desde la óptica del desarrollo, por lo cual, por facilidades explicativas, caracterizaremos los intereses económicos dentro de modelos de desarrollo.

Para poder avanzar tenemos primero que ahondar en los intereses económicos del Estado para la región del Catatumbo. Con este objetivo, afirmamos que el modelo de desarrollo que se propende para el Catatumbo está enmarcado dentro del desarrollo neoliberal hegemónico. El primer argumento que sustenta lo anterior es la caracterización que desde entes gubernamentales se le ha otorgado a la región como área estratégica minera para el país. El propósito fundamental de esta caracterización es el de legalizar la minería ya existente, tecnificarla y permitir la entrada de grandes empresas que permitan reducir los problemáticas que desde la estatalidad actualmente rodean el problema de la minería como la irracionalidad, la no tecnificación, la no planeación y la ineficiencia que significan "pérdidas significativas de las reservas explotables y deterioro de yacimientos" (Ministerio de Minas y Energía, s. f. p. 128), fruto de la ignorancia de los trabajadores mineros sobre su actividad. Tal desconocimiento, es el palo en la rueda que entorpece el crecimiento económico del país.

En este sentido, el Ministerio de Minas y Energía, por medio de la Resolución 180241 del año 2012, declaró y delimitó Áreas Estratégicas Mineras en todo el territorio nacional. Entre ellas se incluye al Catatumbo, con el fin de desarrollar proyectos para minerales estratégicos a pequeña y mediana escala de operación, bajo una lógica de acumulación capitalista. Con esta visión institucional del territorio catatumbero, como instrumento para el usufructo y la acumulación de capital, es con la que más choques se generan en el Catatumbo.

En contravía, las comunidades que habitan el Catatumbo albergan una visión del territorio muy distinta. En primer lugar, la comunidad motilón-barí excluye completamente de su territorialidad la posibilidad de extraer riqueza mineral de la tierra. El Cisca igualmente se afinca en una propuesta de producción de la tierra en la que no cabe la minería. Andrea Cely, conocedora de primera mano de la organización expresa "al menos desde el Cisca, se niega el extractivismo y el Plan de Vida se plantea como una alternativa al desarrollo, y al ser una alternativa al desarrollo, está criticando de entrada esa lógica del progreso, de la extracción y de obtener riqueza a partir de la extracción de mineral" (A. Cely, comunicación personal, 6 de octubre de 2016). Ahora bien, la posición de Ascamcat es también una alternativa al desarrollo, sin embargo, se conservan ideas del productivismo de la tierra, manteniéndose la idea lineal del progreso. Estas son las razones por las que los conflictos no solo se plantean frente a la esfera estatal sino que continúan también entre Asocbarí y Ascamcat.

Podemos establecer que las propuestas territoriales de los barís, el Cisca y Ascamcat, se desenvuelven dentro de lo que podemos denominar alternativas al desarrollo; la última organización se encuentra dentro de las corrientes progresistas. No obstante, a pesar de encontrarse en un mismo marco, las diferencias no son pocas y la desconfianza entre las propuestas surge respecto de las actividades económicas que se piensan para el territorio. Un indígena barí manifiesta su temor a la figura de ZRC ante la posibilidad de que abra las puertas a la minería en el Catatumbo, él expresa "En una Zona [de Reserva] Campesina, no les digo cual, en el país se está desarrollando minería, eso es lo que no queremos para nuestro territorio" (A. Dora, comunicación personal, 11 de octubre de 2016).

Por su parte, Ascamcat reconoce la existencia de una tensión entre economía campesina, explotación minero energética y medio ambiente. La solución de dicha problemática es la creación de una estrategia viable para evitar una masacre ambiental y ecológica al Catatumbo: consiste en conciliar la economía campesina con el respeto a la naturaleza, lo que difícilmente puede lograrse apelando a la minería o a los monocultivos. (Ascamcat y Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, 2012, p. 199). Es decir, la propuesta es cambiar la producción minera por la economía campesina. Esta idea se enmarca en lo que Ascamcat reconoce como prácticas económicas de la región que "presentan

potencialidades de sostenimiento de las comunidades, para superar sus problemas de provisión adecuada de los bienes y servicios que son necesarios para su vida" (p. 41).

Por otro lado, es imprescindible contrastar la forma de propiedad sobre la tierra. Como ya lo hemos planteado, cada propuesta territorial encuentra una forma diferente de relacionamiento con el territorio, esto pasa directamente por la titulación de la tierra. Se evidencia entonces un fuerte choque entre la titulación familiar campesina y la titulación colectiva comunitaria. La primera viene de mano de lo que en las ZRC se denomina Unidades Agrícolas Familiares (UAF); la segunda está enmarcada en la propiedad colectiva, que se ubica dentro de la figura del resguardo indígena y los TCA.

Mediante la Ley 160 de 1994, que regula el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece que las UAF son empresas básicas de producción agraria. El artículo 38 de esta ley contempla lo siguiente:

> ARTÍCULO 38. Las tierras cuya adquisición promuevan y obtengan los hombres y mujeres campesinos, o las que compre directamente el Instituto para programas de Reforma Agraria, se destinarán a los siguientes fines:
>
> a. Establecer Unidades Agrícolas Familiares, Empresas Comunitarias o cualquier tipo asociativo de producción.
>
> b. Para la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas.
>
> Se entiende por Unidad Agrícola Familiar (UAF), la empresa básica de producción agrícola, pecuaria, acuícola o forestal cuya extensión, conforme a las condiciones agroecológicas de la zona y con tecnología adecuada, permite a la familia remunerar su trabajo y disponer de un excedente capitalizable que coadyuve a la formación de su patrimonio. La UAF no requerirá normalmente para ser explotada sino del trabajo del propietario y su familia, sin perjuicio del empleo de mano de obra extraña, si la naturaleza de la explotación así lo requiere. (Congreso de la República de Colombia, 1994)

Su principal característica es el carácter empresarial, que ejecuta el Plan de Manejo Ambiental de la Zona de Reserva Campesina, pero que va más allá de la simple relación con el mercado.

Ahora bien, como ya lo habrá notado el lector atento, entre la territorialidad de los barí y del Cisca existe un relación más armónica. Se piensan los TCA como una forma organizativa social, que permite el consumo propio, la vinculación con la economía y una forma de organización colectiva del territorio. En segundo lugar, son una forma de producción en la que el cultivo de la tierra es el medio fundamental para la subsistencia campesina y la satisfacción de necesidades. Y, por último —esto es importante—, los TCA son una manifestación de la expresión cultural, la relación con la tierra como un elemen-

to que permite la vida y en el cual hay una relación con la naturaleza, desde una organización vecinal (CNA, 2015, p. 8). En palabras del Cisca (comité que pertenence al CNA), los TCA se basan en:

> [...] producción agrícola, pecuaria, forestal, pesquera, así como pequeña minería combinada con agricultura, en las que los productos generados como el Maicito, el Platanito, la Papita, la Yuquita, el Pescado, nos sirven para nuestra propia alimentación, pero también los comercializamos en los mercados de nuestros pueblos o plazas de las grandes ciudades para que las comunidades de la ciudad también se alimenten. (CNA, 2015b, p. 7)

Por aparte, existe también otro eje que, pese a ser transversal a todas las dimensiones del problema, lo encasillamos dentro de esta discusión económica: el tema ambiental. Vemos pues, que el Cisca tiene una forma particular de entender las relaciones con el medio ambiente. Su mandato sobre los bienes de la naturaleza se resume en la "No explotación de los bienes de la Madre Tierra en la región" (Cisca, 2013). De igual forma, los indígenas baríes, poseen una visión de protección medioambiental, basada en una cosmogonía de respeto y protección de la Madre Tierra. Esto permitió que se desarrollara un Plan de Manejo Especial con Parques Nacionales Naturales, para la protección de los recursos ambientales del parque Catatumbo Barí (PNN, 2009). Cuestión que también fue abordada por el Plan Departamental de Desarrollo 2012-2016, que busca construir un modelo de ordenamiento ambiental del territorio en el Parque Nacional Natural Catatumbo Barí y su área de amortiguación en coordinación con la etnia motilón-barí (Asamblea Departamental de Norte de Santander, 2012).

Igualmente, Ascamcat ha querido resaltar que los campesinos respetan el medio ambiente y ha argumentado que los indígenas no por ser indígenas son cuidadores *naturales* del mismo. Como se ve en el Plan de Manejo Ambiental para la Zona de Reserva Campesina del Catatumbo, para esta organización campesina los problemas ambientales están vinculados a las relaciones políticas, económicas y culturales que imperan en el mundo contemporáneo. Por lo tanto, Ascamcat se enfoca en una lógica de desarrollo sostenible que concibe a "la economía campesina, antes que lesiva al equilibrio natural de la zona, [...] como una alternativa válida para garantizar, tanto la existencia social de las comunidades que la habitan, como el cuidado de la naturaleza —patrimonio de la humanidad en su conjunto—" (Ascamcat y Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, 2012, p. 40). Erín Quesada[5] lo sintetiza así

5 Carlos Erín Quesada Tovar: abogado y magíster en Derecho Universidad Nacional de Colombia. Autor de la investigación *Derecho a la Consulta Previa para comunidades campesinas*. Los autores agradecen su colaboración.

> [...] la política pública de gestión ambiental del territorio, considera al campesino un enemigo de la conservación y un agente de la depredación, de la contaminación y de la erosión de los ecosistemas; mientras que cree, de manera un tanto ingenua, que todas las formas de vida, por el solo hecho de ser indígenas, promueven necesariamente la conservación de los ecosistemas. (E. Quesada, comunicación personal, 19 de septiembre del 2016)

Pese a estas diferencias, lo cierto es que tanto indígenas como campesinos se apartan de visiones de la naturaleza como un yacimiento de recursos que puede ser explotada ilimitadamente, y en ese sentido asumen la necesidad de la defensa y conservación del ambiente y sus elementos —ejemplo de ello es la campaña "Vida, Naturaleza, Territorio y Cultura", ya referenciada—. Por tanto, es posible que las comunidades lleguen a acuerdos en los que logren mediar entre los impactos ambientales generados por la producción económica y la conservación del ambiente. Esto a través de una "producción sostenible" que impida que las actividades económicas realizadas sobrepasen los límites ambientales, teniendo en cuenta, claro está, las especiales características económicas y culturales que implica una economía de este tipo en el Catatumbo (Mesa, Quesada y Sánchez, 2013, pp. 132-133).

## Formas autonómicas de vivir el territorio

Hablar de una variable política nos lleva a preguntarnos sobre el aspecto organizacional del territorio, más específicamente sobre sus formas de gobierno. Un primer acercamiento que podemos evidenciar desde esta variable es la lógica de construcción del territorio. Cada una de las organizaciones parte del autodiagnóstico de la realidad propia así como reconocimiento de las relaciones que históricamente han configurado su ámbito territorial (Estrada, 2013b). Por ejemplo, tanto Asocbarí como Cisca, parten de un autodiagnóstico de sus territorios enmarcado en el ejercicio de planificación integral que se encuentra en los planes de vida. De otro lado, para Ascamcat la planificación del territorio se encuentra en el plan de desarrollo sostenible. Estos, como ya se desarrolló con anterioridad, difieren en algunos aspectos de los planes de vida.

En este sentido, si hablamos del Plan de Vida del Cisca es imperante mencionar la integración para comprender la dinámica deliberativa que es nuclear en la organización. El Cisca propugna por el respeto de todos los procesos organizativos impulsando la participación dinámica de todos los sectores para el crecimiento mutuo. Como ellos mismos afirman "promovemos la integración intercultural (campesinos con indígenas y afrodes-

cendientes), para visibilizar problemáticas comunes y fortalecer la lucha en defensa de los territorios" (Cisca, 2013). Sumado a esto, el Cisca no tiene unos líderes o unos voceros de manera jerárquica, sino que ellos dicen "todos somos Cisca" (A. Cely, comunicación personal, 6 de octubre de 2016). En el tema de organizaciones jerárquicas, se da una diferencia entre Cisca y Ascamcat. Esta última ha desarrollado diferentes dinámicas de tipo jerárquico al agrupar diferentes organizaciones. Sin embargo, esta estructura le ha facilitado interlocutar con entidades del orden municipal, regional, nacional e internacional.

El pueblo barí se caracteriza por una estructura integradora, particular de las organizaciones indígenas y sus formas de administración. Tanto los indígenas como el Cisca, se distinguen por su marcado rasgo horizontal en la conformación del aparato organizacional. Su sistema social y político es de carácter igualitario, pero se fundamenta principalmente en el reconocimiento de roles. Para Jaramillo (1992) "[s]e diferencian de otros grupos indígenas por la no existencia de figuras predominantes cuyo rol sea extensible fuera del desempeño de una cierta función, en cada asentamiento es necesario un mínimo de organización corporativa para la coordinación de las actividades" (Jaramillo, 1992, citado por Salazar, 2005, p. 27).

Las formas organizativas que se adoptan para la toma de decisiones permite ubicar un tercer aspecto importante de la variable política: su lógica de gobierno. Consideramos necesario partir del reconocimiento jurídico que da el Estado colombiano a la forma de gobierno particular de los indígenas, en este caso, el pueblo barí, al cual se le reconoce una forma de gobierno propia. Este derecho "comprende la capacidad para tener gobiernos, instituciones y normas propias en los aspectos sociales, civiles, económicos, punitivos y ambientales" (Salazar, 2005, p. 12).

Ascamcat concibe la autonomía en la forma de producción agraria y alimentaria de la región. Su propuesta se encamina a promover "una institucionalidad agraria articuladora en el proceso de implementación, monitoreo y evaluación de la [ZRC] desde la autonomía de las organizaciones campesinas" (*Agencia Prensa Rural,* 1 de noviembre de 2012). Considera fundamental la "autonomía, soberanía y seguridad alimentaria y nutricional de la población de la región del Catatumbo" (Ascamcat y Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, 2012, p. 355).

De otro lado, el Cisca plantea una tendencia distinta respecto al autogobierno y la autonomía. Su propuesta de gobierno consiste en la

> [...] construcción de un nuevo gobierno que tenga como base la participación de las comunidades en la toma de decisiones y la gestión sobre todos los aspectos de su vida. Propendiendo por la construcción colectiva de los planes de vida y por la injerencia de las comunidades en la construcción de política pública. (Cisca, 2013)

Las propuestas anteriormente reseñadas se enfrentan al desafío del reconocimiento jurídico y territorial por parte del Estado colombiano. El Estado impone unas lógicas de reconocimiento jurídico-estatal que conflictúan aún más el relacionamiento de las comunidades que históricamente han habitado el territorio. Es decir, la constitución de la ZRC-C, jurídicamente se traslapa con la petición de ampliación de los resguardos indígenas de la comunidad barí. Cuestión que genera una tensión entre Ascamcat y el pueblo barí, como ya se ha mencionado, la cual se ha intentado resolver por las vías judiciales, sin que, a la fecha, se haya fallado a favor de ninguna de las partes.

La discusión jurídica para la implementación de la ZRC-C cuestiona las contradicciones que se generan dentro del aparato de Estado para el reconocimiento de las comunidades y sus propuestas territoriales. Por ejemplo, la Defensoría del Pueblo (2011) reconoce el derecho de la comunidad indígena barí a la consulta previa respecto al manejo de su territorio. De otro lado, el Incoder (2012) ratifica el compromiso con la ZRC-C. Incluso, la Corte Constitucional en diciembre de 2014, suspendió la aprobación de la Zona de Reserva Campesina del Catatumbo para "proteger los derechos fundamentales al territorio, consulta previa, debido proceso y diversidad cultural del pueblo indígena motilón barí, asentado en esa región desde hace un siglo" (*El Espectador,* 10 de febrero de 2015).

Sin embargo, en contraposición con la definición central del Estado sobre el territorio, podemos resaltar la propuesta de Cisca. La integración que ellos proponen rompe con los esquemas y las fronteras imaginadas creadas por el Estado, casi siempre alejadas de la participación de las comunidades que se ven afectadas. Por su parte, sus formas de ordenamiento territorial trascienden la división político-administrativa del Estado colombiano. En sus palabras: "La integración debe romper los esquemas sobre los límites y las fronteras imaginarias creadas por los Estados, por lo cual promovemos la articulación con las comunidades del Cesar, Santander y el proceso organizativo de los hermanos residentes en el lado venezolano de la cuenca del río Catatumbo" (Cisca, 2013).

Un reordenamiento y manejo propio de los territorios entre los tres actores, podría ser un conjunto de acciones consensuales y permanentes encaminadas a alcanzar la consolidación del dominio y control integral sobre sus respectivos territorios, un escenario de convivencia, un dispositivo de gobierno, una posibilidad de habitar el bosque, la sabana, las ciénagas, las montañas con autonomía concertada con los vecinos, el Estado y la sociedad en su conjunto (Estrada, 2013b, p, 122). Es decir, debe primar una lógica territorial de carácter intercultural que vaya más allá de las definiciones jurídicas del Estado, para que se puedan apropiar del territorio. Sin embargo, esto no quiere decir que las comunidades deban dejar de lado la lucha por el reconocimiento estatal de sus reivindicaciones políticas, económicas, sociales, culturales y territoriales. Por el contrario, se hace necesario combinar "todas las formas de lucha": la presión por el reconocimiento estatal

y las lógicas de autogobierno y territorialidad intercultural en el Catatumbo. Cabe preguntarse entonces por las posibilidades de esta propuesta.

## Los condicionantes del no diálogo

En este acápite nos dedicaremos a leer las conflictividades territoriales anteriormente descritas en clave intercultural. La idea que nos guiará será que la política multicultural del Estado colombiano ha instaurado un reconocimiento jerarquizado de las territorialidades campesinas e indígenas que ha degenerado en una competencia enfermiza por el territorio, impidiendo el relacionamiento intercultural de las tres propuestas territoriales estudiadas. Por tanto, proponemos que para superar ese obstáculo es preciso que las comunidades, desde la autogestión y el autogobierno, asuman la interculturalidad en sus prácticas de vida, haciendo de esta el principio básico para la convivencia en la región del Catatumbo.

Como ya se mencionó, en Colombia desde la Constitución de 1991 el proyecto de Estado-nación asumió la multiculturalidad como marco de reconocimiento de la diversidad cultural. Tal reconocimiento está fundado en la idea kymlickana de igualdad entre culturas a través de la concesión de derechos colectivos en función de grupo, respetando siempre los valores de la filosofía liberal como la tolerancia y la libertad individual (Cruz, 2012, p. 30). Así pues, este multiculturalismo se ha caracterizado en su operación por generar una jerarquización en los derechos de las poblaciones rurales, principalmente, bajo criterios étnico-culturales: indígenas, afrodescendientes, campesinos, mestizos. No obstante, en paralelo a esta afirmación de los derechos de los sujetos étnicos, el Estado colombiano también ha estructurado una gobernabilidad neoliberal, la cual ha limitado los alcances de esa lógica de derechos.

En el caso que nos convoca la lógica neoliberal ha agravado el casi sempiterno problema del campo colombiano: la alta concentración de la tierra; terminando por vulnerar los derechos territoriales de indígenas y campesinos. Respecto a esto, Méndez (2015) considera que,

> Bajo el mercado de tierras, formulado e implementado a instancias del Banco Mundial, en consonancia con el paradigma neoliberal, el Estado tiende a desaparecer, y, en su lugar, el mercado se encarga de hacer la distribución de la tierra [...] bajo la consideración de que la tierra y los derechos sobre la misma no son fundamentales para la solución de la concentración de la tierra, como se consideraba, y, que más bien, lo importante es el conocimiento y la tecnología como fuente de aumento de la produc-

> tividad, el cual debe orientarse, junto con otros servicios, a los campesinos para que puedan ser competitivos. (pp. 50-51)

En la misma vía, Estrada considera que las políticas neoliberales, el marco jurídico institucional y el ejercicio de la violencia, han dado lugar a una nueva economía en la que caben plenamente y sin condiciones las dinámicas transnacionales de acumulación capitalista. En esta economía los hidrocarburos, minerales, agua, diversidad, bosques y alimentos conforman los pilares, cuestión que agudiza las dinámicas de desocupación de los territorios que son fuentes de estos recursos, agravando aún más la disputa territorial (Estrada 2010, citado por Méndez, 2015, p. 89). Frente a esto, lo que se ha presentado por parte de las comunidades no es un conflicto interétnico como tal, sino la manifestación de la defensa territorial, que se superpone con la necesidad que cada uno de los actores tiene de solucionar el acceso a la tierra, igualmente válida y legítima para todos (Duarte, 2015, p. 185).

Así pues, se puede ver que el Estado ha reconocido derechos territoriales para grupos culturalmente diferenciados sin atacar la desigualdad, las constricciones estructurales, políticas, económicas y sociales, que condicionan la convivencia entre culturas. Esto se puede explicar en términos de lo que Nancy Fraser ha problematizado como una escisión insana de las demandas por reconocimiento o políticas de la diferencia respecto de las demandas por igualdad social o redistribución. Según esta autora en las últimas décadas la lucha por el reconocimiento ha logrado convertirse en la forma por antonomasia del conflicto político, desplazando los intereses de clase y la explotación en general como dispositivo principal de la movilización política. Lo que se traduce en un desprecio hacia la redistribución socioeconómica como solución a la injusticia. Cuestión que no deja de ser equivoca pues la justicia es una meta imposible de conquistar en algún polo excluyente. Para que haya justicia necesariamente debe existir una elaboración democrática de las diferencias culturales sobre las bases de la igualdad social (Fraser, 1997, p. 12). De esta manera, es un sinsentido que el reconocimiento tenga lugar en un contexto de exageradas desigualdades materiales, como lo ha venido promoviendo el multiculturalismo en nuestro país.

Esta crítica no debe entenderse como un rechazo hacia el reconocimiento de derechos territoriales diferenciados para las comunidades subalternizadas; por el contrario, es un llamado a que este sea radicalizado, principalmente en dos vías: 1) es imperativa su complementariedad con el acceso equitativo de la tierra, su tenencia segura, la prohibición del latifundio y la función social de la propiedad (Méndez, 2015, p. 63), para avanzar con ello en el bienestar social de las comunidades, 2) Es necesaria la ampliación y profundiza-

ción de ese reconocimiento, un reconocimiento a medias como vemos en el Catatumbo, da pie más bien, para que se agudicen los problemas en la lógica intercomunitaria.

Se hace importante preguntarse entonces qué tipo de "reconocimiento" se plantea el multiculturalismo colombiano. La Constitución de 1991, si bien proporciona vías para la inclusión, también produce divisiones dentro y entre las diferentes comunidades amparadas bajo la idea de protección de la diversidad cultural (indígenas y negritudes), así como desconoce a otras que no entran en la lógica de etnitización (los campesinos). En plata blanca, Duarte (2015) dice: "puede argumentarse que el desfase entre la legalidad multicultural y la transformación efectiva de subjetividades genera la invisibilidad de algunos de los actores presentes en el territorio, como las comunidades campesinas" (p. 185). En el Catatumbo esto se materializa en la negación de la autonomía que el campesinado ha venido reivindicando en los últimos tiempos, no solo por parte del Estado colombiano sino también por parte del movimiento indígena, el cual concibe tal demanda como una amenaza para el reconocimiento privilegiado —aunque formal— del que goza. Por ejemplo, un indígena barí expresa:

> [...] El campesinado quiere hacer el tema de la Constitución. Y ahorita se refleja, por el tema de la consulta [campesina], que han querido avanzar con lo de los polígonos 3 y 4, pero no han podido por el tema de la consulta previa [indígena]. Entonces, ahí miramos que el tema de la autonomía del pueblo, de las autoridades indígenas, se mantiene. Entonces, lo que quieren ellos —yo lo llamaría así— es recuperar esa figura, el tema de la autonomía campesina. ¿Para qué? Para que el tema de la autonomía campesina llegue a ser una competencia con la autonomía del gobierno propio indígena. Ahí puede haber una competencia. Entonces, digamos, para nosotros es muy difícil que el Gobierno vaya a reconocer el tema de la autonomía campesina. (A. Dora, comunicación personal, 11 de octubre de 2016)

Esta apreciación nos permite incluir un elemento más en el análisis, esto es, que el modelo multicultural ha fortalecido las identidades étnicas y comunitarias en general, siendo caldo de cultivo para que crezca el recelo por las fronteras culturales entre las comunidades que cada vez se hacen más nítidas. La raigambre liberal del proyecto multicultural ha potenciado las diferencias, convirtiéndose en un obstáculo para la convivencia de las mismas, ya que concibe las culturas como entidades estáticas y cerradas en sí mismas. Esto lleva a desconocer que las mismas "se desarrollan a lo largo de complejos procesos de intercambio, vinculados de una forma u otra con el concepto de interculturalidad, como un hecho de facto y no como un discurso programático o ético-político" (Tubino, 2005).

No podemos desconocer, sin embargo, que las comunidades campesinas e indígenas del Catatumbo han interiorizado tal visión de la cultura junto con otros patrones que dificultan el diálogo intercultural, dada la adversidad del contexto en el que se desenvuelven. El desconocimiento de los derechos de las comunidades, frecuentemente a favor de otros grupos sociales, o de terceros ajenos al territorio, produce tensiones que ponen a las comunidades en contradicción, haciendo que se afinquen en los derechos particulares que les han sido reconocidos y se escuden en una defensa acérrima de los mismos. El resultado no siempre es la competencia o rivalidad entre las comunidades. No es inusual que se generen relaciones de solidaridad entre los actores cuando el territorio que comparten se ve amenazado por actores externos al mismo. En el caso del Catatumbo esto se puede ver reflejado en la campaña "Vida Naturaleza, Territorio y Cultura" en la que "debido a las amenazas (explotación de petróleo, carbón a cielo abierto, militarización, fumigaciones, entre otras) que acechan el territorio donde se encuentran asentadas comunidades indígenas y campesinas, deciden unir esfuerzos y articular sus propuestas de defensa del territorio y la cultura, por la defensa del medio ambiente y los recursos naturales, por la autodeterminación de los pueblos y por un vida rural digna" (Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, 2008, p. 3).

Ahora bien, aunque en tal situación se gestó un accionar soberano de las comunidades, respaldado en una apropiación subalterna del derecho, no siempre ha sido así. De hecho es necesario mencionar que el multiculturalismo trae consigo una lógica paternalista del Estado para las comunidades. En el imaginario de las comunidades el Estado aparece como centro de poder que tiene que aprobar y legitimar sus territorialidades, es decir, las comunidades han caído en el legalismo en su accionar. Esto se puede evidenciar, por ejemplo, en la campaña iniciada por el CNA para lograr un reconocimiento formal de los TCA, pero también en las maniobras jurídicas realizadas por Asocbarí en pro de proteger su territorio, en las cuales tienen una confianza plena. Diferente estrategia ha adoptado Ascamcat que al no lograr la formalización de la ZRC-C optó por constituir esta forma de organización territorial por vías de hecho, si bien paralelamente viene presionando por el reconocimiento del poder central.

Estas dinámicas se construyen en el contexto de la cultura política establecida en el país, que espera que el Estado "de" obras o beneficios en una dinámica clientelar, que "conceda" o "garantice" derechos. Este proceder puede considerarse perjudicial para las comunidades puesto que aceptar cualquier dádiva o programa desde arriba, acríticamente, significa aceptar también una conceptualización de los derechos apegada a la del discurso liberal, que concibe al Estado como referente externo para la existencia de los derechos. En una lógica autonómica en cambio, como la rastreada en el apartado anterior, ya no se espera nada del Estado, un derecho no existe porque alguna instancia lo ga-

rantiza ni porque figura en una ley, sino porque se ejerce, colectiva e individualmente, y desde la resistencia. Consideramos que es esta la concepción de autonomía política que debe primar dentro de las comunidades del Catatumbo para encontrar salidas oportunas a las problemáticas que viven en carne propia y que, como hemos visto, el Estado se ha encargado de avivar. Siguiendo una consigna zapatista creemos que sostiene que "no se necesita permiso para ser libres".

## Conclusiones: salidas interculturales

Llegando al final de este escrito es posible que el lector considere que lograr una interculturalidad plena aparezca como una meta muy distante, no obstante este pensamiento derrotista no ha de ser la conclusión de este análisis. Más bien, lo que intentamos construir es un panorama de las conflictividades territoriales en el Catatumbo que permita pensar en profundidad la interculturalidad como práctica, más que como entramado teórico-normativo. Para este diagnóstico se tuvo que dar cuenta de las múltiples aristas del Catatumbo que aparecen como talanqueras a la interculturalidad. Fue menester partir de las condiciones de no-diálogo para poder pensar soluciones construidas desde las comunidades campesinas e indígenas a las problemáticas que atañen al territorio, que permitan avanzar en un aprendizaje mutuo de las culturas, lo que pasa primero por renunciar al hermetismo de las mismas.

Conforme a esto consideramos que existen tres alternativas presentes en el seno mismo de las comunidades catatumberas que podrían ayudar a construir el horizonte de la interculturalidad. En primer lugar, es imperativo que las comunidades campesinas e indígenas, como víctimas de un mismo modelo económico y social excluyente para con ellas, aúnen esfuerzos por la defensa de una vida digna en el territorio. Esto implica la generación de articulaciones fuertes y prolongadas en el tiempo entre Ascamcat, Asocbarí y el Cisca en torno a unos mismos fines programáticos, que deberán ser concertados a través del diálogo democrático, de tal manera que haya un respeto mutuo por los derechos de cada comunidad. Siempre teniendo en mira que el enemigo no es quien ocupa una posición subalterna similar a la propia sino quien permite que esta subalternidad exista.

En segundo lugar, se hace necesario persistir en los intentos de la Mesa Intercultural del Catatumbo para hallar soluciones consensuadas entre campesinos e indígenas a las problemáticas interétnicas a las que se han visto abocados, como consecuencia del modelo multicultural-neoliberal. Esta no debe limitarse, sin embargo, a alcanzar consensos frente a la constitución de la ZRC-C —como ha pasado hasta ahora al tenor de la coyuntura— sino que debe avanzar en la creación y concreción de mecanismos de solución de

controversias y gestión de la diversidad cultural que tengan como fundamento el diálogo intercultural y los saberes propios y diversos, para favorecer el respeto, la convivencia y el aprendizaje mutuo. Tal actuar permitirá hacer frente al marco monocultural hegemónico, que ha sentenciado a estas comunidades al olvido y las ha incitado a la rivalidad.

Finalmente, en tercer lugar, es preciso que las comunidades se empoderen en el marco de la construcción de autonomía para constituir alternativas de vida digna para campesinos e indígenas del Catatumbo en el presente. La autonomía puede transformar las relaciones sociales, las condiciones de producción y reproducción económica, el acceso a la tierra, a la justicia y al bienestar social; modifica las identidades colectivas e, incluso, las relaciones de poder en el ahora, a partir del pensar propio y de la práctica colectiva y no de la providencia de la institucionalidad estatal. La clave de este proceso radicará entonces en la horizontalidad, el intercambio directo y la transparencia. Este es, sin duda, un proceso plagado de contradicciones y reveses, de fracasos y frustraciones; pero no por eso se debe desistir en la lucha por alcanzarlo.

## Referencias

*Agencia Prensa Rural.* (s. f.). Ascamcat. Recuperado de http://www.prensarural.org/spip/spip.php?rubrique17

*Agencia Prensa Rural.* (1 de noviembre de 2012). Las Zonas de Reserva Campesina de Colombia: una iniciativa agraria de paz. Recuperado de http://prensarural.org/spip/spip.php?article9310

*Agencia Prensa Rural.* (6 de diciembre de 2012). El Consejo Autónomo de Caciques del Pueblo Barí y la Asociación Campesina del Catatumbo se reunieron para resolver cuestiones territoriales. Recuperado de http://prensarural.org/spip/spip.php?article9784

Arciniegas, E. (2008). *Estercus daemonis.* O breve reseña de los procesos de agresión al pueblo barí. En J. Houghton (ed.), *La tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia* (pp. 313-328). Bogotá: Ediciones Anthropos. Recuperado de http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/files/Tierra_contra_la_muerte.pdf

*Arcoíris.* (3 de agosto de 2016). El Pueblo indígena Motilón Barí pide garantías y respeto territorial. Recuperado de https://www.arcoiris.com.co/2016/08/el-pueblo-indigena-motilon-Barí-pide-garantias-y-respeto-territorial/

Asamblea Departamental de Norte de Santander. (2008). *Plan Departamental de Desarrollo 2008-2011.* Recuperado de http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20

PDF/pd%20-%20plan%20de%20desarrollo%20parte%20i%20-%20norte%20de%20santander%20-%202008%20-%202011.pdf

Asamblea Departamental de Norte de Santander. (2012). *Plan de Desarrollo para Norte de Santander 2012-2015 "Un Norte Pa'lante"*. Recuperado de http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/nortedesantanderplandedesarrollo2012-2015.pdf

Ascamcat (Asociación Campesina del Catatumbo) y Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez. (2012). *Plan de desarrollo sostenible para la constitución de la zona de reserva campesina del Catatumbo*. Bucaramanga: Ascamcat.

Asocbarí (Asociación Comunidad Motilón Barí). (s. f.). Historia reciente. Asociación Comunidad Motilón Barí de Colombia. Recuperado de http://www.asocbari.org/espanol/asocbari.historiareciente.html

Barañano, A., García, J., Cátedra, M. y Devillard, M. (2007). *Diccionario de relaciones interculturales. Diversidad y globalización*. Madrid: Editorial Complutense.

Blanco, Y. (2013). *Análisis sobre la Zona de Reserva Campesina en el Catatumbo: De la presunta influencia de grupos armados al margen de la ley en el proyecto regional*. Bucaramanga: Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/14000/2/ENSAYO%20ZONA%20DE%20RESERVA%20CAMPESINA%20CATATUMBO.pdf

Cely, A. (2011). *Jóvenes, cotidianidad y acción política en la región del Catatumbo*. (Tesis de maestría). Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

Cisca (Comité de Integración Social del Catatumbo). (7 de febrero de 2013). Construyendo nuestro plan de vida. Recuperado de http://ciscatatumbo.org/index.php?option=com_content&task=blogsection&id=6&Itemid=30

Cisca (Comité de Integración Social del Catatumbo). (11 de abril de 2013). Nuestros Mandatos. Recuperado de http://ciscatatumbo.org/index.php?option=com_content&task=view&id=78&Itemid=37#Mandato%20sobre%20Gobernabilidad%20Territorial

CNA (Coordinador Nacional Agrario). (2015). *Territorios agroalimentarios. Producción, naturaleza, política y cultura campesina*. Bogotá: Cedenis.

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2007). Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. [Ley 1157 de 2007]. *DO*: 46700. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND_Tomo_1.pdf

Congreso de la República de Colombia. (16 de junio de 2011). Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. [Ley 1450 de 2011]. *DO*: 48102. Recuperado de http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3821_documento.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2014). Sistema Nacional de Reforma Agraria. [Ley 160 de 2014]. *DO*: 41.479. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0160_1994.html

Conpes (Consejo Nacional de Política Económica y Social). (2013). *Estrategia de desarrollo integral de la Región del Catatumbo (Documento 3739).* Bogotá: DNP. Recuperado de http://www.upra.gov.co/documents/10184/18559/Conpes+3739+de+2013.pdf/a46fd576-e125-4015-89de-0d31d6ce9de5

Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez. (2008). *Memorias Foro vida, naturaleza, territorio y cultura.* Tibú: Asocbarí-Ascamcat-Cisca. Recuperado de http://ccalcp.org/old_site/boletin_10_feb_2009/tema_9.pdf

Corte Constitucional de Colombia. (11 de junio de 2014). Sentencia C-371/14. [MP Luis Ernesto Vargas]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-371-14.htm

Corte Constitucional de Colombia. (16 de diciembre de 2015). Sentencia T-766/15. [MP Gabriel Eduardo Mendoza]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-766-15.htm

Cruz, E. (2012). Elogio de la interculturalidad. *Pasos, Tercera época,* (157), 233-281. Recuperado de http://deicr.org/IMG/pdf/pasos_157-5-4-13.pdf

Cruz, E. (2014). La protesta social en el primer gobierno de Juan Manuel Santos. *Jurídicas CUC, 10*(1), 233-281. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4919281.pdf

Defensoría del Pueblo. (2011). *Situación ambiental y de tierras en los territorios de la comunidad indígena Barí en Norte de Santander. Primer informe de seguimiento a la resolución defensorial N° 060 de 2010.* Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Departamento de Prosperidad Social (2012). Consolidación Territorial. Recuperado de http://www.consolidacion.gov.co/?q=content/pol%C3%ADtica-nacional-de-consolidaci%C3%B3n-y-reconstrucci%C3%B3n-territorial

Departamento de Prosperidad Social. (2012). Programa Contra Cultivos Ilícitos. Recuperado de http://www.consolidacion.gov.co/?q=content/programa-contra-cultivos-il%C3%ADcitos

Duarte, C. (coord.). (2014). *Análisis de la posesión territorial y situaciones de tensión interétnica e intercultural en el departamento del Cauca.* Cali: Centro de Estudios Interculturales, Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de http://www.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/node/field-documents/field_document_file/analisis_posesion_territorial_-_tensiones_interetnicas_e_interculturales_en_el_cauca_1.pdf

Duarte, C. (coord.). (2015). *Desencuentros territoriales. (Tomo I): La emergencia de los conflictos interétnicos e interculturales en el departamento del Cauca.* Bogotá: Instituto

Colombiano de Antropología e Historia (ICANH). Recuperado de http://www.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/node/field-documents/field_document_file/desencuentros-territoriales_tomo1_1.pdf

Ejército Nacional de Colombia. (2012). Guía de Planeamiento Estratégico 2012-2014. Recuperado de http://www.cgfm.mil.co/guia-planeamiento-estrategico/

*El Espectador.* (1 de agosto de 2013). En el Catatumbo insisten en instaurar una reserva campesina. Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/politica/el-catatumbo-insisten-instaurar-una-reserva-campesina-articulo-437363

*El Espectador.* (10 de febrero de 2015). En el limbo Zona de Reserva Campesina del Catatumbo. Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-limbo-zona-de-reserva-campesina-del-catatumbo-articulo-543329

*El Espectador.* (21 de agosto de 2016). La búsqueda de la identidad campesina. Recuperado de http://colombia2020.elespectador.com/pais/en-la-busqueda-de-la-identidad-campesina

*El Tiempo.* (16 de marzo de 2016). Avance en la mesa del Catatumbo es del 30 %. Recuperado de http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/avances-en-la-mesa-del-catatumbo/16538931

Escobar, A. (2014). *Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre el desarrollo, territorio y la diferencia.* Medellín: Ediciones Unaula.

Estrada, J. (2013a). La producción campesina del territorio. Las zonas de reserva campesina. *Revista Espacio Crítico,* 18, 24-33. Recuperado de http://www.espaciocritico.com/sites/all/files/revista/recrt18/n18_a02.pdf

Estrada, J. (comp.). (2013b). *Territorios campesinos. La experiencia de las Zonas de Reserva Campesina.* Bogotá: Incoder y Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de https://issuu.com/isabel_betancourt/docs/territorios_campesinos_zrc_completo

Ferro, J. y Herrera, J. (2013). Experiencias de organización social del territorio en comunidades campesinas, indígenas y afrodescendientes. En J. Estrada (comp.), *Territorios campesinos. La experiencia de las Zonas de Reserva Campesina.* (pp. 72-115). Bogotá: Incoder y Universidad Nacional de Colombia.

Fornet, R. (2000). *Interculturalidad y globalización. Ejercicios de crítica filosófica intercultural en el contexto de la globalización neoliberal.* San José: DEI.

Fraser, Nancy. (1997). *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición postsocialista.* Bogotá: Siglo del Hombres y Universidad de los Andes. Recuperado de http://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/fraser-iustitia-interrupta-reflexiones-criticas-desde-la-posicion-postsocialista.pdf

García, N. (2004). Diferentes, desiguales y desconectados. *CIDOB d'Afers Internacionals,* (66-67), 113-133. Recuperado de http://www.cidob.org/es/media2/publicacions/afers/66_67/canclini_cast

González, F. (2003). ¿Colapso parcial o presencia diferenciada del estado en Colombia?: una mirada desde la historia. *Colombia Internacional, 56-57,* 124-158. Recuperado de http://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/colombiaint58.2003.05

Grueso, D. (2003). ¿Qué es el multiculturalismo? *El Hombre y La Máquina, 20-21,* 16-23. Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=47812406003

Incoder (Instituto Colombiano de Desarrollo Rural). (2012). Incoder ratifica compromiso con zona de reserva campesina del Catatumbo. Incoder: Bogotá.

*La Opinión*. (23 de agosto de 2016). En el Catatumbo se gestan los territorios campesinos agroalimentarios. Recuperado de http://www.laopinion.com.co/region/en-el-catatumbo-se-gestan-los-territorios-campesinos-agroalimentarios-117521#ATHS

Lefevbre, H. (1974). *La producción del espacio*. Madrid: Capitán Swing.

Méndez, Y. (2015). *Repartir la tierra es muy sencillo. Derecho campesino al territorio, justicia y Zonas de Reserva Campesina*. Bogotá: Diseño Editorial.

Mesa, G., Quesada C. y Sánchez L. (2013). Plan de Manejo Ambiental para la Zona de Reserva Campesina del Catatumbo: Reflexiones alrededor de la materialización de criterios de justicia ambiental y reorganización de un territorio campesino. En G. Mesa Cuadros (ed.), *Locomotoras normativas anti-ambientales: algunos análisis de caso por afectación a derechos colectivos y ambientales*. (pp. 103-154). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.

Ministerio de Minas y Energía. (s. f.). Minas. Recuperado de https://www.minminas.gov.co/documents/10180/614096/4CapituloMinas.pdf/fbd3bdeb-7d06-4817-9af0-6c43136fef18

Ministerio de Minas y Energías. (30 de enero de 2012). Resolución 180241. Recuperado de http://www.simco.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Wvh4LoUAqxE%3D&tabid=106

Ministerio del Interior. (7 de octubre de 2014). Decreto 1953. *DO*: 49297. Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/DECRETO%201953%20DEL%2007%20DE%20OCTUBRE%20DE%202014.pdf

Ministerio del Interior. (2016). Acta de preconsulta, apertura, análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, formulación de acuerdo y protocolización con el resguardo indígena Motilón Barí. Teorama: Ministerio del Interior. Recuperado de http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/documentos/ConsultaPrevia/Protocolizaciones/acta_de_protocolizacion_proy-308.pdf

Olaya, C. (2015). Justicia comunitaria y zonas de reserva campesina: aproximación a la experiencia del Catatumbo, en G. Mesa Cuadros (ed.). *Derechos ambientales en disputa: algunos estudios de caso sobre conflictividad ambiental.* (pp. 190-211). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.

PNN (Parques Nacionales Naturales). (2009). *Plan de Manejo Parque Nacional Natural Catatumbo Barí.* Bogotá: PNN.

PNN (Parques Nacionales Naturales). (31 de marzo de 2016). Para la reformulación del Plan de Manejo del PNN Catatumbo Barí: Parques Nacionales firma consulta previa con el resguardo indígena Motilón Barí. Recuperado de http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/es/para-la-reformulacion-del-plan-de-manejo-del-pnn-catatumbo-bari-parques-nacionales-firma-consulta-previa-con-el-resguardo-indigena-motilon-bari-2/

PNN (Parques Nacionales Naturales). (14 de junio de 2016). Parques Nacionales protocolizará consulta previa con comunidades indígenas de Catatumbo Barí. Recuperado de http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/es/parques-nacionales-protocolizara-consulta-previa-con-comunidades-indigenas-de-catatumbo-Barí/

Procuraduría General de la Nación. (18 de agosto de 2015). Procuraduría solicitó que se mantenga suspensión de la aprobación del Proyecto de Acuerdo por el cual se constituye la Zona de Reserva Campesina de la región del Catatumbo. Recuperado de https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-solicito_que_se_mantenga_suspensi_n_de_la_aprobaci_n_del_Proyecto_de_Acuerdo_por_el_cual_se_constituye_la_Zona_de_Reserva_Campesina_de_la_regi_n_del_Catatumbo.news

PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo). (2014). *Catatumbo. Análisis de conflictividades y construcción de paz*. Bogotá: PNUD, Embajada de Suecia. Recuperado de http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/Paz/undp-co-catatumbo-2014.pdf?download

Salazar, C. (2005). *Ishtana, el territorio tradicional Barí. Informe final sobre territorio tradicional del Pueblo Indígena Barí, Región del Catatumbo, Norte de Santander.* Bucaramanga: Asocbarí, Oxfam, Cecoin. Recuperado de http://www.asocbari.org/informes/informe_final_ishtana_y_mapas.pdf

Sosa, M. (2012). *¿Cómo entender el territorio?* Ciudad de Guatemala: Cara Parens, Universidad Rafael Landívar. Recuperado de http://www.rebelion.org/docs/166508.pdf

Téllez, G. (2014). Coadyuvancia Proceso de Tutela: 1100122040002014-00678-00. Cúcuta: Ascamcat. Recuperado de http://prensarural.org/spip/IMG/pdf/CoadyuvanciaZRCC.pdf

Tubino, F. (s. f.). *Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico.* Recuperado de http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/inter_funcional.pdf

Tubino, F. (2005, enero). *La interculturalidad crítica como proyecto ético-político*. Ponencia presentada en Encuentro continental de educadores agustinos, Lima, Perú. Recuperado de https://oala.villanova.edu/congresos/educacion/lima-ponen-02.html

Tubino, F. y Zariquiey, R. (2005). Las prácticas discursivas sobre la interculturalidad en el Perú de hoy. Propuesta de lineamientos para su tratamiento en el sistema educativo peruano. Lima: Dirección Nacional de Educación Bilingüe Intercultural. Disponible en: http://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Las%20practicas%20discursivas%20sobre%20la%20interculturalidad%20en%20el%20Peru%20de%20hoy.pdf.

UACT (Unidad Administrativa para la Consolidación Territorial). (2013). Resolución 00608 de 2013. Bogotá: Unidad Administrativa Especial para la Consolidación Territorial.

UACT (Unidad Administrativa para la Consolidación Territorial). (2014). *Plan Estratégico Institucional*. Bogotá: Oficina de Planeación y Gestión de la Información. Recuperado de http://www.consolidacion.gov.co/themes/danland/descargas/entidad/PLAN_ESTRATEGICO_2014.pdf

UACT (Unidad Administrativa para la Consolidación Territorial del Departamento de Prosperidad Social). (2014). Mapa de Seguridad Catatumbo. http://www.consolidacion.gov.co/?q=content/mapa-de-seguridad-catatumbo

Upme (Unidad de Planeación Minero Energética). (2014). *Plan Nacional de Ordenamiento Minero*. Bogotá: Upme-Ministerio de Minas y Energías. Recuperado de http://www.upme.gov.co/Normatividad/Upme/2014/PNOM_EN_EXTENSO.PDF

*Verdad Abierta*. (6 de junio de 2016). "En La Habana se negocia la agenda de las Farc, no la nuestra": campesinos del Catatumbo. Recuperado de http://www.verdadabierta.com/procesos-de-paz/farc/6297-en-la-habana-se-negocia-la-agenda-de-las-farc-no-la-nuestra-campesinos-del-catatumbo

# La representación de las Farc-EP en la prensa colombiana. Análisis de las noticias de *El Tiempo* y *El Espectador* en el marco de los diálogos de paz en La Habana (2012-2016)*

## *The representation of the Farc-EP in the Colombian press. Analysis of the news of* El Tiempo *and* El Espectador *in the framework of dialogues of Peace in Havana (2012-2016)*

Semillero de Investigación vinculado al grupo de investigación
Cultura Jurídico-Política, Instituciones y Globalización**

**Ángel David Acosta Forero**
Departamento de Ciencia Política
*adacostaf@unal.edu.co*

**Lina Marcela Hurtado Valero**
Departamento de Derecho
*lmhurtadov@unal.edu.co*

**Hugo Ernesto García Gómez**
Departamento de Ciencia Política
*hegarciag@unal.edu.co*

**David Antonio Giraldo Vargas**
Departamento de Derecho
*davagiraldovar@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33534 "Medios de comunicación y estigmatización de los actores del conflicto armado en Colombia. Análisis del caso de las FF. AA. y las Farc", dirigido por el profesor Oscar Eduardo Mejía Quintana.

** Los estudiantes agradecen los aportes y colaboración de la estudiante de Derecho Ángela Patricia Fitatá Velásquez.

**Resumen:** Este artículo hace un análisis crítico del discurso de los medios masivos de comunicación en Colombia, puntualmente de la prensa escrita (*El Tiempo* y *El Espectador*). El objetivo es examinar la manera en que estos han presentado a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (Farc-EP), en el marco de las negociaciones de paz en La Habana, Cuba (2012-2016).
Tres partes componen este texto: un acercamiento al conflicto armado con las Farc-EP y el papel de los medios de comunicación; el análisis crítico de las noticias, de diez fechas coyunturales, de dos de los periódicos de mayor difusión en el país en el marco de las negociaciones de paz; finalmente, una reflexión en torno al papel de los medios de comunicación en la representación de los diversos actores políticos frente a la sociedad civil.

**Palabras clave:** análisis crítico del discurso, prensa escrita, Farc-EP, representación

**Abstract:** The present article aims to make a critical ciscourse analysis (CDA) of colombian mass media, specifically two newspapers with national circulation within Colombia, *El Espectador* and *El Tiempo*. The purpose of this analysis is to examine how the Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (Farc-EP) have been portrayed in the middle of peace talks in Havana, Cuba, for the last four years.
This article is structured in three parts: an approach to the armed conflict with the Farc-EP and the role of the media; the critical analysis of the news, of ten conjunctural dates, of two of the newspapers of greater diffusion in the country in the framework of the negotiations of peace; finally, a reflection on the role of the media in the representation that is made of the various political actors within civil society.

**Keywords:** critical discourse analysis, printed media, Farc-EP, representation

## Introducción

La historia de Colombia muestra cómo a partir de un irresuelto acceso a la tierra para los campesinos y colonos —junto con una exclusión política sistemática y violenta del pequeño propietario— se establecieron las condiciones propicias para que diferentes sectores sociales se alzaran en armas. De este modo, inició una confrontación bélica de más de medio siglo, siendo así el conflicto armado más largo en América Latina (PNUD, 2016).

Uno de los actores insurgentes más relevantes del conflicto interno son las autodenominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (en adelante Farc-EP). Este grupo se ha configurado como la fuerza subversiva más grande del país, llegando a tener 17 500 integrantes y presencia en la mayoría del territorio nacional (*El Espectador,* 15 de marzo de 2016). Por esta razón, el Gobierno colombiano ha realizado varios intentos de diálogos con este grupo armado para encontrar una solución negociada y pacífica del conflicto. De ahí la relevancia a nivel nacional e internacional de los diálogos iniciados en septiembre de 2012. Con estas negociaciones se pretendía terminar con la confrontación armada y con una cultura política que ha girado alrededor de la guerra y la violencia, en la búsqueda de construir principios democráticos.

En este escenario de negociación entre dos actores históricamente antagónicos, los medios de comunicación masivos son un actor fundamental: cumplen la función de informar a la población civil sobre el desarrollo del conflicto. En este caso, sobre las conversaciones que transcurren en La Habana, Cuba, y los sucesos que orbitan alrededor de ella.

El fracaso del proceso de negociación entre las Farc-EP y el gobierno de Andrés Pastrana en San Vicente del Caguán (1998-2002) recrudeció la guerra, haciendo que este grupo intensificara su accionar armado. En ese momento, los medios de comunicación se vieron inmersos en un dilema desinformativo, donde recurrían constantemente a estereotipos verbales (García y Romero, 2001). El entonces candidato presidencial Álvaro Uribe, férreo crítico de los diálogos, prometió como política de gobierno combatir frontalmente a los grupos violentos. El concepto de seguridad fue el eje de su política pública, apoyado en un discurso antiterrorista que tenía una fuerte influencia en el público, dado el contexto nacional e internacional. Uribe tomó posesión como presidente el 7 de agosto de 2002 con su Política de Seguridad Democrática y gobernó por dos periodos (2002-2010); además contó con gran liderazgo mediático. En el gobierno Uribe, las Farc-EP se convirtieron en el enemigo público más grande del país y se les negó la posibilidad de ser reconocidos como actores políticos:

> Ese gobierno adoptó una política lingüística explícita y sistemática al prohibir el uso de la expresión "conflicto armado" en los documentos y discursos oficiales e instalar en su lugar la noción de "amenaza terrorista". Fue un intento decidido de transformar los significados a través de operaciones lingüísticas, donde la realidad era redefinida y subordinada a las necesidades de la ideología. (López de la Roche, 2015)

Por lo anterior, desde la academia se busca reformular el papel de los medios de comunicación dentro del conflicto, analizando los principios de parcialidad y neutralidad que deben caracterizarla. Además, se busca entenderlos como constructores de opinión pública —y no como simples emisores de información— para determinar que la actividad mediática sí es capaz de modelar las visiones colectivas y que el uso inadecuado de las estructuras comunicativas puede beneficiar intereses particulares (Comas, 2004).

En consecuencia, debe realizarse un estudio crítico sobre el tema. Como lo señalan algunos autores, los *mass media* no solo desinforman, también "crean una serie de estereotipos, reduccionismos o juicios de valor que dan lugar a los imaginarios del conflicto armado" (Hurtado y Lobato, 2009, p. 37). Así, los medios de comunicación terminan configurándose como actores sociales e incluso como parte del conflicto mismo, al construir imaginarios sociales. En tal sentido, es menester analizar *de qué manera los medios de comunicación, a saber la prensa escrita, han presentado a las Farc-EP en el marco de los diálogos de paz*. El propósito es examinar (a partir del análisis de diferentes estrategias y figuras retóricas) si estos medios de comunicación han resignificado a las Farc-EP en el contexto de las negociaciones en La Habana.

Esta investigación gira en torno al modo en que los medios de comunicación (*El Tiempo* y *El Espectador*) han construido diferentes discursivos respecto a las Farc-EP en el periodo 2012-2016. Se han tomado como base diez coyunturas dentro del proceso de paz. Este escenario inicia estando muy marcado por la estigmatización del grupo guerrillero; sin embargo, concluye con la figuración de las Farc-EP como fuente de información fuertemente ligada al proceso de paz.

En virtud de lo anterior el documento está estructurado en tres partes: la primera parte es un acercamiento al conflicto armado y el papel de los medios de comunicación. La segunda parte hace uso del análisis crítico del discurso, para describir y examinar noticias de diez fechas coyunturales del proceso de paz —notas de dos de los periódicos de mayor difusión del país que son agrupadas en tres bloques de análisis—. Finalmente se presenta una reflexión sobre el papel de los medios de comunicación en la representación de los diversos actores políticos frente a la sociedad civil.

## Un importante paso hacia la paz. Acercamiento al conflicto armado colombiano y el papel de los medios masivos de comunicación

> *La experiencia internacional y los estudios de política comparada señalan que todo proceso de desarme, desmovilización y reincorporación (reintegración) es una transición, no un punto de llegada. En efecto, este tipo de proceso, permite transitar, por ejemplo, de una situación de guerra hacia la paz, de un régimen dictatorial a uno democrático, de la exclusión de un grupo a su inclusión social y política.*
>
> EDUARDO BECHARÁ, *¿PROLONGACIÓN SIN SOLUCIÓN? PERSPECTIVAS SOBRE LA GUERRA Y LA PAZ EN COLOMBIA*

En América Latina se han vivido conflictos armados a nivel interno, sobre todo desde 1950, en Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Perú. Colombia es el único país que aún se mantiene en conflicto, siendo el más longevo del siglo XX en la región (PNUD, 2016). Vale la pena aclarar que aún con la firma del *Acuerdo Final* de paz del 24 de noviembre de 2016 con las Farc-EP, no puede hablarse de una finalización del conflicto en Colombia: en el país persisten otros actores armados como la guerrilla del Ejército de Liberación Nacional (ELN), y las Bacrim. Aun así, los diálogos de paz de La Habana representan un paso fundamental para iniciar la construcción de un proyecto de paz en Colombia.

El presente artículo analizará el conflicto bajo la perspectiva de autores como Carlos Medina, quien comprende la guerra como acto político que no se entiende como un fin en sí misma, sino como la lucha antagónica en la consecución del poder político (Medina, 2006, p. 58). Refiriéndonos de esta manera al conflicto colombiano podemos analizar los actores desde una nueva perspectiva. Como lo señalan algunos autores, las guerrillas no implican un actor ilegal en busca de unos beneficios y unos bienes estratégicos (El Jack, 2003, p. 11). Podría considerarse más como un grupo con un proyecto que entra en disputa armada con el Estado. Centrándonos en el conflicto entre Gobierno y Farc-EP podemos decir que el primer actor representa la institucionalidad legal de Colombia, mientras que el segundo es una guerrilla que buscaría la destrucción de la institucionalidad, así como la emancipación social y política, mediante una lucha de carácter armado ya que ve un alto grado de injusticia en el Estado (Bobbio, 2010, p. 744).

Desde este planteamiento la guerrilla, por su naturaleza de actor político, pretende tomarse el poder por vía armada. No obstante, podría decirse que la imposición de un proyecto político por medio de las armas resulta inviable en la actualidad. La continuación indeterminada del conflicto armado, sin pasar por una negociación, podría prolongarlo, exponenciando las implicaciones sociales sin dar una solución real (Bechará, 2012).

Es por ello que los diálogos de paz entre el Gobierno nacional y las Farc-EP son un acontecimiento trascendental en la historia del conflicto armado en Colombia. Algunos autores evidencian que el conflicto hunde sus raíces en la marginalidad social y en la exclusión política, por lo que los sectores marginados rechazaron de forma manifiesta el discurso hegemónico. Así se conformó una actitud de exclusión que tuvo como única salida la confrontación con el Estado y que terminó por dotar sus "demandas y a su identidad de un nuevo soporte conceptual y por esa vía de una nueva práctica social y política" (Medina, 2009, p. 114).

En consecuencia, la importancia de las conversaciones en La Habana radica en que representan una solución concertada a la confrontación armada. Asimismo, contribuirían de forma colateral a aliviar las causas sociales de marginalidad que dieron origen al conflicto. De la misma forma contribuyen a una apertura de espacios de participación democrática en términos políticos, que terminan por desmontar la acción política por medio de las armas.

Ahora bien, los *mass media* no pueden pensarse como instituciones imparciales que pretenden realizar un mero acto informativo. Estos son una construcción humana, y como tal se definen y reconstruyen a partir de sus condiciones sociales, políticas, económicas e ideológicas. En este punto, podemos retomar la tesis de María Trinidad Bretones. Según esta autora, los medios no solo se adaptan a la sociedad sino que actúan y responden a ella a partir de quiebres y coyunturas que se dan en el contexto social de cada caso (Bretones, 2008).

Los *mass media,* entendidos como actores políticos, representan un papel clave en las sociedades modernas por su función de difusión masiva de información (Wolf, 2001). Hay que considerar, además, que en ellos también existen dinámicas de poder. El análisis de Neyla Pardo (2007) plantea que es fundamental analizar los imaginarios que crean los medios de comunicación en el contexto del conflicto armado interno en Colombia, debido a que dichos imaginarios se forman a través de construcciones selectivas de la realidad. Desde que la prensa toma un acontecimiento social como hecho noticioso empieza la construcción de representaciones sociales e imaginarios que se pretenden plasmar en una comunidad como un fenómeno social. El caso de la prensa escrita, contribuye a la construcción del objeto social en tanto jerarquiza temáticamente la información y determina las formas de acceso a ella. Así, los medios contribuyen a la generación de un "interés o desinterés de los miembros de la comunidad para la comprensión y análisis del objeto social representado" (Pardo, 2007, p. 63).

Pardo, mediante un análisis de la representación de los actores del conflicto armado en Colombia durante 1997 y el 2003, logra evidenciar que los medios de comunicación son constructores de realidades y concluye que la prensa genera categorías parciales de

los actores que llevan tras de sí intereses (sean conscientes o no), nominando a los actores armados en determinadas situaciones de una manera y en otras de forma totalmente diferente, llegando así a crear, modificar o hasta eliminar determinadas identidades: produciendo formas subjetivas de comprender la realidad (Pardo, 2005).

Mary Correa Jaramillo señala la importancia del manejo de la información en la construcción de representaciones de la realidad. Este es un contexto en el que se genera un *campo de batalla,* donde derrotar al enemigo en el plano simbólico implica una necesidad, tanto para la confrontación, como para lograr el apoyo de una sociedad en conflicto. Con este propósito se crea *pertrecho comunicativo,* donde se asigna metas y objetivos al manejo de la información dentro de la sociedad. En la misma línea, las representaciones de los actores a través de los medios significan, en un contexto de conflicto armado, la configuración de un enemigo en común que sirve como elemento legitimador (Correa, 2008).

En conclusión, se hace necesario un trabajo investigativo, que identifique la reconstrucción simbólica de las Farc-EP por parte de los MMC, a través de una análisis crítico del discurso (ACD). Desde una visión crítica, Adelaida Nikolayeva (2014) caracteriza los medios de comunicación como un agente distorsionador de la imagen de la guerrillas colombianas, dado que los grandes medios de comunicación responden a una lógica de clase dominante. La autora destaca que los mensajes negativos hacia las Farc-EP han ocasionado una estigmatización que irradia a la oposición política en Colombia. De este modo, se ha convertido el anticomunismo en doctrina de Estado (Nikolayeva, 2014, p. 172). En consecuencia, la importancia del presente artículo radica en el análisis de las representaciones creadas por los medios de comunicación, en un escenario de transición a la vida cívica de un actor armado como las Farc-EP.

## Reconstrucción lingüística del discurso mediático sobre las Farc-EP a través del análisis crítico del discurso

### Apéndice metodológico

Para identificar la representación del grupo armado Farc-EP en la prensa escrita en Colombia, se tomarán como elementos de análisis las noticias emitidas por los dos periódicos de mayor difusión en el país: *El Tiempo* y *El Espectador.* Con ese fin, se seleccionaron diez momentos que representaron puntos claves para el proceso y en los cuales se pueden evidenciar cambios en la retórica. Estos momentos se agruparon en tres bloques: 1) justificación bélica y asociación de la guerrilla a la criminalidad; 2) protagonismo al proceso de paz y su importancia, los análisis se centran en lo acordado y se reducen las

asociaciones negativas y 3) a partir de la posible firma, se cambia el discurso, se destacan los puntos acordados y se recurre de forma mínima a las Farc-EP como fuente.

Los momentos considerados fueron escogidos en razón de su cubrimiento en medios, su trascendencia mediática, su importancia dentro del proceso y su carácter determinante para la configuración de la imagen de las Farc-EP dentro del periodo de estudio (2012-2016). Es preciso aclarar que se examinarán solo las *noticias* más no el proceso de paz en conjunto, dado que, en teoría, estas deberían caracterizarse por su imparcialidad, claridad y concisión. De acuerdo con Alex Grijelmo "la noticia en estado puro viene dada siempre por un acontecimiento sorprendente, estremecedor, paradójico o trascendental y, sobre todo, reciente" (Grijelmo, 1997, p. 27).

Las noticias de prensa a analizar corresponderán al día en el que sucedió el hecho y al día siguiente, puesto que los periódicos muestran noticias del día anterior a su impresión. Así se evidenciaría si la ocurrencia del suceso a analizar implica un cambio en la retórica de la representación de las Farc-EP.

**Tabla 1. Acontecimientos coyunturales en el proceso de paz**

| Fecha | Acontecimiento |
|---|---|
| ***Bloque I*** | ***Justificación bélica y asociación de la guerrilla a la criminalidad*** |
| 26 de agosto de 2012 | El Gobierno y las Farc-EP suscriben en La Habana el llamado "Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera". |
| 4 de septiembre de 2012 | El presidente Santos confirma públicamente que las negociaciones con las Farc-EP comenzarán en octubre de ese año en Oslo, Noruega. |
| 6 de noviembre de 2013 | Borrador conjunto "Participación Política"-06 noviembre 2013. |
| 16 de mayo de 2014 | Punto 3 de la agenda: Acuerdo "Solución al problema de las drogas ilícitas". |
| 6 de junio de 2014 | Borrador conjunto "Reforma Rural Integral"-6 junio 2014. |
| 16 de noviembre de 2014 | Secuestro del general Rubén Darío Álzate. |
| 10 de marzo de 2015 | Santos ordena suspender bombardeo contra Farc-EP (11 marzo 2014). Se reanudan bombardeos después de ataque de Farc-EP al ejército. |
| ***Bloque II*** | ***Protagonismo al proceso de paz y su importancia: los análisis se centran en lo acordado y se reducen las asociaciones negativas*** |
| 15 de diciembre de 2015 | Borrador conjunto "Acuerdo víctimas del conflicto". |
| 18 de febrero de 2016 | Farc-EP reunión en Conejo, Guajira. |
| ***Bloque III*** | ***A partir de la posible firma, se cambia el discurso, se destacan los puntos acordados y se recurre de forma mínima a las Farc como fuente*** |
| 23 de marzo de 2016 | No firma del acuerdo |

**Fuente:** elaboración propia.

Se busca, a través del ACD, realizar un análisis cuantitativo y cualitativo de la representación de las Farc-EP en los momentos señalados en la tabla 1. Para eso se hará uso de unas matrices de ACD que tendrán como finalidad ubicar las estrategias discursivas, las figuras retoricas y los cotextos usados por los medios de comunación análizados.

## Estrategias discursivas

Las estrategias discursivas se refieren a los diferentes medios que usa un hablante para adquirir, comprender, producir y reproducir el habla. Tales medios son útiles para evaluar de manera eficiente el significado, las funciones lingüísticas, interacciones, sociales, pragmáticas y psicológicas de los enunciados en el discurso. Para analizar una noticia (como interpretación de una realidad social), es necesario evidenciar las estrategias discursivas implementadas por el autor a la hora de producir enunciados. Así, la identificación de tales estrategias ayudará a analizar cuál es la forma que se le ha dado a la noticia. Para esto, se identificará a qué estrategia puede asociarse cada noticia. Las estrategias a considerar son: a) de referencia b) de predicación, c) de argumentación, d) de puesta en perspectiva y, e) de intensificación y mitigación. Las características de estas estrategias y su funcionalidad serán explicadas en el desarrollo del artículo.

## Figuras retóricas

Las figuras retóricas son "cualquier tipo de recurso o manipulación del lenguaje con fines persuasivos, expresivos o estéticos [...] orientadas a potenciar la expresividad, eficacia o belleza del discurso" (García, 2000, p. 10). Se realizará un análisis cuantitativo de la frecuencia de estas figuras, para proceder a un análisis cualitativo del uso que se les ha dado. Las figuras retóricas a identificar se pueden categorizar en cuatro grandes familias: repetición (anáforas, epíforas y complexión), matices de nombre (adjetivación, hipérbole y pleonasmo), comparación (símil y distinción), y por último, tropos (metáfora, sinécdoque, catacresis, alegoría y sinestesia).

## Cotextos

Las palabras, como elementos a analizar en un discurso, van acompañadas por un conjunto lingüístico que le puede anteceder o proceder. A este conjunto se le conoce como cotexto. Esta es una herramienta fundamental que permite señalar los elementos lingüísticos presentes en un discurso, como el que puede manejar las noticias, también ayuda a ver el contexto en que se usa y cómo se busca dirigir la noticia. Para analizar la retórica usada alrededor de las Farc-EP se analizarán cuadros de cotexto para ver las formas en que se hace manejo discursivo de ciertos adjetivos y sustantivos.

## Bloque I-Justificación bélica, adjetivación y asociación de la guerrilla a la criminalidad

El 4 de septiembre de 2012 se dio a conocer a los medios el inicio oficial de los diálogos entre el Gobierno y las Farc-EP. Después de una fase exploratoria secreta, se expuso la firma del Acuerdo Marco en el que se establecieron los seis puntos a negociar: 1) desarrollo rural; 2) garantías a la oposición política y participación ciudadana; 3) fin del conflicto armado; 4) el narcotráfico; 5) derechos de las víctimas; 6) implementación, verificación y refrendación.

Es de resaltar que se acordó negociar en medio de la confrontación armada. Esto es importante debido, en primer lugar, a que el gobierno anterior tenía una política enfocada en la ofensiva militar; y, en segundo lugar, si las Fuerzas Militares cesaban dicha ofensiva se vería como una oportunidad de recuperación de la guerrilla —como ocurrió en el proceso adelantado con Pastrana—. Por otro lado, las Farc-EP no estaban dispuestas a aceptar un cese unilateral (Vargas, 2016). En ese sentido ha sido de gran complejidad mediática el tratamiento de los actos de violencia perpetrados por la guerrilla, agudizada a su vez por los opositores del proceso.

La representación de las Farc-EP en este bloque constituye un avance general en comparación con el gobierno de Álvaro Uribe. En el gobierno de Juan Manuel Santos se le ha reconocido cierto estatus de grupo político con el cual se puede negociar. Sin embargo, la imagen de las Farc-EP, y su representación hecha desde los medios, está fuertemente asociada a los actos de secuestro, narcotráfico, atentados, etc. Esto sin considerar aun las aristas y los riesgos que implicaba la decisión de negociar en medio de la confrontación. En esa medida, la opinión de la población civil se veía influenciada y confundida, llegando a conclusiones como la no voluntad real de esta guerrilla para llegar a un acuerdo.

Uno de los sucesos más relevantes fue el secuestro del general Rubén Darío Álzate (16 de noviembre del 2015). En ese momento, el Gobierno llegó a suspender los diálogos. Días después las Farc-EP anunciarían un cese al fuego unilateral y definitivo, siempre y cuando no fueran atacadas por la Fuerza Pública. Otro aspecto de gran resonancia fue el punto del acuerdo denominado "Solución al problema de las drogas ilícitas". En este momento de las negociaciones, la oposición criticaba cómo la guerrilla se había enriquecido ilícitamente con el narcotráfico, caracterizándolo como una actividad criminal.

En consecuencia, el primer bloque se caracteriza por un discurso en el que se aborda positivamente el proceso de paz desde la institucionalidad. A su vez se mantienen artículos noticiosos en los que se representa a las Farc-EP de forma negativa, asociando este grupo a la ilegalidad y la criminalidad, en un contexto de confrontación armada. El ejercicio periodístico se ve limitado a mostrar las intervenciones dadas por la institucio-

nalidad. Esto conlleva ocultar diversas las versiones de los hechos y, por ende, se configura un diálogo exclusivo entre actores que hacen parte del sistema político.

Es necesario el análisis de la prensa en las coyunturas nombradas para dar cuenta del planteamiento anterior. Las estrategias discursivas encontradas en la mayoría del bloque responden a unas *estrategias de puesta en perspectiva*. Lo cual es entendible ya que estas son usadas para describir o narrar acontecimientos. Este análisis evidencia cómo para el caso del análisis las Farc-EP, en los medios de comunicación, se distorsiona la representación de los actores, incluso en la estructura de la noticia, cuando no se hace uso de la estrategia de puesta en perspectiva.

Durante la suscripción del "Acuerdo general para la terminación del conflicto" se presentaron noticias que tenían *estrategias de predicación*. Se pueden señalar dos de ellas: "Los encuentros secretos de paz de Álvaro Uribe" (*El Tiempo,* 26 de agosto de 2012) y "Gobierno atribuye a Farc bomba que mató a seis civiles en Meta" (Moreno, 27 de agosto de 2012). En estas noticias se hacen notorios dispositivos lingüísticos que favorecen un discurso que deslegitima el accionar de las Farc-EP. En la segunda noticia, por ejemplo, se reitera la posición del ministro de Defensa colombiano, Juan Carlos Pinzón, refiriéndose al atentado como "un delito de lesa humanidad, un acto cobarde de terrorismo rampante. Esto no tiene perdón en ninguna legislación" (Moreno, 27 de agosto de 2012).

Estas primeras estrategias respondieron a la retórica que se venía dando en los años anteriores sobre las Farc-EP. Al confirmarse de forma pública las negociaciones y su fecha de inicio se pudo pensar en un giro drástico en la representación del grupo guerrillero. Al contrario, lo que muestran las noticias es que los medios usaron *estrategias de nominación* y *predicación* que criticaron o aprobaron —mediante el uso constante de figuras lingüísticas— que las negociaciones de paz se hubieran iniciado en medio del conflicto armado.

Para el 2013, se anunció el primer borrador conjunto de los acuerdos sobre el punto "Participación política" (6 de noviembre). En este momento, se publicó una noticia en la que se maneja una *estrategia de nominación,* la cual es usada para dar una categorización de la Unión Patriótica (UP), un como brazo político de las Farc-EP. Asimismo, se da una justificación, por parte del ministro de Defensa, de la masacre ocurrida frente a este grupo político. Al año siguiente, con el borrador conjunto sobre drogas ilícitas (16 de mayo del 2014), se puede ver el uso de estrategias de *argumentación* y de *intensificación* en las noticas "Farc firman acuerdo para romper cualquier relación con el narcotráfico" (López, 16 de mayo de 2014) y "'Ya cruzamos la línea media' en el proceso de paz: Santos" (*El Tiempo,* 17 de mayo de 2014b). En ambas se hace evidente el uso de argumentos para justificar las penas por las acciones de narcotráfico y se exalta el trabajo del Gobierno nacional. En estas noticias se enfatiza reiteradamente la posición de un solo actor, ocul-

tando de esta manera la participación de las Farc-EP como un actor político fundamental para la mesa de negociaciones.

Frente al borrador conjunto "Política de desarrollo agrario integral" es necesario mostrar la carencia de noticias para el momento. Pero, en las que se muestran, se evidencia el manejo de las estructuras de *nominación, argumentación* e *intensificación*. Esto sobre todo en el caso de la noticia "Alcalde señala a Farc de muerte de niños" (*El Tiempo,* 17 de mayo de 2014a). En esta noticia, claramente, se retoma la nominación de las Farc-EP como "grupo criminal", a partir de declaraciones sin ninguna prueba por parte de Víctor Gallo, alcalde de Tumaco, quien hace la denuncia. Hay que señalar que para este punto el proceso de paz ya ha avanzado en gran parte.

Uno de los momentos más problemáticos para el proceso fue el secuestro del general Rubén Darío Álzate. Para el análisis de estrategias solo se encuentran dos noticias, ambas usando *estrategias argumentativas*. La primera, titulada "Paradojas, logros y riesgos tras dos años del proceso de paz" (Gómez, 16 de noviembre de 2014) realiza, a modo de crónica, un recorrido por los dos años del proceso de paz hasta ese momento. Esta nota argumenta a favor del proceso de paz de manera implícita, pero a su vez muestra los riesgos que conllevan las acciones Farc-EP para el acuerdo. Además, se hace mención al asesinato de unos indígenas en el Cauca por parte de este grupo, aunque este hecho no tuviera relación directa con el momento de la noticia presentada. La segunda noticia es "Dos años de mesa, cuatro de proceso" (Molano, 15 de noviembre 2014) al igual que la noticia anterior, realiza una crónica sobre los diálogos de La Habana, que si bien no maneja una posición negativa frente a las Farc-EP sí se denota un apoyo implícito a las acciones del Gobierno nacional en el proceso de paz.

El último momento de este bloque es el de la suspensión y reanudación de los bombardeos a las Farc-EP por parte del Gobierno nacional (15 de marzo del 2015). En las noticias sobre estos hechos se identificaron estrategias de *nominación, intensificación* y *argumentación*. Con estas estrategias se legitimaron las decisiones tomadas por el Gobierno en ambos casos: el cese de bombardeos, porque da un paso para la declaración a un cese al fuego bilateral y la reanudación de estos, porque representa una acción para atacar por vías armadas a las Farc-EP. Cabe aclarar que estas estrategias hacen uso de intervenciones de la oposición al proceso de paz que se encuentra en el sistema político y que hace uso de un lenguaje que criminaliza cualquier acción que comete las Farc-EP.

La mayoría de estrategias discursivas encontradas responden a *estrategias de puesta en perspectiva*. Sin embargo, resulta importante tener en cuenta las estrategias restantes en el análisis, ya que las de *puesta en perspectiva* solo reflejan una estructura usual de los medios en la cual se aprecia únicamente la intención de generar una dinámica informativa.

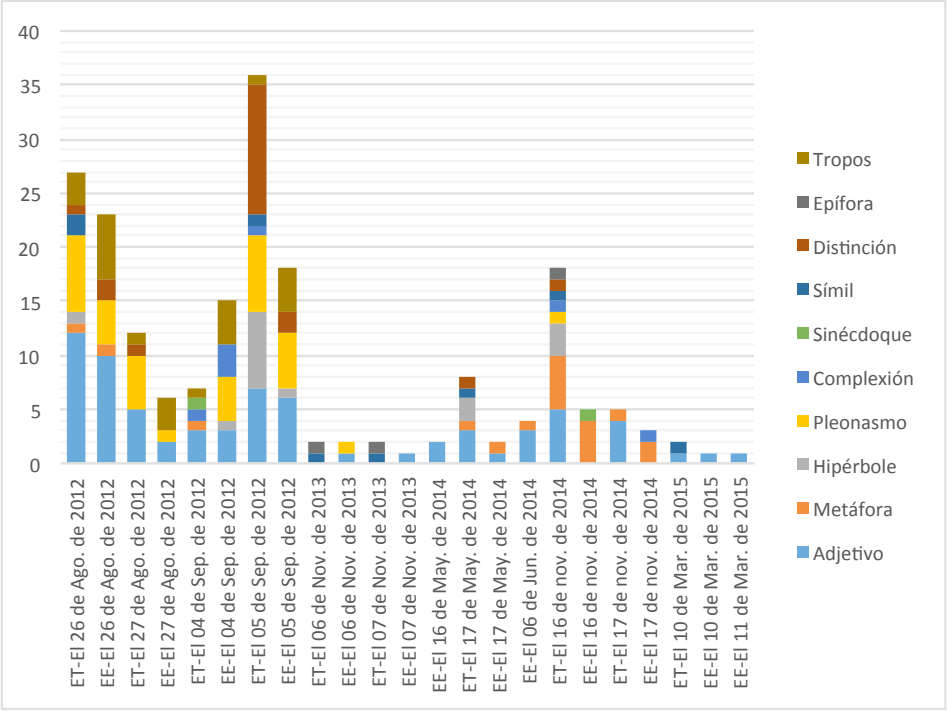



**Figura 1. Figuras retóricas-bloque I. (Elaboración propia).**

En la figura 1 se analizan las figuras retóricas, correspondientes al bloque I, en los dos medios de comunicación analizados: *El Tiempo* (ET-El) y *El Espectador* (EE-El). Como se puede analizar en la figura 1, *El Tiempo* hace un mayor uso de *figuras retóricas* en general; no obstante, se puede decir que se debe a que también publicaron mayor cantidad de noticias. Es importante precisar que gran parte de las figuras retóricas que se encuentran en ambos periódicos no son autoría del periodista, sino que son citas de entrevistas o comunicados que se referencian en la noticia; aunque sí es labor del periodista escoger qué información se incluye en la nota.

La figura retórica que predominó en las noticias de este primer bloque fue la adjetivación que se produce cuando varios adjetivos calificativos acompañan a uno o más sustantivos. Esta figura se encontró en casi todas las fechas analizadas. Además de ser una palabra que acompaña a un sustantivo para calificarlo, los adjetivos "nos permiten precisar los conceptos, sentar opiniones, comunicar sentimientos y aportar energía a la expresión" (García R., 2013. p. 105). Esto puede verse en la noticia "Noruega, sede de la paz" donde se lee: "un desafío para Noruega y Cuba gira en torno a su percepción de la

guerrilla". Harpviken[1] dice que "algunos actores internacionales ven a las Farc como un grupo de oposición con intereses políticos genuinos, mientras que otros las ven como un grupo criminal" (Salgar, 4 de septiembre de 2012). En otra noticia se informa sobre lo acordado en La Habana en un artículo titulado "Farc firman acuerdo para romper cualquier relación con el narcotráfico", luego de describir dicho acuerdo, la noticia, relaciona a bandas criminales con las Farc-EP, cuando se refieren a cultivos de coca, adjetivando de esta manera al grupo insurgente como un "grupo criminal" (López, 16 de mayo de 2014).

La figura retórica que le sigue es el pleonasmo. El uso de esta figura puede devenir en redundancias discursivas (García, 2013, p. 119). Esta figura la encontramos, por ejemplo, en el pronunciamiento del exprocurador Alejandro Ordóñez: "soy escéptico porque desconfío de las Farc" (*El Tiempo,* 5 de septiembre 2012b). Esta afirmación se citó en una noticia en la que se agregan vocablos superfluos que reiteran lo que es obvio, en un intento de persuasión.

Seguidamente se encuentra la figura de metáfora, que se aprecia en ejemplos tales como: "'Timochenko', con un lenguaje mucho menos cuidadoso, habló de 'vampiros' que están al acecho de la sangre y que estarían interesados en hacer perder estos esfuerzos de paz" (*El Tiempo,* 5 de septiembre de 2012a). También se encontraron metáforas en el comunicado de Santos que indica "'las llaves de la paz no estaban en el fondo del mar' aún no se podían utilizar porque la guerrilla no había dado muestras de paz" (Molano, 15 de noviembre de 2014), o en la noticia "Primer general secuestrado en Colombia" en la que se señala que "el Frente 34 al parecer responsable de este secuestro, ha sido durante años una pesadilla para el Chocó" (*El Espectador,* 17 de noviembre 2014).

En consecuencia, el análisis de figuras retóricas nos permite analizar los recursos usados en cada medio para calificar o descalificar al actor sujeto de este análisis (Farc-EP), permitiéndonos explorar a profundidad el sentido de cada artículo noticioso enunciado anteriormente. Dicho sentido, obedece a la representación que se ha construido de las Farc-EP en cada coyuntura, desde las distintas figuras retóricas, que en el caso del presente bloque generan un estigma al mismo, en tanto se le enmarca en situaciones de criminalidad, contrastado con intervenciones oficiales que intensifican el lenguaje del odio y la guerra.

Tanto *El Tiempo* como *El Espectador* manejan sustantivos similares para referirse a las Farc-EP, siendo el de mayor uso el de "Farc". En el análisis de *cotextos* se puede evidenciar que ambos periódicos para referirse a las Farc-EP usan la palabra "Farc" como tal, y en ese sentido se pensaría que al usar su nombre el manejo de la noticia no posee ningún sesgo. Pero cuando se realiza un análisis de los cotextos se hace evidente que se suele hablar del

1 Kristian Harpviken, director para el Instituto para la Investigación de la Paz en Oslo.

actor para referirse a actos criminales y no para hablar del proceso de paz, lo que lleva a generar una representación en la que las Farc-EP se mantienen como actor criminal, incluso en medio de las negociaciones.

Una de las palabras que genera mayor carga negativa frente a este actor es la de *terrorista*, lo que llevaría a pensar que los medios de comunicación intentarían ser muy cuidadosos con el manejo de esta. El uso de esta palabra se hace evidente durante el primer momento, cuando apenas se daba el anuncio del inicio de los diálogos de paz. En algunas ocasiones, se usa dicha palabra para describir los actos que cometen las Farc-EP, y en otras se maneja como sustantivo para señalarlas directamente. Si bien este término se incluye mediante la cita de personas que la usan, y no del medio como tal, al darle espacio a estas opiniones —y no a otras que legitiman una acción política de las Farc-EP— se muestra que hay un sesgo al momento de brindar la información. Una palabra que podría generar una equidad en la representación lingüística es la de *insurgencia*, pero esta se presenta en menor medida, o es casi nula en el análisis de los momentos del presente bloque.

Aunque con el anuncio formal del inicio de las conversaciones se da un desescalamiento de este manejo lingüístico directo que genera representación negativa, será hasta el tercer momento en el que realmente se ve cómo se integra al discurso a las Farc-EP, poniéndola siempre como el segundo protagonista en las negociaciones de paz con el Gobierno nacional y usando constantemente "Farc" como sustantivo. No obstante, si bien este manejo valida parcialmente el reconocimiento de las Farc-EP como actor político, no se reconoce o no se da luces sobre el discurso político que el grupo guerrillero maneja.

En tal sentido, si bien existe una diversidad de actores, que en algunos casos se confrontan en el discurso (como el Centro Democrático y los defensores del gobierno Santos), todos estos se caracterizan por ser parte integrante del sistema político colombiano, es decir, componen la institucionalidad y son reconocidos como actores políticos y sociales trascendentales. Es así como se construye la representación de las Farc-EP ante los receptores de estos periódicos: vinculando al grupo insurgente de manera reiterada a la ilegalidad y la criminalidad y excluyendo su opinión, intervención y argumentación para consultar avances y opiniones frente a las conversaciones en La Habana en la cual el grupo insurgente es protagonista (y del que se supone busca integrarlos a la lucha política democrática).

Se hace necesario resaltar la importancia que tiene el inicio del cese al fuego por parte del Gobierno nacional y el posterior cese al fuego bilateral, que ayudan a desdibujar la idea de las Farc-EP como un actor armado que tiene como único fin la guerra. Quitarle el componente bélico a las Farc-EP implica mostrar que el grupo refleja otros intereses, y que por ende la retórica de criminalización no puede ser usada. Como actor político

las Farc-EP están llamadas a dialogar con el Gobierno nacional en búsqueda de una salida pacífica al conflicto.

Para finalizar el apartado, a partir del análisis expuesto anteriormente, es necesario retomar afirmaciones expuestas al principio del bloque. Este periodo se caracteriza por un discurso en el que se aborda positivamente el proceso de paz desde la institucionalidad; pero que a su vez se mantienen discursos en los que se representa a las Farc-EP de forma negativa, asociada a la ilegalidad y la criminalidad, en un contexto de conflicto. Así se evidencia que el papel periodístico se limita a las intervenciones dadas por la institucionalidad. Esto conlleva ocultar diversas versiones de los hechos, y por ende, se configura un diálogo exclusivo entre actores que hacen parte del sistema político.

Por otro lado, se evidencia que gradualmente se disminuye la carga negativa hacia las Farc-EP. Esto es resultado del devenir de los diálogos con el Gobierno nacional, hasta el punto de que al final del bloque se da un cambio en la representación del grupo armado, dejando de lado, aunque no completamente, la retórica de la criminalidad para entrar en una representación de las Farc-EP como actor político negociante.

## Bloque II-Protagonismo del proceso de paz, centralidad en lo acordado y distanciamiento de asociaciones negativas

Las coyunturas de este bloque representaron puntos muy críticos en el proceso de paz. La primera, sobre el acuerdo de víctimas, incluyó la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), un instrumento polémico diseñado en el marco de los acuerdos para la reparación y garantías de no repetición, que plantea la amnistía de los delitos políticos (*El Espectador,* 16 de diciembre de 2015). La segunda coyuntura giró en torno a un hecho externo a la mesa de diálogo en Cuba y fue la campaña de pedagogía para la paz en Conejo, corregimiento de Fonseca en La Guajira, donde la presencia de hombres armados de las Farc-EP junto a algunos negociadores, generó gran malestar dentro de la opinión pública y el ámbito político (*El Espectador,* 19 de febrero de 2016). Sin embargo, esta polémica se dio en paralelo con el escándalo de corrupción dentro de la Policía con la llamada "Comunidad del anillo", sucesos que opacaron el cubrimiento de los hechos en Conejo.

La consecución de un acuerdo de víctimas en la mesa de diálogos representó un punto trascendental en la historia del proceso. Luego de tres años, las víctimas tomaron partido en este punto de la agenda y tuvieron gran relevancia dentro de los medios de comunicación, así como sus historias que dieron lugar a grandes debates sobre la justicia y la amnistía a conceder las Farc-EP. El acuerdo contempla un modelo de justicia transicional, apoyado en los valores de verdad, justicia, reparación y no repetición. Con esto se trata

de cumplir con los estándares de la normatividad internacional y reconceder la menor impunidad posible a quienes cometieron delitos de guerra.

En lo que respecta a lo sucedido en Conejo, Guajira, la polémica se centró en que los negociadores de las Farc-EP llegaron a la población junto a guerrilleros rasos armados, además de que no había presencia de la Policía ni del Ejército. Este hecho comenzó a escalar poco a poco mientras compartía escenario con otras polémicas que estaban en su punto más álgido. Este suceso puso en riesgo la continuidad del proceso, pues se calificó como *proselitismo armado,* donde según el Gobierno *se violaron las reglas de juego* (*El Espectador,* 19 de febrero de 2016).

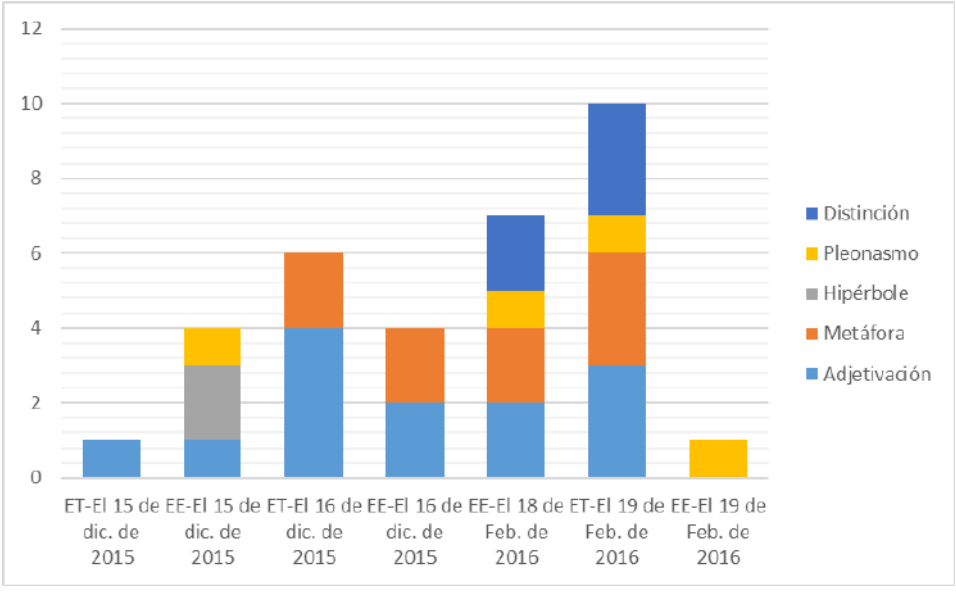



**Figura 2. Figuras retóricas, bloque II. (Elaboración propia).**

La gráfica de las *figuras retóricas* observadas en ambas fechas nos lleva a concluir que en las dos coyunturas predomina la adjetivación, seguida de la metáfora. Sin embargo, la coyuntura de Conejo muestra un mayor número de elementos. Esto en razón de la naturaleza misma de los acontecimientos, donde la firma del acuerdo de víctimas —como suceso dado al interior de la mesa— cuenta con el respaldo del Gobierno nacional. Esto contrasta con el suceso de Conejo, donde el Gobierno y un amplio sector de la opinión pública rechazó vehementemente el proceso de pedagogía para la paz adelantado por las Farc-EP.

Existe un cambio en tanto se da protagonismo al proceso de paz, al destacarse la importancia del mismo. Los análisis se centran en lo acordado y se van dejando de lado las asociaciones negativas. Asimismo, se consolida una línea discursiva propia sobre la organización guerrillera representada en La Habana y se evaden constantemente las categorías propias del conflicto. Esto se advierte más que todo en el suceso de Conejo, donde el escenario se prestaba fácilmente para la imposición de carga discursiva negativa hacia la organización guerrillera; aunque se repara que tanto *El Tiempo* como *El Espectador* trataron de mantener una neutralidad consolidada el 15 de diciembre con el acuerdo de víctimas.

Las *estrategias discursivas* predominantes son las de *puesta en perspectiva* sin tomar partido por ninguna postura: en la coyuntura del acuerdo solo se destaca un análisis de los puntos más críticos y no de este en general. En la segunda coyuntura de este bloque se encuentra que *El Tiempo* utiliza una estrategia *de predicación* en el uso de la palabra *narcoterroristas* (*El Tiempo,* 19 de febrero de 2016). La estrategia de *intensificación,* también se identificó en una expresión como "nación sin guerra" (*El Tiempo,* 19 de febrero de 2016), ambas citando al presidente Santos. En *El Espectador* solo se identificó una estrategia, la *referencial* o *de nominación,* usada por el periódico para describir la situación política de la coyuntura como una "tormenta política" y un "tropezón en el proceso actual" (*El Espectador,* 19 de febrero de 2016).

En lo ateniente a las *figuras retóricas* se observa un bajo uso de estas en el marco de las dos coyunturas. Destaca la edición del diario *El Tiempo* del 15 de diciembre de 2015, donde se informa sobre un suceso ajeno a los diálogos en La Habana, que, aunque involucra un exguerrillero, no se relaciona a la organización guerrillera. Esta noticia trata sobre la solicitud de extradición del encargado de realizar los abortos en la organización. Es crucial este suceso, pues marca un hito dentro de las coyunturas. Anteriormente se solía transmitir la carga moral de los guerrilleros rasos a la organización en general y ahora se diferencian ambos niveles de responsabilidad.

Finalmente, sobre los cotextos, las palabras más encontradas en ambos periódicos fueron "Farc", "guerrilla" (o sus derivados), también hubo registro de "insurgentes", "narcoterroristas" y "terroristas". No obstante, el cambio en el uso del lenguaje y el sentido en el que se emplea así como la frecuencia del mismo, no representa una transformación significativa en relación a la vinculación de las Farc-EP con el Gobierno, es decir, la representación de la organización como grupo armado opositor de las políticas del modelo de Estado vigente, así como sus manifestaciones para promover su propia visión de lo que debería ser dicho modelo, siguen presentes por medio del uso continúo de estas palabras que aluden a una imagen violenta e ilícita, el narcoterrorismo por ejemplo, pretende atacar directamente su relación con las drogas y el control territorial que han ejercido.

Siendo así, aunque la exaltación de su actuar violento haya disminuido en el discurso del medio, esta no ha sido eliminada del todo.

Este segundo bloque, rompe con el primero en la medida en que se aleja de la moda de disminución del número de figuras retóricas en el transcurso de las negociaciones. Esto se puede ver en coyunturas como la del acuerdo de víctimas. En este caso, dos posturas en torno al acuerdo se radicalizaron y las posturas contrarias al acuerdo retornaron a los peyorativos sobre las Farc-EP, aunque su trascendencia llega no más a declaraciones dadas a los diarios estudiados. En este bloque se consolida finalmente el protagonismo del proceso de paz. Cualquier situación de los actores es vinculada directamente al mismo, como es el caso de Conejo. Igualmente, los medios analizados comienzan a trascender en la información en relación a la distinción entre miembros y organización, evitando calificativos dirigidos a un miembro en conexión a la organización guerrillera.

## Bloque III: A partir de la posible firma, se cambia el discurso, se destacan los puntos acordados e incluso se recurre a las Farc como fuente informativa, de forma mínima

Tras cinco años de negociación, los diálogos en busca de la paz entre las Farc-EP, el Gobierno y el pueblo colombiano, por fin se logró avistar una pronta culminación. Las partes ya habían anunciado la firma del *Acuerdo Final* para el primer semestre del año 2016 y la fecha ya se había cumplido. Aunque los avances no solo eran visibles en la conciliación sobre varios puntos de las negociaciones sino también en la proyección política del grupo guerrillero, a la mesa de La Habana aún llegaban duras críticas sobre lo pactado para implementar en el postconflicto; así como sobre lo que los intervinientes cedían y prometían en el camino. Pensando en esto último se escogió la primera coyuntura crítica del 2016, incluida en el bloque anterior. En este sentido, el último bloque corresponde a la esperada firma del *Acuerdo Final* entre las partes, la cual no se realizó en la fecha anunciada inicialmente.

Este punto representa un nuevo panorama para la imagen política de las Farc-EP. Este grupo guerrillero toma fuerza y logra cierta estabilidad (al encontrarse en busca de la paz) que no hay impedimento para que se le considere como un actor importante en la formación del futuro del país. Por lo tanto, su vocería ha encontrado espacios de acogida en el ámbito público, llegando a ser incluso fuentes informativas primarias de sucesos. También es posible visibilizar cómo el ambiente en torno a la llegada de la paz en Colombia cuenta con un aire positivo. No solo el Estado, las Farc-EP y las víctimas, sino

también la comunidad internacional y buena parte del pueblo colombiano, activamente reafirman su apoyo por el proceso y su optimismo por una exitosa culminación.

No obstante, esta coyuntura se dio de forma paralela con el acontecimiento un suceso de gran interés internacional, el atentado del Estado Islámico ocurridos en el metro y el aeropuerto de Bruselas, en los que murieron 35 personas, el día 22 de marzo de 2016, por lo que el cubrimiento que se hizo en los medios analizados mostró un giro en lo que se consideró como hechos relevantes por los dos ejemplares de la prensa escrita. Este giro corresponde a un cambio del foco periodístico. Antes podíamos ver que los medios dedicaban mucho espacio en sus ejemplares para cubrir noticias relacionadas con el proceso de paz y sus intervinientes; aquí, sin embargo, es notorio el cambio respecto a los sucesos que los medios consideran objetos de producción de noticia, cuya magnitud derivó en reportajes extensos sobre el ateantado del Estado Islámico en Bruselas, que opacaron lo que sucedía en el momento alrededor de los diálogos.

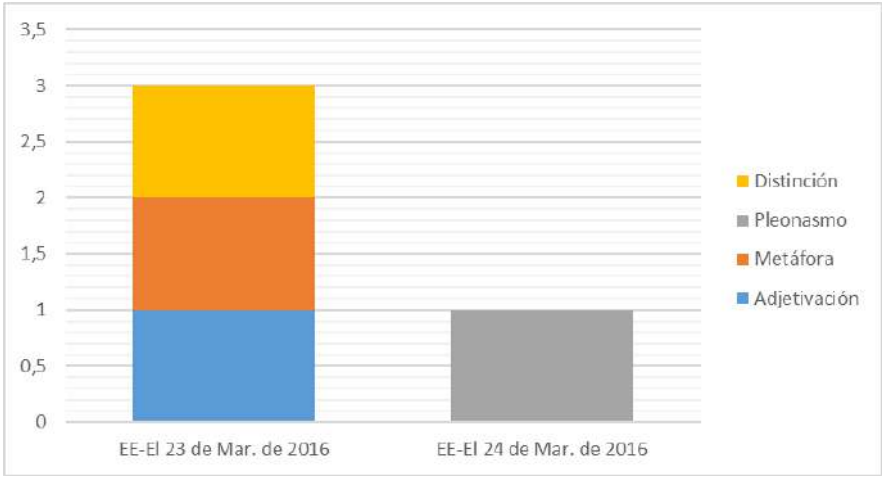



**Figura 3. Figuras retóricas, bloque III. (Elaboración propia).**

La espera por la culminación de los diálogos en la mesa de La Habana generó toda clase de expectativas, más aún cuando se presentaron varios obstáculos en medio de las negociaciones, como las jornadas pedagógicas de las Farc-EP en Conejo. Aunque días atrás ya se había dado a entender por parte de varios representantes de ambas partes de la mesa, que la fecha límite no se cumpliría porque aún quedaban aspectos fundamentales por discutir, el ambiente político seguía ansioso por un anuncio oficial y certero sobre la firma final de los acuerdos.

En las ediciones del 23 de marzo, *El Espectador* fue el periódico que publicó un reportaje más extenso sobre la fecha de la firma del *Acuerdo Final* —la cual no se hizo como se proyectó—; sin embargo, las noticias de este medio tuvieron una intención más positiva, ya que recalcaban la necesidad de promover un buen acuerdo más allá de la formalidad del límite fijado. Por otro lado, *El Tiempo* no publicó noticias al respecto ese mismo día. Este periódico se dedicó a presentar una amplia cobertura al atentado que perpetuó el Estado Islámico en Bruselas. El día siguiente, *El Espectador* no presentó noticia alguna ni sobre la firma final ni sobre las Farc-EP. *El Tiempo,* por su parte, hizo el reportaje en una sola página recalcando que el *Acuerdo Final* "no podría ser un mal acuerdo" como una de las justificaciones para el incumplimiento de la fecha (*El Tiempo,* 24 de marzo de 2016b). No obstante, *El Tiempo* no se mostró tan positivo como lo hizo *El Espectador* el día anterior, añadiendo una noticia titulada "Farc dice que lógica de la guerra no permitió firma" (*El Tiempo,* 24 de marzo de 2016c).

Ahora bien, sobre el instrumento de ACD aplicado, los resultados se mostraron así:

En las *estrategias discursivas:* 1) en *El Tiempo* se identificó una de *intensificación* en un apartado que citaba a Humberto de la Calle al referirse a las diferencias en las negociaciones como puntos *"extraordinariamente sensibles"* (*El Tiempo,* 24 de marzo 2016a), 2) En *El Espectador,* se encontró una estrategia *referencial* o *de nominación,* al referirse a las diferencias como una "pita enredada" (Molano, 23 de marzo 2016).

Las *figuras retóricas* no fueron evidenciadas en esta coyuntura, a excepción de un uso de adjetivación empleada por *El Espectador* en la noticia titulada "El *Acuerdo Final* que no fue" (Molano, 23 de marzo de 2016). En esta nota se llama "guerrilleros troperos" a los miembros de las Farc-EP que formaban parte de la Subcomisión Técnica para el Fin del Conflicto. *Tropero* quiere decir "conductor de carretas o de tropas de ganado, especialmente vacuno" (RAE, 2016).

Finalmente, en cuanto a los *cotextos,* las dos palabras encontradas fueron "Farc" y "guerrillera", siendo la primera parte de un artículo de *El Tiempo* y la segunda de *El Espectador.*

En general, durante esta coyuntura crítica no se observó un cubrimiento especial, ni un análisis u exposición profunda de los motivos que retrasaron la firma del acuerdo y que impidieron que se cumpliera con el cronograma elaborado por la mesa de La Habana. Tampoco fue posible visibilizar una conducta que pudiera etiquetarse como estigmatizadora, con los elementos de ACD propuestos para la investigación. Esto podemos entenderlo cuando vemos de cerca la dinámica con la que los medios reportan los sucesos que considera noticia y cómo a algunos les asigna criterios más altos de noticiabilidad que a otros. Martini explica esto presentando una conexión entre elementos externos como interés general, legitimación en la opinión pública, las tendencias en el consumo de información, etc., los cuales entran a jugar un rol importante en la selección de sucesos que se

categorizan como noticia, ya que el medio no tiene una naturaleza discursiva e informativa de forma continua sobre los acontecimientos nacionales e internacionales sino solo sobre aquellos que se vuelven noticia (Martini, 2000). En este caso, como se mencionó antes, el ataque terrorista en Bruselas estuvo impreso en la mayor parte de los periódicos recogidos en estas fechas, se realizó un cubrimiento especial sobre otros atentados atribuidos a los mismos perpetradores, es decir, a Isis (Islamic State of Iraq and Syria); e incluso se hicieron reseñas históricas sobre eventos similares. Para los medios analizados, este suceso constituyó un nivel de noticiabilidad más alto que la no firma de los acuerdos, aunque este último suceso no quedó completamente por fuera de circulación.

La forma en la que los medios cubrieron los sucesos clasificados en este último bloque, nos permite señalar dos cosas. La primera es la falta de interés de los medios por informar sobre varios acontecimientos dentro del proceso. La segunda es el optimismo frente al proceso de paz que los medios mostraron en los eventos en los tomaban posición frente a lo que pasaba en relación con los diálogos y las partes y lo convertían en noticia. Esto último incluye un despojamiento parcial del uso del lenguaje negativo o estigmatizador en el discurso, lo que sirvió para promover una imagen política más consolidada de las Farc-EP. El carácter parcial de este cambio en el discurso se refleja en la continua citación de referentes políticos, cuya posición va en contra del actuar de este grupo armado. Esto influyó en la representación hecha del mismo, al proveer un panorama que incluyó la opinión de terceros que se expresaron negativamente del grupo armado, como pudimos observar en los bloques anteriores.

## Conclusión

Tras la recolección de periódicos y la aplicación del instrumento de Análisis Crítico del Discurso, fue posible determinar que si bien hay elementos discursivos que permiten hablar de una estigmatización o de una representación negativa de los medios analizados hacia las Farc-EP, no podemos concluir que esta sea constante y eminente en la prensa escrita en el marco coyuntural que nos atañe. Sin embargo, a la luz de los resultados obtenidos, puede hablarse sobre una representación de las Farc-EP en el proceso de paz emitida desde los medios de comunicación y creada por los mismos. No hay evidencia suficiente para demostrar que haya un proceso en curso para promover una imagen negativa del grupo armado que impulse la estigmatización del mismo en los receptores. No obstante, sí es posible hablar de una dinámica discursiva particular del medio que construye y reproduce elementos de representación que resultan decisivos en el imaginario colectivo que se tiene no solo del actor, sino también de su actividad política.

La representación que hacen los medios a partir de la construcción discursiva hecha sobre un sujeto en específico, está directamente relacionada con la objetividad con la que el medio habla del mismo y con los modos y rutas que elige para hacerlo. Para el caso concreto, es evidente que los medios tienen ciertas conductas establecidas en la manera en que reportan los sucesos que se relacionan con el proceso de paz y sus intervinientes. Una de estas estrategias es, por ejemplo, acudir —en la mayoría de los casos— a la inclusión de la opinión del Centro Democrático, representando así también a este partido político como el mayor oponente al proceso de paz, o incluso renombrándolo como un "enemigo de la paz".

De esta forma el medio no solo proyecta la noticia de manera descriptiva, sino que emprende un ejercicio aún más complejo en el que logra esbozar el panorama político visto desde su propia posición ideológica. Esto se refleja en la manera en que desarrolla la noticia, en que se incluye entrevistas u opiniones externas sobre lo ocurrido, etc. A esto queremos llegar cuando afirmamos que el análisis hecho a cada uno de los periódicos arrojó posiciones políticas identificables, implícitas en su estilo informativo. Pudimos observar que *El Espectador* mostró una cara más positiva frente al proceso de paz y en general mostró una posición favorecedora para la agenda del Gobierno, por lo que podría decirse que tiene un corte oficialista-progobierno. Por otro lado, *El Tiempo* hizo más espacio en sus noticias para darle voz a las intervenciones hechas por la oposición, no solo al proceso de paz sino también al actual gobierno del presidente Santos. Esto se apoya en la inclusión de intervenciones del Centro Democrático y sus diferentes voceros en la redacción de las noticias, quienes muchas veces emitían sus opiniones por las redes sociales, siendo la más popular Twitter (y así eran citados). La tensión se refleja toda vez que si bien el periódico incluía la opinión política de este partido, no hacía una exposición de la posición de otras posturas políticas, y a diferencia de *El Espectador,* presentaba una redacción menos crítica frente a los reproches que este partido, directamente relacionado con el uribismo, hacía sobre cada hecho alrededor de los acuerdos y sus participantes.

Podemos concluir afirmando que los giros discursivos en la prensa escrita frente al tratamiento que le dan a las Farc-EP, han permitido que se les considere como verdaderos actores políticos, con vocería y agenda propia. De igual modo, han proveído elementos claves para identificar las posiciones políticas que han entrado en controversia alrededor del papel que este grupo debe cumplir en el marco de una justicia transicional que permita que una paz estable y duradera se materialice. No obstante, es importante recordar que por la naturaleza del medio, la prensa escrita no se movió como un mecanismo informativo constante sobre todos los hechos que tocaron fibras internas y externas de las negociaciones, ni de la imagen política de las Farc-EP. La dinámica informativa recoge varios acontecimientos y son las tendencias vigentes sobre interés político y legitimidad

de la opinión pública, como lo dice Martini (2000), lo que determina cuáles de estos sucesos se convierten en noticia. Siendo así, es posible identificar cómo frente a sucesos específicos —no necesariamente cronológicamente seguidos—, el medio tuvo un discurso cuyo contenido promovió una imagen negativa o positiva de las Farc-EP. En este sentido, podemos concluir que si bien aún existen preocupaciones sobre este grupo guerrillero, la complejidad que representa la paz, ha creado un ambiente en el que parece necesario considerar y replantear la forma en la que construimos un lenguaje escrito y visual de lo que son como actores armados, para llegar a considerarlos como actores políticos en la realidad colombiana.

## Referencias


Bechará, E. (ed.). (2012). *¿Prolongación sin solución? Perspectivas sobre la guerra y la paz en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bobbio, N. (2010). *Diccionario de política*. Buenos Aires.: Siglo XXI Editores.

Bretones, M. T. (2008). *Funciones y efectos de los medios de comunicación de masas: modelos de análisis*. Barcelona: Universitat de Barcelona. Recuperado de http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/6201/1/FUNCIONES%20Y%20EFECTOS%20DE%20LOS%20MEDIOS%20DE%20COMUNICACI%C3%93N%20DE%20MASAS.%20%20Bretones.pdf

Correa, M. (2008). El lenguaje de los medios que intensifica el conflicto armado colombiano. *Reflexión Política, 10*(19), 106-113. Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11001909

Comas, D. (2004). Construyendo imaginarios, identidades, comunidades: el papel de los medios de comunicación. En M. Bullen y C. Mintegui (coords.), *Retos teóricos y nuevas prácticas. Memorias del XI Congreso de Antropología*. San Sebastián, España: Universidad Rovira i Virgili.

*El Espectador*. (2013 de noviembre de 2013). UP no fue el brazo político de las Farc, pp. 2-3.

*El Espectador*. (16 de diciembre de 2015). Verdad y Justicia para la paz. Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/paz/verdad-y-justicia-paz-articulo-605806

*El Espectador*. (19 de febrero de 2016). "Farc violaron las reglas de juego": De la Calle. Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/politica/farc-violaron-reglas-de-juego-de-calle-articulo-617428

*El Espectador*. (15 de marzo de 2016). Gobierno calcula que 17 500 miembros de las Farc se desmovilizarán con la paz. Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/paz/gobierno-calcula-17500-miembros-de-FARC-se-desmovilizar-articulo-622360

El Jack, A. (2003). *Género y conflictos armados: informe general.* Brighton: Bridge-Institute of Development Studies. Recuperado de http://www.bridge.ids.ac.uk/sites/bridge.ids.ac.uk/files/reports/Conflictos%20Armados-Overview%20Report.pdf

*El Tiempo*. (26 de agosto de 2012). Los encuentros secretos de paz de Álvaro Uribe. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12164132

*El Tiempo*. (5 de septiembre de 2012a). Hubo señales de paz en los discursos de Santos y 'Timochenko'. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12194749

*El Tiempo*. (5 de septiembre de 2012b). Las razones de los que se oponen a la negociación con las Farc. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12194481

*El Tiempo*. (17 de mayo de 2014a). Alcalde señala a Farc de muerte de niños. Recuperado de http://memoriadocumental.centrodememoriahistorica.gov.co/Cendoc/4.Prensa/Imagenes_acceso/3441.pdf

*El Tiempo*. (17 de mayo de 2014b). 'Ya cruzamos la línea media' en el proceso de paz: Santos. Recuperado de http://m.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14000000

*El Tiempo*. (18 de febrero de 2016). 'Estamos cerca en la Habana, pero lejos en Colombia': De La Calle. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16513746

*El Tiempo*. (19 de febrero de 2016). La visita de las Farc a La Guajira que molestó al Gobierno. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16514259

*El Tiempo*. (24 de marzo de 2016a). Las razones del Gobierno para no firmar aún el acuerdo final de paz. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16544757

*El Tiempo*. (24 de marzo de 2016b). Las razones por las que no se firmó la paz este 23 de marzo. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16544104

*El Tiempo*. (24 de marzo 2016c). Farc dicen que lógica de la guerra no permitió firma el 23 de marzo. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16544763

García, E. y Romero, E. (2001, septiembre). *La fascinación del descubrimiento. Medios de comunicación, actores y proceso de paz en Colombia.* Ponencia presentada en XVII Congreso Académico de la Asociación Colombiana de Facultades de Comunicación Social (Afacom), Bogotá, Colombia.

García, J. L. (2000). *Las figuras retóricas: el lenguaje literario, (Tomo II).* Madrid: Arco Libros.

García, R. (2013). *Figuras retóricas y otros ingredientes del discurso político.* Madrid: Uso de razón.

Grijelmo, A. (1997). *El estilo del periodista.* Madrid: Taurus.

Gómez, M. (16 de noviembre de 2014). Paradojas, logros y riesgos tras dos años del proceso de paz. *El Tiempo*. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14838076

Hurtado, G. y Lobato, L. E. (2009). *Representación e imaginarios sobre la violencia colombiana en la prensa nacional (1990-2004).* Cali: Universidad Autónoma de Occidente. Recuperado de https://imaginariosyrepresentaciones.files.wordpress.com/2014/08/hurtado-imaginarios-y-representaciones-prensa.pdf

López, M. (16 de mayo de 2014). Farc firman acuerdo para romper cualquier relación con el narcotráfico. *El Tiempo*. Recuperado de http://m.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13997275

López de la Roche, F. (27 de julio de 2015). Lenguaje, medios de comunicación y proceso de paz. *Razón Pública.* Recuperado de http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/8674-lenguaje,-medios-de-comunicaci%C3%B3n-y-proceso-de-paz.html

Martini, S. (2000). *Periodismo, noticia y noticiabilidad.* Buenos Aires: Norma.

Matiz, S. (16 de noviembre de 2014). Farc secuestraron al general Alzate en caserío Las Mercedes, Chocó. *El Espectador.* Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/judicial/farc-secuestraron-al-general-alzate-caserio-mercedes-ch-articulo-527943

Medina, C. (2006). *Farc-EP y ELN: una historia política comparada (1958-2006)* (tesis de doctorado). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

Medina, C. (comp.). (2009). *Farc-EP: temas y problemas nacionales 1958-2008.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Molano, A. (15 de noviembre de 2014). Dos años de mesa, cuatro de proceso. *El Espectador.* Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/politica/dos-anos-de-mesa-cuatro-de-proceso-articulo-527823

Molano, A. (23 de marzo de 2016). El acuerdo final que no fue. *El Espectador.* Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/politica/el-acuerdo-final-no-fue-articulo-623563

Moreno, J. (27 de agosto de 2012). Gobierno atribuye a Farc bomba que mató a seis civiles en Meta. *El Tiempo*. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12166304

Nikolayeva, A. (2014). Medios de comunicación en Colombia y el deshielo sobre el conflicto. *Kavilando 6*(2), 170-173. Recuperado de http://www.kavilando.org/revista/index.php/kavilando/article/view/65/52

Pardo, N. (2005). Representación de los actores armados en conflicto en la prensa colombiana. *Forma y Función,* 18, 167-196. Recuperado de http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/formayfuncion/article/view/17981/18868

Pardo, N. (2007). *Discurso, impunidad y prensa.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo). (29 de septiembre de 2016). Seguridad y justicia: conflictos armados. *América Latina Genera.* Recuperado de http://www.americalatinagenera.org/es/documentos/tematicas/tema_seguridad_y_justicia.pdf

Real Academia Española. (2016). *Diccionario de la lengua española.* Recuperado de http://dle.rae.es/?id=anjA0sJ

Salgar, D. (4 de septiembre de 2012). Noruega, sede de la paz. *El Espectador.* Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/temadeldia/noruega-sede-de-paz-articulo-372590

Vargas, A. (22 de febrero de 2013). Los riesgos de negociar en medio del conflicto armado. *Semanario Virtual Caja de Herramientas, Edición n.° 00340.* Recuperado de http://viva.org.co/cajavirtual/svc0340/articulo02.html

Wolf, M. (2001). *Los efectos sociales de los media.* Barcelona: Paidós.

# Democracia e insurgencia. Una mirada a las propuestas para la reconfiguración de la democracia de dos movimientos insurgentes armados (ELN y M-19) en Colombia entre 1979 y 2016*

## *Democracy and insurgency. A look at the proposals for the reconfiguration of democracy of two armed insurgent groups (ELN and M-19) in Colombia between 1979 and 2016*

Semillero vinculado al grupo de investigación Seguridad y Defensa**

**Cristian Camilo Jiménez Riaño**
Departamento de Ciencia Política
crcjimenezri@unal.edu.co

**Valentina Muñoz Bernal**
Departamento de Ciencia Política
vmunozb@unal.edu.co

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33484 "Democracia e Insurgencia", dirigido por el profesor Carlos Medina Gallego.

** Los autores expresan sus sentidos agradecimientos a Vera Grabe, Antonio Sanguino, Héctor Pineda, Darío Villamizar, Carlos Velandia, Fabio Mariño y Edgar Novoa "por brindarnos su tiempo y sus palabras para poder sacar adelante este escrito".

**Resumen:** Este artículo estudia las propuestas para la reconfiguración de la democracia en Colombia de dos movimientos insurgentes armados (ELN y M-19) entre 1979 y 2016. La metodología utilizada consta de una revisión documental de archivo, el estudio interpretativo de los discursos existentes, la recopilación de entrevistas e historias de vida de militantes de estos grupos, así como la perspectiva de especialistas en este tema. La información reunida permitió la reconstrucción de las críticas a la democracia en Colombia hechas por el ELN y el M-19, así como de su concepción ideal de esta. En conclusión, dichos movimientos insurgentes han planteado diversas propuestas para la reconfiguración de la democracia que modelan un concepto normativo específico de ella y, que desde la óptica de la democracia radical evidencia similitudes significativas.

**Palabras clave:** democracia, participación, conflicto armado, insurgencia, paz

**Abstract:** This article studies the proposals for the reconfiguration of democracy in Colombia of two armed insurgent groups (ELN and M-19) between 1979 and 2016. The methodology used consists of documentary archival review, the interpretative study of existing discourses, the compilation of interviews and life stories of militants of these groups, as well the perspective of specialists in this subject. The information gathered allowed the reconstruction of the criticism that the ELN and M-19 have had about democracy in Colombia and their ideal conception of it. In conclusion, these insurgent movements have put forward various proposals for the reconfiguration of democracy, that model sets up a specific normative concept of the same, and that from the standpoint of radical democracy shows significant similarities.

**Keywords:** democracy, participation, armed conflict, insurgency, peace

## Introducción

*Me sentí capaz de interpelar a la sociedad colombiana*
*que consideró a los insurgentes como indeseables [...]*
*Pero desde los excluidos también se construyen memorias*
*que interpelan las diversas formas del poder.*
MARÍA EUGENIA VÁSQUEZ, *ESCRITO PARA NO MORIR, 2011*

Este artículo estudia las propuestas para la reconfiguración de la democracia en Colombia de dos movimientos insurgentes armados: el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y el Movimiento 19 de abril (M-19). Este análisis atiende a la vigencia e importancia de estos actores en la política nacional, no solo por la apertura de diálogos de paz con el ELN, sino también por la marca que dejó en la historia colombiana el M-19 en sus diversas propuestas políticas que han influenciado, incluso, a las presentadas en la actualidad por el ELN (C. Velandia, comunicación personal, 4 de agosto de 2016).

Partiendo de la diferenciación entre las guerrillas de primera y segunda generación planteada por Eduardo Pizarro (2004), se puede ubicar el contexto histórico y sociopolítico del surgimiento de ambos movimientos insurgentes, con sus diferencias y similitudes. Uno de estos puntos en común es su origen durante el Frente Nacional —mediante el cual los partidos tradicionales, Conservador y Liberal, se repartieron el poder en el Gobierno, entre los años 1958 y 1974—. Ante esto, surge la denominada *violencia revolucionaria,* definida como "[...] la violencia contra el régimen político y contra el Estado" (Vargas, 2006, p. 92).

El origen del ELN, como guerrilla de primera generación, se enmarca en el contexto internacional, debido a la influencia que tuvo en Colombia la Revolución cubana, con esta, se ideó la posibilidad de pensar y materializar un sistema político diferente. Mientras tanto, en Colombia se estaban formando núcleos campesinos provenientes de guerrillas liberales. Estas, como lo describe Vargas (1995), mantenían la esperanza de cambiar las características del régimen político colombiano. Por otro lado, se encontraba el movimiento estudiantil y el sindicalista (especialmente el petrolero), que vivían un momento de radicalización. Tomando como base algunos lineamientos provenientes del marxismo, la Revolución cubana, el humanismo camilista y la teología de la liberación (De Currea, 2014), el ELN nace el 4 de julio de 1964, con la denominada *primera marcha guerrillera* en San Vicente de Chucurí, Santander. Este movimiento insurgente se da a conocer públicamente con la toma militar de Simacota, Santander, el 7 de enero de 1965.

El fugaz paso del sacerdote y sociólogo Camilo Torres Restrepo por las filas del ELN desemboca en su asesinato en Patio Cemento en el año 1966, pero marca políticamen-

te la historia posterior de la organización. Los sacerdotes españoles Manuel Pérez, José Antonio Jiménez y Domingo Laín también tuvieron una participación de gran relevancia. Laín fue asesinado tras la Operación Anorí. Esta se llevó a cabo en 1973 por el Ejército Nacional y resultó en un intento de desmantelamiento de la organización y en la destitución de quien fuese su comandante, Fabio Vásquez[1].

Entre los años 1975 y 1981 el ELN atraviesa un periodo de crisis (Celis, 2014). En los años ochenta, inicia una etapa de crecimiento, bajo el liderazgo del cura Pérez desde 1983; quien encabezó las negociaciones con el gobierno de Belisario Betancur entre 1982 y 1986. Esta organización hizo parte de la Coordinadora Nacional Guerrillera (CNG) a partir del año 1987, para posteriormente formar parte de la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar (CGSB).

Por su parte, el M-19 surgió oficialmente en el año 1973, tras operar bajo la denominación de "Comuneros" desde inicios de los setenta. Esta organización fue fruto de la unión de exmiembros de diversos grupos como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc) y la Alianza Nacional Popular (Anapo) entre otros. El M-19 se originó como respuesta a múltiples condiciones que, en su opinión, restringían la democracia. Dentro de tales condiciones se encontraba el estado de sitio —figura que permitía un régimen de excepción—, que alineado con el Estatuto de Seguridad —política contrainsurgente, inserta en el decreto 1923 de 1978 del gobierno Turbay— cerraban la puerta a las libertades democráticas de la población y la abría a las medidas de represión.

Según Vera Grabe —exintegrante y una de las fundadoras del M-19—, la vigencia del Frente Nacional y el fraude electoral cometido contra Gustavo Rojas Pinilla en las elecciones presidenciales del 19 de abril de 1970, en las que resultó elegido Misael Pastrana Borrero, cerraron las vías participativas para quienes se alejaban del modelo tradicional bipartidista. Ambos hechos presentaron la lucha armada como forma de romper este esquema cerrado que se había repartido el Gobierno por periodos (V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016).

El M-19 en 1974 llevó a cabo el robo de la espada de Bolívar en Bogotá, rescatando el símbolo que acompañaría su concepción nacionalista revolucionaria. En 1976, este grupo secuestró y ejecutó a José Raquel Mercado, dirigente sindical acusado de traición tras una especie de juicio popular. En 1978 se llevó a cabo la recuperación de armas del Cantón Norte, que fueron robadas por el M-19 durante la llamada Operación Ballena Azul, que consistió en la sustracción de miles de armas del Cantón Norte por parte del M-19, lograda gracias a la construcción de un túnel a través del cual se transportaron a los miembros

1 Tras la destitución de Vásquez como comandante del ELN, el cura Manuel Pérez asumió la dirección de la organización guerrillera.

de ese movimiento y las armas. Dicha operación llevó a una profundización de la represión gubernamental contra la organización. Como respuesta, el M-19 realizó en 1980 la toma a la embajada de República Dominicana. A partir de ese momento se dio inicio a una fuerte presión por el diálogo que desembocó en los acuerdos de Corinto del año 1984, suscritos junto al Ejército Popular de Liberación (EPL).

Dichos acuerdos tambalearon hasta el punto que en 1985 se realizó la toma del Palacio de Justicia como una denuncia al incumplimiento de estos. Una cruenta retoma fue realizada por las fuerzas del Ejército colombiano. Posteriormente la urgencia de un diálogo unitario llevó a la creación de la CGSB, aglutinando a diversas fuerzas guerrilleras (entre ellas el ELN). Esto llevó a la entrega de armas por parte del M-19 en 1990, hecho que tuvo lugar en la vereda Santo Domingo del municipio de Tacueyó en Cauca.

En 1991 ambas organizaciones se encuentran en contextos diferentes, pero guardando algunas similitudes. La Constitución de 1991 genera una ruptura en múltiples aspectos a nivel social. Con ella se da un reconocimiento más amplio de derechos y se abre el espectro político a nuevas fuerzas e ideologías; pero al mismo tiempo se da paso a la entrada del proyecto neoliberal que articula el liberalismo de mercado y la democracia liberal, tomando la democracia como forma de estabilización política (Mejía, y Jiménez, 2006). En este contexto, el M-19 considera que ha logrado cumplir parte de sus aspiraciones y empieza un proceso de inserción a la lucha política no armada. Mientras tanto, el ELN se mantiene en armas tras llevar a cabo diversos acercamientos con miras a lograr una negociación de paz.

Dichos acercamientos se evidenciaron en 1998 cuando se logró un preacuerdo en España, que por su filtración fue abandonado. Posteriormente, con los gobiernos Pastrana (en 1999) y Uribe (entre 2002 y 2008) se intentaron realizar negociaciones, pero también se vieron frustradas. Una mesa de conversaciones con el Gobierno nacional inició en el 2016, tomando la participación como una de las banderas fundamentales del ELN.

Por lo anterior, el artículo da cuenta de las posibles relaciones entre la democracia y la insurgencia, dejando de lado la concepción que los enfrenta y entiende como cuestiones opuestas y abriendo paso a la búsqueda de una interpretación dialógica. De esta manera se busca ligar las propuestas de reconfiguración de la democracia con la insurgencia; entendiendo que tales propuestas se conciben desde el momento en que los grupos guerrilleros se encuentran en armas.

Para comprender una concepción alternativa de democracia desde las propuestas de la insurgencia, el artículo parte de un marco analítico conformado por tres categorías principales. Estas son producto del trabajo sistematizado en matrices de interpretación y recolección de datos.

En la primera sección se identifican las críticas formuladas por el M-19 y el ELN a la democracia existente en Colombia. La segunda parte estudia el concepto normativo de democracia propuesto por ambos movimientos insurgentes armados; es decir, el modelo de democracia que aspiran construir en sus apuestas políticas. El tercer apartado estudia las propuestas de reconfiguración de la democracia, entendidas como el camino concreto que permitiría materializar el concepto normativo que tienen estas organizaciones. Finalmente, las conclusiones hacen un análisis propositivo frente a los acuerdos de paz (entre el Gobierno nacional y movimientos insurgentes en 2016), en el que se involucran los elementos descritos anteriormente.

El artículo retoma la teoría de la democracia radical. Debido a las múltiples definiciones que podrían darse en torno a dicha teoría, nos aproximamos en el estudio desde algunas características como la consolidación de organizaciones políticas dmocráticas y la construcción de una democracia verdadera entre otras.

La "democracia verdadera" ha sido teorizada, por Adela Cortina (entre otros), como aquella en la que se da una centralidad al humano sobre las instituciones. Así, se busca adaptar estas últimas a la persona —entendida como interlocutor válido— mediante la creación de mecanismos que propicien la participación de una forma más directa y decisoria, buscando resultados más justos (Cortina, 1993). Esto tendría implicaciones, incluso, en la esfera económica, donde se rompería con el etapismo que caracterizó a la izquierda tradicional (Laclau y Mouffe, 1987). Así se aceptaría la construcción democrática dentro de los linderos transformadores de la sociedad.

## La crítica de la democracia existente en Colombia

Los movimientos insurgentes armados ELN y M-19 surgen —entre muchas otras causas mencionadas— como respuesta a falencias percibidas en el sistema democrático colombiano. A lo largo de la historia de cada una de estas organizaciones, se encuentran diversas críticas al modelo imperante, que van cambiando conforme se modifica el panorama político colombiano en sus diversos aspectos.

La relación entre el fraude electoral contra Rojas Pinilla y el surgimiento del M-19, es evidencia de la esencia crítica frente a la democracia existente en Colombia que caracterizó a este movimiento. Esta crítica es una constante que se encuentra, como lo plantea su exmilitante Fabio Mariño, incluso en el nombre de la organización (F. Mariño, comunicación personal, 26 de septiembre de 2016).

El modelo democrático existente en Colombia, es denominado en ocasiones como una "democracia formal" (Castro, 1996, p. 71), que según Jaime Bateman está *ad portas* de

convertirse en una dictadura (Villamizar, 1995). Esta afirmación se fundamenta en el contexto en que se encontraba inmerso el país como represalia por la operación del Cantón Norte (Castro, 1996), es decir, un contexto de retenciones sin el debido proceso, torturas y violaciones a los derechos humanos en diversas maneras, contrario a la defensa de libertades y derechos que se proclama en la democracia, incluso en su versión más liberal.

Darío Villamizar (1995), militante del M-19, plantea que para 1970 esta democracia formal era entendida como una *democracia excluyente;* en tanto se daban elecciones, pero se encontraban atravesadas por fraudes electorales (como el cometido contra Rojas Pinilla). Esto llevó a que la población entendiera, según Bateman, "[...] que su opinión no sería tenida en cuenta, ni respetada por las oligarquías" (Villamizar, 1995, p. 39). De este modo se dio forma a la exclusión desde una parte gobernante, que provenía del sector político tradicional, contra el resto de la población.

Otros elementos de la crítica que hace esta organización al modelo colombiano de democracia —donde se da la dicotomía entre democracia existente y democracia(s) posible(s)— son el régimen electoral y el sistema de partidos. Este modelo democrático conlleva momentos electorales que en Colombia son un engaño, según Bateman: "[...] porque son hegemonizados por los partidos tradicionales a todos los niveles" (Jimeno, 1984, p. 109). Este sistema limitaba la posibilidad de participación a quienes conformaban el bipartidismo y generó una repartija de recursos de diversa índole entre estos.

Por otro lado, Jaime Bateman hacía referencia a la concepción que la burguesía —en específico la burguesía colombiana— tenía de la democracia. El líder del M-19 marcaba una relación antitética entre la *democracia burguesa* y la *democracia para el pueblo:*

> La democracia burguesa es exactamente la antítesis de la democracia, porque es una democracia para poquitos, es una democracia para los dirigentes, no es una democracia para el pueblo. El pueblo no tiene que excluir a los burgueses, sino involucrarlos en el proceso democrático, pero también tiene que incluirse él como pueblo, como campesino, como obrero, como estudiante. (Bateman, citado por Jaramillo y Riaño, 2006, p. 118)

Otra de las opiniones de Bateman es que en Colombia existe una *democracia aparente* (Jimeno, 1984, pp. 26-27), debido al estado de sitio que se impuso con el Frente Nacional. En 1979 la visión crítica de democracia la denomina como una *democracia restringida,* debido a que existían unas formas democráticas (un congreso, un presidente, libertad de prensa), pero eran consideradas cuestiones aparentes. En el trasfondo se encuentra el sistema represivo y de dominación oligárquica del Frente Nacional "[...] en el cual se restringía el ejercicio verdadero de las libertades democráticas donde elementos de participación política en general de los colombianos, no existían, distinto a eso, estar inscrito

en un partido liberal o a un partido conservador" (D. Villamizar, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016).

Incluso el modelo de *democracia representativa* es constantemente cuestionado. Por ejemplo, ante la situación de represión desatada tras lo sucedido en el Cantón Norte, Bateman mencionó que quedó lo representativo de la antidemocracia (Jimeno, 1984, p. 94). Así pues, se marca una distinción entre la democracia existente en Colombia, considerada ejemplo de la *antidemocracia* por el militarismo que le es característico, y una democracia real en otra orilla.

*Democracia falsa* es otra de las denominaciones dadas desde los integrantes del M-19 recurrentemente a la democracia imperante en Colombia. María Eugenia Vásquez, exmilitante e integrante de la Dirección Nacional de esta organización, plantea que una vez se dio la operación del Cantón Norte —y en esto concuerda con Bateman— se dio un desborde represivo ante el cual "[...] era necesario hacer algo para denunciar al mundo las arbitrariedades de una falsa democracia" (Vásquez, 2011, p. 169). La represión llegó al punto de acusar de colaborador a quien simpatizaba con las propuestas de la organización, siendo sometidos a retenciones, torturas, entre otros.

Pero esta crítica se profundiza hasta el punto que Bateman afirma que "[...] en Colombia no ha habido una composición orgánica de la oposición porque *no hay democracia*" (Jimeno, 1984, p. 28). Esta opinión es reiterativa, Bateman menciona que en la Embajada se planteó esa ausencia en la cual los canales democráticos se encontraban cerrados por el estado de sitio (Castro, 1996, p. 68). De esta manera se bloqueó la participación de la población y se negó la democracia mediante las restricciones existentes y las problemáticas que dejó ver el modelo tras lo ocurrido en el Cantón Norte (V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016), a todo esto se sumó el Estatuto de Seguridad.

En cuanto al ELN, su preocupación por la democracia se puede rastrear desde el Manifiesto de Simacota, el cual marcó la creación oficial de la organización donde se consigna la importancia de la búsqueda de una *democracia popular* (Pizarro, 2004). Ese documento se planteó como parte de un programa de lucha para instaurar un gobierno democrático y popular que concediera libertades políticas a los sectores populares. Como el grupo sostiene en el manifiesto: "La violencia reaccionaria desatada por los diversos gobiernos oligarcas y continuada por el corrompido régimen Valencia-Ruiz-Novoa-Lleras, [...] ha sido una poderosa arma de dominación en los últimos 15 años" (ELN, 1965), por lo que invitan tanto a liberales como a conservadores a hacer frente juntos "[...] para derrocar la oligarquía de ambos partidos" (ELN, 1965). Este manifiesto sería la síntesis de la crítica que el ELN hace del modelo de democracia imperante, es decir a la dominación de la política por parte de la oligarquía.

Esta organización considera que la democracia en Colombia está regida por un "[...] sistema de Gobierno monopolizado por la maquinaria tradicional que excluye a las mayorías" (ELN, citado por Vargas, 2006, p. 256). Al igual que el M-19, consideran que la sociedad colombiana se debe pensar más allá de los partidos políticos (ELN, citado por Vargas, 2006) en la medida que estos no han sido capaces de integrar a toda la nación.

Según el ELN, la democracia en Colombia es dirigida por unas pocas personas y la sociedad en general no es tenida cuenta. Por esta razón, la democracia necesita una reestructuración en la que todas las personas sean parte activa. Esta organización "[...] considera que el Estado y la clase política no representan a la sociedad colombiana en su contexto nacional, ni a sus regiones ni a sus intereses." (ELN, 2001, p. 185) en la medida que el Estado colombiano y la clase política son estructurados desde una concepción *centralista* y *presidencialista*. Con esto se hace referencia a la *democracia representativa* siendo caracterizada como aquella que excluye a las mayorías. El ELN la considera como un modelo que no satisface las demandas de la sociedad en su conjunto, sino que se encarga de representar a determinadas clases. Es por esto que la acusa de pretender "[...] demostrar a través de los cargos de elección popular, que los así elegidos sí representan intereses poli clasistas, cuando en verdad, solo cada clase se representa a sí misma" (Beltrán, 2009, p. 8). Es decir, se cuestiona en torno al cómo y a quiénes se da tal representatividad.

Esta crítica también cuestiona el papel de la oposición dentro del modelo democrático colombiano. El ELN señala que el "[...] estereotipo más visible de la democracia representativa, está en asignarle a sectores de la sociedad el rol de ser oposición al Gobierno, en una supuesta función crítica de sus excesos y abusos" (Beltrán, 2009, p. 8). Según esta organización, lo que sucede realmente es que estas oposiciones, actuando en el marco de la legalidad (o solo en un nivel teórico), sirven únicamente para acrecentar "[...] las desviaciones del poder estatal" (Beltrán en ELN, 2009, p. 8). Por lo tanto, no cumplen la función de corregir los abusos por parte del Gobierno.

Lo anterior se articula con lo planteado por Ellen Meiksins (2006) quien menciona que este modelo genera una distancia entre la gente común y el poder. Bajo esta idea se crea la identificación entre democracia y Gobierno (sobre la relación democracia-pueblo) debido al carácter representativo que busca hacer del pueblo un sujeto pasivo que es superado por la agencia del Estado. Este planteamiento complementa la idea del ELN en tanto cuestiona el papel de la oposición y de la representatividad, en el mismo sentido en que lo hace el M-19.

También el ELN hace un acercamiento a la caracterización de la democracia existente en Colombia como símbolo de la *antidemocracia*. En el marco de una de sus principales propuestas (la Convención Nacional), este movimiento insurgente armado señala que los problemas estructurales del país corresponden a un estado de organización injusto

y antidemocrático de los componentes social, económico y político, agravados "[...] por el terrible desorden generado por los malos gobiernos a lo largo de historia del país." (Comando central ELN, 2000).

Las críticas hechas por el M-19 y el ELN a la democracia existente en Colombia se dieron tanto en el nivel de la forma, como a nivel del contenido y de lo nominal, posicionando un determinado modelo de democracia, entendiendo las ideas como un campo de combate. Estas críticas, guiadas por una concepción normativa, surgen como respuestas propositivas a la situación percibida en la democracia existente en Colombia, puesto que, como lo plantea Cortina (1993), una vez se hacen realidad ciertas organizaciones democráticas, se hace urgente la aspiración por alcanzar una verdadera democracia.

Jaime Bateman llegó a decir: "En este país un proyecto democrático es un proyecto revolucionario porque la situación de la democracia es aberrante. Hacia la democracia debemos dirigir la lucha, el proceso" (Molano y Ramírez, s. f.). Bateman así lo creía porque diversos mecanismos democráticos —como la figura vicepresidencial, o la doble vuelta en elecciones presidenciales, ya extendidos en diversos países— seguían ausentes en Colombia (D. Villamizar, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016).

Esta ausencia de elementos básicos de la democracia liberal en la democracia existente en Colombia genera una crítica constante. La reivindicación de estos elementos conduce a una práctica revolucionaria y se articula con la teoría de la democracia radical, partiendo de Laclau y Mouffe (1987), en tanto no reniega de la ideología liberal-democrática, sino que busca su profundización y expansión.

## El concepto normativo de la democracia

En torno a la democracia se erigieron proyectos revolucionarios que brotaron desde movimientos alternativos. Cada organización tuvo sus similitudes y diferencias en torno a la concepción normativa que formaron de la democracia, configurada muchas veces como un horizonte de lucha. Sus planteamientos serán estudiados desde el entendimiento de las teorías de la democracia, a lo largo de este acápite, para poder tener un modelo ideal con el que se pueda contrastar acercamientos y distancias.

### Orígenes

Para el caso del M-19, algunos autores y militantes plantean que desde el año 1974 —con la operación en que se sustrajo la espada de Simón Bolívar—, ya se enarbolaba la lucha por la libertad, la democracia y la paz. Años después este proceso se fue alimen-

tando de diversas reivindicaciones políticas y sociales, puesto que desde el momento en que el M-19 se hizo con la espada de Bolívar se entendió que se mantendría en sus manos "[...] lista para nuevos combates por la libertad y la democracia" (Vásquez, 2011, p. 104).

Otros consideran que, desde el momento mismo en que se crea el M-19, la búsqueda democrática hace parte de su propuesta política —puesto que surge como respuesta a un fraude electoral y sus apuestas se nutren de militantes de múltiples sectores, entre ellos la Anapo—. Esta sería una búsqueda que más adelante profundizaría en sus concepciones (F. Mariño, comunicación personal, 26 de septiembre de 2016).

Siguiendo lo planteado por Darío Villamizar, el M-19 en el año 1978 da inicio a su concepción democrática en la VI Conferencia, cuando se empieza a delinear un pensamiento propio, "[donde] había una diversidad de pensamiento" (D. Villamizar, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016...) fruto del pluralismo que da origen a este movimiento insurgente armado y da forma a la organización político militar. En 1979 se acentúa su carácter y se da su posicionamiento oficial frente a la democracia en el marco de la VII Conferencia *por la democracia y la independencia nacional* (Vásquez, 2011; Villamizar, 1995; Pizarro, 1988; V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016). A partir de ese momento, tal propuesta política dio un giro hacia la lucha por alcanzarla, convirtiéndose en uno de los ejes sobre los que en adelante girase su accionar, de la mano con la lucha por los derechos humanos.

Lo anterior es fundamental, puesto que, tal como lo plantea Villamizar (1995), el M-19 personificó la inclusión de elementos despreciados por la izquierda como el rescate de la democracia (p. 20). Además, según lo plantea Vera Grabe tras lo ocurrido en el Cantón Norte, y su desencadenante represivo, el M-19 empieza a pensar que en Colombia no hay democracia. Esto reafirma su posicionamiento en cuanto a la necesidad de la lucha por la democracia (V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016).

Desde la teoría de la democracia radical se pretende "[...] romper con la fijación de las tareas democráticas a una etapa burguesa" (Laclau y Mouffe, 1987). Este postulado concuerda con lo planteado por los movimientos insurgentes M-19 y ELN, en la medida que incluyen la democracia dentro de su proyecto político, propendiendo una ampliación de la misma. En concordancia a esto, las organizaciones, como el ELN, han propuesto las ideas democráticas como un eje fundamental para el desenvolvimiento de su accionar, rompiendo con los esquemas de la izquierda tradicional.

Carlos Velandia (2015), exmiembro del Comando Central (COCE) del ELN, considera que, a partir de la Reunión Nacional de 1983, la organización establece un norte claro en cuestiones democráticas y de justicia social. Tras la superación de una crisis profunda que vivió el ELN —encarnada en la dispersión y la fragmentación del grupo guerrillero—,

así como una "[...] crítica a la 'concepción fabista'[2] de mando unipersonal y ejercicio antidemocrático del poder, igual que a la práctica de los fusilamientos" (Velandia, 2015), se modificó el programa reorientándolo hacia la consecución de la *democracia popular*. A pesar de esto (como fue planteado en el anterior acápite), desde sus inicios el ELN presenta cierto posicionamiento en torno a la democracia con su proclama inicial, el manifiesto de Simacota en 1965.

## Explicación del proyecto político y relación con la democracia

Un proyecto revolucionario democrático y popular fue impulsado por el M-19 con un programa configurado en torno a la democracia y la libertad (Castro, 1996). Con este se buscaba resolver los principales problemas que llegaron a aquejar a la población colombiana, partiendo de un movimiento igualmente democrático, nacionalista, popular y revolucionario (Jimeno, 1984). Esta relación proyecto-movimiento da a entender la importancia de la ligazón político-militar que llevó a cabo el M-19 en su *lucha por la democracia*. Esta lucha, según lo plantea Bateman, generó un punto de quiebre frente a los programas de izquierda, mencionando que desde 1979, tras la operación en que se retuvo a Hugo Ferreira Neira, gerente de Industria Agraria La Palma (Indupalma), para presionar por las reivindicaciones de los trabajadores huelguistas, todo el mundo empieza a hablar de democracia (Jimeno, 1984).

Por su parte, el ELN considera la democracia como parte integrante de su pensamiento. Este grupo guerrillero plantea que "[...] es el ejercicio directo de las mayorías, es participación protagónica de ellas definiendo su destino, su futuro y su autodeterminación" (ELN, 2014, p. 52). En 1987 la UC-ELN, en su declaración política, señala entre sus ideales "[...] el desarrollo de una democracia popular" (Medina, 2010, p. 394). Tal y como lo expone la misma organización, el concepto de democracia está impregnado por un ideal mayoritario:

> Como dice la canción, "si nos dejan" nos pondremos de acuerdo la mayoría de los colombianos para forjar un nuevo liderazgo nacional, que enfrente de acuerdo a nuestras condiciones y en un proceso concertado los principales problemas que afectan a la sociedad, actuando en servicio del interés mayoritario. (ELN, citado por Vargas, 2006, p. 259)

## Configuraciones nominales

Los movimientos insurgentes armados, como el M-19 y el ELN, han concebido diversas formas de denominar la democracia. Estas se han configurado de acuerdo con el

2 En referencia a Fabio Vásquez, uno de los fundadores del ELN.

contexto histórico en que se han visto inscritas. Es por esto que a las formas de nombrar estos proyectos de construcción democrática se les aglutina, en el presente artículo, bajo la categoría de *configuraciones nominales*.

Se encuentran diversidad de formas de designar y referirse a la democracia por parte del M-19, puesto que estas varían de acuerdo a cada propuesta que marca una época determinada (V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016). Por lo tanto, se hará un acercamiento a tales transformaciones, encontrando diferencias que en ocasiones solo pasan por lo nominal, mientras la similitud es sustantiva.

Bateman defendía la democracia, impulsándola como una bandera popular y revolucionaria (Villamizar, 1995), puesto que, para él, así era la lucha para alcanzarla (Molano y Ramírez, s. f.). Además, defendía la *democracia* "sin apodos", *democracia* a secas (Jaramillo y Riaño, 2006; D. Villamizar, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016; V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016). Esto, representa el campo de combate de las ideas en torno al concepto de democracia; que se ha discutido en todos los sectores de la sociedad, sociedad desde sus versiones más restringidas hasta sus versiones más amplias, —dentro de las cuales cabe la concepción del M-19—. El acercamiento teórico realizado en este artículo concilia esta concepción de la "democracia sin apodos", sin violentarla, con la teoría de la democracia radical, debido a las similitudes que se encuentran con esta.

La búsqueda de un modelo normativo de democracia, según se ha planteado tanto para el M-19 como para el ELN, se caracteriza por el entendimiento de una crisis en la democracia existente. Esta es una crisis que requiere soluciones concretas que se buscan por medio de las armas. Tanto así que al interior del M-19 se menciona que "[...] si alguien en este país, Dios o la Virgen Santísima, nos demuestran que sí es posible conquistar la democracia con otros criterios nosotros le jalamos a eso" (Jimeno, 1984, p. 50). De esta manera se puede observar que la vía armada no se naturalizó; por el contrario, se mantuvo en una dinámica dialógica que dependía de las vías que se fueran presentando, y el devenir histórico vendría a dar cuenta de esto en los años noventa.

Son varias las configuraciones nominales que se van generando desde el M-19 para denominar su propuesta normativa de la democracia, buscando relacionarla con una democracia real o verdadera. Así pues, Bateman plantea, en sus críticas a la democracia existente, una propensión por la *verdadera democracia* (Molano, 22 de agosto de 1983). Esta sería una concepción ideal de democracia que garantice las libertades y derechos —de orden político, cultural, incluso de cultos— y que defienda una idea fundamental para la construcción democrática: el *pluralismo*. Desde la teoría de la democracia radical se puede compaginar el principio del pluralismo con las múltiples miradas que expanden

no solo los tejidos argumentativos (Laclau y Mouffe, 1987), sino también los tejidos vivenciales democráticos.

Según Andrés Almarales (1986), Bateman presenta la concepción normativa que tenía la organización sobre la democracia de la siguiente manera "[...] una necesidad urgente de nuestra sociedad. *democracia económica, democracia social, democracia política*" (p. 156) (cursivas nuestras). La democracia se entiende en múltiples dimensiones, y no de forma simplista como una falacia de la burguesía —como lo hizo la izquierda tradicional, ortodoxa, según el M-19—, esta concepción lleva a la *democracia multidimensional,* configuración nominal planteada por Villamizar (1997), agregándole la *democracia cultural* (p. 57) a las dimensiones planteadas anteriormente.

En este sentido multidimensional se encuentra una congruencia con el concepto de democracia para el ELN. En ella se trasciende las lógicas tradicionales de la política, al adjudicarle elementos que pretenden una mayor humanización. El ELN concibe su ideal de democracia en relación con las lógicas económicas: para llegar a una *verdadera democracia* plantean la necesidad de humanizar la economía, para que esta sea congruente con una sociedad democrática (García, citado por Vargas, 2006).

Continuando con la idea de humanización y el entendimiento multidimensional de la democracia, el ELN encuentra fundamental "[...] fundar una organización social basada en la fraternidad, la camaradería y la igualdad" (Detenidos del ELN, 2014, p. 236), en la medida que la democracia "[...] es más que un proceso político. Es un proceso social y cultural dinámico capaz de transformar nuestra identidad y nuestras formas de sociabilidad" (Detenidos del ELN, 2014, p. 236).

La multidimensionalidad que comprenden el M-19 y el ELN dentro de sus concepciones en torno a la democracia, se compagina con lo postulado por autores como Meiksins. Ella relaciona las esferas política y económica con la verdadera democracia (2006), en tanto se hace necesario un cambio en esta esfera para que la democracia sea verdadera. En esta idea coinciden Laclau y Mouffe (1987), pues la democracia multidimensional propicia la participación real de todos los sujetos.

Otra configuración nominal desarrollada por el M-19 es la *democracia plena*. Este era uno de los objetivos propulsores del diálogo tras la primera declaración conjunta, suscrita en 1989 entre Carlos Pizarro —comandante de la organización para aquel entonces— y Rafael Pardo —consejero presidencial— (Villamizar, 1997, p. 135). Esta declaración conjunta fue alcanzada mediante un diálogo directo entre la dirección de los partidos políticos y la comandancia de los movimientos insurgentes armados que conformaban la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar —fruto del intento de unidad de diversos grupos insurgentes—.

De igual manera, en ocasiones, el M-19 se concibe bajo la idea de la *democracia en armas* (Pizarro, 1988; F. Mariño, comunicación personal, 26 de septiembre de 2016). Si bien esto no hace referencia a una concepción normativa de la organización, sí demuestra que entendían el camino de la lucha por la democracia como aquel que las circunstancias históricas concretas construyeron en torno a las armas —claramente junto a la capacidad de agencia de los actores involucrados—. Dentro de tal contexto se pueden considerar aspectos como el estado de sitio, el Frente Nacional, entre otros.

El cuestionamiento al principio de representatividad es recurrente, y al exigirse la *ampliación de la democracia* se crea una concepción de esta que exige una mayor participación de la población. Así se va perfilando lo que Pizarro llamaría la *democracia indelegable,* con la necesidad de una ciudadanía participante en todos los niveles, puesto que "[...] sin participación no hay democracia real y hay que crear los mecanismos de participación" (Pizarro, 1988, p. 27) para la ciudadanía misma. Como lo expone Héctor Pineda, exmilitante del M-19, la democracia se entendía más allá del ámbito académico como la posibilidad de que la gente pudiera decidir (H. Pineda, comunicación personal, 28 de septiembre de 2016), evitando la delegación y propiciando en su lugar, la activa participación.

La necesidad de ampliar la participación de la ciudadanía se relaciona con el llamado que hace Adela Cortina (1993), desde la teoría de la democracia radical, a "[...] no reducir permanentemente a los individuos al papel de electores" (p. 16). Mediante la participación activa se busca vivificar la democracia indelegable planteada por Pizarro.

De igual manera, el M-19 entendía la ampliación de la democracia como un camino para la solución de diversas problemáticas en el país (Vásquez, 2011) y que posibilitara una mayor participación y un bienestar general para los diferentes sectores de la población colombiana (D. Villamizar, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016).

Esta organización incluso veía la posibilidad de ampliar la democracia más allá de las fronteras nacionales, recordando el momento en que se formó el Batallón América y pensando en un ejército bolivariano en búsqueda de la *verdadera democracia continental* (Vásquez, 2011, p. 388). Una vez que esta democracia se consolidara, quedaba la cuestión de cómo llegar a ejercerla. Después del pacto nacional, por medio de una construcción conjunta entre la población como un todo, se buscaría "[...] abordar un ejercicio del poder realmente democrático" (Vásquez, 2011, p. 390), en el que la población tuviera "la capacidad de construcción y de participación necesaria para *ser gobierno*" (V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016); y, más que eso, para una capacidad de "ser gobierno democráticamente, es decir, decidir con la gente" (H. Pineda, comunicación personal, 28 de septiembre de 2016). Esta forma de "ser gobierno" democráticamente lleva en sí misma la necesidad, planteada por Cortina (1993), de que los mecanismos de

toma de decisiones garanticen resultados justos, dando la posibilidad a los humanos[3] de expresarse como los interlocutores válidos que son.

Si bien son diversas las configuraciones nominales de democracia que el M-19 adoptó en diversos momentos, todas apuntan a una relación dicotómica. Esta antítesis se da entre *democracia real* o *verdadera* —que regía el accionar de este grupo— y una *democracia falsa* o formal —percibida como aquella existente en Colombia— (Villamizar, 1995). Esta última fue también entendida como la *antidemocracia,* caracterizada por la aplicación del Estatuto de Seguridad. (Jimeno, 1984, p. 94; F. Mariño, comunicación personal, 26 de septiembre de 2016)

Este punto resulta crucial en tanto dicha dicotomía es uno de los ejes sobre los que gravitan los postulados de la democracia radical. Autores como Meiksins (2006) oponen la democracia formal o limitada —es decir, la correspondiente a una esfera política y judicial solamente— a la *democracia sustantiva* —que iba más allá e incluía la esfera económica— y se corresponde a su vez con la *democracia radical.* Esta última, tal como la entiende Adela Cortina (1993), parte de la búsqueda de una *verdadera democracia* en contraposición a una democracia existente que no alcanza a cumplir con las aspiraciones democráticas.

En los años noventa, tras la crisis del socialismo real, el ELN propendió por una *democracia radical,* tanto así que la concebía como su referente de lucha, buscando "[...] readecuarse a las nuevas circunstancias que emergieron con la crisis" (Vargas, 2006, p. 253). El ELN impulsa una construcción de la democracia vista desde sus propias experiencias; tal y como lo relatan en *Sí futuro,* una de sus revistas, su planteamiento democrático constituye una síntesis de sus aprendizajes en "[...] autogestión popular, participación de las masas y educación crítica" (ELN, 2014, p. 46). Es por esto que la democracia propuesta implica una alta participación, con una democracia directa, mayoritaria y sobre todo más humana.

Una concepción normativa de la democracia quedaría vacía de contenido si se limita a la enunciación de sus diversas configuraciones nominales adoptadas. Cada una de ellas un mero ideal que se presenta como un horizonte de la organización. Aun así, para desembarcar en dicho destino se hace necesario formular y construir propuestas que modifiquen el camino, haciendo que este sea apto para ser recorrido. Por lo tanto, se hacen necesarias determinadas propuestas de reconfiguración de lo existente —es decir, los modelos democráticos actuales—, para posibilitar lo que no existe aún —una *verdadera democracia*—.

3 La importancia desde Cortina (1993) en torno a la palabra "humanos" o "sujetos" es la ruptura con la categorización de la ciudadanía como la única que tiene la validez en la interlocución —dentro de la democracia liberal—.

## Propuestas de reconfiguración de la democracia

La concepción normativa de la democracia se ve guiada por propuestas concretas para su reconfiguración. Críticas a múltiples niveles, han planteado una nueva idea de democracia que convergen en propuestas como las referentes a los mecanismos de participación. Estas pretenden unir a la ciudadanía en pro de la materialización de sus reivindicaciones, buscando resolver las diversas problemáticas existentes.

### Sancocho Nacional

En el caso del M-19, se planteó un importante mecanismo de participación ciudadana que pasaría a la historia bajo el nombre de *Diálogo Nacional* o, como lo denominaría Bateman, el *Sancocho Nacional*. Esta propuesta se logró llevar a cabo, de forma parcial, a mediados de los ochenta. El origen de esta idea se remonta al momento en que se propuso, los años ochenta, mediante una "[...] reunión cumbre de colombianos de las más diversas esferas en Ciudad de Panamá 'para dialogar y buscar caminos hacia la verdadera democracia en Colombia'" (Villamizar, 1995, p. 179). La idea primordial era superar el letargo que había quedado debido al Frente Nacional, y ampliar el derrotero político mediante el diálogo.

En 1980 se convoca a una reunión con múltiples figuras de la sociedad, en actitud decisoria. El Diálogo Nacional, que iniciaba con la cumbre de Panamá —que se frustó debido a la intervención de sectores del Gobierno—, sería un paso inmediato a la realización de una tregua bilateral, e implicaría que se sentaran en la mesa estas figuras —que tradicionalmente eran de corrientes contrarias—. Con esto se buscaba resolver "[...] parcialmente la situación a los colombianos, para que se inaugure una etapa de apertura democrática en Colombia" (Jaramillo y Riaño, 2006, p. 115). De esta manera se entiende el Sancocho Nacional como un mecanismo mediante el cual se alcanzaría, en cierta medida, la ampliación de la democracia: la apertura democrática, punto esencial de la concepción normativa de *democracia en movimiento* del M-19.

Este llamado se hizo público tras la retención del periodista Germán Castro Caicedo, al cual se le entregó un mensaje para el presidente Turbay con la propuesta para iniciar un diálogo con las fuerzas vivas del país (Vásquez, 2011), buscando realizar esta reunión en Panamá con hombres notables (Castro, 1996, p. 124). En este punto cabría preguntarse ¿cuáles son los hombres notables? Se observa una diferencia entre el llamado a *las fuerzas vivas del país* y *la convocatoria a los hombres notables*. La primera concepción —de las *fuerzas vivas*—, es más utilizada que la segunda en la construcción histórica del Diálogo Nacional. De esta manera, apelando a una nominalización en particular se entiende a los invitados a participar de esta reunión en un sentido mucho más amplio.

El problema al que se enfrentaron los participantes a la reunión cumbre en Panamá fue la persecución del Gobierno colombiano, así como su rechazo tajante a la convocatoria al diálogo. Por ello, Iván Marino planteó que salió a la luz el hecho de que "[...] había sido la oligarquía y no nosotros [el M-19] la que había rechazado el diálogo para buscar la paz y la justicia en Colombia" (Villamizar, 1995, p. 185). El Gobierno restringió la asistencia y buscó capturar a los dirigentes del M-19 que allí se encontraban congregados.

Pero ¿qué se buscaba con el Sancocho Nacional? En términos generales, y según lo planteado por Bateman, se pretendía llevar a cabo "[...] un sancocho para ver cómo se arregla este país" (Jimeno, 1984, p. 50). El propósito no era negociar las condiciones de la guerrilla junto con el Gobierno, sino buscar las soluciones a las problemáticas del país; puesto que el problema de Colombia no es la guerrilla sino los problemas económicos, sociales y políticos (Jimeno, 1984; V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016). El Sancocho Nacional buscaba ser un mecanismo base para dar solución a una democracia que se encontraba en crisis, entendiéndola como diría Villamizar (1997) "una democracia multidimensional".

La agenda de discusión giraría en torno a a las problemáticas del país como un todo. Más allá de la situación de la guerrilla (Jaramillo y Riaño, 2006; Jimeno, 1984; Vásquez, 2011), se discutiría el problema de la economía buscando medidas concretas con miras a su transformación de la situación del país. De igual manera se fortalecerían las condiciones para una apertura democrática real (Jimeno, 1984), siendo notorio el impulso que da el Sancocho Nacional a este tema.

Posteriormente, el 20 de julio de 1981 el M-19 propuso levantar el estado de sitio y derogar el Estatuto de Seguridad. También impulsó la amnistía general e incondicional, e hizo énfasis en la convocatoria al Diálogo Nacional. Sin embargo, en este punto, el presidente Belisario Betancur creó la Cumbre Política Multipartidaria, que fue un escenario de encuentro de la clase política. Para Bateman, este resultó siento un *diálogo entre ellos* (Jimeno, 1984), que incluso dejó por fuera al M-19. Así se tergiversó la esencia del "diálogo amplio" por el cual propendía la organización.

Para noviembre de 1982, las propuestas planteadas se empezaron a satisfacer, parcialmente, con la aprobación de la Ley 35 de 1982, conocida como ley de amnistía incondicional. Aun así, la organización mantuvo sus reivindicaciones en torno a la necesidad de una tregua que conllevara el diálogo entre todos los colombianos; para aproximarse a las reformas políticas necesarias para el país, buscando una salida a la crisis que atravesaba (Vásquez, 2011; Jaramillo y Riaño, 2006). De nuevo es evidente la convocatoria ampliada, con miras a reformar el sistema imperante desde la participación activa de la población.

De esta manera, dicha propuesta fue nutriéndose de factores que propiciaron una mayor participación de la sociedad y, buscando llamar a todas las fuerzas vivas, se fue consolidando la forma del Sancocho Nacional, logrando entender que representaba "[...] los múltiples intereses coordinados por factores de democracia, la diversidad de intereses del pueblo colombiano en los diferentes sectores sociales" (Jaramillo y Riaño, 2006, p. 117). El Diálogo Nacional fue cobrando tal importancia en el programa político del M-19 y las reivindicaciones políticas de la organización que se reafirmó en la VIII Conferencia Nacional del M-19 y su magnitud alcanza para que Jaramillo (2006) lo entienda como un mecanismo similar a la Convención Nacional del ELN.

La idea del Diálogo Nacional consistía en "[...] revolver todo y hacer un proyecto político capaz de sacar adelante el país" (Jaramillo y Riaño, 2006, p. 118). Este diálogo se nutrió de elementos obtenidos de su puesta en práctica, tras acordarse el cese al fuego al inicio de las mesas de trabajo (Vásquez, 2011). En abril de 1984 se lleva a cabo la "Campaña Jaime Bateman por la tregua y el diálogo nacional" (Vásquez, 2011), como parte de la táctica de elevación del nivel de confrontación para impulsar la realización del diálogo nacional.

La percepción en torno a los resultados del Diálogo nacional es tan variada como los puntos de vista existentes en torno a su realización. Hay quienes lo consideran un éxito que incluso rebasó a la organización (D. Villamizar, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016). Para otros, fue una buena aproximación desde las mesas temáticas y la movilización popular como forma de ejercicio democrático, pero que se trunca por la ruptura de la tregua (V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016).

Otras opiniones sobre el Diálogo Nacional son la de exmiembros como Fabio Mariño y Yamel Riaño. Mariño. Ellos consideran que se erró, porque no se llegó a toda la población como se esperaba, pero llenó vacíos para acabar la guerra (F. Mariño, comunicación personal, 26 de septiembre de 2016). Por su parte, Riaño cuestiona su eficacia, afirmando que tras la muerte de Bateman se dio inicio a un "[...] diálogo que nunca caminó para ninguna parte" (Jaramillo y Riaño, 2006, p. 116). Ante tal cantidad de perspectivas, lo único que se puede concluir es que la realización del Diálogo materializó importantes propuestas y logró llevar a cabo ciertos avances en materia de participación ciudadana y en la formulación del diálogo nacional.

La idea del Diálogo Nacional sigue vigente en 1988. Ese mismo año el M-19 —con la consigna de *"¡Paz a las fuerzas armadas, vida a la nación y guerra a la oligarquía!"* (F. Mariño, comunicación personal, 26 de septiembre de 2016)— secuestra a Álvaro Gómez Hurtado, respondiendo a lo que se denominó "Guerra de la oligarquía contra la nación". Así, se insistió en proponer "[...] un diálogo amplio, más allá de la guerrilla y el Gobierno" (Vásquez, 2011, p. 392). Esto evidencia que, aunque el experimento del diálogo nacional,

a mediados de los ochenta sirvió, no abarcó todas las expectativas esperadas por la organización. Por eso desde el año 1987 se buscó construir un "Pacto nacional para un gobierno de transición" y un "Pacto Nacional por un gobierno de paz" (Vásquez, 2011). Con estos mecanismos se lograría crear conjuntamente nuevas normas de convivencia en paz.

Estos pactos fueron la continuación de la propuesta que en los años ochenta planteó Bateman, buscando esta vez "[...] ser fruto de un Congreso admirable, una gran Asamblea Constituyente, una Asamblea Nacional Popular o, incluso un referendo" (Vásquez, 2011, p. 391). Además, se perfiló el desarrollo de la Constituyente de 1991 que cambió la historia colombiana y que ha sido ampliamente estudiada. Para Vera Grabe exmilitante del M-19, resulta ser la verdadera materialización exitosa del Diálogo Nacional (V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016). Héctor Pineda afirma que la Constitución es (en la transición de la democracia representativa a la democracia participativa), un gran logro que materializó parte de la concepción que el M-19 se había forjado en torno a la democracia (H. Pineda, comunicación personal, 28 de septiembre de 2016); en tanto daba capacidad a la población de participar y decidir, y no de delegar.

Retomando lo construido en torno a la propuesta de Diálogo Nacional, se llegó a formular el mecanismo de implementación y refrendación que se adoptaría para su ejecución; mostrando la evolución que tuvo la propuesta de Diálogo Nacional como forma de reconfiguración de la democracia en una permanente actitud de escucha ante el país nacional que se mantuvo gracias a la *acción política* (V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016). De esta manera se dio una muestra de diálogo y de permanente renovación al interior de la organización.

## Apertura Democrática

El Diálogo Nacional se entiende como un mecanismo de participación ciudadana y como una forma de creación de un escenario amplio, que va de la mano con la *apertura democrática,* otra propuesta de reconfiguración de la democracia planteada reiteradamente por el M-19. Bateman conjuga ambos elementos, entendiendo el Diálogo Nacional como el escenario en el que los colombianos llegarían a un acuerdo en múltiples dimensiones con la participación de los sectores sociales involucrados, de la mano con el proceso de apertura política y democratización del país (Jaramillo y Riaño, 2006). Es decir, la apertura democrática daría cabida a nuevas fuerzas políticas más allá del bipartidismo tradicional.

La importancia de la apertura democrática dentro de la concepción del Sancocho Nacional es fundamental, incluso se afirma que "[...] a menos que haya una apertura democrática real, nosotros [el M-19] seguiremos en el monte" (Jimeno, 1984, p. 38). De esta manera, se mantiene la no-cosificación de la lucha armada, y sus apuestas por un cambio en la estrategia en tanto se consoliden los objetivos democráticos primordiales

para el M-19. El diálogo y la lucha armada no son contradictorios porque [...] la lucha revolucionaria no es una línea, da vuelticas, y a veces tú tienes que sentarte con el enemigo a discutir cómo están las cosas" (Jimeno, 1984, p. 50, 51).

Es decir, la apertura democrática representó la posibilidad de una amplia participación, y esto se logró mediante la Constituyente de 1991 que dio cabida a múltiples nuevas expresiones que buscaban hacer política (D. Villamizar, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016). Esto permitió resolver, en cierta medida, las problemáticas evidenciadas por las críticas que realizó el M-19 sobre la democracia existente en Colombia. Lo anterior posibilitó una ruptura con la estrategia armada así, por medio de esta lucha democrática legal no armada, se consolidó un camino hacia el horizonte de democracia que se había trazado el M-19.

## Campamentos de paz y Milicias Bolivarianas

Los Campamentos de paz y las Milicias Bolivarianas del M-19, se empezaron a perfilar en el Congreso Nacional de Los Robles, Cauca, (IX Conferencia Nacional del M-19) en 1985. Este se realizó en un contexto de intensificación del combate como respuesta a la apatía del Gobierno en torno al diálogo. En este congreso se propuso "[...] decidir el rumbo de la paz, con la asistencia de representantes de todas las fuerzas vivas del país, incluidos el Gobierno y los invitados internacionales" (Vásquez, 2011, p. 308). Bajo esta idea, se ejemplificaba lo que el M-19 entendía por Diálogo Nacional.

Según María Eugenia Vásquez (2011), la organización se concentró junto con población civil —que respaldaba las alternativas de paz—, debido a la amplia participación que se había propuesto con la realización del congreso. El Gobierno obstaculizó la entrada al campamento, mediante un cerco militar iniciado dos días antes de la inauguración de la conferencia, lo cual implicó grandes dificultades para el M-19. A pesar de esto, se reunieron en las montañas del Cauca alrededor de quinientas personas, entre ellos representantes de diversas fuerzas sociales y guerrilleras.

Mientras tanto, se fue creando un lazo social entre el M-19 y la población de los barrios populares donde la organización hacía presencia. La cotidianidad y la cercanía en las problemáticas sociales dio paso a la construcción de lo que se denominó *Campamentos de paz*. Estos sirvieron como un mecanismo de participación en un proceso de apertura, de Diálogo Nacional (D. Villamizar, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016); y surgieron cuando uno de sus militantes invitó a la población a reunirse obteniendo gran aceptación, logrando en la tarde conformar "[...] un comando del Eme[4] con la gente del barrio" (Vásquez, 2011, p. 318).

4 En referencia al M-19.

> Estos comandos propendieron por la mejora de las condiciones de vida de los habitantes de los barrios populares, y fue de esta manera que se inauguraron los Campamentos de Paz urbanos, pensados desde la soberanía y la democracia popular, en tanto eran espacios en los que se buscaba solucionar los problemas de la población, propiciando su participación y organización. (V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016)

Así, dentro de los Campamentos de Paz la ciudadanía se fue organizando, y de la mano del M-19 formaron las Milicias Bolivarianas, entendidas como estructuras populares armadas (D. Villamizar, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016). En principio, estas mediaban en los conflictos y problemáticas de su comunidad, promoviendo asambleas generales para buscarles solución. Debido a las labores que realizaban, las milicias fueron ganando fuerza y, como lo describe Vásquez (2011), esto influyó en la población de dichos sectores populares, llevando a que adquirieran mayor confianza en las capacidades que poseían para autoorganizarse.

Las Milicias permitieron que la gente en las barriadas comenzara a buscar soluciones por sus propias manos, ayudándose muchas veces de las armas, cuando no hubiese otro modo de lograr la resolución de sus problemas, y como forma de respaldo para las negociaciones (Vásquez, 2011). Como Villamizar (1995) lo describe "[...] Ahí donde había un conflicto laboral, un paro cívico o una protesta popular, los comandos del M-19 se hacían presentes para, con las armas en las manos, presionar una solución favorable a los sectores populares" (p. 105). Así, las Milicias se constituyeron en una forma de poder popular (V. Grabe, comunicación personal, 12 de octubre de 2016) y en un referente de negociaciones a mediano plazo entre la población y el Gobierno.

Tanto los Campamentos de Paz como las Milicias Bolivarianas son ejemplos significativos de la participación más directa de la población dentro de sus comunidades. Por medio de ellas se buscó resolver colectivamente sus problemáticas y defender sus reivindicaciones, incluso con las armas. Pero con las muertes y la represión que impactaron a las poblaciones milicianas —y cercanas a estas—, una vez rota la tregua en 1985 pasaron a la clandestinidad dentro de los mismos barrios (D. Villamizar, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016).

## Poder popular

El Poder Popular es una idea transversal a todas las propuestas del ELN y surge como parte de una estrategia denominada *Guerra Popular de Liberación*. Este mecanismo está pensado siguiendo una lógica de poderes locales que logren constituir nuevas instituciones y legitimidad, y no se encuentra permeado por la idea de la toma del poder por la fuerza.

> A lo largo de la segunda mitad de 1986 y con particular énfasis en 1987, después de la fusión, la UC-ELN hace la propuesta de avanzar en la formulación de un *Mandato Nacional por un Gobierno Popular, Democrático y Revolucionario,* como una entre otras estrategias para salirle al paso al desarrollo de la Guerra Sucia y fortalecer y orientar la lucha de masas contra el régimen que conducía el gobierno Barco. Sin embargo, al analizar la propuesta lo que está emergiendo en ella en lo esencial es la implementación de la estrategia de *poder popular* y *nuevo gobierno.* Es en este periodo y en esta propuesta que la estrategia de poder de la UC-ELN comienza a transformarse significativamente en las lógicas de que el poder no se toma, como un asalto al gobierno, sino, se construye a diario como nuevo Gobierno y nuevo Estado. (Medina, 2010, p. 611)

Como lo describe Antonio Sanguino, exmilitante de la organización, es un poder más horizontal que permite la participación de las masas (A. Sanguino, comunicación personal, 24 de septiembre de 2016) Este cambio al interior del pensamiento del ELN sobre el poder es un importante referente de la restructuración de la organización. Medina (2010) describe este proceso como un "[...] giro estratégico fundamental: dejaba de ser el ejército, que se había fijado como propósito la toma del poder y se convertía en una organización política en armas." (p. 663). Con esto, se expresa el futuro accionar de la organización en su expresión política desde la posición armada.

Entre los alcances que el Poder Popular posee se encuentra que "[...] tiene su expresión más elevada en la destrucción del viejo Estado y la configuración del nuevo" (UC-ELN, citado por Vargas, 2006, p. 243). Es decir, el desarrollo del potencial planteado en el Poder Popular en su totalidad requiere la construcción de un nuevo Estado. El Poder Popular fue pensado como un proyecto que incluyera a todos los sectores de la sociedad. La UC-ELN lo propuso como un espacio de confluencia de "[...] todas las masas obreras y populares, los demócratas, los revolucionarios, todos los movimientos guerrilleros y en general todos los colombianos que estuviesen por la construcción de una Nueva Colombia." (Medina, 2010, p. 611).

La organización plantea que el Poder Popular puede llevarse a cabo desarrollando "[...] desde ya la vocación de poder de las masas, construyendo formas propias y autónomas de organización y creando formas de autogobierno" (UC-ELN, citado por Vargas, 2006, p. 243). Como ya se mencionó anteriormente, la propuesta contempla a diversos sectores de la sociedad, es por esto que plantea la necesidad de incorporar este poder en escenarios diversos, construyendo poderes populares locales. Medina (2010) señala dichos escenarios como aquellos en donde el movimiento de masas contaba con cierto poderío, en la medida que la organización era consciente de las dificultades que conllevaba la instauración de este poder popular donde no tenían fuerza.

En el desarrollo de esta propuesta se planteó el *Proyecto experimental de elección de algunos alcaldes*. Este consistió en la participación, directa o indirecta, del ELN en las elecciones, lo que constituyó "una muestra significativa de su conversión creciente de organización guerrillera en organización política en armas con posibilidad de [...] combinar todas las formas de lucha" (Medina, 2010, pp. 669-670).

Entre los motivos por los que no se ha concretado el proyecto de Poder Popular, se encuentra, como lo expresa Carlos Velandia, la pequeña escala en la que se ha logrado materializar: "[...] de momento la propuesta de poder popular se está quedando en ejercicios micro de poder popular en resistencia" (C. Velandia, comunicación personal, 4 de agosto de 2016). Esto se debe, en parte, a que este proyecto experimental se ha construido en territorios apartados del país.

## Convención Nacional

El 2 de febrero de 1996 la Dirección Nacional del ELN en el documento *Una propuesta urgente para Colombia* postuló su propuesta denominada Convención Nacional (Vargas, 2006, p. 254). Con esta propuesta se buscaban soluciones para la crisis política por la que estaba atravesando el país. Esta crisis correspondía al llamado "Proceso 8000", que tenía como centro al presidente Ernesto Samper y el escándalo acerca del ingreso de recursos provenientes del narcotráfico en su campaña política

En el marco del Acuerdo de Puerta del Cielo (1998) se caracterizó la Convención Nacional como "[...] un proceso con varios espacios de diálogo, con capacidad propositiva por parte de representantes del Estado, la sociedad y la guerrilla que en él participen." (ELN, 2001, p. 185). Para el momento se consideraba la idea de invitar a los grupos pertenecientes a la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar (CGSB) a unirse a la Convención Nacional.

El ELN concibe la Convención Nacional como un espacio de diálogo abierto y directo con toda la población, incluso con aquellos que no han sido escuchados históricamente, por no pertenecer a las élites que controlan el poder (ELN, 2000. P. 197). En medio de la Convención, además de participar de forma activa, El ELN encuentra su papel como facilitador de los diálogos con la población y el Estado (A. Sanguino, comunicación personal, 24 de septiembre de 2016). Es por esto que la Convención tiene como propósito "[...] construirse en un verdadero ejercicio democrático tanto para la pluralidad y representatividad de sus participantes, como por el nivel de preparación política, la capacidad de decisión y los niveles de consenso de los mismos" (ELN 2001, p. 198).

La Convención Nacional es una propuesta direccionada hacia la "[...] construcción de consensos, así como a la caracterización de los disensos respecto a los temas en que no existe la posibilidad de acuerdo" (Vargas, 2006, p. 284). Con esto, el ELN abre la posibili-

dad de conciliar los disensos y si bien no de forma inmediata, si los identifica para su posterior resolución. Mientras que, para la construcción de consensos, la organización cree que la sociedad en su conjunto puede realizar grandes aportes para pensarse el país con el fin de que no siga siendo gobernado por unos pocos (Vargas, 2006).

Dentro de los participantes en la Convención Nacional se encuentran las organizaciones sociales, los movimientos políticos, los gremios, las principales universidades del país, los representantes de los grupos económicos, las personas naturales y la insurgencia. A pesar de que dichos actores se mencionan en la agenda de la Convención, no es clara la forma en que se podía dar la participación de los mismos. Solamente se enuncia la importancia de que estos sectores participantes estén comprometidos con la construcción de un nuevo país (ELN, 2001, p. 185), en la medida que mediante el diálogo con los mismos se puede llegar a pensar las soluciones requeridas por el país.

La Agenda de la Convención Nacional es bastante amplia, así como sus alcances. El planteamiento general de la Convención Nacional fue una propuesta que pretendía solucionar la crisis del país. Específicamente, la Convención apuntaba a construir una solución al conflicto, por vías diferentes a la guerra. De igual manera, pretendía aumentar la participación de las comunidades y que fueran ellas mismas —por medio del ejercicio democrático— quienes decidieran su destino. Además, en el plano económico, buscaba crear "[...] planes de desarrollo socioeconómico, para superar el atraso existente y como salida efectiva para superar la economía del narcotráfico" (ELN-Comando Central, 2000).

La amplitud de la agenda confluyó entre las dificultades para implementar dicha propuesta. Entre los temas a tratar se encontraban "[...] la definición de las bases para las trasformaciones de las estructuras sociales, económicas y políticas que se requieran, mediante una acción concertada" (ELN, 2001, p. 64). Con esta agenda se sentarían las bases para solucionar las problemáticas atravesadas por el país, como la crisis política desatada por el Proceso 8000.

Aunque no es clara la forma en que podía llevarse a cabo la Convención Nacional, el ELN plantea que podría ser por medio de los mecanismos administrativos y legislativos que sean indispensables; pero, en el caso que estos mecanismos resulten insuficientes, la propuesta contemplaba la realización de una Asamblea Nacional Constituyente (Vargas, 2006). El ELN reitera que la Convención Nacional debía ser un ejercicio mayoritario, donde no sean solamente las élites políticas las que se siguen pensando el país, sino que "[...] tiene que ser pensado desde los diferentes sectores sociales, donde conjuntamente podamos construir la visión y la idea de la sociedad que queremos" (ELN-Comando Central, 2000).

La propuesta de Convención Nacional comenzó a perder fuerza con la reunión llevada a cabo en 1999 entre Antonio García y el Alto Comisionado para la Paz, en el gobier-

no de Andrés Pastrana. En esta reunión las partes no lograron llegar a un acuerdo acerca del lugar y las garantías en las que se desarrollaría la Convención Nacional. Posterior a este inconveniente el ELN —con el fin de demostrar al Gobierno y a la sociedad que aún conservaba un gran poderío militar—, comenzó una serie de secuestros que finalmente terminó reduciendo la posibilidad de acordar con el Gobierno la realización de la Convención Nacional (Vargas, 2006). Si bien, la propuesta como tal no concluyó en este momento, si marcó el fin de la misma como proyecto a negociar con el Gobierno; a cambio, el ELN la organización se planteó empezar a dialogar con los diferentes sectores de la sociedad y junto a ellos buscar soluciones para que el país saliera de la crisis.

El ELN publicó en el 2000 un documento titulado *Convención Nacional: Una propuesta para la reconstrucción de la sociedad,* dentro del cual señala que, a pesar de haber realizado acercamientos con el Gobierno (durante la presidencia de Samper y Gaviria), no se llegó a un acuerdo para la realización de la misma, debido a que los gobiernos ya mencionados "[...] asumieron una postura coyuntural y al final terminaron apostándole a la guerra o a las conveniencias políticas." (ELN-Comando Central, 2000).

El ELN es muy claro al decir que la Convención Nacional no es un espacio "[...] para exigirle al ELN en lo que tiene que cambiar, sino que es una toma de conciencia en lo que todos debemos cambiar." (ELN-Comando Central, 2000). Esto indica que la Convención no es un espacio de cambio que involucra a las guerrillas solamente, sino a todos los sectores del país. Un cambio de esta magnitud lograría estructurar una sociedad más justa y democrática. El ELN no se excluye del cambio, todo lo contrario, acepta que se deben mejorar muchas cosas para poder superar la crisis del país.

Finalmente, la propuesta de Convención Nacional es abandonada por la organización en el V Congreso Nacional "ELN 50 años: Raíces, luchas y esperanzas junto al pueblo". Tal como señala Carlos Velandia, la propuesta "[...] fue aparcada a la vera del camino" (C. Velandia, comunicación personal, 4 de agosto de 2016), para iniciar la construcción de una nueva propuesta de reconfiguración de la democracia, la cual sería denominada Diálogo Nacional.

## Diálogo Nacional

Recientemente el ELN modificó su propuesta de la Convención Nacional y planteó el Diálogo Nacional. Carlos Velandia piensa que este cambio implicó "[...] haberse lanzado al vacío a convocar un diálogo abierto". Sin embargo, desde su perspectiva, aún no hay una estructura definida para esta propuesta, a pesar de la necesidad de su puesta en marcha: "encontrémonos allí, pero no tiene muchas herramientas para su convocatoria, para la definición de los temas" (C. Velandia, comunicación personal, 4 de agosto de 2016) Entre los motivos por los cuales el ELN decidió modificar su propuesta de Convención

Nacional, se encuentra la inviabilidad que esta conlleva contemplar una Constituyente. Como lo señala Víctor De Currea (2016) en su libro *Metiéndole pueblo a la paz* "[...] el problema de la convención es su pretensión constituyente con todos los amigos y enemigos que eso tiene en la actual coyuntura política del país". (p. 71).

El Diálogo Nacional consiste en eso precisamente: en la construcción de diálogos donde se plantee la participación de los diferentes sectores de la sociedad. Entre las dificultades para su realización, se encuentra la indefinición en la forma en que se dará dicha participación. Asimismo, realizar un diálogo entre la sociedad como un todo conlleva problemáticas particulares. De esta manera se ha llegado a plantear que:

> [...] la sociedad civil oligárquica no se siente atraída o no responde mucho a los llamados de la sociedad civil popular, la sociedad civil oligárquica se pregunta ¿Bueno y yo cómo por qué voy a conversar con estos señores de la sociedad civil popular si yo me entiendo muy bien con el gobierno, me entiendo bien con el parlamento, me entiendo bien con los gremios, me entiendo bien con los sindicatos, entonces yo como para que tengo que hablarlo? Entonces allí hay otro elemento y es que el segmento de sociedad civil popular más afín a las tesis o a las propuestas de paz del ELN está encontrando también dificultad al convocar a sus pares en la sociedad civil popular. (C. Velandia, comunicación personal, 4 de agosto de 2016)

Cabe destacar que la propuesta de Diálogo Nacional del ELN tomó elementos del M-19. Por este motivo se considera que "[...] las tesis del Diálogo Nacional las planteó el M-19. A partir de allí, todo lo que se haya construido en materia de Diálogo Nacional, de construcción de consensos, de carácter nacional y social, tienen una paternidad, y son las tesis del M-19, en eso tenemos que hacer justicia" (C. Velandia, comunicación personal, 4 de agosto de 2016). Por este motivo, en las propuestas del Diálogo Nacional del M-19 como del ELN se encuentran algunos ejes fundamentales comunes. El principal de ellos es la democracia, más específicamente la participación a un nivel amplio. Esto se podría entender desde la teoría de la democracia radical, como la pretensión de las organizaciones de realizar una "[...] transformación de la relación de fuerzas existente y la creación de una nueva hegemonía" (Mouffe, 1999, p. 24).

En conclusión, como se pudo observar a lo largo de las propuestas en torno a la reconfiguración de la democracia, el ELN propende por una democracia radical. Esta concepción implica la construcción de una democracia mayoritaria. Es por esto que sus ideas apuntan a reunir a todos los sectores de la sociedad, a un empoderamiento de los mismos, donde todos puedan participar en igualdad de condiciones. Este diálogo de todos los sectores posibilita construir un espacio "con vistas a la creación de las condiciones de un auténtico pluralismo agonístico, tanto en el dominio del Estado como en el de la sociedad

civil" (Mouffe, 1999, p. 25). Algunos elementos comunes de la inviabilidad, que hasta el momento han tenido la mayoría de sus propuestas, está la necesidad de una constituyente, la construcción de un nuevo Estado, entre otros.

Como se decía en 1976 en la revista *Mayorías* "[...] la justicia popular empieza con organización popular. La lucha popular crece con organización popular. El poder popular se construye con organización popular, con justicia popular, con lucha popular, con armamento popular" (Villamizar, 1995, p. 85). Así, el *poder popular* se logra observar de la mano con la idea del *Diálogo Nacional,* como fuertes pilares que unen las propuestas del M-19 y del ELN en torno a la reconfiguración de la democracia colombiana.

El artículo ha indagado acerca del modelo existente de la democracia que es criticado, y en cuya oposición surgen y se perfilan diversos movimientos insurgentes armados como el ELN y el M-19. Estos grupos han trazado un horizonte a la democracia. Una vez hecha esta indagación, se busca hacer un acercamiento al empedrado camino de propuestas concretas, buscando emprender marcha hacia dicho horizonte. Para esto, se hace necesario sintetizar este proceso y conjugarlo con la construcción de paz al visibilizar las propuestas trabajadas a lo largo del artículo.

## Visibilizar lo invisibilizado para aprender de lo olvidado

Los movimientos insurgentes armados —en este caso el ELN y el M-19— han sido actores políticos presentes a lo largo de más de medio siglo en Colombia. Sus planteamientos y propuestas en torno a la democracia han sido opacadas por un proceso de invisibilización por parte de las memorias oficiales (Vásquez, 2011). A esto se suma la naturalización desde el sentido común —alentado por la academia— que restringen el accionar y el pensamiento de dichos movimientos a unos esquemas típicos de una izquierda tradicional.

Dicha invisibilización y naturalización conducen a la desestimación de las ideas y prácticas de estos movimientos. A la insurgencia se le ha excluido, se le ha considerado indeseable (Vásquez, 2011), y es necesario desprenderse de las ataduras que condenan al olvido los planteamientos insurgentes, con el fin de reconocer en estos, propuestas —válidas o no, pero de necesaria consideración— para el fortalecimiento y ampliación de la democracia en Colombia.

Al visibilizar los planteamientos de la insurgencia, y darle a estos un tratamiento académico, se pretende contrariar algunas tesis que han mantenido la contraposición naturalizada entre la insurgencia y la democracia. Es necesario superar esa restringida concepción que entiende a la democracia como el mero acto electoral, fruto de un

entramado institucional establecido. De este modo se llegaría a comprender la democracia desde el proceso de construcción en que la participación se lleva a cabo de forma más directa, atendiendo a las problemáticas de la población; entendiéndola, no solo como aquello existente —que algunos quisieran mantener estático y sin relación con el devenir histórico—, sino como lo que podría ser de ella, compartiendo lo planteado por Darío Villamizar de la democracia como algo en permanente construcción (D. Villamizar, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016).

Las armas de la insurgencia se convierten en un respaldo para la toma de decisiones de la población. Este respaldo se deja de lado cuando se obtiene una relativa ampliación de la democracia en torno a determinadas reivindicaciones; cuando las armas no se requieren en defensa de unos, porque la invisibilización y la exclusión, tampoco serán utilizadas como forma de ataque por parte de otros.

Como lo diría Ramón Jimeno refiriéndose a Jaime Bateman "[...] su sencillez como expositor no le resta claridad ni profundidad a sus planteamientos" (Jimeno, 1984, p. 11). Esto se puede ver a lo largo de este artículo, donde la sencillez de los planteamientos del M-19 y el ELN albergan una complejidad y profundidad que dan para el debate teórico; pero más importante aún, dan para que se amplíe el modelo de democracia y se intenten mejorar las condiciones de vida de la población. La participación es algo elemental para que los afectados por las decisiones (Cortina, 1993) puedan ejercer una ciudadanía verdadera.

En esta medida, la experiencia del acuerdo de paz con el M-19 deja un camino abierto hacia la realización de acuerdos entre las guerrillas y Gobierno. Sanguino menciona que uno de los grandes problemas que ha tenido el ELN para negociar con el Gobierno es la pretensión de una negociación con la sociedad y no "[...] un acuerdo entre el Estado y el grupo armado" (A. Sanguino, comunicación personal, 24 de septiembre de 2016). Así, tanto la experiencia del M-19, como el modelo de los diálogos de paz entre Gobierno y grupos armados como el ELN y las Farc-EP, pueden ser entendidos desde una construcción de paz que no se limita al enfoque liberal, una paz hecha desde arriba, ni a una construcción de paz comunitaria realizada desde abajo, ya que "[...] ni el enfoque liberal ni el comunitario representan, por sí solos, estrategias adecuadas para construir una paz estable y sostenible" (Donais, 2011, p. 60). En esta medida, si no se logran acuerdos quedarán partes inconformes que continúen con la guerra.

Es por esto que la paz podría ser abordada desde un punto intermedio, donde la construcción de paz desde arriba y desde abajo lleguen a consensos para lograr una paz estable y duradera. Es decir, una *construcción de paz híbrida* donde los actores puedan interactuar y llegar a consensos, con el fin de obtener garantías para que el conflicto armado no vuelva a azotar a la población colombiana. En esta medida es importante que

la construcción de paz cuente con una estrategia política (Tschirgi, 2011, p. 2) capaz de apoyar las necesidades tanto de Gobierno, guerrilla, víctimas, y en general de toda la población involucrada en el conflicto, para así lograr que el proceso sea exitoso.

Pero la construcción de paz debe ir de la mano con la ampliación de la democracia. Para esto se debe abrir espacio dentro de la sociedad y el Estado a los diversos aportes de la insurgencia, sin constreñir los espacios de participación a lo que el modelo existente demanda. Se deben "[...] construir formas de organización social y política a la altura de los hombres" (Cortina, 1993, p. 19), que les abran la puerta para la participación deseada y evitar la reanudación de la confrontación armada, gracias a la consolidación de una democracia verdadera y sin olvidar que las personas son lo más importante, y las instituciones deben servirle a estas, contrariando el actual modelo de democracia neoconservadora (Mejía y Jiménez, 2006). De este modo se propondría la radicalización de la democracia. Si bien en este artículo muchas propuestas se encuentran escritas, en la realidad, nada está escrito y esa es la necesidad vinculada a la democracia. ¡Caminar y construir!

## Referencias

Almarales, A. (1986). La fuerza del Cambio: la unidad democrática, motor del cambio. Bogotá: La Gran Colombia.

Alzate, S. (1988). Guerra a la Guerra. Carlos Pizarro Leongómez entrevistado. Bogotá: Tiempo Presente.

Bateman, J. (1980). Jaime Bateman. Mensaje a los presos políticos. En: D. Villamizar (comp.), *Jaime Bateman: profeta de la paz* (pp. 73-85). Bogotá: Compaz.

Beltrán, P. (2009). Construyamos nación con paz. *Sí futuro. Revista de Cultura Política del Ejército de Liberación Nacional, 8*(9), 8-10. Recuperado de https://www.eln-voces.com/descargas/sifuturo/SF_009.pdf

Castro, G. (1996). *En Secreto.* Bogotá: Planeta.

Celis, L. (7 de julio de 2014). Origen, auge y declive de la segunda guerrilla del país. *El Espectador.* Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/paz/origen-auge-y-declive-de-segunda-guerrilla-del-pais-articulo-502305

Cortina, A. (1993). *Democracia radical y ética aplicada.* Madrid: Tecnos.

De Currea, V. (ed.). (2014). *¿Por qué negociar con el ELN?* Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

De Currea, V. (ed.). (2016). *Metiéndole pueblo a la paz.* Bogotá: Ántropos. Recuperado de https://www.las2orillas.co/wp-content/uploads/2016/06/Libro-Metiendole-pueblo-a-la-Paz.pdf

Detenidos del ELN, cárcel de Bellavista, Medellín (2014). Todo proceso educativo es un proceso político. En: V. De Currea (ed.), *¿Por qué negociar con el ELN?* (pp. 229-252). Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Donais, T. (2011). ¿Empoderamiento o imposición? Dilemas sobre la apropiación local en los procesos de construcción de paz posconflictos. *Relaciones Internacionales,* 16, 47-71. Recuperado de www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/download/268/233.pdf

ELN (Ejército de Liberación Nacional). (1965). Manifiesto de Simacota. *Cedema (Centro de Documentación de los Movimientos Armados)*. Recuperado de http://www.cedema.org/ver.php?id=3703

ELN (Ejército de Liberación Nacional). (2001). Planteamientos del ELN a la reunión del Comité Operativo Preparatorio de la Convención Nacional, En: Presidencia de la República de Colombia y Alto Comisionado para la Paz, *Hechos de paz: proceso de paz que adelanta el Gobierno nacional con el ELN, Reseña documental 1998-2001*. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz.

ELN (Ejército de Liberación Nacional). (2014). Pensamiento y camino de liberación. IV Congreso del Ejército de Liberación Nacional. *Sí futuro. Revista de Cultura Política del Ejército de Liberación Nacional, 12*(13), 48-53. Recuperado de https://www.eln-voces.com/descargas/sifuturo/sf_esp.pdf

ELN (Ejército de Liberación Nacional) Comando Central. (2000). Proceso de paz. Convención Nacional: una propuesta para la reconstrucción de la sociedad. *Mamacoca.* Recuperado de http://www.mamacoca.org/Compendio_regional/ELN.htm

Jaramillo, J. y Riaño, J. (2006). *La espada de Bolívar.* Medellín: ITM

Jimeno, R. (1984). Oiga Hermano. Entrevista con J. Bateman Cayón. *En M-19 testimonio histórico: Jaime Bateman*. Bogotá: Ediciones Macondo.

Laclau, E. y Mouffe, C. (1987). *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. Madrid: Siglo XXI. Recuperado de http://www.perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/laclau_ernesto_-_hegemonia_y_estrategia_socialista_pdf.pdf

Medina, C. (2010). *Farc-EP y ELN: una historia política comparada (1958-2006)* (tesis de doctorado) Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. Recuperado de www.bdigital.unal.edu.co/3556/1/469029.2010.pdf

Medina, C. (2014). *Farc-EP. Notas para una historia política, 1958-2007*. [Manuscrito no publicado]. Recuperado de http://www.cedema.org/uploads/Medina_Gallego-Notas.pdf

Mejía, O. y Jiménez, C. (2006). *Democracia radical, desobediencia civil y nuevas subjetividades políticas. Alternativas a la democracia neoconservadora de mercado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Meiksins, E. (2006). Estado, democracia y globalización. En A. Boron, J. Amadeo y S. González (comps.), *La teoría marxista hoy. Problemas y perspectivas.* (pp. 395-407). Buenos Aires: Clacso (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales).

Molano, A. y Ramírez, W. (s. f.). En este país un proyecto democrático es un proyecto revolucionario. Entrevista con J. Bateman Cayón. En: D. Villamizar (comp.), *Jaime Bateman: profeta de la paz* (pp. 156-159). Bogotá: Compaz.

Molano, A. (22 de agosto de 1983). Bateman habla de su muerte. *Semana.* Bogotá. Recuperado de http://www.semana.com/nacion/articulo/bateman-habla-de-su-muerte/3358-3

Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical.* Barcelona: Paidós. Recuperado de http://www.liderazgos-sxxi.com.ar/bibliografia/mouffe-chantal-el-retorno-de-lo-politico.pdf

Pizarro, E. (2004). *Una democracia asediada. Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia.* Bogotá: Norma.

Rodríguez, N. (2015). ELN. La resistencia y la lucha por la paz. (Editorial). *Revista Colombia Rebelde,* (10), 3-8. Recuperado de https://www.ELN-voces.com/index.php/revistas/colombia-rebelde/362-edicion-n-10

Tschirgi, N. (2011). Conflict, Education and Peacebuilding Converging Perspectives. *C&E. Conflict and Education-An Interdisciplinary Journal, 1*(1), 1-5. Recuperado de http://www.dmeforpeace.org/educateforpeace/wp-content/uploads/2014/06/052814_Conflict-Education-and-Peacebuilding_English.pdf

Vargas, A. (1995). *Política y armas al inicio del Frente Nacional.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Vargas, A. (1998). *Ensayos de paz en medio de una sociedad polarizada.* Bogotá: Almudena Editores.

Vargas, A. (2006). Guerra o solución negociada. ELN: origen, evolución y proceso de paz. Bogotá: Intermedio.

Vásquez, M. (2011). *Escrito para no morir. Bitácora de una militancia.* Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá. Recuperado de ciase.org/apc-aa-files/.../escrito-para-no-morir.-bitcora-de-una-militancia.pdf

Velandia, C. (2015). El ELN y la construcción de sus perfiles democráticos en 40 puntos. *Agencia Prensa Rural.* Recuperado de http://prensarural.org/spip/spip.php?article17900

Villamizar, D. (1995a). *Aquel 19 será.* Bogotá: Planeta.

Villamizar, D. (1995b). *Jaime Bateman: profeta de la Paz.* Bogotá: Compaz.

Villamizar, D. (1997). *Un adiós a la guerra: memoria histórica de los procesos de paz en Colombia.* Bogotá: Planeta.

# Reparación de víctimas en el sistema de la Corte Penal Internacional: obstáculos y deficiencias*

## *Victims' reparation under the International Criminal Court system: obstacles and shortcomings*

Semillero de investigación vinculado al grupo de investigación
Grupo de Estudios Penales, Conflicto y Política Criminal

**Jhojann Esteven Suárez Orjuela**
Departamento de Derecho
*jesuarezo@unal.edu.co*

**Carlos Ariel Bautista González**
Departamento de Derecho
*cabautistag@unal.edu.co*

**Nathalia Andrea Vásquez**
Departamento de Derecho
*navasquezo@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33468 "Reparación a víctimas en el marco de la Justicia Penal Internacional", dirigido por el profesor José Francisco Acuña Vizcaya.

**Resumen:** La reparación a las víctimas de crímenes internacionales por la Corte Penal Internacional ha sido un factor de balance entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa: asegura la aplicación de sanciones a los mayores responsables de crímenes internacionales, y, a la vez, se preocupa por garantizar los derechos de las víctimas, consagrados en instrumentos internacionales. Sin embargo, su labor en pro de las víctimas se ha encontrado con problemas procedimentales y económicos. Este artículo busca identificar la participación de las víctimas, las formas de reparación y la relación de la Corte con los Estados, con el fin de identificar sus obstáculos y deficiencias.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional, reparación, víctima, indemnización, complementariedad

**Abstract:** The reparation of the victims of international crimes by the International Criminal Court has been a factor of balance between retributive and restorative justice: the Court guarantees the imposition of punishment to mayor responsible of international crimes, taking in account the victims' rights established under international law instruments. Nevertheless, its stipulations pro victims has faced procedural and economic problems. This article aims to identify the participation of the victims, the different types of redress and the relation between the Court and the States, in order to identify its obstacles y deficiencies.

**Keywords:** International Criminal Court, reparation, victim, compensation, complementarity, redress

## Introducción

La Corte Penal Internacional (CPI) ha sido concebida como un órgano de carácter permanente, encargado de juzgar los más graves crímenes cometidos en contra de la humanidad. El principal objetivo de esta organización internacional es evitar la impunidad que, a lo largo de la historia, ha rodeado la comisión de los hechos más violentos y degradantes. Es en este escenario que la comunidad internacional pensó en la necesidad de crear un órgano capaz de superar los obstáculos que tribunales internacionales, como los de Ruanda y Yugoslavia, atravesaron a la hora de impartir justicia (Werle, 2011).

Con el ánimo de mejorar el sistema de justicia internacional, este nuevo órgano debía dar respuesta a las necesidades de los sujetos directamente dañados con los delitos sancionados: las víctimas que habían sido olvidadas en el pasado por los anteriores tribunales internacionales. En este sentido, se le dio a la víctima un papel central dentro del proceso penal, lo que representó un avance trascendental en cuanto a la protección de sus derechos, y abrió la puerta a toda una serie de interrogantes sobre la forma en que este modelo de justicia se iba a materializar.

Actualmente, los interrogantes siguen ahí y el temor de que los derechos de las víctimas no sean más que una ficción se ha visto respaldado por los hechos. Aun no se ha logrado poner en práctica el tan anhelado sistema de justicia en donde la víctima obtiene total satisfacción, y el propósito de la CPI en esta materia se ha visto desdibujado.

Actualmente, la participación y reparación de las víctimas se ha convertido en un elemento cuestionable en la justicia penal internacional, toda vez que la Corte, además de requerir la cooperación del Estado, debe conciliar sus procesos y el derecho a la reparación con lo ya señalado por tribunales regionales de derechos humanos, y ha de determinar el responsable de tal reparación (bien sea el condenado, el Fondo Fiduciario para las Víctimas o el propio Estado). Por ello, justicia y víctimas son dos palabras que se encuentran frecuentemente articuladas sin conceptos claros de sus significados y de las condiciones que hacen que estos puedan cambiar (Clarke, 2009, p. 20).

Es por esto que resulta necesario estudiar el proceso de reparación de las víctimas para hallar sus falencias, y de esta forma plantear alternativas que permitan un cumplimiento real de los fines para los que fue creada la CPI.

En este marco de ideas, esta investigación pretende responder la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las principales fallas del sistema de reparaciones de la Corte Penal Internacional que no permiten que sean satisfechos los derechos de las víctimas?

Al respecto, se considera que el sistema de reparaciones de la CPI tiene tres dificultades principales, que no han permitido que los derechos de las víctimas se vean satisfechos cabalmente.

En primer lugar, la competencia de este órgano se ha entendido como complementaria, puesto que la Corte es "complementaria a la jurisdicción penal nacional". Es decir que este órgano internacional interviene solo en el caso en que el Estado no tenga voluntad o capacidad de perseguir los crímenes para los cuales ella misma es competente (Amati, Costi, Caccamo, Fronza y Vallini, 2006). En otras palabras, "la Corte actuaría únicamente cuando los efectos domésticos no sean considerados genuinos a juicio de la Fiscalía de la Corte" (Daza, 2015, p. 95).

En consecuencia, la competencia de la Corte se ha visto reducida por el denominado "principio de complementariedad; puesto que, en principio, "es deber de todo Estado ejercer jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales" (Asamblea de los Estados parte, preámbulo, 17 de julio de 1998).

Así las cosas, la competencia de la Corte se restringe al juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. También se ve afectada su capacidad de ordenar la reparación a las víctimas objeto de estos hechos punibles, ya que la reparación será definida por el Estado y no por la Corte.

En segundo lugar, existe una falta de claridad en lo que debe ser entendido como "víctima" dentro del procedimiento de la CPI y, por ende, en el tema de la reparación. Por un lado, según el artículo 75 del Estatuto de Roma, "la Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes" (ONU, 1998). Mientras que en la regla 85 de las "Reglas de procedimiento y prueba" se consignó una definición de *víctimas:* "personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte" (Corte Penal Internacional [CPI], 2005, p. 30).

Por último, aun no existe claridad sobre la forma de reparación que más se adecua a las necesidades de las víctimas. Por un lado, se plantea la necesidad de otorgar reparaciones individuales, como forma de compensación particular que tiene en cuenta la situación individual del daño causado (Ambos, 2005); por otro, también se ha visto la necesidad de la implementación de reparaciones colectivas, como forma de reconstrucción del tejido social y de recuperación de la comunidad (Ambos, 2005).

En suma, el objetivo general de la interpretación propuesta es identificar cuáles son las principales fallas del sistema de reparaciones de la CPI que dificultan la satisfacción de los derechos de las víctimas. Para lograr ese fin, se han planteado los siguientes objetivos específicos: 1) analizar el concepto de *víctima* utilizado por la CPI a partir del texto normativo, la jurisprudencia y la dogmática del derecho; 2) estudiar las formas de reparación utilizadas por la Corte Penal Internacional a partir del texto normativo, la jurisprudencia y la dogmática del derecho; y 3) determinar si la forma en la que la CPI ha manejado las

categorías de víctima y la forma de reparación han contribuido a la dificultad de satisfacer los derechos de las víctimas.

La estructura del documento es la siguiente: 1) un sucinto recuento histórico de la evolución del derecho penal internacional (DPI), a través del establecimiento de diversos tribunales, que propiciaron la creación de la CPI; 2) el análisis del concepto de *víctima,* según el Estatuto de Roma, sus "Reglas de procedimiento y prueba", y la jurisprudencia de las salas de la CPI, con el objeto de determinar quiénes son los beneficiarios de las reparaciones que esta ordena; 3) el análisis de las formas de reparación a las víctimas, en su ámbito individual y colectivo, con el propósito de mostrar sus principales falencias; 4) la exposición del principio de complementariedad que constituye un obstáculo que impide la reparación a las víctimas; 4), por último, se finalizará con unas breves conclusiones.

## Evolución histórica del derecho penal internacional

Con el fin de identificar las principales fallas del sistema de reparaciones de la CPI, es menester realizar un breve recuento de la evolución del DPI, señalando las causas y fines que impulsaron este fenómeno jurídico, y resaltando cómo fue la participación de las víctimas, y su reparación. Esto nos permitirá identificar el origen de las instituciones jurídicas características de la CPI y la razón de su desarrollo evolutivo.

### Previo al tribunal de Núremberg

La primera referencia histórica de persecución a crímenes internacionales fue la *Comisión para determinar la responsabilidad de los autores de la guerra y para la ejecución de penas de 1919* creada durante la *Conferencia preliminar de paz en París de 1919,* y celebrada por los vencedores de la Primera Guerra Mundial. Por medio de esta se buscó determinar la responsabilidad del káiser alemán Guillermo II, así como de otros oficiales alemanes, y algunos turcos por la comisión de crímenes contra las leyes de la humanidad[1] (Bassiouni, 1999). Esto llevó a que el Pacto de Versalles estableciera la creación de un tribunal penal internacional *ad hoc* para juzgar al káiser por iniciar la guerra, así como un procedimiento para que el personal militar alemán pudiera ser perseguido por violar leyes y costumbres de guerra entre tribunales.

1 Este concepto hace referencia a una violación de la costumbre internacional de los pueblos civilizados, las leyes de la humanidad y los dictámenes de la conciencia pública, haciendo una fuerte referencia al derecho natural, siendo la alternativa adoptada por los aliados que les permitió sortear los desafíos del principio de legalidad del derecho penal. Este fue fundamento posterior de otros tribunales como el Tribunal de Núremberg (Bassiouni, 1999).

Esta comisión se encargó de determinar la responsabilidad de los autores de la guerra por medio de una investigación, así como una formulación de cargos a los responsables de esta (Schaack y Syle, 2007). Sin embargo, la intención de las potencias aliadas en este proceso no era procurar la justicia, sino utilizar los símbolos de la justicia para alcanzar sus metas políticas; por lo cual, no se adelantó ninguna acción como consecuencia de las imputaciones realizadas en contra de oficiales turcos, puesto que los Aliados estaban interesados en que Turquía contara con estabilidad, de tal forma que no fuera influenciada por la Revolución Bolchevique de 1917. Asimismo, nunca se realizó una imputación en contra del káiser Guillermo II y, debido a que este consiguió asilo en Países Bajos, las potencias perdieron interés en perseguirlo. A esto se sumaba el hecho de que la estabilidad de la República de Weimar se encontraba en estado de vulnerabilidad. En este contexto, los Aliados le solicitaron a Alemania acusar a un número limitado de criminales de guerra, lo que dio origen a los Juicios de Leipzig, satisfaciendo la demanda de justicia de los países aliados.

A partir de ello, Alemania adoptó la legislación necesaria para acusar a estos sujetos frente a la Corte Suprema de Leipzig, donde, de la lista inicial de 895 acusados, cuarenta y cinco fueron sometidos al proceso, pero solo doce fueron procesados penalmente. Por la naturaleza de este proceso, fundamentalmente político, no se buscó integrar a las víctimas en el proceso (Bassiouni, 1999).

### Tribunales de Núremberg y Tokio

Ambos tribunales fueron establecidos como resultado de la victoria de los aliados en la Segunda Guerra Mundial. El tribunal de Núremberg fue convenido en el Acuerdo de Londres, suscrito por las potencias vencedoras, en 1945, y es considerado como el acta de nacimiento del DPI. Este sostenía que los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad encontraban su fundamento punible directamente en el derecho internacional (Bassiouni, 1999). Esto representó un cambio en el enfoque adoptado en el derecho penal. El tribunal de Núremberg cuenta con el estatus de derecho internacional consuetudinario y sus tipos penales hacen parte del derecho penal internacional material (Werle, 2011).

La acusación de estos crímenes fue adelantada por la *Comisión de las Naciones Unidas para los crímenes de guerra,* instituida en 1942, la cual se encargó de recolectar pruebas sobre la perpetración de crímenes de guerra (Werle, 2011).

### Tribunales de Yugoslavia y Ruanda

Estos tribunales, creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas bajo sus facultades para garantizar la paz, buscaron hacer responsables a los causantes de las

serias violaciones al derecho internacional humanitario (DIH), cometidas tanto en la antigua Yugoslavia como en Ruanda (Bassiouni, 1999). Estos tribunales afrontaron serios problemas con respecto a su financiación y tuvieron inconvenientes —en especial el tribunal de Yugoslavia— en torno a la cooperación con los Estados en donde se adelantó la investigación (Bassiouni, 1999).

Asimismo, estos tribunales contemplaron la participación de las víctimas a título de testigos y se les dotó de mecanismos de protección. No obstante, ellas no contaron con acceso a las pruebas de los juicios, ni se les mantuvo informadas con respecto al desarrollo de los juicios. En materia de reparaciones no hubo directrices claras al respecto, anunciando la posibilidad de reparación, sin mencionar un procedimiento o el tipo de daños que cubrirían estas (Federación Internacional de Derechos Humanos [FIDH], 2007). Nuevamente, el foco de atención fue perseguir judicialmente a los responsables de los crímenes internacionales.

## Tribunales híbridos

Estos tribunales, creados por la comunidad internacional, en correlato con los Estados donde existen, han desarrollado distintas formas de interacción con las víctimas (Werle, 2011). La Corte Especial para Sierra Leona, en donde no se contempla el derecho de las víctimas a participar en el procedimiento, ni a reclamar, ni recibir reparaciones, solamente se les contempla a título de testigos y se prevé la posibilidad de que reciban apoyo y asesoría psicológica (FIDH, 2007). En las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya la protección a las víctimas se dio gracias a la legislación nacional, a la cual se debían remitir las cámaras; allí se contemplaba la posibilidad de que las víctimas participaran en el proceso como testigos, querellantes o parte civil (FIDH, 2007). Por otro lado, los Paneles Especiales para Crímenes Graves en Timor Oriental se inspiraron en el Estatuto de la CPI, por lo cual contempla una amplia participación y protección a las víctimas, igualmente, se establece un fondo fiduciario para implementar las reparaciones (FIDH, 2007). Por último, en los Paneles Internacionalizados en Kosovo se contempla la participación de las víctimas en todas las fases del procedimiento penal, incluido el derecho a llamar la atención sobre hechos o introducir pruebas (FIDH, 2007).

## Corte Penal Internacional

Por último, llega el Estatuto de Roma como un instrumento internacional que, por primera vez, se preocupa de manera prioritaria por alcanzar justicia, respetando el papel de las víctimas en este proceso (Werle, 2011). En este sentido, las víctimas tienen la oportunidad de presentar sus opiniones y observaciones ante la Corte, en todas las etapas del procedimiento, cuando sus intereses se vean afectados, y no se vulneren los derechos

de los acusados. Concretamente, en el Estatuto se regulan las oportunidades en que las víctimas pueden solicitar intervenir, el procedimiento para presentar observaciones, la forma de solicitar órdenes sobre la adopción de medidas específicas, el acceso a documentos y a las audiencias cerradas.

Por último, se contempla una serie de reparaciones y el procedimiento para acceder a ellas, esto, ayudado por la creación del Fondo Fiduciario en beneficio de las Víctimas.

A partir de estos elementos, se analizarán, desde un punto de vista cualitativo, las principales fallas de la CPI al momento de reparar a las víctimas.

Para este efecto, se consultarán fuentes teórico-doctrinales pertinentes para la investigación, y se estudiará la jurisprudencia más relevante de la CPI.

## Concepción ontológica de "víctima" para la Corte Penal Internacional

Según el artículo 75 del Estatuto de Roma,

> La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las *víctimas* o a sus *causahabientes*. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las *víctimas* o a sus *causahabientes,* indicando los principios en que se funda". (ONU, 1998) (cursivas nuestras)

Además, según el artículo 79 del mismo estatuto, "la Asamblea de los Estados Partes establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las *víctimas* de crímenes de la competencia de la Corte y *de sus familias*". (cursivas nuestras). Con base en los artículos 75 y 79 del Estatuto se desprende la intención de la Asamblea de brindar una reparación adecuada a las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte. Sin embargo, una de las principales fallas dentro del sistema de la CPI es la falta de certeza del término *víctima.* Aunque los artículos citados anteriormente tengan como intención la reparación de las víctimas, no definen este concepto. Entonces ¿qué se entiende por *víctima*?, ¿quiénes son víctimas?

Siendo así, en este capítulo se esbozarán las diferentes nociones del término *víctima,* para brindar claridad de quiénes serán las personas beneficiarias de las reparaciones establecidas por la CPI.

Para comenzar, la regla 85, literales a y b, de las "Reglas de procedimiento y prueba" de la CPI brinda dos definiciones del concepto *víctima:*

> Regla 85
> Definición de víctimas
> Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:
> a. Por "víctimas" se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;
> b. Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios. (CPI, 2005, p. 30)

De esta manera, las "Reglas de procedimiento y prueba" permiten concebir como *víctima* tanto a las personas naturales, como a las personas jurídicas. Es esta una notable diferencia con el concepto de *víctima* del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el cual "queda acotada a las personas físicas y no incluye a las personas jurídicas" (Olásolo, 2015, p. 132).

Sin embargo, en la definición de *víctima* brindada por el artículo 85, literal a, de las "Reglas de procedimiento y prueba" no se determina la causalidad del daño sufrido por las personas para que sean tenidas como víctimas: este daño puede ocurrir como resultado directo de la comisión del delito, pero también como resultado indirecto de la comisión del crimen.

Siendo así, es posible la existencia de personas que sufrieron un daño directo causado por la comisión del delito, como también es posible la existencia de personas que sufrieron un daño causado indirectamente por el hecho punible. Las primeras pueden ser entendidas como "víctimas directas" y las segundas como "víctimas indirectas" (Martínez, 2014).

Esta clasificación se sostuvo en el caso *The prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo,* citado por López (2013), en el cual "la Sala de Primera Instancia de la CPI consideró a Thomas Lubanga Dyilo culpable del crimen de guerra de reclutamiento o alistamiento de niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos, y utilizarlos para participar activamente en hostilidades" (pp. 209-210).

En el mencionado caso, la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional (SPI) se refirió al contenido del artículo 85 de las "Reglas de procedimiento y prueba". En esa ocasión, la sala adoptó el concepto amplio de "víctima" establecido en el artículo citado, interpretando que las reparaciones "pueden ser concedidas a víctimas directas e indirectas, incluidos los familiares de las víctimas directas y otras personas, independientemente de si participaron o no en los procedimientos judiciales" (Martínez, 2014, p. 355).

En consecuencia, en ese caso, la sala estableció unos criterios para determinar quién es una "víctima indirecta". El primer criterio es determinar si existía una relación

personal estrecha entre la posible víctima indirecta y la víctima directa; como, por ejemplo, la relación entre un niño soldado y sus padres. El segundo criterio incluye a las personas que sufrieron daños al ayudar o intervenir en nombre de las víctimas directas, quienes trataron de impedir la comisión de uno o más delitos juzgados, y las que hayan sufrido daños personales como resultado de esos delitos (Martínez, 2014).

En síntesis, para la SPI los beneficiarios son tanto las víctimas directas, como las indirectas, incluyendo a la familia y a aquellas personas que hubieran sufrido un daño cuando ayudaban o intervenían en nombre de las víctimas, así como a las personas jurídicas. En este punto, según expone López (2013), la Sala se acogió plenamente al concepto amplio de *víctima* recogido tanto en el Principio 8 de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas* de 2005, como en la jurisprudencia[2] de los tribunales regionales de derechos humanos.

Sin embargo, la sentencia de la SPI fue apelada por Thomas Lubanba y en el trámite del recurso la Sala de Apelaciones de la CPI tuvo una consideración similar sobre el concepto de "víctima", dejando algunas consideraciones particulares sobre la "víctima indirecta".

Al respecto, la Sala de Apelaciones sostuvo que para considerar "víctima" a las personas naturales, estas deben haber sufrido un daño directamente conectado con el delito imputado (Olásolo y Kiss, 2010). "La única excepción a ello se ha aceptado frente a quienes puedan demostrar *prima facie* haber sufrido daños cuando intentaban: 1) prevenir la comisión del delito; 2) poner fin al delito; o 3) ayudar a las víctimas directas del delito" (Olásolo, 2015, p. 12). En este asunto parece concordar con la SPI, no obstante, la Sala de Apelaciones hace la siguiente aclaración:

> La cuestión que debe determinarse es si el daño sufrido es personal al individuo. Si lo es, puede vincularse tanto con las víctimas directas como con las indirectas. La determinación de si una persona ha sufrido un daño como resultado de un crimen comprendido en la competencia de la Corte o no, y, por consiguiente, si es una víctima ante la Corte o no, tendrá que hacerse a la luz de las circunstancias particulares. (Olásolo y Kiss, 2010, p. 12)

Además, la Sala de Apelaciones establece una última regla: están excluidos de la categoría de "víctimas indirectas" quienes hubieran sufrido daños como resultado de una conducta (subsiguiente) de las víctimas directas (CPI, 2009).

---

2 Baste citar a este respecto, a título ejemplificativo, el caso *Almeida de Quinteros c. Uruguay* (15 de octubre de 1982), en el que el Comité de Derechos Humanos consideró que la madre de la desaparecida fue también víctima de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes sufridos directamente por la hija (López, 2005).

Así, en el caso Lubanga, las víctimas indirectas se circunscribieron a aquellas cuyos daños estuvieron vinculados a los daños sufridos por los niños afectados por los delitos confirmados (al acusado Lubanga) y no abarca aquellas cuyo daño hubiese estado vinculado a cualquier conducta posterior, sea o no delictiva, cometida por esos niños (Olásolo y Kiss, 2010).

En conclusión, ha sido la CPI, a través de sus salas, la que ha delimitado el concepto de *víctima,* aparentemete ambiguo en las "Reglas de procedimiento y prueba". Para ello, estableció algunas reglas jurisprudenciales esbozadas anteriormente. Sin embargo, como la misma Sala de Apelaciones lo sostuvo: para que una persona sea considerada como víctima o no ante la Corte, tendrá que hacerse a la luz de las circunstancias particulares. Esto porque la Corte aclaró el alcance del término *víctima,* pero para el caso particular de Lubanga, los niños soldados, sus familiares y las víctimas de los niños soldados; por ello, el término continúa abierto para otros casos, cuyas características particulares hagan replantearse el concepto de "víctima directa e indirecta".

## Formas de reparación a víctimas

Como se mencionó anteriormente, la aplicación del DPI ha cambiado con el tiempo, materializándose en el Estatuto de Roma, el cual da nacimiento a la Corte Penal Internacional, y a un fuerte énfasis en la reparación de víctimas de actos ilícitos que lesionan gravemente los derechos humanos y el DIH.

El principio fundamental del derecho que guía la reparación a las víctimas, presente en los ordenamientos jurídicos nacionales y adoptado por el derecho internacional fue definido por la Corte Permanente de Justicia Internacional, la cual sostuvo en el caso de la fábrica en Chorzów, citado por Zegveld (2010), que:

> el principio esencial contenido en la noción actual de acto ilícito —principio que parece ser establecido por la práctica jurídica internacional y en particular de las decisiones de los tribunales arbitrales— es que la reparación debe, hasta donde sea posible, erradicar todas las consecuencias del acto ilícito y reestablecer la situación que debería, más probablemente, haber existido si tal acto no se hubiera cometido. (p. 82)

Este principio es aplicable tanto a la relación jurídica entre los Estados, como a la existente entre los Estados y los individuos, en especial, en los casos en los que se involucra la violación del DIH y de los derechos humanos.

El derecho a la reparación es un derecho secundario, exigible en la medida en que se violan los derechos de una persona protegida por el DIH, de tal forma que la reparación

de las víctimas debe analizarse con base en el derecho del que emana (Moffett, 2013). Por otra parte, el campo de los derechos humanos es el campo principal donde los sujetos individuales gozan de la reparación de sus derechos cuando estos han sido violados, como lo demuestra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), las cuales adoptan principios contemporáneos del derecho internacional con respecto a la responsabilidad de los Estados. Bajo el DIH, los Estados han sido reacios a aceptar de manera explícita y general los derechos de las víctimas de violaciones a las normas humanitarias, siendo estas normas aplicables principalmente para las partes involucradas en un conflicto. No obstante, de esta violación a normas humanitarias, puede nacer una nueva consideración de derecho.

Esta última interpretación guía los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", adoptados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 16 de diciembre de 2005, por medio de la Resolución 60/147. Dichos principios sostienen una reparación adecuada, efectiva y rápida que busca promover la justicia y remediar las manifestas violaciones al DIH y de los derechos humanos, por lo que contemplan los derechos de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Esta interpretación, históricamente utilizada en la relación sujeto-Estado, ahora es aplicable también entre los individuos con el surgimiento del DIH, y la forma de responsabilidad adoptada por la CPI para tratar los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad cometidos por los individuos. Así, un sujeto no sería responsable solo de violentar la comunidad internacional, sino también de causar daño a los bienes protegidos por las normas internacionales. La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI ha sostenido, en contraste con el desarrollo del DPI, en referencia a las reparaciones, que estas "no son solo uno de los elementos únicos del Estatuto, sino también es uno de sus elementos claves [...] el éxito de la Corte está, hasta cierto punto, conectado con el éxito del sistema de reparaciones" (Moffett, 2013, p. 368).

De esto último se puede deducir que el criterio adoptado por la Corte no es únicamente retributivo, sino fundamentalmente restaurativo, en cuando son las víctimas, y no el derecho, el criterio central de justicia adoptado por esta. Sin embargo, esta cuestión no es pacífica y es causa de los actuales problemas jurídicos que afronta la reparación de víctimas.

Como se mencionó anteriormente, la participación de las víctimas —y los derechos que estas han recibido— en los tribunales penales internacionales previos a la CPI ha sido poca, cuando no nula. Estos tribunales previos buscaban determinar la responsa-

bilidad penal individual del sujeto, dejando por fuera de la normatividad la facultad de los jueces de analizar los daños cometidos por los perseguidos penalmente. El Consejo de Seguridad de la ONU sostuvo, en referencia al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en su resolución 827 de 1993, citada por Zegveld (2010), que "el trabajo del Tribunal Internacional debe continuar sin ningún perjuicio al derecho de las víctimas de perseguir, por los medios apropiados, la indemnización por los caños ocurridos como resultado de la violación del derecho internacional humanitario". (p. 88), con lo cual deja esta materia a las cortes nacionales u otros instrumentos jurídicos. Así se dejaba en el limbo el desarrollo de la justicia. En palabras de Theodor Meron, entonces presidente del tribunal de Yugoslavia:

> El fracaso de ubicar adecuadamente el asunto (de las reparaciones) constituye un bajón en la administración de justicia para las víctimas de la ex Yugoslavia. El tribunal no puede, a través de la interpretación de sus fallos únicamente, traer paz y reconciliación a la región: otras medidas deben complementar los juicios si lo que se busca es la paz duradera, y uno de los remedios debe ser la reparación adecuada del sufrimiento de las víctimas. (Moffett, 2015, p. 283)

Por el contrario, el Estatuto de Roma estableció directamente que las víctimas pudieran solicitar reparación de índole privada en un tribunal internacional, persiguiendo al convicto. Para tal materia, el artículo 75 del Estatuto sostiene que las víctimas tienen el derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación. Para tal labor, se consagró la creación el Fondo Fiduciario de la Corte Penal Internacional, con el fin de reparar a las víctimas y sus familias, el cual ha asumido labores legales y humanitarias, que deben distinguirse unas de las otras.

El régimen de reparaciones establecido para la CPI se haya en los artículos 75 y 79 del Estatuto de Roma. El primero de estos artículos sostiene que los principios aplicables a la restitución, indemnización y rehabilitación deberán ser definidos por la Corte. Asimismo, establece que esta podrá dictar una decisión directamente contra el condenado cuando sea necesario, incluida la reparación adecuada para las víctimas, indicando cuándo deberá hacerse por medio del Fondo Fiduciario.

El artículo 75 estipula, además, no solo un conjunto de principios, sino también el rol de las víctimas en el proceso, cuáles deben ser las formas de reparación y las formas de cooperación con los Estados. Con ello se dota a la Corte de flexibilidad para determinar la reparación. Adicionalmente, la Corte cuenta con la capacidad de perseguir los bienes de los condenados con la colaboración de los Estados.

Por su parte, el artículo 79 regula el Fondo Fiduciario en beneficio de las Víctimas, el cual se encarga de aportar la reparación que defina la Corte, recibe dinero y propiedades

de los perseguidos a orden de la Corte, y complementa los fondos con los recursos con los que cuente cuando el responsable no colabore o no disponga de los fondos necesarios. Además según la norma, este fondo debe velar por el bienestar de las víctimas, por medio de rehabilitación física y psicológica, así como también apoyo material para estas. Finalmente, dicho artículo establece que este fondo trabajará en función de las víctimas y de sus familias y que los recursos recibidos por la Corte se transfieran al Fondo.

## Tipos de reparación

La Corte Penal Internacional, por medio de las "Reglas de procedimiento y prueba", en su artículo 78, establece dos tipos de reparación distintos: la reparación individual y la reparación colectiva. Estipula, además, que se deberán realizar pagos directamente a las víctimas, por medio de la Corte y, cuando esto no sea posible, por medio del Fondo Fiduciario. También contempla la posibilidad de que se haga un pago colectivo cuando el número de víctimas, el alcance, las formas, y las modalidades de reparación la hagan más aconsejable.

### Reparación individual

Teniendo en cuenta esto, las reparaciones individuales aplican en casos donde existen pocas víctimas es fácil determinar las categorías de víctimas, lo cual hace inadecuadas las reparaciones colectivas. Lo anterior va de la mano con el hecho de que este tipo de reparaciones suele entenderse como reparaciones monetarias, en donde hay que determinar el monto y la naturaleza de los daños, con el fin de reparar el daño específico, que, como se dijo anteriormente, debe ser causado por la conducta del condenado ante la Corte (Åberg, 2014).

De acuerdo con la Resolución ICC-ASP-4-32-Res.3 del 3 de diciembre del 2005 de la CPI, citada por Keller (2007), la Corte deberá ordenar la reparación de las víctimas por medio del Fondo Fiduciario, donde su secretario preparará un plan que cuente con la naturaleza y el alcance de las reparaciones con base en los crímenes, los daños causados y las pruebas existentes, así como también la localización de las víctimas. Si la Corte ha identificado a las víctimas, el Fondo deberá especificar los métodos de distribución. De lo contrario, el Fondo debe proponer una lista de opciones recurriendo a información demográfica o estadística (Keller, 2007, p. 207).

La Sala de Cuestiones Preliminares I ha sostenido, en relación con el caso de la República Democrática del Congo (ICC-01/04, 7 de agosto de 2012), que se deben determinar cuatro criterios, con base en la regla de procedimiento y prueba 85, para considerar a las víctimas: ¿son personas naturales? ¿han sufrido un daño? ¿los crímenes se

encuentran bajo la jurisdicción de la Corte? y ¿hay un nexo causal entre los crímenes y los daños sufridos? Además, las víctimas tienen que solicitar la reparación, incluyendo información con respecto al daño y evidencia del daño de ser posible, información del incidente y del responsable de este de ser posible, y su exigencia de reparación, indemnización, rehabilitación o alguna otra forma de reparación.

Los desafíos de la reparación directa giran en torno a la identificación de las víctimas, donde se deberá recurrir a criterios temporales y geográficos, como también los recursos con los que cuenta el Fondo Fiduciario. Como se expondrá más adelante, los Estados no están obligados a contribuir económicamente a la reparación, y los acusados no siempre cuentan con los recursos para ejecutar la reparación, por lo que el Fondo tiene que recurrir a los aportes voluntarios recibidos por los Estados partes. Lo anterior genera que se prioricen los recursos entre las víctimas de distintos daños, con lo que pueden ocasionar conflictos entre las víctimas y dañar sus expectativas con respecto a la reparación.

## Reparación colectiva

A partir de la observación de las necesidades de las víctimas, ha surgido, alrededor del mundo y a partir de la jurisprudencia internacional, la posibilidad de resarcir el daño de un grupo teniendo en cuenta la afectación del mismo como tal.

En este sentido, se ha creado la noción de reparación colectiva como un mecanismo adecuado para satisfacer los derechos de quienes, más allá de haber visto afectada su esfera individual, han sido dañados desde su dimensión colectiva de comunidad.

En la doctrina se han desarrollado varias definiciones del concepto de reparación colectiva. Una de estas, formulada por Heidy Rombouts hace referencia al "beneficio a un sujeto colectivo con el objetivo de resarcir el daño colectivo causado como consecuencia de la violación de derechos humanos amparados por las leyes internacionales" (Rombouts, 2004, citada por Organización Internacional para las Migraciones [OMI], 2004, p. 32). Igualmente, autores como Friedrich Rosenfeld (2010) proponen como elementos especiales de la reparación colectiva la existencia de un colectivo, definido como tal, y la consideración de un daño colectivo (pp. 733-734). Por otro lado, existen visiones un poco más institucionales como la de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), en el caso colombiano, citada por Catalina Díaz (2009), en donde se define la reparación colectiva como:

> [las] acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia. (p. 146)

Como es evidente, la mayor parte de la conceptualización doctrinaria de la reparación colectiva exige la existencia de un sujeto colectivo destinatario de la compensación o resarcimiento, pero este requisito trae consigo una serie de problemas a definir. Por un lado, surge la pregunta sobre qué tipo de colectivo se va a beneficiar: ¿es uno reconocido con anterioridad a la violación de derechos humanos? o ¿un colectivo que surge a partir de la violación de derechos humanos? Por otro lado, también cabe preguntarse ¿quién debe reconocer dicho colectivo? Estos son cuestionamientos trascendentales si se tiene en cuenta que la forma en que sean respondidos tendrá una repercusión importante para las víctimas que exigen reparación.

Al respecto, autores como Díaz (2009) han analizado las posibilidades de definición del colectivo destinatario de reparación a partir de casos particulares como el de Marruecos y de Perú. Para ella, se debe tener en cuenta que la decisión de quiénes van a ser víctimas colectivas es una apuesta política que demuestra el compromiso del Estado o de la organización internacional con la satisfacción plena e integral de los derechos de las personas afectadas por delitos internacionales.

Teniendo esto en mente, es difícil definir qué tipo de colectivo es el que debe verse beneficiado con la reparación. Sin embargo, hay que valorar las particularidades de cada caso, para no llegar a establecer una generalización que desconozca situaciones concretas que revistan un carácter especial. Entonces, la pregunta de si el colectivo debe preexistir o no a la violación puede ser respondida solamente de manera parcial, brindando argumentos que en uno u otro caso puedan fundamentar la decisión tomada.

Por un lado, es necesaria la preexistencia del sujeto colectivo, ya que si no hay una identidad previa de comunidad, muy difícilmente las personas pertenecientes a ella se van a sentir vulneradas como colectivo. Es decir, no se va a considerar la existencia de un daño colectivo si no hay una previa noción de dicho colectivo.

> Puede decirse que el sujeto colectivo es un grupo que dispone de "unidad de sentido", diferente de la mera suma de los individuos que conforman el grupo, con un proyecto colectivo identitario. Cuando el sujeto colectivo antecede las violaciones de los derechos humanos de que se trata, justamente por su carácter de sujeto colectivo, podría pensarse que experimenta daños de naturaleza colectivo. (Díaz, 2009, p. 161)

Por otro lado, no puede descartarse la posibilidad de que, a raíz de una violación sistemática y masiva de derechos individuales, surja una colectividad consolidada sobre la base de un daño común. Un ejemplo de esto es la Asociación Caminos de la Esperanza Madres de la Candelaria de Colombia, una organización de víctimas en donde un grupo de mujeres formó un colectivo a partir de la búsqueda común de justicia derivada de la desaparición forzada de sus hijos.

Sin embargo, a pesar de la existencia de casos concretos en los que la colectividad ha sido construida a partir del daño, en la mayoría de los casos, como el de Marruecos y Perú, no se ha considerado viable implementar una reparación colectiva a partir de la acumulación de reparaciones individuales (Díaz, 2009, p. 180).

Con base en esto, la autoreferenciación del grupo como colectivo parece ser que el criterio más sensato a la hora de decidir sobre la clase de colectivo que va a ser beneficiado con la reparación. De esta forma se estaría respetando el sentido de identidad de las víctimas y, al mismo tiempo, se estaría evitando la frustración de los grupos que no se sienten como una colectividad. Esta resultaría ser la mejor forma de tomar en cuenta el sentir de las víctimas para la satisfacción de sus derechos, ya que solamente quienes se identifiquen y sientan colectivo podrán gozar de las formas de reparación destinadas a reconstruir el tejido social que sienten vulnerado (Díaz, 2009).

Ahora bien, a partir de la decisión sobre qué tipo de colectivo se debe reparar, hay que determinar qué violaciones a derechos colectivos van a ser tenidos en cuenta para definir la población destinataria de las medidas reparadoras. En este punto Díaz (2009) identifica tres variables a analizar:

1. La violación de derechos individuales de miembros del colectivo de manera masiva o sistemática.
2. La violación de derechos individuales de miembros del colectivo con consecuencias en el colectivo (el asesinato o desaparición de autoridades religiosas, judiciales o de gobierno tradicionales, por ejemplo).
3. La violación de derechos colectivos. (p. 168)

No obstante, la Corte IDH ha desarrollado el concepto de "la dimensión colectiva del daño", según el cual una violación individual puede tener como consecuencia una violación colectiva, en tanto se transgrede un imaginario cultural colectivo. Un ejemplo de esto es el *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*[3] (Corte IDH, Sentencia del 19 de noviembre) que es referenciada por Díaz (2009):

> En el caso de la Masacre de Plan de Sánchez, para determinar el daño moral sufrido por las víctimas de la masacre, la Corte tuvo en cuenta varios aspectos colectivos del daño: el hecho de que los sobrevivientes no hayan podido enterrar a los muertos de acuerdo con los rituales funerarios de la comunidad; el significado especial de dichos rituales en la cultura maya y el daño sufrido por las víctimas con el irrespeto de dichos rituales;

3 En esta masacre resultaron como "víctimas 268 personas [...], en su mayoría miembros del pueblo indígena maya en la aldea Plan de Sánchez, Municipio de Rabinal, Departamento de Baja Verapaz, ejecutada por miembros del Ejército de Guatemala y colaboradores civiles, bajo tutela del ejército, el día domingo 18 de julio de 1982" (Corte IDH, Sentencia del 29 de abril del 2004, p. 2).

> el hecho de que la estructura tradicional de gobierno maya se haya reemplazado por un sistema de control militar. (p. 169)

Este concepto lleva inmersa la noción de la preexistencia del colectivo como tal, ya que solo de esta forma se podrá hablar de una cultura establecida y un imaginario colectivo que se puede ver vulnerado a partir de algunos hechos individuales concretos.

A partir de este tipo de discusiones se puede desarrollar una serie de argumentos a favor y en contra de las reparaciones colectivas, teniendo en cuenta, como se mencionó anteriormente, que la decisión de optar por una u otra debe estar sobre todo fundamentada en las particularidades del caso concreto.

Las reparaciones colectivas tienen una dimensión positiva desde el punto de vista de la reconstrucción del tejido social, en donde la víctima tiene la posibilidad de volver a ejercer su rol dentro de la comunidad con dignidad. De acuerdo a autores como Pablo Galain Palermo (2014), "en situaciones de extrema gravedad, la reparación colectiva cumple con una función reintegradora de las víctimas en relación con su rol en el seno de una comunidad y puede colaborar con la pacificación social" (p. 403). De modo que aquí cobra sentido la necesidad de preexistencia de la colectividad, dado que, sin esta, la víctima no tiene la necesidad de volver a ser parte de un entramado de relaciones determinadas dentro de la comunidad.

Adicionalmente, esta forma de reparación resulta mucho más sencilla de implementar en la medida en que cobija a la mayor cantidad de víctimas, sin hacer necesaria su participación procesal que en muchos casos puede llegar a ser tediosa. Esto, teniendo en cuenta que la mayoría de las veces se está ante la comisión de crímenes masivos y continuados, como la desaparición forzada, que hace del estatus de víctima un estado permanente que muy difícilmente puede llegar a ser totalmente resarcido de forma individual. En este aspecto, la reparación colectiva también está estrechamente relacionada con la verdad y el acceso a la justicia, las cuales configuran reparaciones simbólicas que benefician a la comunidad en general.

Para Galain Palermo (2014) y para la misma CPI, la justicia, materializada en la sentencia proferida por un tribunal que declara la responsabilidad de los autores del crimen, es una forma simbólica de reparación colectiva, toda vez que la víctima puede sentir que su daño es reconocido y reprochado por una autoridad. Sin embargo, "la frontera entre justicia y reparación tiene que estar muy bien delineada para que una no aparezca como compensación por la ausencia de la otra" (Galain, 2014, p. 412). No puede perderse de vista que este tipo de reparación no debe ser la única entregada a las víctimas de crímenes atroces, sino que debe ser el comienzo del resarcimiento material y simbólico del que van a ser beneficiarias.

Otro punto a favor de la reparación colectiva tiene que ver con la noción de justicia restaurativa en donde el resarcimiento va más allá de la relación víctima-victimario, y se centra más bien en la totalidad de relaciones involucradas. Así, teniendo en cuenta que "los autores de estos crímenes generalmente son funcionarios estatales que actúan ubicados en puestos de mando en estructuras piramidales de poder" (Galain, 2014, p. 413), el nexo entre autor y víctima se hace demasiado abstracto, ocasionando una despersonalización de la imagen del sujeto afectado; esto imposibilita una adecuada reparación individual, toda vez que, en el imaginario de la persona dañada no existe este nexo de causalidad mediato con el cual se juzgan este tipo de crímenes, dejando la sensación de que no se ha hecho justicia con el verdadero victimario (Galain, 2014). Esto genera una insatisfacción de sus derechos, de manera que, en este ámbito, la reparación colectiva aparece como un instrumento capaz de garantizar simbólicamente los derechos de las víctimas, teniendo en cuenta, sobre todo, la satisfacción de su dignidad. Este es uno de los principios que se debe seguir en la materia, de acuerdo con los pronunciamientos de la CPI en el caso Lubanga (Bustos, 2013).

Por último, vale la pena poner en consideración algunos argumentos en contra de la reparación colectiva como instrumento adecuado para la satisfacción de los derechos de las víctimas. En este punto, la sentencia de la CPI en el caso Lubanga ofrece un buen punto de vista. La defensa de este caso se opuso de forma rotunda al otorgamiento de reparaciones colectivas, ya que, de acuerdo a sus consideraciones, la competencia de la CPI se limita a otorgar reparación de conformidad con los cargos en contra del acusado. En este sentido, una reparación colectiva implicaría el otorgamiento de un beneficio a personas que han sido víctimas de crímenes por los cuales el acusado no ha sido declarado culpable (Aponte, 2014).

Por otro lado, existe un ejemplo mucho más cercano que muestra argumentos en contra del otorgamiento de reparaciones colectivas. Se trata de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el caso El Alemán, en donde no se concedió "la reparación colectiva material a las víctimas del reclutamiento forzado porque ese reclutamiento en el mismo grupo paramilitar no justificaba tratarlos como una colectividad. El Tribunal determinó que sus experiencias individuales y el impacto sobre ellas no fue el mismo" (Aponte, 2014, p. 449). De modo que es razonable afirmar que, en algunos contextos y sin ánimo de generalizar, la reparación colectiva, lejos de satisfacer a cabalidad los derechos de las víctimas, teje un aro de insatisfacción, en la medida en que equipara el sufrimiento de los sujetos y les da un resarcimiento igual a todos, olvidando que la experiencia victimizante es diferente en cada uno de ellos.

La materialización de todas estas consideraciones puede ser vista en la sentencia contra Tomas Lubanga, en donde la CPI decidió otorgar reparaciones colectivas a las víctimas

del crimen de alistamiento y reclutamiento de menores (CPI, ICC-01/04-01/06, 2012). Para llegar a esta determinación el tribunal tuvo principalmente criterios económicos, ya que Lubanga fue declarado en estado de indigencia y el Fondo Fiduciario no contaba con los recursos suficientes para otorgar reparaciones individuales. Sin embargo, a pesar de que los fundamentos principales de la Corte no estuvieron dirigidos al estatus colectivo o a la dimensión colectiva del daño de las víctimas, materialmente el tipo de reparación otorgada sí implicó la adopción de una decisión a favor de la colectividad, beneficiando de esta manera a las víctimas que no habían sido consideradas dentro de la sentencia por los delitos sexuales cometidos en este caso (Galain, 2014).

De esta forma, los jueces de la CPI han admitido que los programas de reparación consideren las necesidades de todas las víctimas, y no solo las necesidades de las víctimas que se apersonan del procedimiento penal y solicitan la reparación. La CPI parece adoptar un criterio colectivo de reparación que no excluye la reparación individual o grupal, posiblemente para evitar "tensiones y divisiones al interno de los grupos de víctimas" (Galain, 2014, p. 419).

Para concluir, es importante señalar que la reparación colectiva es un mecanismo que completa y hace más efectiva la reparación individual, en lugar de excluirla; toda vez que se presenta como un instrumento que, más allá de resarcir el daño de cada persona a partir de su vivencia particular, reconstruye el sentido de comunidad de un grupo, rescatando los valores colectivos perdidos y entretejiendo las relaciones que se deterioraron a causa del crimen. Esto, logra tener un efecto sanador en el imaginario de las personas, como un primer paso para olvidar las atrocidades provocadas, y perdonar a quienes las cometieron —movidos por idearios equívocos, germinados tal vez en desigualdad social o fallas estructurales de la misma comunidad—. Esta es una forma de enviar un mensaje simbólico a las víctimas para que no pierdan la esperanza de rehacer su vida en comunidad.

## El principio de complementariedad para la Corte Penal Internacional

Inicialmente, debido a la redacción del artículo 75 del Estatuto, no se puede deducir que un Estado esté obligado a reparar los crímenes cometidos bajo la jurisdicción de la Corte. El Estado es únicamente responsable por los crímenes que involucran acciones o infracciones de los Estados, de tal forma que los recursos con los que cuenta el Fondo Fiduciario derivan de aquellos que hayan causado los actos ilícitos, así como también los recursos provenientes de donaciones voluntarias de gobiernos, organizaciones interna-

cionales, individuos y demás entes, así como también de los dineros recaudados a títulos de multas.

Esto se debe a que, durante las negociaciones para crear el Estatuto de Roma, se presentaron dos posturas distintas (Moffett, 2013). Por un lado, los Estados consideraban que la función de la Corte debía ser eminentemente penal, dejando por fuera el ámbito de la reparación civil, por su parte, las organizaciones no gubernamentales consideraban que se debía satisfacer la necesidad de justicia de las víctimas por medio de la reparación. De tal forma que la redacción final del artículo no involucró directamente la responsabilidad de los Estados, pero sí el deber de los mismos de contribuir con la persecución de los bienes de los procesados. Esto por medio de lo dispuesto en el artículo 75 del Estatuto de Roma, así como también por el artículo 49 del I Convenio de Ginebra, el cual reza que los Estados tienen la obligación de establecer sanciones adecuadas para sancionar las infracciones del Convenio, así como también buscar a los responsables de estas y hacerlas comparecer a los tribunales con la jurisdicción para juzgarlos, tanto en su Estado como en cualquier Estado parte que así lo solicite (Comité Internacional de la Cruz Roja, [CICR], 1949, p. 55).

Por tal motivo, la responsabilidad penal recae fundamentalmente sobre los individuos, personas naturales, quienes tienen el deber de asumir la reparacion de los crímenes internacionales que cometan por medio de su patrimonio, eximiéndose así a los Estados de tales responsabilidades. Por ello, la Corte, en principio, solo podría perseguir a un Estado cuando este cometiere un acto ilícito, de tal forma que su acción o su omisión en sí mismas son un hecho contrario al derecho internacional. Un Estado no es responsable de las conductas cometidas dentro de su jurisdicción, siendo así responsable únicamente cuando no protege a sus ciudadanos de agentes criminales o cuando falla en investigar, perseguir y castigar a los que cometen los crímenes internacionales, permitiendo así que haya impunidad (Moffett, 2013, p. 379).

Teniendo en cuenta lo anterior, el papel poco protagónico que asume internacionalmente el Estado no contribuye lo suficiente al financiamiento del Fondo Fiduciario, así como tampoco lo responsabiliza de otros tipos de acciones de una manera determinante. No obstante, como lo establece el I Convenio de Ginebra, es responsabilidad primaria de los Estados garantizar la protección de los individuos frente a crímenes internacionales, así como la reparacion de las víctimas de los estos, lo que, sumado al hecho de que los crímenes internacionales son por su naturaleza generales y sistemáticos, ha llevado a plantear en el DIH que de los crímenes se deriva una responsabilidad dual con respecto al Estado y a los victimarios: el primero por su incapacidad en la protección de los bienes protegidos internacionalmente, y el segundo por causar este daño (Moffett, 2013, p. 379).

Sin menoscabo de lo anterior, el principio de complementariedad en el campo de la reparación tiene una labor importante. La complementariedad de la Corte ha tenido dos desarrollos importantes. Por un lado, encontramos la complementariedad negativa, la cual parte de la premisa de que la Corte solo interviene en un Estado cuando este no cuenta con la capacidad o la intención de adelantar su responsabilidad de investigar y perseguir a los responsables (Valdés, 2003). Esta ha sido la más desarrollada y aplicada por la Corte, lo cual se desprende del análisis realizado previamente.

Por otro lado, encontramos la complementariedad positiva, la cual permite que exista una cooperación entre el Estado y la Corte. Así, la Corte es promotora de los procesos nacionales, algo que ocurre en las distintas etapas del proceso, desde la apertura de la investigación por parte de la Fiscalía, hasta la etapa de reparación adelantada por el Fondo Fiduciario, como se señalará más adelante (Moffett, 2013, p. 379).

El Estatuto de Roma, en su artículo 93, establece una serie de formas de cooperación que los Estados deben cumplir, a solicitud de la Corte, en relación con las investigaciones y enjuiciamientos realizados por esta, y con la reparación a las víctimas. Entre estas disposiciones, los Estados deberán: identificar y buscar personas u objetos, facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos, realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y examen de cadáveres y fosas comunes, practicar allanamientos y decomisos, proteger a las víctimas y testigos y preservar pruebas, e identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y los instrumentos del crimen.

Asimismo, podemos encontrar que, en virtud del artículo 109 del Estatuto, el Estado debe hacer efectivas las multas u órdenes de decomiso decretadas por la Corte y que se dirigen a los fondos del Fondo Fiduciario, con lo que se incrementan los recursos con los que cuenta este para adelantar la reparación a las víctimas. El artículo 219 de las "Reglas de procedimiento y prueba" establece que el Estado no podrá interferir o modificar las reparaciones decretadas por la Corte, la magnitud de los daños, perjuicios o pérdidas determinadas por la Corte, ni los principios establecidos por ella; así mismo, facilitará la ejecución de las mismas.

Sumado a lo anterior, una interpretación del artículo 75 del Estatuto de Roma, de la mano de las normas del DIH (Moffett, 2013, p. 381), puede llevar a la conclusión de que sobre el Estado recae cierto grado de responsabilidad con respecto a la reparación a las víctimas. Por un lado, el Estado tiene el deber de proveer ciertas formas de reparación, que, por su naturaleza, no pueden ser adelantadas por el responsable, como la rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Por otro lado, el Estado deberá proveer reparación a las víctimas cuando el responsable no sea diligente y no pueda adelantarse la reparación, caso en el cual tiene el deber de minimizar la perpetuación de los efectos

del crimen. Y, sumado a lo anterior, la Corte podrá recurrir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con el fin de garantizar que el Estado cumpla las órdenes de la Corte.

El Estado, en virtud del derecho internacional, debe garantizar un esquema nacional de reparación de las víctimas que se encuentran por fuera del espectro de la CPI. Lo cual disminuiría la brecha existente entre las víctimas cobijadas por su jurisdicción y las que no, aun cuando no se pueda determinar, capturar y procesar al responsable (Moffett, 2013, p. 382). Con ello, la reparación adelantada a favor de las víctimas podría contribuir, fuertemente, en la consecución de la justicia.

## Conclusiones

A modo de conclusión, y con el fin de responder la pregunta que guió esta investigación, es importante sostener que, en el campo de las víctimas, en el marco del DPI, no existe una categoría o definición que agrupe a todas las víctimas de crímenes internacionales. Existe claridad con respecto a lo definido en el caso Lubanga y las demás decisiones adoptadas por la Corte en sus distintas instancias y procesos, lo cual permite que dichas definiciones puedan cambiar con el tiempo y de acuerdo a las circunstancias del caso. Sin embargo, este hecho disminuye la certeza de las víctimas con respecto al tratamiento que van a recibir por parte de la Corte. Asimismo, a pesar de que la Corte puede recurrir a criterios proferidos por otros tribunales de carácter internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta cuenta con la libertad para adoptar los criterios que considere convenientes en sus casos.

Adicionalmente, la Corte no cuenta con los mecanismos jurídicos suficientes para garantizar que los derechos consagrados a nivel internacional, y que constituyen el contenido de la reparación a las víctimas, sean satisfechos en su totalidad. La distinción existente entre reparación individual y reparación colectiva no se encuentra en la capacidad de atender los daños sufridos por crímenes internacionales.

Los crimines de lesa humanidad, según el artículo 7 del Estatuto de Roma, se caracterizan por ser crímenes que hacen parte de un ataque generalizado y sistematizo contra la población civil, y los crímenes de guerra, según el artículo 8 del Estatuto, son aquellos que hacen parte de un plan o política, o parte de la comisión de un crimen a gran escala, lo que lleva a que la comisión de tales delitos involucre colectividades y comunidades. En esta misma línea argumentativa, la naturaleza de estos crímenes no permite que haya claridad en torno a la definición de víctimas por parte de la Corte, sin la cual no se puede determinar la forma de reparación; sin olvidar que uno de los riesgos derivados de esta definición es que pueden resultar excluidos de tales reparaciones sujetos afectados por

la violación de las normas internacionales, pero no involucrados en el proceso, lo cual no satisfaría los derechos de las víctimas.

La reparación colectiva, así mismo, permite sortear los problemas económicos que derivarían de la reparación individual, ya que la simple distribución de los recursos existentes, como se ha concebido esta, no lograría reconstruir el tejido social y volver las cosas a su estado anterior. Frente a esto, la reparación colectiva permite que el individuo se integre en comunidad, se cobije a un número mayor de víctimas, y se le garantice el acceso a la verdad y a la justicia, siendo esta no solo colectiva, sino también integral.

En el ámbito de la relación existente entre la Corte y el Estado, es evidente que la redacción del Estatuto de Roma, y la intención manifestada por los Estados frente a su responsabilidad con las víctimas, ha llevado a que la carga de la reparación recaiga fundamentalmente en el Fondo Fiduciario, el cual no cuenta con los medios necesarios para garantizar los derechos de las víctimas, y los Estados juegan solo un papel secundario en este asunto. Con esto se desconocen las otras responsabilidades internacionales de los Estados, consagradas en otros instrumentos internacionales como los Convenios de Ginebra, los cuales, interpretados de forma integral, amplían las garantías con las que cuentan las víctimas, que, más allá de hacer parte del proceso ante la Corte, son sujetos de derecho, de tal forma que se aumenta el grado de satisfacción de las mismas y se reduce la tensión entre aquellas víctimas que se encuentran cubiertas por la jurisdicción penal internacional y aquellas que no.

## Referencias

Åberg, M. (2014). *The Reparations Regime of the International Criminal Court. Reparations or General Assistance?* Umeå, Suecia: Umeå Universitet. Recuperado de http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:801293/FULLTEXT01.pdf

Amati, E., Costi, M., Caccamo, V., Fronza, E. y Vallini, A. (2006). *Introduzione al diritto penale internazionale.* Milán: Guiffrè Editore.

Ambos, K. (2005). *Estudios de derecho penal internacional.* Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Aponte, A. (2014). El nexo de causalidad en sede de reparación en el caso Thomas Lubanga. En K. Ambos, E. Malarino y C. Steiner (eds.), *Análisis de la primera sentencia de la corte penal internacional: el caso Lubanga* (pp. 432-456). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/31062.pdf

AEPER-CPI (Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). (2002). Reglas de procedimiento y prueba. En *Documentos Oficiales.*

*Primer período de sesiones Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002.* (pp. 12-112). Nueva York: ONU. Recuperado de http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/CP5.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2005). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH).* Recuperado de: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx

Bassiouni, M. C. (1999) De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una Corte Penal Internacional permanente. *Revista de Derecho Público,* 10, 43-103.

Bustos, F. (2013). Fiscalía v. Lubanga Dyilo: la primera sentencia sobre reparaciones de la Corte Penal Internacional. *Anuario de Derechos Humanos,* 9, 113-123. Recuperado de www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/27037/28635.

Clarke, K. M. (2009). *Fictions of Justice. The International Criminal Court and the Challenge of Legal Pluralism in Sub-Saharan Africa.* Nueva York: Cambridge University Press.

CICR (Comité Internacional de la Cruz Roja). (2012). *Los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949.* Ginebra: CICR. Recuperado de https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf

Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). (29 de abril 2004). Sentencia de 29 de abril de 2004. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. (Fondo).* [Sergio García Ramírez, presidente]. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf

CPI (Corte Penal Internacional). (3 de diciembre de 2005). ICC-ASP/4/Res.3. *Règlement du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes.* [L'Assemblée des États Parties]. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/0ce5967f-ea-dc-44c9-8cca-7a7e9ac89c30/140127/iccasp432res3_french.pdf

CPI (Corte Penal Internacional). (8 de abril de 2009). ICC-01/04-01/06-813. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Public Redacted version of "Decision on 'indirect victims'". [Adrian Fulford, presiding judge; Elizabeth Odio Benito, judge; René Blatmann, judge]. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_02492.PDF

CPI (Corte Penal Internacional). (10 de julio del 2012). ICC-01/04-01/06. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Public Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. [Adrian Fulford, presiding judge; Elizabeth Odio Benito, judge; René Blatmann, judge]. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_07409.PDF

CPI (Corte Penal Internacional). (7 de agosto del 2012). ICC-01/04-01/06. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Public Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. [Adrian Fulford, presiding judge; Elizabeth Odio Benito, judge; René Blatmann, judge]. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_07872.PDF

Daza, A. (2015). *El principio de complementariedad en el derecho penal internacional.* Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Díaz, C. (2009). La reparación colectiva: problemas conceptuales en perspectiva comparada. En C. Díaz, N. Sánchez y R. Uprimny (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 193-231). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf

FIDH (Federación Internacional de Derechos Humanos). (2007). La evolución del acceso de las víctimas a la justicia. *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional: Manual para las víctimas, sus representantes legales y ONG* (pp. 5-54). París: FIDH. Recuperado de https://www.fidh.org/IMG/pdf/4-manuel_victimes_CH-I_ESP5.pdf

Galain, P. (2014). Modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima. En K. Ambos, E. Malarino y C. Steiner (eds.), *Análisis de la primera sentencia de la corte penal internacional: el caso* Lubanga (pp. 389-430). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/31062.pdf

Keller, L. M. (2007). Seeking justice at the International Criminal Court: victims' reparations. *Thomas Jefferson Law Review, 29*(2), 189-218. Recuperado de https://www.tjsl.edu/sites/default/files/files/Keller_reparations_ICC_final.pdf

López, A. (2013). Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a víctimas: *caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012. Revista Española de Derecho Internacional, 65*(2), 209-226. Recuperado de http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxius/PDF/REDI_VOL_LXV2_2013//07_Ana_Gemma_Lo__pez_Marti__n_digital.pdf

Martínez, J. (2014). Análisis del caso Lubanga. El procedimiento de reparaciones En K. Ambos, E. Malarino y C. Steiner (eds.), *Análisis de la primera sentencia de la corte penal internacional: el caso* Lubanga (pp. 343-375). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/31062.pdf

Moffett, L. (2013). Reparative complementarity: ensuring an effective remedy for victims in the reparation regime of the International Criminal Court. *The International Journal of Human Rights, 17*(3), 368-390. Recuperado de http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13642987.2012.741064?scroll=top&needAccess=true

Moffett, L. (2015). Elaborating Justice for Victims at the International Criminal Court: Beyond Rhetoric and the Hague. *Journal of International Criminal Justice, 13*(2), 281-311. Recuperado de https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/13/2/281/896476/Elaborating-Justice-for-Victims-at-the?redirectedFrom=fulltext

Olásolo, H. (2015). *Introducción al derecho internacional penal.* Bogotá: Universidad del Rosario; Valencia: Tirant lo Blanch.

Olásolo, H. y Kiss, A. (2010). El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* (12), 1-37. Recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf

OMI (Organización Internacional para las Migraciones). (2004). *Del daño a la reparación colectiva: la experiencia de 7 casos emblemáticos.* Bogotá: OMI Colombia. Recuperado de: https://publications.iom.int/books/del-dano-la-reparacion-colectiva-la-experiencia-de-siete-casos-emblematicos.

ONU (Organización de las Naciones Unidas). (17 de julio de 1998). *Estatuto de Roma.* Roma: ONU. Recuperado de http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

Rosenfeld, F. (2010). Collective reparation for victims of armed conflict. *International Review of the Red Cross, 92*(879), 731-746. Recuperado de https://www.icrc.org/en/international-review/article/collective-reparation-victims-armed-conflict

Schaack, B. V. y Slye, R. (2007). A Concise History of International Criminal Law. En *International Criminal Law: The Essentials.* (pp. 7-47). Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business-Aspen Publishers. Recuperado de http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1629&context=facpubs

Valdés, M. R. (2003). Principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional. En S. García y L. Vargas (eds.) *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas Jornadas sobre Justicia Penal* (pp. 293-299). Ciudad de México: Unam (Universidad Nacional Autónoma de México).

Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Zegveld, L. (2010). Victims' Reparations Claims and International Criminal Courts: Incompatible Values? *Journal of International Criminal Justice, 8*(1), 79-111. Recuperado de https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/8/1/79/821425/Victims-Reparations-Claims-and-International

# Sección II

# Conflictividad ambiental urbana y de aguas en Bogotá*

## *Urban environmental and water conflict in Bogotá*

Semillero de investigación vinculado al Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (Gidca)

**Salma Sofía Baizer Cassab**
Departamento de Ciencia Política
*ssbaizerc@unal.edu.co*

**Miguel Angel Fandiño Castro**
Departamento de Ciencia Política
*mafandinoc@unal.edu.co*

**Daniel Felipe Martínez Gamboa**
Departamento de Ciencia Política
*dafmartinezga@unal.edu.co*

**Johans Steven Isaza Salazar**
Departamento de Derecho
*jsisazas@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33525 "Conflictividad ambiental urbana y Aguas en Bogotá", dirigido por el profesor Gregorio Mesa Cuadros.

**Resumen:** Este trabajo investiga los conflictos ambientales redistributivos en la ciudad de Bogotá, centrándose en las diversas maneras de apropiación, acceso y goce del agua. Con este fin, este análisis se sustenta en una indagación teórica y en un estudio de casos en las localidades de Ciudad Bolívar, Suba y San Cristóbal.

**Palabras clave:** agua, Bogotá, conflictos, contaminación, acceso, ecosistemas, justicia ambiental

**Abstract:** This work investigates the redistributive environmental conflicts in the city of Bogotá, focusing on the diverse ways of appropriation, access and enjoyment of water. To this end, this analysis is based on a theoretical investigation and a case study in the localities of Ciudad Bolívar, Suba and San Cristóbal.

**Keywords:** water, Bogotá, conflicts, contamination, access, ecosystems, environmental justice

## Introducción

Este artículo describe las relaciones entre el Estado, las empresas y las personas naturales, quienes generan conflictos ambientales redistributivos en la ciudad de Bogotá, originados por las maneras de apropiarse, acceder y gozar del agua. La investigación se enfoca en las relaciones de los habitantes de la ciudad de Bogotá, cuya subsistencia depende del acceso al agua potable, con las instituciones y personas jurídicas, cuyas labores y funcionamiento están vinculadas al uso del líquido.

Una consecuencia de la polución y la contaminación es el aumento en la escasez del agua y, por lo tanto, el acceso a esta. Esta situación afecta a amplios sectores de la población, así como a los ecosistemas, donde la falta de agua —o su contaminación— ocasiona la pérdida de especies, afectando el equilibrio ecológico. No solo las zonas desérticas se ven afectadas de este modo, también las regiones con abundantes fuentes de agua, donde, históricamente, el recurso hídrico ha sido suficiente para satisfacer necesidades básicas como el acceso al agua potable, la agricultura y la conservación de la vida y los entornos naturales. Consideramos que el goce del derecho al agua no se afecta tanto por la escasez del elemento, sino a causa de una indebida distribución de las cargas o pasivos ambientales, generados alrededor del uso y apropiación del agua. La determinación de estas afectaciones, así como sus orígenes, amerita la realización de ejercicios investigativos que comprendan integralmente los conflictos ambientales generados alrededor del agua en Bogotá.

Por lo anterior, este trabajo desarrolla, en primer lugar, una crítica a los paradigmas y modelos actuales de consumo —especialmente los referidos al agua como elemento de la naturaleza—, a partir de una aproximación a conceptos y nociones tales como ambiente, conflictos ambientales redistributivos y justicia ambiental, que resultan de vital importancia a la hora de establecer el eje de esta investigación: la perspectiva de integralidad.

El vínculo entre los habitantes de Bogotá y el agua ha existido incluso desde antes de la fundación de la ciudad. Esta relación es producto de la interacción de los individuos con los múltiples ríos que bañan la sabana desde la cordillera Oriental, sistema montañoso que rodea la mayor parte de la ciudad, y del desarrollo de una cosmovisión propia de las comunidades originarias respecto del agua y la naturaleza. En segundo lugar, se busca comprender la composición ecosistémica hídrica y fluvial de Bogotá, integrando a esto un análisis cultural e histórico del agua a partir de las poblaciones indígenas que habitaban la zona y la herencia del colonialismo. De esta manera, se indagarán las razones por las que amplios sectores de la sociedad bogotana sufren a diario por el desabastecimiento y el constante deterioro ambiental de muchos de los cuerpos y fuentes de agua de la ciudad.

Con base en estas situaciones, se busca identificar la manera en que las relaciones de poder sociales y económicas, entre los actores económicos y los pobladores de la ciudad —en conjunto con el modelo de consumo imperante— llevan a la generación de conflictos ambientales respecto de la distribución y al uso del agua. Gran parte de la población, que generalmente se encuentra en una situación socioeconómica inequitativa, se ve afectada, ya que se le impide el goce efectivo de sus derechos. Por lo tanto, como tercer y último punto de este trabajo, se realizó una breve revisión de las condiciones jurídicas aplicadas a la regulación para constituir el derecho humano al agua, reconociendo a los sujetos de derechos afectados por la carencia y contaminación de las aguas.

### Paradigmas académicos de la investigación

La fase inicial de la investigación se enfocó en la elección de un marco conceptual de referencia por medio de la revisión del estado del arte en la materia objeto de estudio. Estos insumos teóricos fueron elegidos en la medida en que superan los parámetros cerrados, clásicos de estudios "unidisciplinares". Nuestro objeto de estudio entrelaza tanto elementos naturales como sistemas sociales y, además, sus relaciones respecto de las decisiones sobre el uso del agua y sus implicaciones sociales y ambientales, representadas en la aparición de conflictos ambientales, así como sus porqués. Por lo anterior, la estructura del presente estado del arte no responde a la división usual entre áreas del conocimiento (científico natural y científico social), sino que se centra en los antecedentes más próximos de los conceptos multidisciplinares utilizados en esta investigación.

## Conceptualización del ambiente

Francisco González (1999) define *ambiente* como la "forma de representarnos el resultado de las interacciones entre el sistema biofísico y cultural que ha implicado históricamente diferentes tipos de configuración estructural del aparato social humano, configuración que se expresa inclusive espacialmente" (p. 38). Esta definición es de especial relevancia porque precisa la interacción entre el sistema biofísico —entendido como los elementos de la naturaleza— y el aparato social humano. Esta conceptualización permite un acercamiento al concepto nodal de la *perspectiva de integralidad*. De acuerdo con la tesis de Gregorio Mesa Cuadros (2010), se entiende la perspectiva de integralidad como:

> La concepción de los derechos humanos que los concibe como un conjunto compuesto por la multiplicidad de sus contenidos, por las demandas concretas de nuevas y diversas subjetividades, seres y sujetos situados en tiempos y espacios concretos que desde

> el reconocimiento y la protección efectiva tanto de la diversidad cultural como natural en la que se sustenta, asume como propias las ideas de todos los derechos como interdependientes, complejos, globales, universales, indivisibles e interrelacionados. (Mesa Cuadros, 2010, p. 65)

Esta perspectiva percibe el ambiente en su integralidad al considerar que sus elementos bióticos, abióticos y antrópicos están en constante interrelación (Mesa Cuadros, 2010). Con ello, el bien común, la vida y el uso de los elementos transcurren a través de una visión que incorpora los derechos de los sujetos no humanos en una estructura de nivel igualitario, en la que los sujetos humanos no son depredadores, sino una parte constitutiva de ella, bajo relaciones de interdependencia. Sin embargo, la mayoría de descripciones y conceptos acerca del ambiente y sus elementos constitutivos solo hacen alusión a cuerpos bióticos y abióticos. Según Donato (2015), un ecosistema está compuesto por dos elementos básicos: la biocenosis u organismos vivos, de diferentes especies y reinos biológicos; y el biotopo o el hábitat o medio físico junto a todos sus ciclos naturales (p. 99). En esta conceptualización, preponderantemente ecológica, el rol de los humanos en los ecosistemas pareciera no tener un papel relevante. Este vacío conceptual no es casual, de hecho, los primeros ecólogos limitaron el concepto de ecosistema a la estructura de la vida no modificada por la actividad humana (Maya, 1996). Sin embargo, estas definiciones ilustran la interacción de los organismos al interior de un ecosistema, a partir del aprovechamiento en común de bienes naturales, como el agua, fuente primaria de vida. Por tanto, es posible exponer una primera conclusión, al describir los ecosistemas como un trabajo colectivo en pro de garantizar la vida del ambiente —en su integralidad— y no de una especie en particular. En este sentido, la falta de un elemento puede ocasionar una fuerte alteración en las dinámicas naturales.

La salud y el mantenimiento de la vida dependen sustancialmente de las condiciones del agua, el aire, la fertilidad de la tierra y demás. En consecuencia, es menester desarrollar planes de *conservación* ecosistémica, teniendo en cuenta las connotaciones que emanan de esta palabra en sus tres vertientes: 1) preservación, en la cual se mantienen las condiciones y dinámicas naturales del ecosistema sin haber tenido un contacto previo con el ser humano; 2) restauración, en donde se restablece en su totalidad, o parcialmente, las condiciones y dinámicas naturales de un ecosistema tras haber tenido contacto con el ser humano; y 3)o uso sostenible, ejemplo claro de armonía entre el desarrollo económico y el desarrollo ecosistémico, a favor tanto de los seres humanos y no humanos, trabajando como cohabitantes (Camargo y Guerrero, 2005).

La Evaluación de los Ecosistemas del Milenio, iniciada en el año 2001 por parte de las Naciones Unidas, evidencia las severas transformaciones sufridas por los ecosistemas en los últimos años. Ese estudio considera la necesidad de revertir la constante y acelerada degradación de los ecosistemas, teniendo en cuenta que en los últimos cincuenta años esta situación se ha intensificado, ocasionando la "degradación de los servicios de los ecosistemas [y] un mayor riesgo de cambios no lineales" (Millennium Ecosystem Assessment, 2005). Según el documento "Hacia un futuro con seguridad hídrica y alimentaria", realizado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés) y el Consejo Mundial del Agua (CMA), se estima que

> en 2050 habrá agua suficiente para producir los alimentos necesarios para una población mundial que superará los 9.000 millones de personas, pero el consumo excesivo, la degradación de los recursos y el impacto del cambio climático reducirá el suministro de agua en muchas regiones, especialmente los países en desarrollo. (FAO, 14 de abril del 2015)

Por su parte, el *Informe sobre Desarrollo Humano. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y crisis mundial del agua* indica que al año 2014

> cerca de 1.200 millones de personas, casi una quinta parte de la población mundial, vive en áreas de escasez física de agua, mientras que 500 millones se aproximan a esta situación. Otros 1.600 millones, alrededor de un cuarto de la población mundial, se enfrentan a situaciones de escasez económica de agua, donde los países carecen de la infraestructura necesaria para transportar el agua desde ríos y acuíferos. (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006)

Colombia no ha sido ajena a esta problemática. Los informes sobre la escasez del agua en el país han sido constantes, en ellos se advierte cómo esta situación ha provocado la muerte de personas, animales y cultivos. A pesar de estos reportes, noticias y pronunciamientos oficiales, dicha emergencia no ha sido atendida oportunamente. El año 2016 inició con una temporada de verano prolongada. En ese momento se evidenció el acceso inequitativo al agua; esto implicó un consumo excesivo en las clases favorecidas, a las que se les permitió la apropiación de ese elemento, mientras que a los pueblos y comunidades culturalmente diferenciadas se les impidió el acceso al agua en las proporciones y en los mínimos básicos requeridos para la subsistencia.

## Conflictos ambientales redistributivos y justicia ambiental

Joan Martínez Alier (2004) caracteriza una serie de conflictos ambientales ocasionados por la distribución desigual e inequitativa de los distintos elementos de la naturaleza. Estos conflictos son calificados como redistributivos, debido a que la apropiación de los recursos naturales no se desarrolla en igual medida entre grupos cultural y económicamente diferenciados. Por tanto, la producción de desechos y residuos contaminantes, así como la afectación ambiental consecuente son también inequitativas. Además, es posible percibir cómo la extracción y el uso de dichos elementos genera ganancias económicas acumuladas por un pequeño grupo de individuos. Dada la inequitativa distribución, acceso y goce de los elementos ambientales, el bienestar que estos producen no es accesible para gran parte de la población (Mesa Cuadros, 2010 y Bellmont, 2011). Por esta razón es necesario que el concepto de justicia ambiental sea integrado a este análisis.

La injusticia ambiental trata las desigualdades en la producción, distribución y consumo de los frutos y bienes ambientales dentro del sistema capitalista. Como lo anota Mesa Cuadros (2013) "la justicia no será integral si se desconocen las apropiaciones del ambiente en beneficio propio, de forma ilimitada o desproporcionada" (p. 126). Dicha hipótesis será contrastada en el análisis del uso y consumo del agua en la ciudad de Bogotá.

## Paradigmas y modelos de consumo

Varios estudios, académicos y sociales, han identificado que los casos de injusticia ambiental se ven soportados principalmente por las dinámicas de consumo actuales, las cuales generan una externalización abundante reflejada en pasivos ambientales que no son redistribuidos equitativamente, provocando los conflictos ambientales. Sin embargo, se ha propuesto una clasificación útil para analizar el consumo de los elementos naturales por parte de los humanos. Esta clasificación es una manera para enfrentar el argumento según el cual el modelo de consumo es necesario para la propia subsistencia de la sociedad. Según esta, existen dos tipos diferenciados de consumos: endosomáticos, que comportan un carácter sostenible, en la medida en que están destinados a satisfacer las necesidades básicas y son difícilmente alterables; y exosomáticos que "son consumos esencialmente culturales asociados a la práctica de sobreconsumo de la sociedad capitalista" (Mesa Cuadros, 2010).

Con relación a lo anterior, el estudio de Vandana Shiva (2002) presenta dos paradigmas principales y opuestos sobre el uso y consumo del agua: como derecho humano

(o patrimonio vital) y como bien económico o mercancía (Shiva, 2002, citada por Villa Fontecha, 2012, p. 110). Esa concepción es importante para este análisis porque permite clasificar los tipos de consumo del agua tanto desde su impacto como desde su causa.

## Ecosistemas hídricos y fluviales de Bogotá

A partir de las concepciones anteriores y las posturas académicas en torno a la conservación y preservación ambiental, deben reseñarse los estudios previos relativos a la caracterización de los ecosistemas presentes en la ciudad de Bogotá y la manera en que estos se encuentran dominados por cuerpos hídricos. Sandro Guevara (2003) analiza la situación del río Bogotá y su contaminación, así como las políticas públicas al respecto. Este estudio realiza una caracterización de las condiciones hidrofísicas del río Bogotá que detalla cada una de las tres cuencas en que se divide su recorrido y enumera las principales modificaciones que este ha sufrido con el paso del tiempo.

A continuación, se profundizan los conceptos y teorías principales que ya se han introducido en el análisis, dando cuenta especialmente de la interacción de los elementos hídricos ecosistémicos con los sistemas sociales humanos; así como de la integración de estos últimos en los sistemas naturales. Para desarrollar este propósito, la identificación de los ecosistemas mencionados partirá de la concepción integral de ambiente (Mesa Cuadros, 2010).

### Cuenca del río Bogotá

En Bogotá el principal ecosistema fluvial es el río Bogotá, que describe una cuenca hidrográfica de una superficie de 589 143 hectáreas aproximadamente. El río traza un recorrido de 365 km desde el páramo de Guacheneque, o La Calavera, —ubicado a una altitud de 3450 metros sobre el nivel del mar, cerca al municipio de Villapinzón— hasta su desembocadura en el río Magdalena, en el municipio de Girardot (Guevara, 2003). Su sistema hídrico se compone de quebradas, lagunas y humedales, además de nueve embalses y un distrito de riego, atravesando 46 municipios. Sobre este recorrido "se ubica una quinta parte de la población total del país y una tercera parte de la industria nacional" (Guevara, 2003).

En el recorrido del río se distinguen tres tramos principales. El primero es la cuenca alta que va desde Villapinzón hasta la zona norte urbana del Distrito Capital, a la altura del río Juan Amarillo, en un lugar conocido como el Puente de la Virgen (Contraloría General de la República, 2015). Las interacciones entre los pobladores de los 21 muni-

cipios de la zona, así como de las industrias papelera, de curtiembre y mataderos dejan como resultado el que el disfrute de los beneficios ambientales sea exclusivamente para las personas y negocios dependientes del río; mientras que externaliza los pasivos ambientales, representados en el vertimiento de agentes contaminadores como cloruros, sulfatos, cromo y otros sólidos—, además de la pérdida considerable de oxígeno disuelto y el incremento de la demanda bioquímica de oxígeno DBO, entre otros (Guevara, 2003).

El segundo tramo corresponde a la cuenca media, después del río Juan Amarillo hasta el Salto del Tequendama, que cruza la zona urbana de Bogotá, así como los municipios de Funza, Mosquera, Soacha, Subaté, Subachoque, El Rosal, Madrid, Bojacá y Facatativá. Durante ese recorrido de 65 km

> el río recibe directamente y sin ningún tratamiento las aguas residuales del Distrito Capital y del municipio de Soacha, la mayor parte de las cuales, el 90 %, llegan a través de otros afluentes tales como los ríos Salitre, Fucha o Tunjuelo y el 10 % restantes, provienen de los aportes combinados de las subcuencas Torca, La Conejera, Jaboque, Tintal y Soacha. (Guevara, 2003)

En la cuenca alta del río Bogotá ciertas industrias son los principales contaminantes, mientras que en la cuenca media del río los mayores contaminantes son los capitalinos. Más de la mitad del agua potable que llega a las casas de los capitalinos —que representan uno de los mayores porcentajes de acceso al líquido en el país (EAAB, 2006)— es gastada en el inodoro y en la ducha para pasar directamente a formar parte de las aguas residuales de los afluentes y del río Bogotá (*El Tiempo,* 6 de agosto de 2012). Igualmente, es alarmante anotar que para 2003 se identificó que la capital descarga 15 $m^3$/seg de aguas residuales, pese a que la producción máxima de agua del principal canal de abastecimiento es 4 $m^3$/seg (*El Tiempo,* 6 de agosto de 2012).

Por último, está la cuenca baja, que va desde el embalse de Muña hasta la desembocadura del río en el Magdalena. Esta área involucra directamente doce 12 municipios: San Antonio del Tequendama, Tena, El Colegio, Zipacón, Anolaima, Cachipay, La Mesa, Anapoima, Apulo, Tocaima, Agua de Dios y Girardot, y tiene una longitud de 120 kilómetros (Departamento Nacional de Planeación [DNP], 2004). Las aguas del río en esta zona están altamente contaminadas y cargadas de metales pesados y son utilizadas, principalmente, para "abastecer "cada vez menos acueductos municipales, para labores de riego y como sumidero de residuos" (Guevara, 2003).

El río Bogotá ha sufrido un proceso de extrañamiento respecto a la sociedad capitalina, que ha olvidado sus relaciones elementales con la naturaleza, dejando a un lado el reconocimiento de los beneficios que trae consigo una restauración hidrográfica (Guevara,

2003). A pesar de esto, la importancia del río radica en que este es el "eje fundamental del sistema hídrico del Distrito Capital y un elemento articulador entre el área rural y urbana" (Contraloría General de la República).

Tanto el río Bogotá como los ecosistemas de páramo de la cordillera Oriental revisten gran importancia para el acceso al agua en la ciudad, ya que a estos les corresponde sostener el régimen hidrológico o regular el ciclo del agua de la mano de los ríos. Por tanto, el páramo de Sumapaz, ubicado al sur de la ciudad de Bogotá, es conocido como la estrella fluvial del centro del país, pues dota de agua los ríos de la cuenca del Orinoco y de la parte media de la cuenca del Magdalena.

De igual manera son importantes los principales humedales de la ciudad, que se encuentran, principalmente, en el sector Tibitoc-Soacha de la cuenca del río Bogotá y son considerados como ecosistemas estratégicos que deben ser protegidos por la Corporación Autónoma de Cundinamarca (CAR). Los humedales son sectores con presencia de agua durante un prolongado tiempo, que termina alterando los microorganismos, la flora y la fauna. No se pueden caracterizar exclusivamente como acuáticos o terrestres ya que mezcla características de ambos ecosistemas: no tienen una profundidad mayor de seis metros; regulan el caudal de los ríos y quebradas que los nutren, evitando inundaciones; purifican el agua, gracias a las plantas acuáticas que consumen los desechos orgánicos y químicos; y recargan los acuíferos subterráneos (Moreno, García y Villalba, s. f.).

## Análisis cultural. Ciudad y consumo del agua

La comprensión del agua como derecho humano o patrimonio vital nace de su reconocimiento como fuente de vida dentro de la cosmología indígena, creencia que permanece aún hoy. Pese a que esta idea está fuertemente arraigada a valores espirituales, es compatible con la ciencia moderna que reconoce el valor incomparable del agua para la sustentabilidad de la vida en el planeta.

A esa comprensión se contrapone el paradigma del consumo, en el que el agua es un bien económico o una mercancía. Shiva (2002) indica que, sin embargo, en esta percepción, está implícita la necesidad de proteger el agua. Esta noción se reconoce en la medida en que se asigna al agua un importante valor económico, por lo que solo podría ser utilizada por aquellos que tienen la posibilidad de pagar por ella, limitando su uso.

El primero de estos paradigmas corresponde al uso dado al agua por parte de las comunidades originarias de la región. A lo largo de su historia la población del altiplano ha

mostrado un estrecho vínculo cultural con el agua, que se puede explicar por dos razones fundamentales: 1) la presencia de incontables cuerpos de dicho elemento en la región, —como ríos, lagunas, páramos y quebradas—, y la subsecuente integración económica en torno al agua de las poblaciones aquí asentadas; y 2) el inmenso valor natural que las poblaciones indígenas originarias reconocían respecto al líquido. En este caso, los muiscas que habitaban la zona llamaban al agua "Sie" y la veneraban como otra de sus deidades (EAAB, 2016). La relación entre la cultura muisca y su territorio, determinada por el respeto hacia el agua como fuente de vida, "se representó en los nombres de los lugares de su geografía local. Es así como el río que hoy conocemos como San Francisco, llevaba, para los muiscas, el nombre de Vicachá, que significa *resplandor del agua en la penumbra*" (Colectivo Encuentros Universidad Crítica y Fundación Alma, 2014). El respeto de los indígenas al elemento natural determinó que ellos incorporaran los ciclos naturales del agua en sus modos de vida, estableciendo sus fechas de siembra y cosecha en relación a los ciclos de subienda del río Vicachá (Colectivo Encuentros Universidad Crítica y Fundación Alma, 2014).

No obstante, este primer paradigma muta por su contraparte mercantilista en este territorio, principalmente por la herencia cultural dejada por la colonización. La apropiación de los elementos del medio ambiente, denominados en la actualidad como "bienes o recursos ambientales", se encuentra atravesada por diversas ideas heredadas de los distintos colonialismos sufridos a lo largo del siglo XIX. El ideal expansionista, basado en la búsqueda y extracción de recursos, promulgaba "la apropiación ilimitada de tierras, bienes naturales y ambientales, recursos y seres humanos de los nuevos mundos" (Mesa Cuadros, 2010). Esta mentalidad justificó la desposesión y devastación dejada a su paso. El agua, como elemento de vital importancia para la naturaleza —que incluye a ser humano—, no es un elemento que escape de dicha denominación.

Tres conquistadores españoles llegaron a la zona donde se fundaría Bogotá, arribando con aproximadamente la misma cantidad de hombres cada uno, alrededor de 170 (Bushnell, 2009). Algunos de ellos formaron parte de la nueva y creciente colonización de la ciudad, ubicada estratégicamente entre los ríos Vicachá y Manzanares, que luego se llamarían San Francisco y San Agustín, respectivamente. Con esto, el agua se destinó para nuevos usos: "para que las lavanderas enjuagaran sus ropas, para hacer funcionar los molinos, [...] como baños públicos de la comunidad y fuentes de descanso" (Colectivo Encuentros Universidad Crítica y Fundación Alma, 2014). Con este interés se estableció un orden que ignoró el paisaje, porque el progreso se denotaba con la construcción de grandes calles y casas (Palacio, 2008). Desde el siglo XVI se canalizaron las corrientes que

bajaban de la cordillera Oriental, atendiendo exclusivamente a las necesidades humanas. El río San Agustín se canalizó en 1584, atravesando una arbolada de laureles hasta llegar al Mono de la Pila, con lo que nació la primera fuente de agua colonial y el acueducto de Los Laureles (Acueducto de Bogotá, 2016).

Esta lógica fue cambiando con desarrollos urbanísticos, lo que explica la creación de los jardines interiores en las casas de la ciudad. Sin embargo, esto no fue suficiente para reconciliarse con la naturaleza, pues el espacio verde quedó drásticamente reducido a algunos pobladores de un nivel socioeconómico alto. Así se inició una tradición que aún se mantiene en la actualidad: aquellos que tienen poder son los que pueden acceder al ambiente, disfrutándolo al pagar por él, dejando desprovistos de sus beneficios a los que no cuenten con los recursos para acceder a este. Sin embargo, el rompimiento con la Corona generó un nuevo desarrollo arquitectónico con edificios más sobrios, al tiempo que florecieron grandes empresas de hilos, tejidos, jabones, bujías, fósforos, cervecerías, entre otras, ubicadas en su mayoría en Bogotá, que dependían de un importante consumo del agua, específicamente con molinos (Palacio Germán, 2008).

## Mercantilización del agua

Los planes de mercantilización del agua se concibieron desde la Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente (Ciama), realizada en Dublin en 1992. El manifiesto realizado en dicha conferencia establece, en su cuarto principio, redactado en su manifiesto, que el agua es un bien económico, al cual se accederá a partir de un precio monetario regular para la población que pueda pagarlo. Un argumento a favor de esta medida era el rechazo tácito a falta de regulación económica del agua en el pasado, por lo que esta se malgastaba sin darle un uso eficiente, omitiendo su necesaria protección (Ciama, 1992).

En esa Conferencia nació la idea de crear el Consejo Mundial del Agua (WWC) que se creó en Marsella en 1996. Allí pasarían las opiniones de trasnacionales del agua, universidades, centros de investigación, etc.; pero finalmente sirvió para desarrollar una opinión pública, junto a la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Banco Mundial, sobre la necesaria mercantilización del agua (Shiva, 2002). El hecho de darle connotación de recursos a todos los elementos de los ecosistemas implica un deseo de riqueza y mercantilización que lleva simplemente a un consumo desenfrenado de los elementos del ambiente, pese a teñirse de verde por campañas ecocapitalistas o medioambientalistas como estrategia para generar aceptación por parte del público (Mesa Cuadros, 2010, p. 33).

## El agua como derecho

El reconocimiento del "derecho humano al agua [como] derecho esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos" (ONU, 28 de julio del 2010) denota el interés de los países por el acceso y la conservación de este importante elemento para la vida. De igual forma, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, concibe el derecho humano al agua a partir de numerosas declaraciones internacionales, nacionales y regionales, además de tratados internacionales tales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979; el Convenio No. 161 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los servicios de salud en el trabajo, aprobado en 1985; la Convención de los Derechos del Niño, aprobada en 1989; y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en 2006 (ACNUDH, ONU Habitat y OMS, 2011).

En el ordenamiento jurídico colombiano, el agua no está consagrada como derecho en la Constitución Política. Sin embargo, a través del bloque de constitucionalidad se establece como "un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente, y al Estado le corresponde garantizar su prestación" (Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-740, 2011). Dicho enunciado afirma la obligación del Estado de velar por la satisfacción y garantía del agua para cada connacional. No obstante, la escasa o insuficiente adopción de decisiones o la falta de protección por parte del Estado y los Gobiernos locales frente a prácticas discriminatorias —especialmente en cuanto la marginación económica— ha ocasionado que en Colombia cientos de personas carezcan de acceso y goce del agua, a pesar de los diversos afluentes con los cuales cuenta el país. Según cifras del Departamento Nacional de Estadística (Dane), para el año 2015 el servicio de acueducto tan solo alcanzaba un 61,2 % de cobertura total en los hogares colombianos, correspondiendo el 97,6 % a las cabeceras municipales (Dane, 2015). Estas cifras evidencian que aún falta bastante para materializar y concretar el derecho humano al agua en Colombia.

## Caso Bogotá

Bogotá, a pesar de ser la capital del país, no es la excepción a la problemática del acceso al agua. En distintos barrios o veredas de algunas localidades de la ciudad es posible percibir numerosas conflictividades en torno al agua, ya sea por contaminación de las fuentes hídricas, problemas de acceso, dificultades en el suministro o la calidad del mismo; por lo que se analizarán ahora los modelos de consumo de agua en la capital. Como

ha sido mencionado anteriormente, la asignación de valores instrumentales a los elementos de la naturaleza ocasiona su conversión en un simple recurso al cual puede accederse a través de intercambios monetarios. Ese escenario posibilita la privatización y mercantilización de los elementos, como sucede con el agua. Al respecto, se evidencia que, en ciudades como Bogotá, el principal acceso y goce de este preciado líquido lo tienen quienes poseen mayores riquezas y, por ende, mayores posibilidades de costearlo; entre estos se encuentran las empresas.

Los indicadores sobre el consumo y la producción de agua potable y residual en el uso residencial urbano de Bogotá, presentados por la Secretaria Distrital de Planeación (SDP) en el 2012, indican cuál es el consumo de agua por persona y por vivienda al día, bajo la distinción de estratos socioeconómicos (Alcaldía Mayor de Bogotá y SDP, 2012). Dicho informe, elaborado según los datos proporcionados en el año 2010 por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), señala cómo la cantidad de consumo es directamente proporcional al nivel de estratificación económica, como es posible evidenciar en la siguiente figura 2.

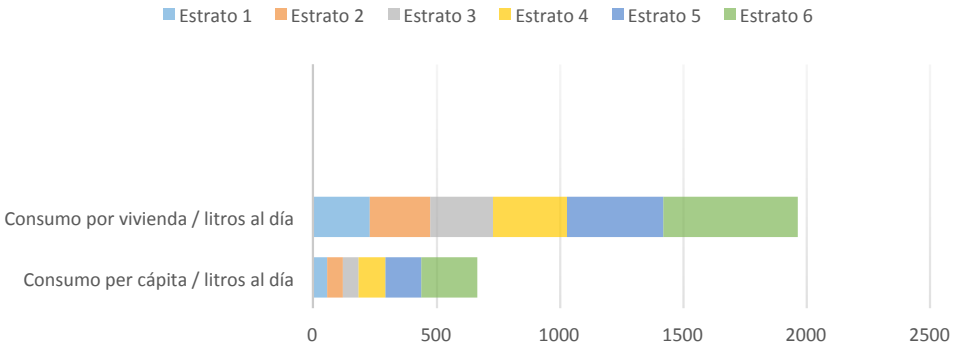



**Figura 1. Consumo de agua en Bogotá. (Elaboración propia con datos de EAAB).**

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha sugerido a la comunidad internacional la adopción de cincuenta litros de agua por habitante al día como la cantidad adecuada para el uso humano. Además de los hogares, las empresas e industrias gozan de este elemento. Según un listado de la EAAB, estas son las mayores consumidoras de agua en la ciudad, ya que alcanzan unos consumos anuales de hasta 4 341 693 000 litros aproximadamente. La tabla 1 da muestra de esto:

**Tabla 1. Mayor registro de consumo de agua en Bogotá (2015-2016)**

| Empresa | Consumo total ($m^3$) | Consumo total (litros) |
|---|---|---|
| Industria Nacional de Gaseosas | 637 820 | 637 820 000 |
| Inversiones Dover y Cía. | 383 444 | 383 444 000 |
| Gaseosas Lux | 610 262 | 610 262 000 |
| Industria Nacional de Gaseosas | 566 540 | 566 540 000 |
| Inversores Dover y Cía. S. C. A. | 474 555 | 474 555 000 |
| José Dover y Cía. S. C. A. | 413 643 | 413 643 000 |
| Gaseosas Lux | 417 639 | 417 639 000 |
| Textila LTDA | 304 760 | 304 760 000 |
| Protelas S. A. | 253 600 | 253 600 000 |
| Corabastos | 279 430 | 279 430 000 |

**Fuente:** elaboración propia con datos sumistrados por la EAAB.

En comparación, el menor de los consumos de las empresas enunciadas anteriormente supera en 253 516 250,75 litros al consumo anual de una vivienda bogotana de estrato uno, que corresponde a unos 83 749,25 litros (es decir la diferencia es de un 99,96 %). De igual manera, al comparar el mayor de los consumos de las empresas con el consumo anual de una vivienda de estrato seis (197 512,45 lt) la diferencia es de 637 622 488 litros, de nuevo lo correspondiente a un 99.96 %. Las mismas cifras permiten evidenciar que el consumo de agua de la empresa Industria Nacional de Gaseosas, en un año, equivale a lo que consumen alrededor de 7615 viviendas de estrato uno, en el mismo periodo de tiempo.

Otro elemento que resulta importante resaltar tiene que ver con la regulación de agua potable en el país. La prestación del servicio domiciliario de acueducto puede verse afectado a causa de la poca disponibilidad de agua, debido a las condiciones climáticas, junto a las pocas precipitaciones que se presentan en diferentes zonas del país, reportadas por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales de Colombia (Ideam). Con base en lo anterior, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) adopta medidas "para promover el uso eficiente y ahorro del agua potable y desincentivar su consumo excesivo", a través de resoluciones que penalizan a los usuarios que, en su consideración, tengan un nivel de consumo excesivo; algunos ejemplos de estos son las resoluciones 692 de 2014 o la 726 de 2015. A pesar de que tales penalizaciones están motivadas por la escasez de agua, es reprochable que las resoluciones solo apliquen para los suscriptores de tipo residencial y no para las empresas, que son las mayores consumidoras del líquido y usualmente muestran un incremento constante en el consumo, como es posible evidenciar en la tabla 2:

**Tabla 2. Registro de mayores consumiores de agua en Bogotá**

| Empresa | Consumo por m³. Año 2015 | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 28/01-29/02 | 29/02-26/03 | 26/03-21/04 | 21/04-20/05 | 20/05-19/06 | 19/06-22/07 | 22/07-26/08 | 26/08-26/09 | 26/09-26/10 |
| Industria Nacional de Gaseosas S. A. | 50 140 | 48 670 | 45 160 | 41 940 | 44 850 | 59 860 | 45 400 | 45 060 | 49 520 |
| Inversiones Dover y Cía. | 19 453 | 19 453 | 22 410 | 36 786 | 25 461 | 31 442 | 30 843 | 33 888 | 63 629 |
| Gaseosas Lux | 61 225 | 51 755 | 54 754 | 52 503 | 52 503 | 42 713 | 32 454 | 34 144 | 42 523 |
| Industria Nacional de Gaseosas | 55 182 | 48 460 | 59 020 | 54 080 | 50 030 | 46 470 | 43 640 | 39 670 | 29 290 |
| Inversores Dover y Cía. S. C. A. | 56 693 | 46 029 | 43 729 | 28 599 | 40 812 | 46 262 | 34 563 | 36 875 | 36 850 |
| José Dover y Cía. S. C. A. | 36 720 | 33 011 | 37 458 | 32 609 | 32 582 | 32 705 | 27 513 | 36 799 | 43 295 |
| Gaseosas Lux | 27 510 | 32 571 | 34 803 | 31 794 | 33 671 | 37 526 | 29 593 | 30 182 | 37 801 |
| Textila LTDA | 26 170 | 22 970 | 19 354 | 21 170 | 22 775 | 24 826 | 25 690 | 27 798 | 33 788 |
| Protelas S. A. | 28 569 | 21 620 | 20 740 | 21 810 | 19 600 | 25 720 | 24 340 | 20 420 | 19 730 |
| Corabastos | 23 762 | 21 378 | 23 490 | 22 080 | 22 020 | 23 970 | 21 640 | 21 250 | 22 030 |
| Quala | 19 054 | 18 036 | 17 308 | 18 030 | 18 108 | 20 788 | 19 754 | 21 102 | 23 772 |

**Fuente:** elaboración propia con datos sumistrados por la EAAB.

## Acceso: acueductos comunitarios. Caso Ciudad Bolívar

El agua es un elemento de suma importancia para la humanidad, no solo en términos vitales, sino también a nivel social, cultural y ambiental. Lamentablemente, la asignación de valores instrumentales, la mercantilización del agua y la insuficiente labor del Estado han ocasionado que barrios o comunidades enteras no cuenten con el suministro de agua. Uno de tantos ejemplos, es el barrio Divino Niño en Ciudad Bolívar. Esta localidad cuenta con una extensión total de 12 999 hectáreas, de las cuales 9608 corresponde a área rural, es decir el 73,9 %. Su gran superficie la posiciona, después de Sumapaz y Usme como la localidad más extensa, la tercera con mayor superficie rural y la quinta con mayor cantidad de área urbana (Alcaldía Mayor de Bogotá y SDP, 2009). Ciudad Bolívar alberga 628 366 habitantes, por lo cual es la cuarta localidad con mayor concentración de personas de Bogotá (Alcaldía Mayor de Bogotá y SDP, 2010). Sin embargo, a pesar de su gran extensión territorial y de reunir el 8,53 % de la población de Bogotá, Ciudad Bolívar es una de las localidades con mayores dificultades en torno al uso, goce y acceso del agua en el Distrito Capital. Esta situación evidencia la brecha de desigualdad, característica del país entre la población urbana y rural.

Como expresan algunos habitantes del barrio Divino Niño, en las investigaciones de campo realizadas, a pesar de que el barrio empezó a constituirse desde el año 1996. Transcurrió una década sin que el Estado haya implementado y suministrado los servicios públicos, entre ellos la red de acueducto y alcantarillado. Eso se debe a diversas dificultades y los complejos procesos de la legalización del terreno y de formalización de las propiedades y viviendas que allí se ubican.

Al igual que en el Divino niño, otros barrios de Ciudad Bolívar se han visto afectados por la carencia de suministro de agua. Frente a esta problemática se han erigido formas de organización alternativa, como los acueductos comunitarios: soluciones colectivas construidas por parte de las comunidades para dar solución dicha necesidad.

Los recursos necesarios para la construcción de la infraestructura de un acueducto comunitario son gestionados por la propia colectividad, que en mínimas ocasiones cuenta con el apoyo de entidades como la CAR. Un informe elaborado por la Defensoría del Pueblo sobre los acueductos comunitarios expone que el aporte de mano de obra y de materiales para la construcción de los acueductos comunitarios, al igual que la operación y el mantenimiento del mismo, suele ser llevado a cabo por medio de autogestión de las mismas comunidades (Defensoría del Pueblo, 2011).

En la actualidad, de los 33 acueductos comunitarios existentes en el área rural de Bogotá, nueve pertenecen a la localidad de Ciudad Bolívar. Las principales fuentes de abastecimiento de la localidad son las quebradas El Ajo, La Porquera, Piedra Parada, Aguas Calientes, entre otros cuerpos de agua (tabla 3).

**Tabla 3. Acueductos comunitarios en la zona rural de Ciudad Bolívar (2011)**

| Acueducto | Sector abastecido | Fuente de abasteciemiento | Población | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | Suscriptor | Atendida | Flotante | Total |
| Aacupasa | Las Mercedes, veredas Pasquillita, Santa Rosa y sector alto de Las Mercedes. | Quebrada Pantano la Lechuza | 184 | 920 | 280 | 1384 |
| Aguas Calientes | Población rural de la vereda Mochuelo Bajo y barrios Paticos, Lagunitas, Esmeralda y Barranquito (Zona industrial). | Quebradas Aguas Calientes y El Ajo | 749 | 3745 | 347 | 4841 |
| Asocerrito Blanco | Pasquilla-sector Paso Negro | Quebrada Paso Negro | 62 | 119 | 92 | 273 |
| Asoporquera II | Vereda Mochuelo Alto | Chorro de Chaqueo o quebrada La Porquera | 50 | 250 | No reporta | 300 |
| Asoporquera I | Centro poblado y vereda Mochuelo Alto, sector El Curubo, El Moral y alto del Gallo | Quebrada La Porquera | 150 | 750 | 150 | 1050 |
| Piedra Parada | Paso Colorado y del Alto. Lagunitas-Mochuelo alto | Quebrada Piedra Parada | 172 | 804 | No reporta | 976 |
| Asoquiba | Veredas de Quiba Alto, El Carraco, Casa de Lata, Tierra Colrada. parte de Quiba Bajo, zonas de Ojo de Agua, Guabal y Alto Cuchuco, El Páramo, Quiba Alto y Bajo. | Río Soacha | 330 | 2200 | 220 | 2.750 |
| Pasquilla Centro | Centro poblado de Pasquilla. | Quebrada Santander | 170 | 515 | 150 | 835 |
| Acuavida | Veredas El Hato, Las Mercedes y Santa Bárbara. | Quebrada Guaduas | 163 | 815 | 81 | 1059 |

**Fuente:** Defensoría del Pueblo (2011).

## Contaminación. Caso San Cristóbal

La localidad de San Cristóbal, al sur de Bogotá, es un territorio altamente relacionado con el ambiente y en especial con el agua; allí aún se conservan zonas agrícolas, que corresponden a tres quintas partes de su territorio. Muchos de los cambios de las condiciones medioambientales, experimentados en la localidad, empezaron con procesos de autogestión. Las primeras personas en habitar esta localidad fueron los campesinos que emigraron para obtener mejores condiciones de vida, quienes fundaron y construyeron barrios, por lo que con el tiempo se crearon industrias ladrilleras (Bustos, 2007).

Con los barrios nuevos también surgieron necesidades y problemáticas, respecto de la accesibilidad al agua. Teniendo en cuenta que estos barrios no contaban con alcantarillado, ni con el servicio de recolección de basuras, se recurrió a la deposición de basuras en los ríos, como solución a esta carencia; lo que inició procesos de contaminación, que solo fueron diagnosticados recientemente. En el 2013 se elaboró el plan ambiental local denominado "San Cristóbal humana con el medio ambiente" (Secretaría Distrital de Ambiente, de Bogotá, 2013), el cual evidenció las condiciones en que se encontraba la localidad, en temas ambientales y concluía con un plan de recuperación que sería desarrollado en un plazo máximo de tres años.

En las quebradas La Chiguaza y La Nutria, entre otras, se presentan situaciones de conflictividad ambiental. Estas fuentes hídricas se desprenden de ríos como San Cristóbal o Fucha, creando un complejo entramado de conexiones, que vinculan, además de San Cristóbal, a las localidades de Rafael Uribe, Antonio Nariño, entre otras localidades cercanas. Por estas redes hídricas se transportan contenidos contaminantes, trasladando la afectación ambiental otros territorios.

## Agua en la localidad de Suba, entre la contaminación y la conservación

La localidad de Suba se ubica al noroccidente de la ciudad y es la cuarta localidad más grande de Bogotá, con una extensión de "10 056 hectáreas, que la ubican después de Sumapaz, Usme y Ciudad Bolívar, respectivamente. De su extensión total 6271 hectáreas hacen parte de su suelo urbano, de las cuales 559 son protegidas" (Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte, s. f.). El territorio de la localidad es, a su vez, parte de la cuenca hidrográfica del río El Salitre.

Uno de los principales ejes de la relación sociedad-agua en la localidad lo constituye el humedal La Conejera, no solo por el importante rol de su actividad ecosistémica, como regulador del caudal del río Bogotá, sino por el papel histórico en el desarrollo de la protección al medioambiente en la capital. La Fundación Humedales de Bogotá, en su artículo sobre el humedal La Conejera, lo caracteriza así:

> La Conejera es el humedal insignia de la ciudad, fue allí donde nació el movimiento ambiental en defensa de los humedales, pasó de ser de uno de los ecosistemas más afectados en los años noventa, a ser uno de los más recuperados en la actualidad. (Fundación Humedales de Bogotá, s. f.)

La Conejera cuenta con aproximadamente sesenta hectáreas, ubicadas dentro de la microcuenca de La Conejera, "cuyo principal afluente es la quebrada La Salitrosa, que nace en el cerro La Conejera. Actualmente recibe un gran caudal de aguas negras provenientes de los barrios circundantes y finalmente desemboca en el río Bogotá" (Secretaría de Hacienda, s. f.).

Aunque se han identificado una gran cantidad de elementos que afectan la preservación de las condiciones ambientales del humedal, por cuanto a la contaminación de sus aguas, hay que diferenciar la contaminación de las aguas del humedal —que se da por el vertimiento de aguas servidas— y la de los demás elementos y cuerpos hídricos que conforman su microcuenca (río Bogotá, quebrada La Salitrosa, además del sistema de cerros de Suba) (Secretaría Distrital de Hacienda, s. f.).

La contaminación del humedal La Conejera se da por la falta de coordinación de las diferentes entidades de control, debido a los distintos elementos involucrados y a la multiplicidad de los agentes contaminantes. Las aguas servidas que contaminan el humedal de La Conejera provienen de tres grupos de agentes contaminadores distintos: 1) aguas servidas agrícolas, cultivos de papa en la hacienda Fontanar del Río; 2) domésticas, aguas negras de más de 22 barrios del norte de la ciudad; y 3) hospitalarias, aguas servidas de la Clínica Universitaria Juan Nepomuceno. Corpas (Secretaría Distrital de Hacienda, s. f.).

Estas condiciones contaminantes se relacionan con las demás problemáticas ambientales que afectan a los humedales en la región, que generan, en conjunto, graves afectaciones en el ambiente, y, además, dada "la intensidad de las cargas contaminantes, se está también atentando contra la salud de los habitantes de los barrios circundantes" (Secretaría de Hacienda, 2016).

> La contaminación, sumada a la eutrofización, la colmatación del cauce, la pérdida de las fuentes naturales de suministro de agua, tienen como consecuencia la pérdida de diversidad de hábitats acuáticos lo que ha generado a su vez la disminución de la diversidad biológica y el incremento del peligro de extinción de especies de flora y fauna endémica y la extinción definitiva a nivel global de otras. (Secretaría Distrital de Hacienda, s. f.)

La observación realizada en el humedal La Conejera es importante porque ejemplifica con claridad los efectos nocivos que la contaminación puede generar para la manutención de la biodiversidad, incluso en ecosistemas tan resilientes y sujetos de especial protección como este humedal. La Conejera es el único humedal del mundo que alberga a la especie endémica *Senecio carbonelli,* o margarita de pantano, de la que actualmente sobreviven menos de un centenar de ejemplares destinados, únicamente, a su conservación y todos ellos se encuentran en el La Conejera. Sobre la margarita de pantano cabe resaltar su interesante historia:

> Fue declarada extinta por el Instituto Alexander von Humboldt en el año 1997 y fue redescubierta viva en marzo de 1998 en el Humedal La Conejera por los Biólogos de ese entonces de la Fundación Humedal La Conejera, justo por donde pretende pasar la Avenida ALO. Puede alcanzar 1 metro de alta, hasta ese entonces era conocida únicamente por material de herbarios y textos de la flora la Real Expedición Botánica del Nuevo Reino de Granada (1783-1816) y por una bella lámina ilustrada en colores, conservada en los archivos del Real Jardín Botánico de Madrid, además de un ejemplar tipo colectado en la laguna de La Herrera (Municipio de Mosquera). (Escobar Moreno, 23 de octubre del 2016)

El humedal de Córdoba es otro eje importante en la localidad de la relación sociedad-agua. Está ubicado al noroccidente de la ciudad, en la localidad de Suba, entre las calles 116 y 127 y las avenidas Córdoba, Suba y Boyacá. Hacia el occidente se conecta con el Club Choquenzá, Los Lagartos y el humedal Tibabuyes, creando el sistema Córdoba-Juan Amarillo. Su extensión total es de 40,51 hectáreas (Fundación Humedales de Bogotá, Humedal de Córdoba, s. f.) y es nutrido por los ríos Córdoba, Molinos y Juan Amarillo.

Lamentablemente los humedales y ríos son usados como vertederos de basura, recurrentemente. En abril del 2016, se hallaron sofás, llantas y hasta una tina de baño que obstaculizaban el canal del río Córdoba. Si no se hubiera atendido a tiempo, esta situación habría generado desbordamientos e inundaciones poniendo en peligro tanto a la comunidad de las comunidades como ecosistema mismo (Loaiza, 14 de abril del 2016).

La Convención de Ramsar (Irán, 1971) dotó de protección jurídica a los humedales, definidos en su amplio espectro:

> A los efectos de la presente Convención son humedales las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean estas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros. (Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, 2 de febrero de 1971, p. 1)

En Bogotá, se emitió el Acuerdo 19 de 1994, que declara los humedales de la ciudad como reservas ambientales naturales de interés público y patrimonio ecológico. Además, ordena al alcalde mayor emitir medidas para preservar, recuperar y proteger un total de doce humedales, entre los que se encuentra el Córdoba. En 1998 la EAAB presenta el proyecto "Rehabilitación de las zonas de ronda y zonas de manejo y preservación ambiental del humedal de Córdoba". Sin embargo, este proyecto no fue una solución efectiva, puesto que lo único que se proponía era la ubicacióbn de árboles y ciclorrutas, que solo atreerían gente no para cuidar el humedal, sino para cortar flores, robar nidos o pisar el ecosistema, sin darle una solución efectiva a la alta contaminación de la zona (Gómez y Castaño, 2013). Es importante recordar a Germán Camargo y Gustavo Guerrero (2005), quienes en términos de conservación, definen la *preservación* como la forma en que se regresa el ecosistema a su forma originaria y se aparta del contacto del ser humano. Las políticas de la Administración local están en contravía con esa idea de preservación, por lo que la comunidad decide trabajar para que la gente genere una apropiación positiva del humedal, protegiéndolo y no destruyéndolo.

Más adelante, se presenta Plan de Ordenamiento Territorial (POT) del Distrito Capital, mediante el Decreto 619 de 2000, que daba la categoría de Parque Ecológico Distrital a doce humedales (entre ellos el Córdoba). Según Gómez y Castaño (2013), lo anterior era una falacia, puesto que un parque es un lugar de esparcimiento y recreación para la gente, dejando a un lado sus bienes naturales, restándole gran importancia a lo ecológico y, por consiguiente, dejándolo vulnerable. Muchos vecinos del sector vieron con buenos ojos este proyecto ya que, tal como cuentan los autores, los tenis nike ya no se ensuciarían fácilmente con la tierra y se podría montar en bicicleta por una mayor calzada. No obstante, otros vecinos vieron que esto acarrearía un gran impacto ambiental y trabajan como padrinos y madrinas del ecosistema (Gómez y Castaño, 2013).

Actualmente, a pesar de los esfuerzos de la comunidad y la administración local, el humedal presenta dos problemas principalmente: 1) la baja cantidad de agua que ingresa, por el aislamiento hidráulico en la parte alta, y 2) el ingreso de agua contaminada por el canal Molinos (Moreno, García, y Villalba, s. f.). Por ello, cuando se visita el humedal, ingresando por la esquina junto a la estación Shaio del sistema Transmilenio, lo primero que se aprecia alrededor son aguas negras, donde las aves carroñeras están a la espera; y tras cruzar un puente, se llega a la zona más o menos estable, ecosistémicamente, donde realmente se siente tranquilidad al ver a las aves nadando.

## Conclusiones

En este estudio nos hemos apartado de una visión holística de la naturaleza, al partir de una perspectiva integral de derechos para comprenderla de manera disgregada. Por medio de imperativos de carácter económico es posible evidenciar cómo la conflictividad en torno al uso, goce y acceso del agua por parte de diversas comunidades se erige por procesos de producción de pasivos ambientales, ineficiencia de la gestión pública del Estado y la imposibilidad de costear grandes sumas de dinero como forma de intercambio del elemento; y no exclusivamente por la escasez de fuentes hídricas, la falta de precipitaciones o diversos fenómenos naturales.

La mercantilización o la percepción del agua como un bien económico o una mercancía no solo nos ha distanciado de diversas cosmogonías de las comunidades originarias de la Sabana de Bogotá; además, ha propiciado la negación de diferentes derechos, como el derecho a la salud, a un acceso equitativo al agua, o el derecho a la igualdad. Las estratificaciones socioeconómicas son las que determinan el goce efectivo de los derechos del acceso al agua, por lo que el consumo del líquido está mediado por la inequidad, ya que el consumo de agua es directamente proporcional al nivel de estratificación. La producción de desechos y residuos contaminantes encuentra también este rasgo característico diferencial de estratificación.

Los estudios de caso realizados en las localidades de Ciudad Bolívar, San Cristóbal y Suba son muestra de la brecha de inequidad y de la violación del principio de no discriminación establecido por las Naciones Unidas. En esas localidades se encuentra una mayor densidad poblacional, con altos índices de pobreza y grandes extensiones de zonas de área rural, donde se concentra el mayor impacto producto de los pasivos ambientales. El caso específico de Ciudad Bolívar es un ejemplo de que en Colombia falta trabajar para garantizar la concreción de los derechos de los seres humanos, entre ellos, el derecho humano al agua, como elemento fundamental para la vida. Lo anterior se evidencia en la autogestión del agua a través de acueductos comunitarios, que son la principal fuente de abastecimiento de agua para los hogares.

La identificación de los múltiples ecosistemas hídricos y fluviales de Bogotá denotan la ausencia de regulación estatal junto a la falta de concientización ambiental. Tales ecosistemas se ven afectados por la concentración poblacional al adquirir partículas contaminantes, diversas y perjudiciales, a causa de los vertimientos de las industrias y el uso doméstico. Esos factores han ocasionado una seria afectación negativa de los ecosistemas, debido a la pérdida en la capacidad de resiliencia o reorganización ecosistémica.

# Anexos

**Figura 2. Salida de campo al Parque Ecológico Distrital de montaña Entrenubes. (Elaboración propia).**

**Figura 3. Barrio Divino Niño en la localidad de Ciudad Bolívar. Tomado de Noticiero Barrio Adentro.**

## Referencias


ACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), ONU Habitat y OMS. (2011). *El derecho al agua. Folleto Informativo, 35*. Ginebra: ONU (Organización de las Naciones Unidas). Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf

Alcaldía Mayor de Bogotá. (28 de julio del 2000). Plan de Ordenamiento Territorial para Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital. [Decreto 619 de 2000]. Registro Distrital 2197. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3769

Alcaldía Mayor de Bogotá y SDP (Secretaría Distrital de Planeación). (2009). *Conociendo la localidad de Ciudad Bolívar. Diagnóstico de los aspectos físicos, demográficos y socioeconómicos*. Bogotá: SDP Recuperado de http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/InformacionEnLinea/InformacionDescargableUPZs/Localidad%2019%20Ciudad%20Bol%EDvar/Monografia/19%20Localidad%20de%20Ciudad%20Bol%EDvar.pdf

Alcaldía Mayor de Bogotá y SDP (Secretaría Distrital de Planeación). (2010). Población, viviendas y hogares a junio población, viviendas y hogares a junio 30 de 2010, en relación con la estratificación socioeconómica vigente en el 2010. *Boletín Bogotá Ciudad de Estadísticas,* 18, 1-64. Recuperado de http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/InformacionTomaDecisiones/Estadisticas/Bogot%E1%20Ciudad%20de%20Estad%EDsticas/2010/DICE101-CartillaViHoPeEstrato-2010.pdf

Alcaldía Mayor de Bogotá y SDP (Secretaría Distrital de Planeación). (2012). Sobre el consumo y la producción de agua potable y residual en el uso residencial urbano de Bogotá. *Boletín Bogotá Ciudad de Estadísticas,* 40, 1-30. Recuperado de http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/InformacionTomaDecisiones/Estadisticas/Bogot%E1%20Ciudad%20de%20Estad%EDsticas/2012/DICE123-BoletinConsProdAguasUsoRes-2012.pdf

Bellmont, Y. S. (2012). *El concepto de justicia ambiental: reflexiones en torno a la jurisprudencia constitucional colombiana del siglo XXI.* (tesis inédita de maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. Recuperado de http://www.bdigital.unal.edu.co/8706/1/905060.2012.pdf

Bushnell, D. (2009). *Colombia, una nación a pesar de sí misma. De los tiempos precolombinos a nuestros días*. Bogotá: Planeta.

Bustos, A. (24 de agosto del 2007). San Cristóbal: haciendo ladrillo, haciendo historia. *El Tiempo*. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3693394

Camargo G. y Guerrero G. (2005). *Lineamientos para la determinación y reglamentación de zonas amortiguadoras de las áreas protegidas del sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Corpacot (Corporacion para la Proteccion Ambiental, Cultural y el Ordenamiento Territorial). Recuperado de http://guayacanal.org/wp-content/pdfs/Guia_Zonas_Amortiguadoras_V2.pdf

Ciama (Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente). (31 de enero de 1991). *Declaración de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible*. Dublín: Ciama. Recuperado de http://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/espanol/icwe-decs.html

Colectivo Encuentros Universidad Crítica y Fundación Alma. (2014). *Nuestro Centro es el Agua*. Bogotá: Alcaldía Local de La Candelaría y Fundación Alma. Recuperado de https://issuu.com/fundacionalma/docs/cartilla_rio_vicacha9_capitales_pre

Concejo de Bogotá D.C. (8 de diciembre de 1994). Acuerdo 19 de 1994. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=507

Contraloría General de la República. (2015). *Informe de Auditoría. Gestión de Recursos Destinados para la Protección, Conservación, Saneamiento y Descontaminación de la Cuenca del Rio Bogotá-CAR, Vigencias 2012-2015*. Recuperado de http://186.116.129.16:8080/documents/20181/479170/INFORME_FINAL+RIO+BOGOT%C3%81+VIG+2012-2015.PDF.pdf/cdecc942-09a6-4e35-9079-7813fd342c15?version=1.0

Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas. (2 de febrero de 1971). *Convenio de Ramsar*. Recuperado de http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/scan_certified_s.pdf

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (3 de octubre del 2011) Sentencia T-740/11. [MP Humberto Sierra Porto]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-740-11.html

CRA (Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico) (23 de enero del 2001). Resolución CRA 151 del 2001. Regulación integral de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. Recuperado de https://www1.eaaay.gov.co/Normatividad/Resolucion%20CRA%20151%20de%202001.pdf

CRA (Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico) y Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (29 de julio del 2014). Resolución CRA 692 de 2014. Recuperado de http://cra.gov.co/apc-aa-files/33323662393563653464313139313162/resolucin-cra-692-de-2014-para-copia-y-edicin.pdf

Dane (Departamento Administrativo Nacional de Estadística). (2015). *Encuesta Nacional de calidad de vida 2015*. Recuperado http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/calidad_vida/Presentacion_ECV_2015.pdf

Defensoría del Pueblo. (2005). *Avance del derecho humano al agua en la Constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales 2005-2011*. Bogotá D.C: Defensoria del Pueblo. Recuperado de http://www.defensoria.gov.co/attachment/87/avance%20del%20derecho%20humano%20al%20agua.pdf.

Defensoría del Pueblo. (2011). *Acueductos comunitarios en la zona rural de Ciudad Bolivar*. Bogotá: Defensoría del Pueblo. Recuperado de http://oab2.ambientebogota.gov.co/es/documentacion-e-investigaciones/resultado-busqueda/acueductos-comunitarios-en-la-zona-rural-de-ciudad-bolivar

DNP (Departamento Nacional de Planeación). (2004). *Estrategia para el manejo ambiental del río Bogotá (Documento Conpes 3320)*. Bogotá: DNP y Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Recuperado de https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/CONPES/Econ%C3%B3micos/3320.pdf

Donato, F. (2015). Comentario. 35 aniversario de *Biocenesis*. *Biocenesis,* 29(1-2), 90-91, Recuperado de http://investiga.uned.ac.cr/revistas/index.php/biocenosis/article/view/900/796

EAAB (Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá). (2006). *Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado (Documento técnico soporte)*. Recuperado de http://www.institutodeestudiosurbanos.info/dmdocuments/cendocieu/coleccion_digital/Alcantarillado/DTS_Acueducto_Alcantarillado-Acueducto-EAAB-2006.pdf.

EAAB (Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá). (2016). Acueducto. Nuestra historia. Recuperado de http://www.acueducto.com.co

*El Tiempo* (6 de agosto del 2012). 4 Años para salvar el agua de Bogotá. Recuperado de http://www.eltiempo.com/Multimedia/especiales/salvar_agua_bogota/

Escobar Moreno, J. (23 de octubre del 2016). La margarita de pantano, especie endémica de los humedales de Bogotá. *Fundación Humedales de Bogotá*. Recuperado de http://humedalesbogota.com/2016/10/23/la-margarita-de-pantano-especie-endemica-de-los-humedales-bogota/

FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación). (14 de abril del 2015). 2050: la escasez de agua en varias zonas del mundo amenaza la seguridad alimentaria y los medios de subsistencia. *FAO*. Recuperado de http://www.fao.org/news/story/es/item/283264/icode/

Fundación Humedales de Bogotá. (s. f.). Humedal de Córdoba. Recuperado de http://humedalesbogota.com/humedal-de-cordoba/

Fundación Humedales de Bogotá. (s. f.). Humedal La Conejera. Recuperado de http://humedalesbogota.com/humedal-la-conejera/

Gómez, L. y Castaño, M. (2013). *El humedal de Córdoba: un derecho colectivo hecho realidad.* Bogotá. Recuperado de http://banrepcultural.org/sites/default/files/el__humedal_de_cordoba.pdf

Gómez-Baggethun, E. y De Groot, R. (2007). Capital natural y funciones de los ecosistemas: explorando las bases ecológicas de la economía. *Revista Ecosistemas, 16*(3), 4-14. Recuperado de https://famar.files.wordpress.com/2015/03/gomez-baggethum-y-de-groot_2003.pdf

González, F. (1999). Ambiente y Reflexiones acerca de la relación entre los conceptos: ecosistema, cultura y desarrollo. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana e Ideade (Instituto de Estudios Ambientales para el Desarrollo).

Guevara, S. (2003). Las políticas públicas y la descontaminación del río Bogotá. *Revista Planeta Sur,* 2.

Howard, G. y Bartram, J. (2003). *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*. Ginebra: OMS (Organización Mundial de la Salud). Recuperado de http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf?ua=1

IAVH (Instituto de Investigación de Recursos Biológicos "Alexander von Humboldt"). (2007) *Complejos de páramo de Colombia. [Información cartográfica digital].* Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Recuperado de https://sites.google.com/site/tierraminada/

Loaiza, K. (14 de abril del 2016). Sofás, llantas y tina de baño obstruían el Canal Córdoba: *Secretaría General, Alcaldía Mayor de Bogotá.* Recuperado de http://www.bogota.gov.co/article/temas-de-ciudad/emergencias/sofas-llantas-y-tina-de-bano-obstruian-el-canal-cordoba

Martínez-Alier, J. (2004). Los conflictos ecológico-distributivos y los indicadores de sustentabilidad. *Polis. Revista Latinoamericana,* 13, 1-15. Recuperado de https://polis.revues.org/5359

Maya, A. Á. (1996). *El reto de la vida. Ecosistema y cultura, una introducción al estudio del medio ambiente.* Bogotá: Ecofondo. Recuperado de https://www.rds.org.co/es/recursos/el-reto-de-la-vida-ecosistemas-y-cultura-una-introduccion-al-estudio-del-medio-ambiente

Mesa Cuadros, G. (2010). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho".* (3ª ed.) Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.

Mesa Cuadros, G. (2013). Ecoturismo en Parques Nacionales y Territorios Étnicos: condiciones de posibilidad o ¿solo un tinte verde a la actividad económica del turismo? En G. Mesa Cuadros (ed.), *Locomotoras normativas anti-ambientales: algunos análisis de caso por afectación a derechos colectivos y ambientales* (pp. 17-49). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.

Mesa Cuadros, G. (2015). Conflictos Ambientales, elementos metodológicos para su análisis. En G. Mesa Cuadros (ed.), *Conflictividad ambiental y afectaciones a derechos ambientales.* (pp. 23-73). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.

Millennium Ecosystem Assessment. (2005). Panorama general: evaluación de los ecosistemas del milenio. Recuperado de https://www.millenniumassessment.org/es/About.html

Moreno, V., García, J. F. y Villalba, J. (s. f.). *Descripción general de los humedales de Bogotá, D.C.* Bogotá: Sogeocol (Sociedad Geográfica de Colombia). Recuperado de https://www.sogeocol.edu.co/documentos/humed.pdf

Observatorio de ríos urbanos de la Universidad Antonio Nariño. (s. f.). Observatorio de ríos urbanos. Recuperado de http://observatorioderiosurbanosuan.blogspot.com.co/

OACDH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos). (2013). *Derecho internacional humanitario Conceptos básicos Infracciones en el conflicto armado colombiano.* Bogotá: OACDH.

ONU (Organización de las Naciones Unidas). (28 de julio del 2010). *Resolución 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento*. Recuperado de http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S

Parques Nacionales Naturales de Colombia (PNN). (s. f.). Servicios KMZ. Mapa Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Bogotá: PNN. Recuperado de https://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/php/decide.php?patron=01.370402

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2006). *Informe sobre Desarrollo Humano 2006. Más allá de la escasez: poder, pobreza y la crisis mundial del agua.* Nueva York: PNUD. Recuperado de http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2006_es_completo.pdf

Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá. (2013). *Plan ambiental local "San Cristóbal humana con el ambiente".* Bogotá. Recuperado de http://ambientebogota.gov.co/documents/10157/2883158/PAL+San+Cristóbal+2013-2016.pdf

Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte. (s. f.). Localidad de Suba. Recuperado de https://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/localidades/suba

Secretaría Distrital de Hacienda. (s. f.). Humedal La Conejera. Recuperado de http://www.institutodeestudiosurbanos.info/endatos/0100/0110/0112-hidro/0112147.htm

Shiva, V. (2002). *Las guerras del agua: contaminación, privatización y lucro.* Ciudad de México: Siglo XXI.

Tierra Minada. (2015). Cartografía de actividades mineroenergéticas en Colombia. Recuperado de https://sites.google.com/site/tierraminada/

UNDP. (United Nations Development Programme). (2005). *Investing in Environmental Wealth for Poverty Reduction: environment for the MDGS.* Recuperado de https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2005-027.pdf

Villa Fontecha, G. H. (2012). A propósito de la gestión del agua en el mundo contemporáneo. Un enfoque biopolítico. *Análisis Político, 25*(74), 109-133. Recuperado de https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/43721/45383

# Conflictividad ambiental en La Guajira: derecho al agua*

## *Environmental crisis in the Guajira: right to water*

Semillero vinculado al Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (Gidca)

**Johan Ferley Rodríguez Fonseca**
Departamento de Derecho
*jfrodriguezf@unal.edu.co*

**Ivon Lizeth Rodríguez Torres**
Departamento de Derecho
*ilrodriguezt@unal.edu.co*

**Felipe Andrés Martínez Rojas**
Departamento de Derecho
*feamartinezro@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33472 "Conflictividad ambiental en La Guajira: derecho al agua", dirigido por el profesor Gregorio Mesa Cuadros.

**Resumen:** Desde el año 2003, el Gobierno nacional ha reconocido la crisis ambiental en La Guajira y las dificultades para acceder al agua potable. Por lo tanto, se han implementado diversas políticas públicas con el objetivo común de superar la crisis a partir del desarrollo de la infraestructura necesaria para mejorar el acceso a este recurso —por medio del uso de la ciencia y la tecnología—. Sin embargo, dichas medidas no han sido suficientes pues, en la actualidad, no está garantizado el derecho fundamental al agua para todos los habitantes del departamento.

Esta investigación busca determinar las principales falencias de los proyectos implementados por el Gobierno, que no han permitido superar la crisis ambiental en La Guajira, situación que afecta los derechos fundamentales de los ciudadanos, principalmente el derecho fundamental al agua.

**Palabras clave:** conflictividad ambiental, agua, sequía, política pública, La Guajira

**Abstract:** Since 2003, the national Government has recognized the environmental crisis in La Guajira and the difficulties for access to drinking water. Therefore, several public policies have been implemented with the common objective of overcoming the crisis by developing the necessary infrastructure to improve access to this resource —through the use of science and technology—. However, there is no guaranteed fundamental right for all inhabitants of the departament.

This research seeks to determine the main shortcomings of the projects implemented by the Government, which have not overcome the environmental crisis in La Guajira, a situation that affects the fundamental rights of citizens, especially the fundamental right to water.

**Keywords:** environmental crisis, water, drought, public policy, La Guajira

## Introducción

En Colombia se consagraron, a través de la Constitución de 1991, derechos fundamentales que gozan de una especial relevancia sobre los demás. La Corte Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, ha estudiado el contenido y los mecanismos de defensa de estos derechos, adoptando una teoría que entiende la fundamentalidad de un derecho desde su núcleo esencial, y su cometido de defender la dignidad humana. La Corte ha considerado que el agua es una necesidad básica para la existencia del ser humano, por lo es un derecho fundamental de todos "disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o domestico" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-740, 2011).

El Gobierno nacional, teniendo en cuenta esta problemática, ha implementado diversas herramientas para mitigar la escasez de agua en el territorio, con el fin de garantizar el derecho fundamental al agua. Sin embargo, estos instrumentos han sido insuficientes para solucionar dicha conflictividad, incluso han llegado a generar nefastas consecuencias sociales y ambientales en los territorios intervenidos. Por esta razón se formuló la siguiente pregunta de investigación: ¿cuáles son las principales falencias de las políticas públicas implementadas por el Gobierno nacional en el periodo comprendido entre el año 2003 y el 2016, para solucionar la crisis de la sequía en La Guajira y garantizar el derecho fundamental al agua de los habitantes? Al respecto, en el desarrollo de la investigación se han detectado dos falencias:

1. La falta de seguimiento y continuidad a los proyectos que se han planteado en la región.
2. La ausencia de participación de los sectores sociales y populares en la construcción de dichas políticas, lo cual ha generado consecuencias sociales y ambientales negativas.

De lo anterior, se desprendieron tres objetivos específicos: 1) caracterizar el desarrollo histórico de la crisis de la sequía en La Guajira y los proyectos de políticas públicas que ha implementado el Gobierno, para dar solución a dicha problemática; 2) analizar las políticas públicas que ha implementado por el Gobierno para dar solución a la problemática ambiental, a partir de la consideración del derecho al agua como derecho fundamental; y, 3) establecer, desde una óptica de garantía del derecho fundamental al agua, algunos elementos que deberían tenerse en cuenta para la formulación de una solución eficaz a la crisis de sequía en La Guajira.

Para comprender la problemática ambiental de La Guajira, e identificar las principales falencias de las políticas públicas que ha implementado el Gobierno nacional, es necesario partir de un análisis de los derechos fundamentales que se están vulnerando, desde una óptica de su protección. Es fundamental determinar si estas políticas garantizan el cumplimiento de los derechos fundamentales y brindan herramientas para el acceso al

agua, en la cantidad y calidad establecida en los estándares internacionales, para llevar una vida digna.

A continuación, se presenta la investigación en tres secciones: la primera caracteriza la crisis ambiental de La Guajira y los proyectos de políticas públicas implementadas por el Gobierno nacional, determimando las principales causas de la problemática hídrica; la segunda presenta las consideraciones, desde el plano teórico y jurídico, del derecho al agua como derecho fundamental; y por último, en la tercera parte se exponen los elementos que deberían abordarse en una política pública de derechos humanos en La Guajira, con el fin de analizar si se han tenido en cuenta dichos elementos en la elaboración de las políticas públicas ya implementadas por el Gobierno nacional.

Todo lo anterior esta soportado por una investigación de carácter cualitativo. Las hipótesis se generaron en medio del proceso y fueron redefinidas durante la recolección y el análisis de datos, los cuales tienen un carácter principalmente histórico, deductivo y analítico.

## Caracterización de la crisis ambiental de sequía en La Guajira: una mirada al desarrollo histórico de la región y los proyectos de políticas públicas implementadas por el Gobierno nacional

A continuación, se pretende caracterizar la crisis ambiental en La Guajira desde dos enfoques: el primero está relacionado con el desarrollo histórico de la crisis ambiental —recrudecida principalmente durante la última década, por causa de factores tanto climáticos como antrópicos—; el segundo se plasmará a partir de la descripción de los proyectos de políticas públicas implementados en la región por el Gobierno nacional, con miras a brindar soluciones a la mencionada problemática.

### Características de la crisis ambiental de sequía en La Guajira

El departamento de La Guajira tiene unas características particulares respecto del resto de la región Caribe, pues es considerado como la región más seca de Colombia, ya que de sus 20 848 kilómetros cuadrados de extensión, el 41 % es clasificado como zona de matorral desértico subtropical, frente a solo un 1 % que se clasifica como zona de bosque húmedo tropical (Defensoría del Pueblo, 2014, p. 113).

Respecto a la hidrografía de La Guajira, el departamento cuenta con dieciocho cuencas hidrográficas, distribuidas a lo largo del territorio, que juegan un papel importante dentro de la red hidrográfica, dependiendo de la longitud del cauce principal, núme-

ro de beneficiarios y el área que abarca. Sin embargo, el departamento es la región de Colombia que presenta la menor cantidad de láminas de escorrentía, lo cual se materializa en una desventaja en la oferta hídrica respecto al resto del país, más aún en épocas donde las condiciones climáticas hacen que algunos de los cursos de agua desaparezcan (Corporación Autónoma Regional de La Guajira [Corpoguajira], 2011).

En el 2010 el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales de Colombia (Ideam) señaló los municipios con índices de alta y muy alta vulnerabilidad hídrica por desabastecimiento, siendo Maicao el caso más preocupante. En este municipio, las fuentes de abastecimiento —como reservorios, o jagüeyes, que tenían las comunidades— se han secado paulatinamente. El bajo índice de precipitaciones implica un problema gravísimo, pues a partir de la lluvia se abastecen los pozos profundos que constituyen una fuente de reserva para muchas comunidades (Defensoría del Pueblo, 2014).

Es pertinente destacar que el recurso hídrico de las fuentes superficiales y los niveles de pluviosidad han disminuido considerablemente a lo largo y ancho de la región, generando un déficit de acceso —y con ello problemas de salud, entre otros— para los habitantes del departamento, en especial para las comunidades étnicas que allí habitan. Como señala la Defensoría del Pueblo (2014):

> la mayor parte de las comunidades étnicas en La Guajira no cuentan con acceso al agua para consumo humano, ni tampoco para realizar las actividades que constituyen su sustento básico, tales como la cría y pastoreo de ganado caprino y los cultivos de pancoger (maíz, fríjol, yuca, auyama, entre otros), lo anterior amplía, aún más, los índices de pobreza, necesidades básicas insatisfechas, genera desequilibrio social, afecta la calidad de vida de las comunidades y su posibilidad de crecimiento y desarrollo, en razón de lo anterior, no se está garantizando a la población el derecho humano al agua, en condiciones de accesibilidad, disponibilidad y calidad, lo cual es aún más grave si se tiene en cuenta la relación directa del acceso al agua con otros derechos. (p. 114)

Otro aspecto determinante en la crisis de la sequía es el evidente deterioro de las estructuras de recolección, almacenamiento y distribución del recurso hídrico[1]. En primer lugar, algunas de estas obras, a pesar de haber iniciado en el periodo de 2004-2008, actualmente se encuentran inconclusas y, por otro lado, aquellas que se encuentran funcionando fueron mal diseñadas o presentan una inadecuada operación y mantenimiento. La Contraloría General de la República (2014) afirma que:

> [...] es evidente también una deficiente gestión del recurso hídrico, con obras hidráulicas que no palian las necesidades de las comunidades en sus áreas de influencia direc-

1 Microacueductos, baños, tanques de almacenamiento de agua.

> ta, en los momentos de necesidad del recurso. En este punto cabe preguntar cuál es el costo-beneficio de grandes obras como represas y embalses ubicados en esta región, como los son la represa de Ranchería o el embalse de Besotes, pero que ante la actual grave crisis no representan una solución, ni siquiera un alivio, para las comunidades afectadas por el déficit hídrico. (p. 16)

En relación con la calidad del agua para el consumo humano, la Defensoría del Pueblo (2014) destaca que:

> [...] municipios como Dibulla en el 2013 presentaron un índice de riesgo alto de la calidad de agua para consumo humano alto, esta situación genera una gran preocupación; así mismo los municipios de Albania, Barrancas, Distracción, El Molino, Hato Nuevo, La Jagua del Pilar y Manaure terminaron el 2013 con un riesgo medio en la calidad del agua que distribuyen. (p. 117)

Sin embargo, hay que considerar que actualmente no existe en Colombia un estudio que permita conocer la calidad de agua de las zonas en donde no hay abastecimiento mediante redes de empresas prestadoras de servicios públicos, donde se complejiza la situación.

Por último, respecto a los datos sobre saneamiento básico, se encontró que solo el 37,69 % de las viviendas del departamento cuentan con servicio de alcantarillado, lo cual dificulta el tratamiento de aguas sucias y eleva el riesgo de contaminación de las fuentes hídricas del departamento (Defensoría del Pueblo, 2014, p. 116).

## Principales causas de la crisis ambiental de sequía en La Guajira

La situación de desabastecimiento de agua que se presenta en La Guajira se ha complejizado en la última década. Si bien es cierto que la región ha sufrido por causa de fenómenos climáticos, presentar la crisis ambiental y sus consecuencias como producto de factores naturales, únicamente, resulta insuficiente, además de conveniente para la institucionalidad, que usa y defiende estos argumentos.

Puede considerarse un sin número de causas como origen de la crisis ambiental e hídrica en el departamento. Desde una perspectiva histórica esta investigación pretende reconstruir este fenómeno, teniendo en cuenta la transformación territorial que ha tenido esta región. Factores como la contaminación, el acaparamiento de las fuentes hídricas, el despojo de tierras, entre otros, nos dan los primeros elementos para hacer evidente que la crisis de agua en la región no se explica únicamente con fenómenos naturales (Urrea y Calvo, 2014, p. 63).

Una de las principales causas que ha generado grandes impactos en la crisis del agua en La Guajira es la actividad minera, a través de la cual se han desarrollado dinámicas de acaparamiento, despojo y control de las fuentes hídricas de la región, así como su posterior contaminación, como principal efectivo nocivo del extractivismo minero. No en vano, se ha dado un aumento en la minería de carbón a cielo abierto en forma directamente proporcional a la desaparición de las principales fuentes de agua y a los altos índices de contaminación en las restantes (Urrea, 2015).

La actividad minera en la región Caribe colombiana, principalmente en departamentos como Cesar y La Guajira, ha estado amparada bajo el discurso del crecimiento económico —justificación del modelo extractivista— y ha transformado el territorio profundamente, esto ha complejizado las condiciones de acceso al agua, especialmente para las poblaciones menos favorecidas (Urrea y Calvo, 2014, p. 65).

En La Guajira, el agua ha sido un bien en disputa, principalmente, entre la población y la multinacional El Cerrejón, que ha desarrollado un complejo de minería de carbón a cielo abierto, que lleva el mismo nombre. El Cerrejón se ha consolidado como el mayor productor de este compuesto en el país y ha producido múltiples afectaciones ambientales a la región, pues:

> Cualquiera de las explotaciones mineras conlleva, necesariamente, impactos a las aguas y conflictos ambientales por el agua que se expresan en la privatización de las fuentes, por factores como la apropiación de grandes cantidades del líquido para el aprovechamiento minero, y la contaminación producto de la extracción de carbón y la remoción de material "estéril" que al ser expuesto a condiciones atmosféricas (agua y aire) reacciona generando sustancias químicas peligrosas que ocasionan la afectación irreversible de las cuencas hídricas. [...] Los altos impactos ambientales producto de la actividad minera del El Cerrejón se expresan principalmente en dos aspectos, el primero de ellos es la privatización de las fuentes hídricas, debido a factores como la apropiación de grandes cantidades del líquido para el aprovechamiento minero y, en segundo lugar, está la contaminación producto de la extracción de carbón y la remoción de material que genera sustancias químicas peligrosas que producen una afectación irreversible de las cuencas de agua. (Urrea, 2013)

Respecto a la privatización de las fuentes hídricas, es claro cómo El Cerrejón ha acaparado las fuentes hídricas para el desarrollo de los procesos mineros, apropiándose no solo de grandes cantidades de agua, sino de aquellos recursos hídricos de la mejor calidad dentro de la región:

> Como está consignado en el plan de manejo ambiental elaborado por El Cerrejón en el año 2000, la concesión de aguas del río Ranchería en la zona centro es de 25 litros por

> segundo (desde la Resolución 4911 del 13 de diciembre de 1996, y resolución 1770 del 14 de julio de 1999). Por otra parte, y consignado en el mismo plan de manejo, el gasto de agua, para regar las vías en el intento por aplacar el polvillo del carbón en el aire, es de 17 mil metros cúbicos por día, en una clara competencia y acaparamiento frente a otros usos del agua asociados a la supervivencia humana. (Urrea y Calvo, 2014, pp. 66-67)

Mientras tanto, según datos del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en la Alta Guajira el consumo promedio de agua de una persona es de 0,7 litros diarios de líquido no tratado; mientras tanto, en la Media Guajira no se alcanzan los estándares reconocidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) de un promedio mínimo de 50 litros de agua al día para llevar una vida digna (Urrea, 2015). Además, hay que considerar que la apropiación de las aguas del río Ranchería, dentro de las fases del proceso minero, se ha evidenciado en las propuestas de El Cerrejón, como la modificación del cauce de este río, con el fin de facilitar la ampliación de la mina y la explotación carbonífera. Por otro lado, algunos análisis de la Defensoría del Pueblo (2014), en su informe sobre la crisis humanitaria en La Guajira, determinan que los recursos destinados en los últimos años al abastecimiento de agua y al saneamiento básico son muy bajos, al igual que los recursos que obtiene el departamento producto de las regalías por explotación minera.

> Pese a las inversiones y a proyectos para asegurar el acceso al agua potable a la comunidad, como los señalados por la Gobernación, que a 2012 tenía proyectos por $23.000.000.000 financiados para la zona rural, así como el de la represa El Cercado, que utiliza el agua del río Ranchería y que pretendía, además de instaurar, establecer dos distritos de riego, abastecer de agua a los acueductos municipales de Albania, Barrancas, Fonseca, Hatonuevo, Maicao, Manaure y Uribia (proyecto que fi nalmente no se ha concretado), las comunidades siguen sin agua y se abastecen de los pozos que fueron instalados por el gobierno de Gustavo Rojas Pinilla, hace ya más de 50 años, de jagüeyes, de carrotanques, entre otros; sin embargo, es agua que no cuenta con las características físicas, químicas y microbiológicas establecidas en la Resolución 2115 de 2007 y en el Decreto 1575 de 2007. (Defensoría del Pueblo, 2014, p. 116)

Lo anterior es solo una muestra de que el problema ambiental por el que atraviesa La Guajira es de carácter estructural. La región ha estado marcada por una historia de desidia, abandono estatal y corrupción, esta situación podría verse reflejada en el siguiente conjunto de problemáticas: 1) obras que han facilitado las labores de multinacionales como El Cerrejón, pero que se son inservibles para satisfacer las necesidades básicas

de la población, como es el caso de la represa El Cercado; 2) obras mal planeadas y que son completamente inservibles, o se encuentran en altas condiciones de deterioro; 3) obras que se quedaron en fases de planeación, y 4) el inadecuado manejo de los recursos (Azuelo y Oyaga, 2014). Todo esto hace que nos preguntemos ¿Dónde está el dinero producto de las regalías? ¿Dónde están los recursos que se han destinado desde el nivel local y nacional?

## Proyectos de políticas públicas que ha implementado el Gobierno nacional para dar solución a la crisis ambiental en La Guajira

Todo el cúmulo de problemáticas presentadas anteriormente exigen un tratamiento prioritario por parte de las autoridades administrativas nacionales. Como hemos señalado *grosso modo,* la situación de abastecimiento de agua ha sido compleja y, según la primera valoración que hemos hecho del caso, no hay políticas públicas o proyectos que hayan solucionado el problema de manera efectiva e inmediata. Lo anterior ha agudizado la crisis delabastecimiento del mínimo vital de agua potable.

En el 2004, el gobernador de La Guajira, José Luis González Crespo, decretó el Plan de Desarrollo Departamental de La Guajira (2004-2007) cuyo lema fue "Vamos todos a reiniciar La Guajira". En ese documento se afirma que, si bien la problemática de la escasez de agua está dada por la semiaridez del territorio, se ha agravado por la completa ausencia de intentos serios para brindar alguna solución que garantice tanto la calidad de vida de los habitantes, así como la economía local y regional (Gobernación de La Guajira, 2004, p. 33).

Este plan de desarrollo estableció la política denominada "Revolución del Agua" para contrarrestar la conflictividad ambiental respecto al abastecimiento del agua en la región y hace parte de un direccionamiento político y estratégico, encaminado a lograr que el departamento se caracterice como "una sociedad integrada, saludable y sostenible". Lo que se pretende con esta política es que:

> Para lograr este inaplazable compromiso histórico con los guajiros, todos los recursos y los esfuerzos institucionales necesarios se encaminarán a la solución de alta tecnología para el problema de abastecimiento de agua en el departamento. Buscando el mejoramiento y la optimización de la oferta de los servicios públicos básicos de acueducto y alcantarillado, incluyendo la generación de nuevas actividades productivas y modernización de algunas tradicionales. (Gobernación de La Guajira, 2004, p. 21)

El objetivo principal es enfrentar, a partir de la ciencia y la tecnología, el problema de la escasez de agua, mediante un sistema eficiente de embalses, trasvases y bombeos

(Gobernación de La Guajira, 2004, p. 29). Como proyecto estratégico enfocado en esta problemática, se estableció:

> La dotación de agua a base de trasvases y bombeos consiste en el aprovechamiento de parte del agua que desciende de la Sierra Nevada de Santa Marta y sus estribaciones, la cual puede ser embalsada y enviada por tubería a los lugares de consumo, siguiendo la misma tecnología usada tradicionalmente en el país y el mundo para el transporte del petróleo crudo y los combustibles. Permitiría, no solo abastecer a la población de numerosos centros urbanos y rurales de la zona semiárida, sino también su consolidación como asentamientos, centros de servicios domiciliarios, asistenciales y sociales y como lugares de producción, aliviando así una de las más penosas cargas del nomadismo.
>
> Esta solución, que se remonda a la antigüedad, viene siendo aplicada en el presente en numerosos países con problemas de aridez y semiaridez, como varios del Oriente Medio, Japón, y provincias de España y de California. En el caso de La Guajira tendría ventajas adicionales debido a la topografía plana del terreno a irrigar y a la posibilidad de aprovechar los beneficios de la gravedad. (Gobernación de La Guajira, 2004, p. 37)

Para cumplir con dicho proyecto estratégico se plantearon unos objetivos específicos, así como unas estrategias y acciones puntuales que se ejecutarían con recursos provenientes del Gobierno nacional, departamental y municipal (Gobernación de La Guajira, 2004, p. 40).

En concordancia con el factor presupuestal para la ejecución de estos proyectos, el 16 de febrero de 2004, el presidente Álvaro Uribe Vélez y el gobernador José Luis González Crespo anuncian que la Gobernación de La Guajira destinaría las regalías que recibe el departamento para la "Revolución del Agua Potable". Como afirmó en ese momento el gobernador: "es el compromiso de no atomizar más estos recursos [de las regalías] y poder, desde ya, direccionarlos a soluciones de agua, comprometiendo vigencias futuras para que esto sea sostenible" (Presidencia de la República de Colombia, 16 de febrero del 2004). Con posterioridad, este proyecto se centró en la consecución de recursos de crédito público externo, por lo cual la Asamblea Departamental autorizó al gobernador de La Guajira para contratar un crédito con el Banco Mundial por la suma de 90 millones de dólares, el cual fue aprobado mediante Ordenanza n.° 175 de 2005. La destinación de estos recursos fue, parcialmente, para el programa de transformación estructural de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento básico. Dentro de las condiciones de dicho prestamo se estableció que se pagaría con los recursos de las regalías del carbón, con una proyección de pago total de la deuda a 17 años y 5 de gracia. La administración departamental debía aportar 40 millones de dólares, los municipios 18 millones

de dólares, el Gobierno nacional 8 millones y los operadores especializados 2 millones de dólares, para un total de 156 millones de dólares (Bolaño Barros, 2011).

De la "Revolución del Agua" se dio paso al Plan Departamental para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento, donde se reconocen las políticas implementadas en el periodo 2004-2007 como gran antecedente de la lucha por el abastecimiento y por la garantía del derecho al agua de los habitantes. Este plan se estableció como:

> [...] un conjunto de estrategias de orden fiscal, presupuestal, institucional, técnico y financiero que, bajo la coordinación de los departamentos, permitieran la adecuada planificación, armonización integral de los recursos e implementación de esquemas regionales eficientes de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, orientados al cumplimiento de metas sostenibles de crecimiento del sector de agua potable y saneamiento básico. (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, p. 5)

Es importante analizar los planes de acción de la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (Corpoguajira), máxima entidad ambiental en la región, que han destacado la importancia de una política ambiental que priorice la necesidad de una gestión ambiental para el abastecimiento del recurso hídrico. En el Plan de Acción 2007-2011, Corpoguajira —en concordancia con el "Plan de Desarrollo Departamental 2008-2011. La Guajira: seriedad y compromiso"— presentó el Plan Departamental del Agua Potable, cuyo fin primordial era la ejecución de proyectos de infraestructura y gestión de los servicios de agua potable y saneamiento básico. Este plan se formuló en dos fases: la primera tendría como objetivo optimizar la calidad de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento básico en las áreas urbanas; la segunda se enfocaría en mejorar el acceso de las poblaciones rurales e indígenas al agua potable y saneamiento básico (Corpoguajira, 2007, p. 52).

Dentro de la política de gestión ambiental departamental, Corpoguajira formuló como uno de los objetivos del Plan de Acción 2012-2015 "disminuir la vulnerabilidad del abastecimiento de agua" (Corpoguajira, 2012, p. 152), para lo cual se consolidaría el programa de Gestión Integral del Recurso Hídrico, el cual propendería "por un manejo adecuado del recurso hídrico en el departamento, con el fin de mantener una oferta adecuada en cantidad y calidad para satisfacer la demanda del recurso", tanto en zonas urbana como rurales (Corpoguajira, 2012, p. 153).

En el gobierno del presidente Juan Manuel Santos se decidió dar continuidad a algunos de los proyectos iniciados por la administración anterior y que no presentaban avances significativos, por medio de más inversiones presupuestales y la adjudicación de concesiones, para acelerar el desarrollo de los proyectos.

## Consideración del derecho al agua como derecho fundamental

Comprender la problemática ambiental de La Guajira implica hacer un análisis de los derechos fundamentales que se están viendo vulnerados desde la óptica de su protección. Ello implica comprender qué se ha entendido por "derecho fundamental", así como el contenido y los alcances que desde la doctrina especializada y la jurisprudencia constitucional se han brindado a este concepto. Desde esta perspectiva se ha llegado a la actual conceptualización del derecho al agua como derecho fundamental.

Según Ángel Sánchez Marín (2014), los derechos fundamentales son derechos subjetivos, es decir, son aquellos que recaen sobre los individuos por su condición de personas. Por su condición de *fundamentales,* estos derechos revisten una enorme relevancia que los distingue de otros, otorgándoles una posición superior. Sánchez Martín (2014) plantea dos posturas divergentes sobre la cuestión, en el caso de la teoría española del derecho: la de Gregorio Peces-Barba y la de Antonio Fernández Galiano:

> De entre las diversas corrientes doctrinales que sobre esta cuestión existen, destacamos las dos más seguidas, a saber: la positivista legalista y la propia del iusnaturalismo. La primera, defendida en nuestro país, por el profesor Peces-Barba Martinez principalmente, se sustenta en la idea de que el origen de los derechos fundamentales son las fuentes del ordenamiento jurídico-positivo, de tal forma que "su fundamento último, como derecho y no como valores, será la voluntad popular a través de su participación en los órganos del Estado", hablando también de "la función del juez en la creación de los derechos fundamentales".En definitiva, para esta escuela, sólo es derecho aquello que viene recogido en las leyes, y, en particular, derechos fundamentales los reconocidos y amparados por una norma positiva.
>
> Esta tesis adolece de los siguientes problemas, según el profesor Fernandez-Galiano:
>
> 1. Si no reconocemos la existencia de derechos anteriores a los que pueda otorgar un Estado, ¿cómo justificaríamos el derecho de resistencia que, desde tiempos escolásticos, se otorga a los súbditos de un Estado tiránico?
>
> 2. Repugna a la conciencia y a la dignidad humana admitir que el que el hombre ostente o no los llamados derechos fundamentales, dependa tan sólo de la vigencia de las normas que quieran otorgarlos, amén del riesgo que se corre de que el legislador pueda actuar en un plano puramente voluntarista y caer en posiciones autoritarias. (Sánchez Martín, 2014, p. 232)[2]

2 En su trabajo, Ángel Martín Sánchez retoma las investigaciones de Gregorio Peces-Barbas en *Derechos fundamentales* y de Antonio Fernández-Galiano en *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho.*

Bajo estas reflexiones, Fernández-Galiano (1983) entiende por derechos fundamentales aquellos de los que es titular el hombre "no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana" (p. 174). Como consecuencia inmediata de lo anterior, toda persona es titular de aquellos derechos, cualquiera que sea su edad, raza, sexo o religión, estando, por tanto, más allá y por encima de todo tipo de circunstancia discriminatoria.

En el caso de la jurisprudencia colombiana, la Corte Constitucional ha tratado el tema del contenido y de los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales desde su primera generación. En la Sentencia T-406 de 1992 se indica que:

> Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-406/92, 1992)

A partir de este fallo, la Corte ha considerado que para predicar la fundamentalidad de un derecho deben identificarse los siguientes requisitos: "1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa, y 3) Contenido esencial" (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-406/92, 1992). Estas consideraciones han servido a la alta corporación para desarrollar una doctrina distanciada de la identificación de los derechos fundamentales desde la estructura de la Carta Política, y su organización en títulos y capítulos, y aceptar una teoría que entiende la fundamentalidad de un derecho desde su núcleo esencial y su cometido de defender la dignidad humana. En la Sentencia C-590 (2005) el alto tribunal constitucional determinó que:

> [...]si los derechos fundamentales, en tanto ámbitos de afirmación y realización de la dignidad del hombre y de la democracia participativa y pluralista, constituyen el fundamento y límite del poder público, incluido el poder punitivo del Estado; cae de su peso que el respeto de esos derechos constituye un parámetro de control de los actos de la jurisdicción y, particularmente, de las sentencias. Por lo tanto, si la casación penal es hoy un control de constitucionalidad y legalidad de los fallos penales, ese

> control pasa, de manera necesaria e ineludible, por la verificación del respeto de los derechos de esa índole que están en juego en el proceso penal. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-590, 2005)

Para la Corte Constitucional, los derechos fundamentales traen consigo obligaciones positivas y negativas, es decir, obligaciones de hacer y de no hacer. En el desarrollo de su jurisprudencia, la Corte ha determinado que no solamente los derechos económicos, sociales y culturales tienen un carácter prestacional, esto se debe a que la debida materialización de los derechos civiles y políticos requiere de la destinación de recursos, la adopción de medidas y la puesta en marcha de instituciones (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-372, 2011).

Después de realizar la anterior caracterización de los derechos fundamentales, es posible determinar las violaciones a estos en el departamento de La Guajira, centrando el debate frente al derecho al agua y la forma en la que lo ha entendido la Corte.

Entender la contaminación de las fuentes hídricas o los impedimentos para su pleno disfrute como afectaciones a los derechos humanos fundamentales nos plantea como reto la concepción del derecho al agua ya sea de manera autónoma o por vía de la conexidad. Lo anterior significaría comprender el acceso al agua potable como factor constitutivo de otro u otros derechos. Sin embargo, el acceso y disfrute de agua potable debe entenderse como un derecho autónomo, a partir de los estándares internacionales y de las relaciones que las comunidades tejen alrededor de este recurso, y en esa medida es que intenta abordarse en esta investigación.

El acceso al agua potable tiene directa relación con la plena garantía y materialización del derecho a la salud, consagrado tanto en nuestra Constitución política, como en diversos instrumentos internacionales, y es definido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como

> Un estado de completo bienestar físico, mental y social que trasciende la ausencia de afecciones o enfermedades
>
> [...]
>
> El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. (OMS, 2006)

Maqueda Fourcade (2012), por su parte, nos recuerda que el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que:

> Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesario. (p. 170)

Y a su vez el el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), elaborado como instrumento internacional del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, establece que los Estados Partes en dicho pacto "reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (ONU, 16 de diciembre de 1966, artículo 12.1).

De estos anteriores apartes, que constituyen obligaciones internacionales para los Estados en materia de derechos humanos, se sostuvo que el agua constituía un elemento *sine qua non* para la garantía del derecho a la salud, pues sin su consumo y aprovechamiento no puede haber un adecuado estado de bienestar físico.

Con respecto al debate sobre el derecho al agua, en el caso del derecho colombiano, debe tenerse en cuenta que no hay una consagración explícita dentro de ninguno de los acápites de la Constitución nacional. Sin embargo, bajo una lógica de armonización de la Carta Política y teniendo como base el principio de ampliación de derechos, contenido en el artículo 94 superior[3], la defensa y garantía de los derechos no se ve restringida por la consagración explícita, o no, de estos en la Constitución —o en los tratados internacionales—.

De acuerdo a la Observación general n.° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), el derecho al agua se define como:

> *el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y domestico.* Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y domestica. (CDESC, 12 de noviembre de 2002, p. 1) (cursivas nuestras)

La Corte Constitucional ha valorado estos fundamentos para determinar que

> el derecho de toda persona al agua es un derecho fundamental que debe ser objeto de protección mediante la acción de tutela en muchas de sus dimensiones, en especial cuando está destinada al consumo humano. Esta protección ha sido amplia y ha sido

3 "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos" (Constitución política de Colombia, artículo 94).

> otorgada por esta Corporación, incluso desde sus inicios de acuerdo con las garantías mínimas de disponibilidad, accesibilidad, calidad y no discriminación en la distribución. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-028, 2014)

De igual forma este tribunal ha señalado que el agua constituye una necesidad básica esencial para la existencia de la raza humana. De esta forma, en el sistema legal colombiano, el agua es tanto un derecho fundamental como un servicio público, por ello "todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad" (Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-740, 2011).

Estos fundamentos han llevado a las Salas de Revisión a tutelar el derecho al agua en los siguientes casos: al tratarse de afectaciones a la prestación del servicio (Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-539, 1993); ausencia o mal funcionamiento del servicio de alcantarillado (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-406, 1992); fallas en el suministro (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia SU-442, 1997), e incluso, frente a las acciones de particulares que afecten de alguna forma este derecho (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-224 de 1994). Frente a los temas de protección del derecho, la Corte ha señalado que

> El derecho al agua se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues esta normatividad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, comportan normas con rango constitucional o estándares internacionales que sirven como pautas de interpretación de los derechos que hacen parte del sistema jurídico colombiano. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-740, 2011)

El derecho internacional también ha hecho aportes a esta discusión por medio de pronunciamientos y estudios. Por ejemplo, en el año 2007 se presentó un estudio ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en donde se estimó que:

> Había llegado el momento de considerar el acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho humano. [Se precisó que] el derecho al agua implica el acceso en igualdad de condiciones a una cantidad suficiente para usos personales y domesticos, lo que comprende agua para el consumo, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y domestica. (Maqueda Fourcade, 2012, p. 173)

En línea con lo anterior, la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, ONU Habitat y OMS (2011) han señalado como aspectos claves del derecho al agua los siguientes:

> a. El derecho al agua entraña libertades. Estas libertades incluyen la protección contra desconexiones arbitrarias e ilegales; la prohibición de la contaminación ilegal de los recursos hídricos; la no discriminación en el acceso al agua potable y el saneamiento; la no interferencia con el acceso a los suministros de agua existentes, especialmente a las fuentes tradicionales de agua; y garantizar que la seguridad personal no se vea amenazada cuando se accede al agua y al saneamiento fuera del hogar.
>
> b. El derecho al agua contiene derechos. Estos derechos incluyen el acceso a una cantidad mínima de agua potable para sostener la vida y la salud; el acceso al agua potable y saneamiento en situación de detención; y la participación en la toma de decisiones en lo que se refiere al agua y el saneamiento, a nivel nacional y comunitario.
>
> c. El suministro de agua para cada persona debe ser continuo y suficiente para cubrir los usos personales y domesticos, que comprenden el agua para beber, lavar la ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y del hogar. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU Habitat y OMS, 2011, p. 8)

Dentro del *corpus iuris* internacional es posible identificar otros cuerpos normativos de donde se desprenden disposiciones atinentes al derecho al agua y al saneamiento:

> Los instrumentos que contienen normas relacionadas al derecho al agua y/o al saneamiento que se pueden mencionar son: 1) la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.2.h); 2) el Convenio 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo (art. 5.b); 3) la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.2.c); y 4) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 28.2.a).
>
> A nivel regional, el Protocolo de "San Salvador" establece, para el ámbito interamericano, en su art. 11.1 que "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y *a contar con servicios públicos básicos*", del cual se puede inferir, como hacen los órganos de aplicación, el derecho al saneamiento, y también, en un sentido más genérico, al agua potable. (Maqueda Fourcuade, 2012, p. 173)

Finalmente, el 28 de julio de 2010, la Asamblea General de la ONU profirió la Resolución 64/292, con el título *El derecho humano al agua y al saneamiento,* reconociéndolos como derechos humanos básicos. A partir de esto, puede sostenerse que el derecho

internacional de los derechos humanos ha creado obligaciones relacionadas con el acceso al agua potable, como elemento constitutivo de los derechos humanos.

## Elementos que deberían tenerse en cuenta para la formulación de una solución eficaz a la crisis de sequía en La Guajira

Con base en los capítulos anteriores, a continuación se caracterizan los elementos que deberían abordarse en una política pública con enfoque de derechos humanos que permita dar solución a la problemática de La Guajira. Este análisis servirá para establecer si dichos componentes se han plasmado en las políticas implementadas por el Gobierno nacional.

### Concepto de política pública de derechos humanos en Colombia

Las relaciones que se tejen entre los individuos y el Estado se han marcado por el desarrollo de políticas públicas en materia de derechos humanos. Como lo señala André-Noël Roth (2006) en su libro *Discurso sin compromiso: la política pública de derechos humanos en Colombia,* desde la modernidad, y pasando por un gran número de declaraciones, los derechos humanos se han constituido como elementos fundamentales para la acción política en el mundo, pues la garantía de los derechos humanos cobra gran importancia como primera exigencia de la democracia, puesto que estos derechos han quedado en el papel y las desigualdades materiales entre los individuos se siguen incrementado.

De lo anterior, podemos concluir que no basta con tener un conjunto normativo, si este no va de la mano de herramientas que garanticen su completa realización, lo que implica dar un paso de realidades normativas a realidades institucionales (Roth, 2006), las cuales solo se pueden construir a través de procesos que permitan una interacción en el campo social en el que se recolectan necesidades y se aportan posibles soluciones. De este modo, las políticas públicas se gestan en escenarios donde se permite el diálogo entre diversos actores sociales, con el fin de conducir a nuevos modelos que permitan la realización de ciertos ideales que han surgido en la sociedad, en este caso las políticas públicas se pueden relacionar con el derecho fundamental al agua.

Un primer elemento determinante en una política pública de derechos humanos es que esté configurada como una herramienta que permita la trasformación social. Como se ha mencionado, los derechos humanos a lo largo de la historia se han constituido como elementos fundamentales en la acción política y la realización del individuo en la sociedad. En un mundo globalizado como el actual, que se ajusta día a día a las lógicas que el

mercado impone, aparecen diversas demandas sociales que exigen al Estado cambios estructurales que den soluciones a las necesidades fundamentales de aquellos grupos que tradicionalmente han sido dejados en el olvido (Maldonado, 2007, p. 35). En este sentido, una política pública en términos abstractos se podría definir como:

> [...] un conjunto conformado por uno o varios objetivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con el fin de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática. (Roth, 2002. p. 27)

Sin embargo, como lo menciona Roth (2000), el diseño de todas las políticas públicas es variable, puesto que en su gran mayoría persiguen proteger bienes de interés público distintos, lo cual demanda actores y objetivos diversos. Hay que destacar que las políticas públicas de derechos humanos están enfocadas en la construcción de cambios sociales que conduzcan a una sociedad democrática. Por lo tanto no es conveniente proponer o plantear una sola política pública que aborde todas las problemáticas y necesidades de los ciudadanos, más bien, se debe hablar de un programa, que coordine diversas políticas públicas; es decir un conjunto de políticas que guardan armonía entre sí y encuentran una problemática como eje central (Roth, 2006, p. 63). Ante esto, se deben desarrollar objetivos y medios que permitan el desarrollo de dichos programas conjuntos. En Colombia para el desarrollo de políticas públicas, se ha adoptado el "ciclo de la política pública" o *policy cycle*. Roth (2002) ha estudiado este ciclo, compuesto de cinco fases:

> 1. Identificación del problema: en esta fase los distintos actores presentes en la escena social perciben una problemática y solicitan una acción pública para inscribir la problemática en la agenda gubernamental.
> 2. Formulación de soluciones: los órganos administrativos proponen una o varias soluciones a la problemática.
> 3. Toma de decisiones: autoridades encargadas analizan las propuestas y dan respuesta.
> 4. Implementación: en esta fase se ejecuta o no la decisión tomada por las instituciones.
> 5. Evaluación: en la etapa final se analiza la respuesta dada y las implicaciones que tuvo en su implementación. Esta fase es sumamente relevante, puesto que implica reajustar la respuesta para el reinicio del ciclo. (p. 49)

A pesar de los elementos suministrados por esta teoría, es pertinente reconocer que en realidad un proceso como este, en el que es necesaria la participación de diversos actores e instituciones y un prolongado tiempo de desarrollo, no se realiza al pie de la letra.

Por estas razones es preferible caracterizar las políticas públicas como experimentaciones sociales (Roth, 2006, p. 71), en el sentido de que sus resultados no siempre estarán asegurados y se enmarcan en un largo camino de constantes ajustes y cambios para lograr una transformación social.

En el marco de las políticas públicas de derechos humanos, el número de actores que intervienen, la forma en que imponen su visión del problema y las posibles soluciones que ofrecen son variadas. Tales motivos complejizan el desarrollo de las políticas públicas, pero enriquecen la discusión al respecto, teniendo en cuenta que la transformación de la sociedad debe nutrirse con relación a la multiplicidad de actores presentes en ella, especialmente aquellos grupos a quienes, por su condición marginada dentro de la historia, se les han vulnerado sus derechos.

Si bien la desigualdad o la pobreza, en gran parte del mundo, se deben al orden institucional que beneficia a ciertas élites, corporaciones o empresas, para contrarrestar este efecto han surgido diseños alternativos de orden institucional que pretenden crear mecanismos para fortalecer las democracias y garantizar en forma efectiva los derechos humanos de personas en condición de marginación. Así es como se reconocen dos actores fundamentales dentro del establecimiento de políticas públicas en derechos humanos: 1) Estado, representado por el Gobierno, o sus instituciones, que busca defender ciertos intereses de orden público; 2) los actores alternativos, dentro de los cuales podemos identificar movimientos sociales o partidos políticos, que se contraponen a la visión que tiene el Estado para proteger dicho interés general (Maldonado, 2007, p. 46).

## ¿Se han implementado políticas públicas de derechos humanos en La Guajira?

A partir de lo anterior, se puede establecer que las políticas implementadas en La Guajira no corresponden a políticas públicas de derechos humanos. Según se ha evidenciado en las consideraciones de la primera sección de este capítulo, titulada "Caracterización de la crisis ambiental de sequía en La Guajira" (p. 224), las políticas del Gobierno presentan varias falencias en relación con las características de una política pública de derechos humanos.

En primer lugar, es pertinente destacar que, en la actualidad, no existe un estudio realizado por el Gobierno nacional donde se aborde de manera integral la conflictividad del derecho al agua en La Guajira y que aporte soluciones que garanticen los derechos humanos en el departamento. Muestra de ello es que el desarrollo de proyectos en la región —como la represa del río Ranchería— ha respondido a los intereses de los proyectos mineros y no a las necesidades de la población afectada por la escases de fuentes hídricas (Azuelo y Oyaga, 2014). Por esta razón, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia

T-466 de 2016, concedió al Gobierno un año de plazo para solucionar la problemática de salud, agua y alimentación en la región, que ha afectado gravemente a las comunidades indígenas, especialmente a los wayuú (*Caracol Radio,* 2016). Estas situaciones reflejan la ausencia de un ejercicio serio de formulación de soluciones, toma de decisiones, así como de la implementación y evaluación de políticas públicas; a partir de esto se ha generado una completa desarticulación en los proyectos implementados por el Gobierno nacional, por lo que en vez de lograrse avances significativos, se producen retrocesos con los cambios de administración.

En segunda medida, es importante analizar la presencia de las organizaciones sociales y de las comunidades en el desarrollo de dichas políticas. Como lo ha manifestado el Centro Nacional Salud, Ambiente y Trabajo (Censat Agua Viva), la formulación de dichas políticas se ha realizado sin el desarrollo de ejercicios de socialización y participación de las comunidades de la región y muchas veces en contra de las necesidades de la población que se ve afectada (Urrea, 2013).

Por último, es necesario señalar otro elemento que ha influido en el desarrollo de estas políticas: los altos niveles de corrupción en la región. A raíz de este fenómeno la Corte Constitucional, en la Sentencia T-466 de 2016, llamó la atención al respecto, señalando que "siempre que la corrupción continúe dominando la asignación de los recursos la acción del Estado será un fracaso" (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-466, 2016), esto hace que "pese a la existencia de políticas ambiciosas encaminadas para mejorar la situación, no existe una gestión eficaz en el departamento" (*Caracol Radio,* 2016). Del mismo modo, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación han adelantado una serie de investigaciones con el fin de combatir la corrupción en la región.

## Conclusiones

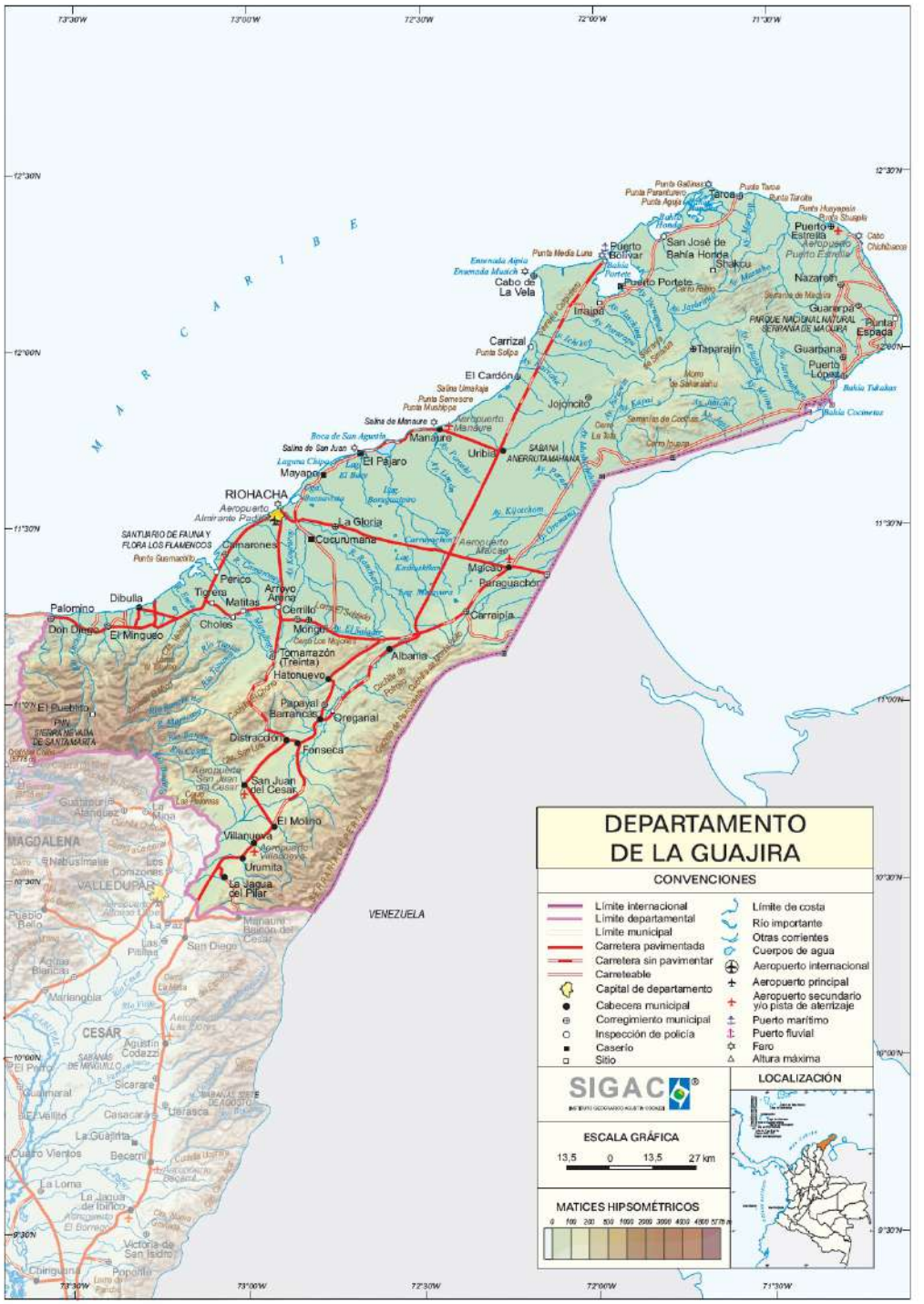
La conflictividad ambiental de La Guajira, en relación con el derecho fundamental al agua, no es una problemática nueva en el escenario nacional. Sin embargo, la vulneración a los derechos fundamentales de la población ha incrementado y la atención general ha recaído sobre estos sucesos. En consecuencia, el Gobierno nacional, desde el año 2003, ha venido desarrollando políticas públicas con el fin de dar solución a la problemática. Sin embargo, estas no han logrado solucionar o contrarrestar los efectos de la crisis por el agua que se vive en la región, esto se debe a que dichas políticas no se han formulado desde una política pública de derechos humanos. Las evidencias encontradas en esta investigación sobre esta hipótesis se centran principalmente en los siguientes aspectos:

* La desarticulación en los procesos de formulación de soluciones, toma de decisiones, implementación y evaluación de políticas públicas de los distintos gobiernos.
* La falta de espacios de participación en los procesos de desarrollo de políticas públicas para los diversos sectores sociales que se han visto afectados por la crisis.
* El fenómeno de la corrupción, como problema de larga data en la región, que ha potencializado el fracaso de las políticas públicas implementadas en la región.

Por lo tanto, una política pública que pretenda dar una solución integral de la problemática, debe partir desde un enfoque de derechos humanos, esto implica que el eje central de su formulación sea garantizar el derecho fundamental al agua de los pobladores de La Guajira.

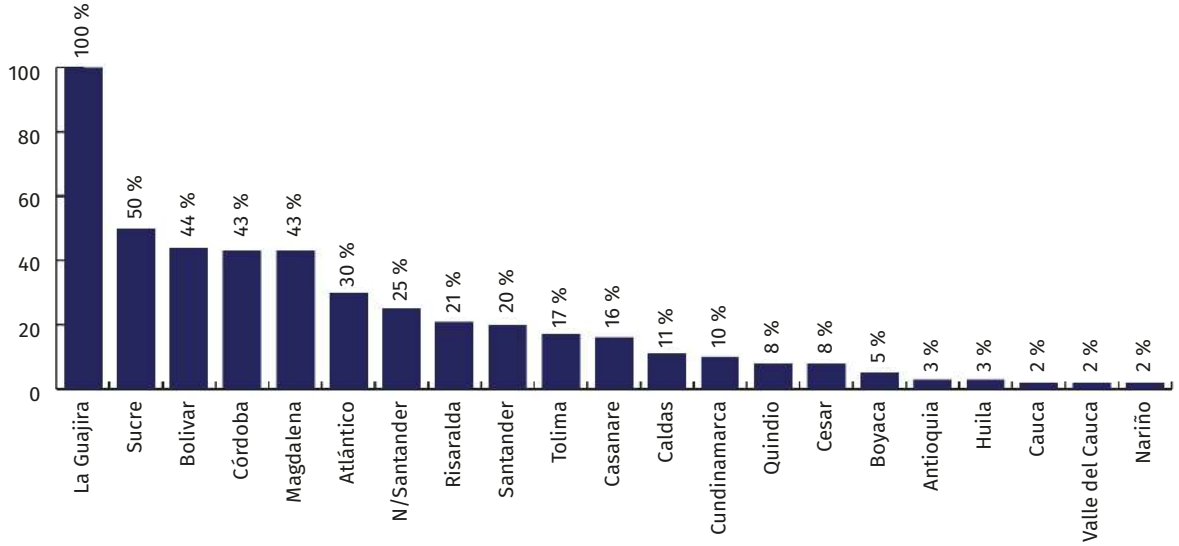
# Anexos

## Mapa de la red hídrica principal del departamento de La Guajira




**Tomado de:** Igac (2012).

**Porcentaje de municipios afectados en cada departamento por desabastecimiento de agua**




**Tomado de:** UNGRD e Ideam (2015).

## Registro fotográfico

Estas fotografías hacen parte de *Informe técnico. Comisión de verificación crisis ambiental por déficit hídrico en el sur de La Guajira (versión preliminar)* (CDMA, 2014), tomadas durante la visita de verificación física y ocular en terreno.

**Figura 1. Arroyo seco sector La Ceiba, municipio de Distracción, La Guajira. Tomado de CDMA. (2014, p. 3).**

**Figura 2. Jagüey seco en el resguardo de Caicemapa, municipio de Distracción. Tomado de CDMA. (2014, p. 3).**

**Figura 3. Tanques piscícolas secos en resguardo Caicemapa, municipio de Distracción. Tomado de CDMA. (2014, p. 3).**

**Figura 4. Residuos sólidos mal dispuestos en resguardo Caicemapa, municipio de Distracción. Tomado de CDMA. (2014, p. 3).**

**Figura 5. Pozos profundos y sistema para recolección de agua sin terminar e inservibles en sector de El Caimito, municipio de Distracción. Tomado de CDMA. (2014, p. 5).**

**Figura 6. Abastecimiento de agua en el arroyo Pozondo, municipio de Barrancas. Tomado de CDMA. (2014, p. 6).**

**Figura 7. Arroyo Pozondo seco, municipio de Barrancas. Tomado de CDMA. (2014, p. 6).**

**Figura 8. Arroyo El Guanábano y sistema de microacueducto, municipio de Hatonuevo. Tomado de CDMA. (2014, p. 11).**

## Referencias

Azuelo, M. y Oyaga, J. (17 de agosto del 2014). En La Guajira antes que la sequía, fue la desidia. *La Silla Vacía*. Recuperado de http://lasillavacia.com/historia/en-la-guajira-antes-que-la-sequia-fue-la-desidia-48426

Bolaño Barros, K. (2011). Agua, "una revolución" que no arrancó. *El Termómetro*. Recuperado de http://www.eltermometro.co/index.php/noticias/nacionales/item/316-agua-%E2%80%9Cuna-revoluci%C3%B3n%E2%80%9D-que-no-arranc%C3%B3#.VuoKEeLhCM9

*Caracol Radio*. (14 de noviembre del 2016). Corte Constitucional pone plazo de un año al Gobierno para superar crisis en La Guajira. Recuperado http://caracol.com.co/radio/2016/10/14/judicial/1476450526_799619.html

CDESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). (12 de noviembre de 2002). 29° Periodo de sesiones. Observación general n.° 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales). Recuperado de http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/794/Inf_NU_ObservacionDerechoAgua_2002.pdf?sequence=1

CDMA (Comisión Delegada para el sector Medio Ambiente). (2014). *Informe técnico. Comisión de verificación crisis ambiental por déficit hídrico en el sur de La Guajira (versión preliminar)*. Recuperado de https://lamineriaencolombia.files.wordpress.com/2014/07/informe-comisic3b3n-de-verificacic3b3n-de-la-cgr.pdf

Corpoguajira (Corporación Autónoma Regional de La Guajira). (2007). *Plan de acción 2007-2011*. Riohacha: Corpoguajira. Recuperado de http://www.corpoguajira.gov.co/web/attachments_Joom/article/56/Plan_de_Accion_2007-2011_CORPOGUAJIRA.pdf

Corpoguajira. (2011). Atlas ambiental del departamento de La Guajira. Riohacha: Corpoguajira. Recuperado de https://issuu.com/corpoguajira/docs/atlas_ambiental_guajira

Corpoguajira. (2012). Plan de acción 2012-2015. Riohacha: Corpoguajira. Recuperado de http://www.corpoguajira.gov.co/web/attachments_Joom/article/808/Plan%20de%20Accion%202012%20-%202015.%20Definitivo.pdf

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (5 de junio de 1992) Sentencia T-406/92. [MP Ciro Angarita Barón]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (8 de junio del 2005) Sentencia C-590/05. [MP Jaime Córdoba Triviño]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-590-05.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (6 de agosto de 2009) Sentencia T-539 de 2009. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-539-09.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (12 de mayo de 2011) Sentencia C-372/11. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-372-11.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (3 de octubre del 2011) Sentencia T-740/11. [MP Humberto Sierra Porto]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-740-11.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (27 de enero de 2014) Sentencia T-028/14. [MP María Victoria Calle]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-028-14.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (30 de agosto de 2016) Sentencia T-466/16. [MP Alejandro Linares Cantillo]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-466-16.htm

Defensoría del Pueblo (2014). *Crisis humanitaria en La Guajira. Acción integral de la Defensoría del Pueblo en el departamento.* Bogotá: Defensoría del Pueblo. Recuperado de http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/informedefensorialguajira11.pdf

*Diario del Norte.* (11 de septiembre del 2014). ¿Quién maneja el Plan departamental de agua? Recuperado de http://www.diariodelnorte.net/noticias/caribe/20575-%C2%BFqui%C3%A9n-maneja-el-plan-departamental-de-agua.html

Fernández-Galiano, A. (1983). *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres

Gobernación de La Guajira. (2004). *Plan departamental de desarrollo (2004-2007).* Riohacha: Gobernación de La Guajira Recuperado de: http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/pd%20-plan%20de%20%20desarrollo%20-%20%20guajira%20-%202004%20-%202007.pdf

Gobernación de La Guajira. (2016). *Plan de desarrollo del departamento de La Guajira 2016-2019. "Oportunidad para todos y propósito de país".* Riohacha: Gobernación de La Guajira. Recuperado de http://www.laguajira.gov.co/web/la-gobernacion/planes-de-desarrollo/3371-plan-de-desarrollo-2016-2019.html

Maldonado, L. F. (2007). *Los derechos humanos como política pública. Colombia: una salida democrática en un país violento.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Maqueda, S. y Casas, C. I. (2012). El derecho a la salud y el derecho al agua potable y al saneamiento. Estudio de sus relaciones mutuas y de su protección internacional, con especial análisis de sus implicancias para los pueblos indígenas. *Revista Internacional*

*de Derechos Humanos,* 2, 167-186. Recuperado de http://www.revistaidh.org/ridh/article/view/23

Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2010). *Plan departamental para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento del departamento de La Guajira.* Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Recuperado de http://portalterritorial.gov.co/apc-aa-files/7515a587f637c2c66d-45f01f9c4f315c/cartilla_pda_gujira.pdf

Mostajo Barrios, J. (2011) El derecho humano al agua: su reconocimiento y contenido. *Revista Jurídica Electrónica de la Universidad de Aquino Bolivia,* 1, 1-9. Recuperado de http://desa1.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4945/El_derecho_humano_al_agua.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU Habitat y OMS. (2011). *El derecho al agua. Folleto Informativo, 35.* Ginebra: ONU (Organización de las Naciones Unidas). Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf

OMS (Organización Mundial de la Salud). (2006). Constitución de la Organización Mundial de la Salud. *Documentos básicos-OMS, 45,* 1-20. Recuperado de http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

ONU (Organización de las Naciones Unidas). (16 de diciembre de 1966). *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.* Recuperado de http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx

Presidencia de la República de Colombia. (16 de febrero del 2004). Regalías para "la revolución del agua potable". Recuperado de http://historico.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2004/febrero/16/16162004.htm

Sánchez, Á. L. (2014). Concepto, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales. *Eikasia. Revista de Filosofía,* 55, 229-237. Recuperado de http://revistadefilosofia.com/55-13.pdf

Roth, A. N. (2002). *Políticas públicas: formulación, aplicación y evaluación.* Bogotá: Ediciones Aurora.

Roth, A. N. (2006). *Discurso sin compromiso: la política pública de derechos humanos en Colombia.* Bogotá: Ediciones Aurora.

UNGRD (Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres) e Ideam (Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales). (2015). *Informe técnico de avance y ejecución del Plan nacional de contingencia frente a la temporada seca y posible fenómeno del el niño 2014-2015.* Bogotá: UNGRD. Recuperado de http://repositorio.gestiondelriesgo.gov.co/handle/20.500.11762/18555

Urrea, D. (s. f.). La sed del carbón. Causas estructurales de la sequía en La Guajira. *Centro Nacional Salud, Ambiente y Trabajo (Censat. Agua viva)*. Recuperado de http://censat.org/es/noticias/la-sed-del-carbon-causas-estructurales-de-la-sequia-en-la-guajira

Urrea, D. y Calvo, I. (2014) Conflictos socioambientales por agua en La Guajira. *Semillas,* 55/56, 63-69. Recuperado de http://semillas.org.co/es/revista/55-56

# Consecuencias ambientales de las actividades mineras de carbón en Tibú, Norte de Santander, en el periodo 2002-2015*

## *Environmental consequences caused by coal mining activities in Tibú, Norte de Santander, period 2002-2015*

Semillero de investigación vinculado al Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (Gidca)**

**John Mario Montenegro Galindo**
Departamento de Derecho
*jmmontenegrog@unal.edu.co*

**Camila Andrea Ortiz Díaz**
Departamento de Derecho
*caortizd@unal.edu.co*

**Adriana María Guerrero Arias**
Departamento de Derecho
*admguerreroar@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33522 "Conflictos ambientales con ocasión a las actividades de explotación minera en Tibú, Norte de Santander", dirigido por el profesor Gregorio Mesa Cuadros.

** Los autores agradecen la colaboración y aportes del investigador José Agustín Labrador Forero.

**Resumen:** El posicionamiento de la minería como pilar fundamental de la economía colombiana en los últimos gobiernos ha sido la principal razón para generar dinámicas locales de explotación del carbón (DNP, 2015). Enmarcada en un sistema de producción de maximización de las ganancias, la explotación desenfrenada del carbón en Colombia ha dejado grandes cicatrices sociales, culturales, políticas y ambientales (Mesa Cuadros, 2013b).
Aunado a la situación anterior, las zonas donde más se ha arraigado esta lógica extractivista —determinadas en los planes de desarrollo departamentales y municipales— son aquellas donde el conflicto político, social y armado ha golpeado con más fuerza. Esta realidad permite ver dos caras del contexto afectado: una, de pobreza, exclusión y violación sistemática de derechos; y otra de resistencia, organización y dignidad.
La preocupación por las consecuencias ambientales de la minería y la extracción de recursos energéticos es la razón principal que motiva los esfuerzos para: 1) identificar los conflictos ambientales que son resultado de las múltiples violaciones al medio ambiente y que han dejado una huella ambiental que afectado a las comunidades; 2) contrarrestar tales situaciones a través de instrumentos legales para disputar derechos.

**Palabras clave:** explotación de carbón, conflictos ambientales, extractivismo, consecuencias ambientales, huella ambiental, derechos ambientales, sujetos de derechos humanos y no humanos, movimientos sociales.

**Abstract:** The positioning of mining as a fundamental pillar of colombian economy in recent governments, has been the main motive to generate local dynamics of coal exploitation (DNP, 2015). Under a profit-maximizing production system, unchecked coal mining in Colombia has left great social, cultural, political and environmental consequences (Mesa Cuadros, 2013b).
Aggravating this situation, the areas where this extractivist logic has been most rooted — determined in the departmental and municipal development plans— are those where the political, social and armed conflict has been more violent. This reality allows us to see two sides of the affected context: one of poverty, exclusion and systematic violation of rights; and other resistance, organization and dignity.
Concern around the environmental consequences of mining and energy extraction is the main reason for efforts to: 1) identify environmental conflicts that are the result of multiple violations to the environment that have left an environmental footprint that has affected the communities; 2) counteract such situations through legal instruments to dispute rights.

**Keywords:** coal mining, environmental conflicts, extractivism, environmental consequences, environmental footprint, environmental rights, humans and non-humans rights owners, social movements..

## Introducción

Don Sabas, personaje de la novela *La mala hora,* de Gabriel García Márquez, sentencia que "en este país no hay una sola fortuna que no tenga a la espalda un burro muerto" (1962, p. 60). Podría considerarse que en esta afirmación está contenida la realidad de nuestro país.

Las innumerables riquezas, ambientales, sociales, culturales, entre otras, de esta nación la han ubicado dentro del sistema económico global. En este contexto, caracterizado por un neoliberalismo atroz (que define las políticas económicas) y una mínima intervención estatal, el medio ambiente ha estado en constante disputa y se ha convertido en una de las principales víctimas de este sistema económico. En la mayoría de los casos, las dinámicas de explotación mineroenergética se encuentran reguladas de tal modo que no se establecen límites para estas actividades económicas y, mucho menos, los grados de responsabilidad del Estado y las empresas que contaminan la naturaleza en sus procesos de explotación.

En consecuencia, durante el periodo estudiado se ha identificado un continuo esfuerzo institucional por impulsar modelos de desarrollo basados en economías de tipo extractivista (Alimonda, 2015, p. 51). Así, por ejemplo, el municipio de Tibú, en el departamento de Norte de Santander, no solo se ha visto expuesto a las consecuencias de los monocultivos de palma[1], sino también a las de la explotación minera carbonífera. Por lo anterior, en esta investigación nos interesa adelantar un ejercicio de comprensión y descripción de los procesos económicos, sociales y culturales que propician la transformación de los territorios rurales (y rodeados de selvas) en escenarios mineros en el Catatumbo colombiano. Esta es una situación que modifica el entorno natural y los modos de sustento de vida de sus habitantes.

Con este fin, hemos escogido analizar el periodo comprendido entre los años 2002 y 2015. Hemos relacionado ese periodo con el desarrollo de una producción minera a gran escala, a partir del primer mandato presidencial de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006), tiempo en que se aplicó la Ley 685 de 2001, o Código de Minas. Este proceso ha continuado durante el gobierno de Juan Manuel Santos Calderón.

El territorio estudiado y los sujetos de derechos que allí viven han estado históricamente afectados por el conflicto armado interno, pero además por la presencia de la

1 Para ver más sobre conflictos ambientales causados por monocultivos de palma aceitera, ver Mesa Cuadros, (2015).

industria capitalista que intenta acaparar los recursos ambientales. Estos modelos de producción nacional impactan a su vez los modos de producción y de vida locales y, consecuentemente, las relaciones sociales, económicas y ambientales de las pequeñas comunidades como las campesinas e indígenas.

En primera medida, es necesario partir del presupuesto conceptual que guió esta investigación. En contraposición a la concepción liberal de derechos que clasifica y reconoce solo a aquellos concebidos como los civiles y políticos (Bellmont, 2012), surgen los derechos ambientales como una integralidad que incluye todos aquellos derechos inherentes a la existencia humana y su imprescindible conexidad al "ambiente"[2]. Lo anterior permite enfoques más amplios e incluyentes que reconozcan nuevas subjetividades y nuevos debates. Para ilustración de lo anterior, seguimos el concepto del profesor Gregorio Mesa Cuadros (2013a) que define los derechos ambientales como:

> el conjunto de todos los derechos a reivindicar, exigir y defender efectivamente en los tiempos contemporáneos, ya que los derechos son todos los derechos y no solo unos cuantos derechos, serán tanto los derechos demandados y conquistados históricamente, como todos aquellos nuevos derechos que las nuevas expresiones de la indignidad ambiental (humana y no humana) exijan consagración, protección y respeto. (p. 150)

Esta perspectiva integral de los derechos se integra a una metodología de análisis multi, inter y transdisciplinar que será transversal a las disertaciones de esta investigación. En ese sentido, fue determinante la puesta en marcha de una metodología cualitativa de investigación (Dalle, Boniolo, Sautu y Elbert, 2005), en la que se emplearon como instrumentos principales la entrevista y el estudio de caso. Asimismo, para identificar las afectaciones a los derechos ambientales se hizo un análisis relacional entre factores económicos, ambientales, culturales y jurídicos.

Cabe resaltar, de igual manera, la necesidad de recurrir a una "hermenéutica diatópica", metodología en la cual se parte de la "incompletitud recíproca entre culturas" (De Sousa, 2000, p. 275), pues se entiende que los derechos humanos se mantienen incompletos desde su origen y se materializan con una adopción cultural específica. Bajo estas concepciones, sumadas a un diálogo intercultural o de la "otredad o alteridad" (Gómez-Müller, 1997, p. 62), se pueden "definir valores, principios y derechos encaminados a la conservación y uso sostenible de los bienes comunes y ambientales en el marco del 'constitucionalismo ambiental global'" (Ortega Guerrero, 2015, p. 66).

2 Entendido como naturaleza, tierra o ecósfera, es decir, un todo sistémico integral y global donde todos sus diversos elementos o componentes interactúan, se interrelacionan (elementos bióticos, abióticos y antrópicos).

El presente artículo abordará, en un primer momento, una breve descripción de la actividad de explotación minera de carbón en Colombia, pasando por la minería artesanal, la informal, la ilegal, hasta llegar a la megaminería, haciendo alusión a su conceptualización y relacionamiento con el ambiente, la economía y las normas e instituciones estatales. En un segundo lugar, se identifican los actores generadores de conflictos ambientales por apropiación de elementos ambientales relacionados con actividades de explotación minera de carbón, y de los sujetos de derecho afectados con ocasión de dichas actividades. Un tercer punto de análisis son las vulneraciones a los derechos ambientales ocasionadas por la explotación carbonífera en Tibú y la medida en que estas responden a un fenómeno denominado como "conflictos ambientales redistributivos". Finalmente, a manera de conclusión preliminar, destacaremos las consecuencias que pueden advertirse en esta economía y las recomendaciones que se pueden esbozar a partir de este primer acercamiento investigativo.

## Actividad de explotación de carbón

En el periodo 2002-2014 el departamento de Norte de Santander produjo 23 134 kilotoneladas de carbón (Upme, 2016), ocupando el quinto puesto en producción de carbón en el país después de La Guajira, Cesar, Boyacá y Cundinamarca.

Aunque el municipio de Tibú no es el principal productor de carbón en el departamento (Tabla 1), los yacimientos de las mejores fuentes de carbón en el departamento se encuentran entre este municipio y el de Sardinata (*Colombia Informa,* 2014). En Tibú cualquier espacio de tierra destinado a la minería carbonífera es considerable por tratarse de un territorio de apenas de 2737 km² (Municipio de Tibú, Norte de Santander, 2016).

El establecimiento de una industría minera de producción a gran escala en este lugar no es fortuito, esto responde a posturas hegemónicas en las que el Gobierno nacional busca posicionar modos de producción acordes con la economía del mercado internacional; panorama en el que Colombia se sitúa como país productor de recursos primarios para alimentar las economías industrializadas. Dicha postura presenta un modelo de desarrollo principalmente basado en el extractivismo y en la agroindustria, que tienden a desconocer e invisibilizar la función que puede desempeñar el campesinado en la economía nacional. La importancia que se ha dado a la explotación minera ha sido tal que en los últimos quince años este renglón económico ha tenido un papel protagónico en los planes nacionales de desarrollo.

**Tabla 1. Producción anual de carbón por municipio**

| Municipios de Norte Santander | Año/Volumen | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
| | ton | ton | ton | ton | ton | ton | ton | ton | ton | ton |
| Arboledas | | 9906,06 | 8784,47 | 16 196,93 | 14 803,34 | 14 439,03 | 12 006,91 | 29 198,02 | 7352,02 | 28 433,08 |
| Bochalema | | 159 656,07 | 142 921,75 | 210 384,71 | 166 321,48 | 92 305,44 | 107 943,16 | 102 173,35 | 61 429,61 | 106 739,21 |
| Cácota | | 6516,11 | 1374,04 | 659,17 | 9272,17 | 2170,95 | 12 042,33 | 16 920,5 | 7397,89 | 12 458,44 |
| Chinácota | | 42 919,26 | 36 655,04 | 21 473,34 | 24 674,06 | 16 774.13 | 16 687,42 | 21 719,62 | 10 660,14 | 13 510,87 |
| Chitagá | | 595,5 | 0 | 822,33 | 764,4 | 2052,46 | 2510,92 | 5595,31 | 4310,87 | 2265,25 |
| Cúcuta | 0 | 336 821,59 | 404 024,57 | 357 515,59 | 324 266,12 | 356 973,55 | 415 760,42 | 772 571,89 | 322 948,47 | 479 675,64 |
| Durania | | 29 969,22 | 33 038,62 | 37 517,59 | 30 241,63 | 56 981,63 | 30286,2 | 54 230,22 | 38 132,46 | 64 886,78 |
| El Zulia | | 558 085,11 | 468 936,62 | 499 241,34 | 427 010,56 | 476 639,28 | 438 247,81 | 479 426,53 | 46 8625,1 | 599 910,92 |
| Herrán | | 305,72 | 0 | 2448,31 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | |
| Labateca | | 0 | 0 | 1140,38 | 698,23 | 5315,05 | 2413,08 | 2907,9 | 1181,72 | 123,71 |
| Los Patios | 0 | 2930,79 | 1240,98 | 0 | 38,8 | 5326,59 | 4516,65 | 9008,5 | 13 721,44 | 9597,48 |
| Mutiscua | | 946,99 | 23,71 | 1197,21 | 4515,44 | 864,71 | 11,7 | 936,03 | 0 | 0 |
| Pamplona | | 5361,85 | 1041,88 | 2758,2 | 3625,92 | 1683,28 | 2259,91 | 283,7 | 4724,89 | 0 |
| Pamplonita | | 19 648 | 19 391,45 | 26 133,16 | 22 117,05 | 18 530,94 | 10 782,83 | 8389,81 | 6529,76 | 18 820,72 |
| Salazar | | 73 534,88 | 66 268,92 | 86 522,75 | 87 979,08 | 105 820,33 | 82 418,48 | 121 641,74 | 111 771,23 | 155 095,87 |
| San Cayetano | | 39 686,87 | 47 404,3 | 86 167,94 | 87 778,08 | 115 931,56 | 56 086,79 | 102 808,8 | 63 758,44 | 93 278,85 |
| Santiago | | 52 506,57 | 58 980,16 | 76 731,44 | 44 775,29 | 47 127,07 | 41 529,19 | 23 118,93 | 11 495,18 | 2316,93 |
| Sardinata | | 554 615,73 | 380 733,34 | 606 319,58 | 624 781,69 | 728 213,62 | 589 074,56 | 558 868,35 | 515 391,54 | 589 831,22 |
| Tibú | | 18 232,9 | 4606,85 | 6039,69 | 5332,73 | 7393,83 | 10 320,62 | 35 406,57 | 19 662,7 | 6046,85 |
| Toledo | | 19 029,13 | 15 858,47 | 45 411,22 | 43 390,2 | 56 975,86 | 66 026,44 | 50 876,49 | 17 543,19 | |
| Villa del Rosario | 0 | 0 | 0 | 953,84 | 16072,9 | 5657,13 | 0 | 340,01 | 0 | 15 044,45 |

**Fuente:** Upme (2016).

El primer mandato de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006) partió de un balance negativo en términos de explotación minera, por lo que se planteó la necesidad de planes de exploración de suelos que permitieran mayores índices de ganancias. Así los programas gubernamentales giraron en torno al fortalecimiento de este sector, "mediante un plan de exploración regional y global del subsuelo con análisis geofísicos, geológicos y geoquímicos", donde se "esperaba alcanzar un cubrimiento y sistematización de 120 000 $km^2$ a una escala de 1:100.000". (DNP, 2003, p. 114).

Su segundo periodo (2006-2010) se caracterizó por un ejercicio demagógico donde sostuvo, reiteradamente, la necesidad del "uso sostenible del ambiente", como se evidencia en el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010; sin embargo, en la realidad se caracterizó por un completo desequilibrio y nula sostenibilidad. Al respecto, autores como Mesa Cuadros han definido que este tipo de expresiones, como "teñirse de verde", visibles en campañas de políticos y empresas, constituyen un despliegue publicitario con el objetivo de que mejore la imagen ante el consumidor de mercancías e ideas (Mesa Cuadros, 2013b, p. 20).

Fue evidente la prioridad que se dio en el gobierno Uribe a la extracción minera a gran escala, sin ánimo de consulta a las regiones afectadas, ni de analizar todas las consecuencias ambientales que el afán económico pudiera ocasionar. En este gobierno se dio la antesala para la locomotora mineroenergética que caracterizó al siguiente. Tal como se deduce en los planes de desarrollo mencionados.

El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 estableció ejecutar una "adecuada explotación y aprovechamiento de nuestros recursos mineros" (DNP, 2010, p. 279). Así se presentaron propuestas específicas tales como reformas para generar inversiones en el sector, erradicar la extracción ilícita de minerales o formar capital humano —técnico y profesional— que responda a esa necesidad. Su meta fue hacer de la minería un "motor para el desarrollo económico" (DNP, 2010, p. 280), lo cual trajo implicaciones ambientales, de desplazamiento forzado, fortalecimiento de la violencia, entre otras (Villamizar, 2012, p. 17).

La producción de carbón fue, indudablemente, la más rentable del sector minero durante el gobierno Santos, pero también de las más agresivas con el ambiente, a niveles palpables para la ciudadanía. El segundo mandato de Santos se caracterizó por un discurso, similar al del gobierno Uribe, bastante amigable con lo que se denominó "crecimiento verde" (DNP, 2015, p. 468) que consistió en que la sostenibilidad del crecimiento económico dependiera también de los aspectos ambientales.

Aunque el segundo mandato de Juan Manuel Santos inició con un balance bastante realista de la problemática ambiental por la cual atraviesa Colombia (DNP, 2015), este ha sido solamente otro discurso más de tintes "ecoamigables" que sucumbe ante la realidad

de acumulación de capital privado en pocas manos, en medio de una miseria ambiental y social creciente. Estamos ante una degradación de los ecosistemas, donde los impactos ambientales de algunas actividades económicas han propiciado las condiciones para la creación de conflictos ambientales —con expresiones ecosistémicas, sociales, culturales y hasta de violencia armada— (Villamizar, 2012, p. 17) y, sin un cambio drástico en las políticas mineroenergéticas, las regiones afectadas por la explotación minera no podrían contar con posibilidades reales de una construcción de la paz.

Dicho lo anterior, consideramos relevante diferenciar entre los distintos métodos de explotación minera a la hora de abordar sus consecuencias. La zona catatumbera se caracteriza por una minería poco tecnificada (Upme, 2005) o "casera"[3] —como los campesinos la llaman—, de la que dependen unos 13.000 trabajadores[4] (Hawkins, 2014) y se presenta principalmente bajo el proceso de minería subterránea[5]. Para el año 2007, ya habían sido destinadas 8700 hectáreas subterráneas para este tipo de explotación (Ocha, 28 de agosto del 2007, p. 17). Hay dos modos en que se presenta la minería casera: 1) cuando el dueño de la tierra posee una pequeña o mediana empresa nacional y contrata de manera informal a los campesinos, con pagos al destajo, mínimas garantías laborales y una mínima responsabilidad en materia de daños ecológicos; 2) cuando los mineros son propietarios de las tierras que explotan, con minas que producen menos de 3000 toneladas, (Benavides, Cabrera, Salazar y Zapata, 2011, p. 39).

En el mismo año, había 3300 hectáreas destinadas a la producción minera en el municipio (Ocha, 28 de agosto del 2007, p. 13). Es imposible que la minería de carbón a cielo abierto[6] realizada de manera ilegal pase desapercibida, debido a que suele estar en manos de grandes empresas y a su gran despliegue. Sin embargo, bajo este tipo de minería también se presentan situaciones de contratación informal de trabajadores y, sobretodo, grandes afectaciones ecológicas. El panorama no es muy alentador y lo más preocupan-

3 Este adjetivo para denominar a la minería artesanal fue repetido muy frecuentemente por varios campesinos, entrevistados por los investigadores el 12 de octubre del 2016.

4 Esta cifra es del año 2011.

5 Según el Ministerio de Minas y Energía la mina subterránea es la que desarrolla su actividad de explotación en el interior de la tierra y puede profundizar en ella a través de túneles, ya sean verticales u horizontales. Seguido por el túnel entran las personas que trabajarán en la mina y entran la maquinaria, para que, al excavar, se pueda sacar en coches a la superficie. Dichos túneles tienen un sistema de ventilación que lleva el aire fresco a los mineros y evita la acumulación de gases peligrosos.

6 Según el Ministerio de Minas y Energía es un tipo de minería de superficie que se va realizando sobre la superficie de la tierra y se desarrolla en forma progresiva por capas o terrazas en terrenos previamente delimitados. Se emplea en lugares donde los minerales están a poca profundidad (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Ecocarbón, 1998).

te es que la región del Catatumbo hasta ahora está empezando a repuntar en los marcadores económicos del Estado: "las proyecciones para la explotación de carbón [en el Catatumbo] aseguran un mínimo de 58,9 billones de toneladas y máximo de 117,7 billones de toneladas"; con el Catatumbo como uno de los territorios para tal fin (*Colombia Informa,* 2014).

## Identificación de actores

Para identificar los actores inmersos en la dinámica de explotación minera de carbón en Tibú hay que hacer algunas consideraciones previas. El territorio correspondiente a este municipio ha estado en disputa entre comunidades locales (como campesinos, indígenas, propietarios) y empresarios nacionales, pero también en forma directa e indirecta con "las empresas trasnacionales que despliegan sus estrategias de capitalización de la naturaleza sobre territorios indígenas en contra de los derechos autónomos de los pueblos" (Leff, 2001, pp. 26-27).Por otra parte, el Catatumbo colombiano es una región con una grave situación de violencia militar que ha involucrado distintas guerrillas, grupos paramilitares, bandas criminales y narcotráfico fronterizo con Venezuela. Por lo tanto, tratar de abarcar la totalidad de particularidades que lo componen es una tarea de reconocimiento bastante compleja (Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH], 2015, pp. 19-25).

Para iniciar, encontramos un primer grupo de actores que son las organizaciones sociales y populares como la Asociación Campesina del Catatumbo (Ascamcat) y el Comité de Integración Social del Catatumbo (Cisca). Estas asociaciones articulan pequeñas agrupaciones en la región del Catatumbo en torno a la vida campesina y a la defensa del territorio (Agencia Nacional de Hidrocarburos [ANH], Ministerio de Minas y Energía, Ministerio del Interior y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2015, p. 48). Con su trabajo, defienden al campesinado que tiene modos de producción y reproducción de la vida basados en el cultivo para el autoconsumo y un excedente de alimentos para comerciar en cascos urbanos de las poblaciones cercanas a Cúcuta y Bucaramanga y, eventualmente en poblaciones venezolanas fronterizas. La vida de estas comunidades no se puede reducir a la mera producción de alimentos, ya que alrededor de ellas se teje una vida cultural y social, con formas propias de ver el mundo y de situarse en este.

También encontramos actores estatales de distinto orden: el Gobierno nacional; las autoridades del orden central y del orden descentralizado, como los ministerios de Minas y Energía, de Agricultura y el de Ambiente y Desarrollo Sostenible; así como la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (Anla), la Dirección de Consulta Previa (DCP) del Ministerio del Interior,

el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (Incoder) y la Unidad de Restitución de Tierras; la administración departamental y municipal; el órgano de control municipal, es decir, la personería; las empresas públicas y de economía mixta, principalmente Ecopetrol; y la Fuerza Pública, policial o militar. Como se ha expuesto en los planes de desarrollo, todos ellos están enfocados hacia una política pública que defiende la extracción minera de carbón (ANH *et al.*, 2015, p. 69).

En el caso de las comunidades indígenas, encontramos la Asociación de Autoridades Tradicionales y Cabildos U'wa (Asou'wa) y la Asociación de la Comunidad Motilón-Barí (Asocbarí).

> Cada una responde a las demandas de las comunidades étnicas que representa en sus respectivos ámbitos territoriales. La relación entre comunidades campesina e indígenas es buena, pues comparten planes en defensa del territorio y de la explotación carbonífera y del petróleo, como sucedió en 2007 con el Plan "Vida, naturaleza, territorio y cultura", una campaña acordada entre el consejo autónomo de los caciques barí, y de la comunidad motilón-barí de Colombia. En la actualidad, en el marco del proceso de consolidación de la ZRC del Catatumbo, las diferentes organizaciones indígenas y campesinas trabajan en planes de articulación bajo la figura de los territorios interculturales. (ANH *et al.*, 2015, p. 71)

También existe la Asociación de Productores de Palma del Catatumbo, que agrupa a 81 pequeños productores de palma de aceite, y los integra en todos los procesos productivos, con lo cual se convierte en una de las 18 asociaciones de palma existentes en la región (ANH *et al.*, 2015, p. 72). Finalmente, existen las juntas de acción comunal de cada vereda, que son organizaciones heterogéneas, pero que están articuladas a alguna de las dos más grandes organizaciones campesinas, Ascamcat o Cisca (ANH *et al.*, 2015, p. 72).

Ahora bien, a partir del reporte de los títulos mineros vigentes de minería de carbón en el territorio nacional del 13 de noviembre del 2014, expedido por la Gerencia de Catastro y Registro de la Agencia Nacional de Minería (ANM), se encontraron legalmente aproximadamente cuatro millones de metros cuadrados (3 985 545,95 $m^2$), correspondientes a veintidós títulos vigentes ejecutados en Tibú, Norte de Santander. De los anteriores, diecisiete son contratos de concesión[7] y cinco son contratos en virtud de aporte[8].

7 Es el contrato que celebran el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este último, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada. Dichos minerales se explotan en los términos y condiciones establecidos en la Ley 685 de 2001.

8 "Artículo 351. Contratos sobre áreas de aporte. Los contratos mineros de cualquier clase y denominación celebrados por los entes descentralizados sobre zonas de aportes, continuarán vigentes, inclu-

Adicionalmente, hay tres solicitudes de contrato de concesión; y, a excepción de tres títulos de los años noventa, uno del año 2003, los otros fueron expedidos entre el 2006 y el 2010 (ANM, 2014). Esta información es útil para identificar los distintos actores que participan en las actividades mineras. Según la cantidad de títulos y la extensión territorial de los mismos, la principal empresa minera en el sector es Carbonita S. A. Los demás actores del sector carbonífero en la región están conformados por empresas con personería jurídica, sumadas a otras personas naturales. Sin embargo, al estudiar la composición de las empresas mineras, se encontraron posibles lazos familiares en las juntas directivas de estas, ya que se repiten los apellidos Pineda, Rodríguez y Hernández en varias de ellas. No siendo esto suficiente, se encontró que estos apellidos también aparecen en la titularidad de varios contratos de concesión individuales. Lo anterior, permite confirmar que la propiedad de estos títulos está concentrada en manos de unas pocas personas y familias, que por distintos métodos se han hecho al poder, propiedad o control sobre la explotación de la tierra en el país (Lewin, 2014). Esta situación se replica tanto en otras regiones como en otros sectores de la economía.

Ante la amenaza de la explotación a cielo abierto de carbón —o proyecciones de explotación, pues actualmente no existe minería de carbón a cielo abierto en el Catatumbo—, las organizaciones sociales y la sociedad en general se ha movilizado y a logrado estos procesos, pues consideran que este tipo de minería no debe permitirse por razones legales, ambientales, culturales, entre otras. Debido a esto, las empresas no han ejercido adecuadamente sus títulos mineros. Hasta el momento, su actividad ha estado centrada en la compra y la comercialización del carbón, lo que ha implicado repercusiones al trabajo de explotación de los campesinos que lo hacen en pequeña escala en sus parcelas.

## Conflictos ambientales redistributivos

Para abordar la perspectiva de los conflictos ecológico-distributivos, es necesario relacionar los conflictos locales en un contexto global, con el fin de no caer en tentativas reduccionistas y simplistas (Morin, 1994). Los estudios sobre la espacialidad del capital realizados por el geógrafo David Harvey son pertinentes para entender cómo se compor-

yendo las prórrogas convenidas. Los trámites y procedimientos de licitaciones y concursos que los mencionados entes hubieren resuelto abrir o hubieren iniciado para contratar otras áreas dentro de las zonas aportadas, continuarán hasta su culminación y los contratos correspondientes se celebrarán conforme a los términos de referencia o pliegos de condiciones elaborados para el efecto. Las áreas restantes de los aportes, serán exploradas y explotadas de acuerdo con el régimen común de concesión" (Ley 685, 2001).

ta el capitalismo en el espacio y el tiempo, de conformidad con sus necesidades de expansión, para lo cual este autor acude a las devaluaciones sistémicas de los medios de producción y la fuerza de trabajo, pero también a la violencia (Harvey, 2006). En este sentido, se puede explicar el modo en que Colombia es un país extractor de materias primas, con poco crecimiento industrial e intelectual, donde se presenta un alto impacto en los ecosistemas a razón de su destrucción a gran escala y la generación de residuos tóxicos que impiden la renovación de los ciclos ambientales.

Para que Latinoamérica quede relegada dentro del sistema económico mundial, el capitalismo utiliza los métodos de la *acumulación originaria,* tanto para sostenerse a sí mismo, como para expandirse, mercantilizando espacios que antes no estaban sometidos a la oferta y la demanda. Aquí cobra relevancia el concepto de *acumulación por desposesión* (Harvey, 2005, p. 3), que es el proceso por el cual se privatizan bienes que eran públicos o comunes, se deja la circulación del dinero a manos de los sectores financieros, se maneja y se manipula la crisis por la cual el Estado artificialmente distribuye la renta. Tal situación se presenta cuando "la espacialidad del capital, que es la forma como el capitalismo modifica el espacio-tiempo según sus distintas fases de acumulación, emplea prácticas de acumulación y despojo, devaluaciones sistémicas, conjugando legalidad e ilegalidad" (Mesa Cuadros, Labrador Forero, Quesada Tovar, Olaya y Díaz Castro, 2015, p. 243). Dicho contexto, en el cual Tibú y el Catatumbo están circunscritos, convierte a la región únicamente en productora de materias primas. A esto se suma, como agravante, las prácticas de acumulación por desposesión y sus asociadas, que imponen un modelo de desarrollo hegemónico, sobre los otros modos de producción y reproducción de la vida. Un claro ejemplo de esto es el resultado de investigación realizada por el Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (Gidca) en Tibú, sobre la imposición de prácticas agroindustriales de palma aceitera en menoscabo de otras prácticas culturales, en donde se evidenció que

> los procesos industriales de la palma aceitera, como parte de determinado modelo económico, territorial, industrial, nacional y local basado en enfoques neoliberales sobres extracción, ampliación y utilización de grandes porciones de territorio para monocultivo intensivo, afectan en forma adversa al ambiente en sus diferentes esferas dimensiones, a saber: impactos adversos a los derechos ambientales de las comunidades campesinas de Tibú a través de fenómenos sociopolíticos asociados al desplazamiento forzado; impactos ambientales en el modo de trasformación de forma drástica del entorno cultural y económico de las comunidades cuyo oficio es trabajar la tierra bajo los sistemas de producción campesinos frente los monocultivos de palma aceitera en el sector rural de Tibú e, impactos ambientales erosivos y contaminantes sobre los diferentes elementos del ambiente (ecosistemas sensibles como bosques naturales, y es-

> pecies determinadas de animales y vegetales que allí se encuentran, entre otros) como consecuencia de los dos fenómenos anteriores. (Mesa Cuadros *et al.*, pp. 244-245)

Estos conflictos, además, sobrepasan una dimensión puramente crematística de generar una mayor o una menor producción de valor monetario, pues las variables económicas son más complejas y en ellas las especificidades culturales juegan un peso mayor. Según algunos autores, los campesinos son un sujeto social con características económicas y simbólicas propias, que han existido a lo largo de la historia humana, adaptándose así a los distintos sistemas productivos, pero sin perder nunca su propio carácter económico (Chayanov, Kerblay, Thorner y Harrison, 1987). Lo anterior implica que ellos tienen unos referentes propios sobre el mundo y de su lugar en este: una suerte de *buen vivir* o el *Sumak Kawsay,* como Dávalos (2008) llama a estas perspectivas de grupos comunitarios cuyos discursos son diferentes a los impuestos por discursos sobre el desarrollo como eje conductor de la vida contemporánea.

Dicho programa semántico-hegemónico contrasta con el modo de producir y reproducir la vida de los campesinos y ambos discursos se encuentran conectados espacial y temporalmente en el municipio de Tibú, Norte de Santander, durante el periodo de 2002-2015. Indudablemente ambos modos se proyectan definiendo sus propias maneras de acceder al ambiente y sus elementos y, a la vez, sobre los límites de este acceso para permitir otras relaciones ambientales. Siendo así, la perspectiva teórica de la que partimos es la ocurrencia de conflictos ecológico-distributivos, propuesta por el profesor Joan Martínez Alier (2004). Según este autor las relaciones humanas no solo pueden pensarse entre grupos humanos, sino también se debe incluir la relación que tienen ellos con el ambiente. Así, estos conflictos ambientales están dados por el acceso a los recursos ambientales, o no, de algunos grupos humanos frente a otros grupos humanos. Esta no es, solamente, una relación en términos de acceso o no; también se piensa que de este acceso pueden generarse beneficios y perjuicios, que no son distribuidos de forma equitativa en un conflicto ambiental, sin olvidar, por supuesto, el deterioro ambiental.

Por tanto, un conflicto ambiental es un debate frente a cómo usar, acceder, intercambiar o comercializar bienes ambientales y naturales, sumado a una dimensión temporal; es decir, ellos tienen "surgimiento, desarrollo, trámite, resolución o no, e incremento de la conflictividad, su persistencia y el surgimiento de nuevos conflictos ambientales" (Mesa Cuadros, 2015, p. 14). Simultáneamente, los conflictos ambientales no solo tienen un componente materialmente cuantificable sino también uno simbólico, ya que los grupos humanos implicados en este conflicto, construyen discursos propios sobre el acceso al ambiente, que se ubican en distintos campos, tales como la academia o los estrados judiciales por ejemplo (Bellmont, 2012, p. 131).

Cabe resaltar también la descripción que hace Martínez Alier (2004) de la relación entre el discurso del neoliberalismo frente a los discursos de las comunidades involucradas en casos de acceso al ambiente. Martínez Alier determina que existe una inequidad en el comercio ambiental entre Norte y Sur, una deuda ambiental, un discurso académico en favor de la desigualdad que utiliza a su favor las incertidumbres, y a la vez existen discursos contrapuestos por parte de comunidades indígenas y movimientos ecologistas, por lo cual es importante introducir el concepto de justicia ambiental, entendido principalmente como equidad de los beneficios y perjuicios del acceso al ambiente por parte de los distintos grupos humanos, y de conservación del ambiente como elemento primordial en sí mismo y para las generaciones presentes y futuras (Martinez Alier, 2004, p. 105).

En ese orden de ideas, el concepto de (in)justicia puede ser dividido entre injusticia económica e injusticia cultural. La primera está arraigada a la estructura político-económica de la sociedad y la segunda a los patrones sociales de representación, interpretación y comunicación. Así, la primera ha sido bien teorizada por la economía política de teóricos marxistas, y la segunda una postura del concepto de dominación cultural mediante el no reconocimiento o el reconocimiento errado e irrespetuoso de otras culturas (Fraser, 2000, pp. 1-5).

Finalmente, es importante aclarar que los puntos desarrollados anteriormente fueron un efecto colateral de la investigación. Al tener por objetivo determinar las consecuencias puntuales sobre los derechos ambientales de la explotación de carbón en Tibú, se encontró que realmente todas ellas respondían a un fenómeno referido como conflicto ambiental redistributivo —por ello la relevancia de haberlo abordado con tanta profundidad—. En ese sentido, las afectaciones que se expondrán a continuación no son más que las expresiones de ese conflicto.

## Afectaciones sobre los derechos ambientales

En el marco del Estado social de derecho colombiano, el "derecho a un ambiente sano" se encuentra consagrado en la Constitución Política de 1991 y está protegido por diversos mecanismos como la acción de tutela (art. 86), las acciones populares (art. 88), las acciones de grupo (art. 89), la acción de cumplimiento (art. 87), el derecho de petición (art. 23), la denuncia popular, la acción penal ambiental, las audiencias públicas ambientales, las consultas previas, las licencias ambientales y acciones administrativas (como la acción de nulidad, de restablecimiento de derechos o la de reparación directa). No obstante, en Colombia predomina una concepción "medioambiental" de este tipo de derechos, es decir, una concepción liberal restrictiva del derecho como "derecho de los

recursos naturales", que responde a una visión parcial de las problemáticas de la naturaleza. Así, los derechos ambientales, en su perspectiva de integralidad, entendidos como un todo, actualmente no gozan de garantías jurídicas específicas (Mesa Cuadros, 2013a).

Así, partiendo del enfoque integral de los derechos ambientales, se pueden ubicar dos grandes bloques de derechos que los componen: 1) *derechos humanos ambientales,* que corresponden a aquellos conocidos como civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, colectivos, y ambientales en cabeza de los humanos presentes y futuros; y, 2) *derechos no humanos ambientales,* como los derechos de la naturaleza y los animales, que requieren especial protección (Mesa Cuadros, 2013a). En ese sentido, las siguientes afectaciones se entenderán en esas dos dimensiones.

## Afectaciones en derechos no humanos

Existen grandes obstáculos para abordar las consecuencias sobre los derechos de la naturaleza y los animales a raíz de la explotación de carbón en Tibú. Los registros de este tema son bastante escasos debido a que los actores envueltos en las vulneraciones no suelen documentar los efectos colaterales de sus actividades económicas. Por otra parte, el Estado, a través del Ministerio de Ambiente, tampoco ha desempeñado de mejor manera sus funciones de vigilancia y seguimiento. Por lo tanto, el seguimiento de casos, mediante la realización de entrevistas a miembros de la Ascamcat, fue la manera en como obtuvimos información acerca de afectaciones a sujetos no humanos de derechos. Así, por ejemplo, referiremos dos acciones de tutela sobre el derecho a gozar de un ambiente sano, consagrado en la Constitución Política de Colombia, en su artículo 79, en donde se abordaron temas relativos a la explotación minera y hacen una exposición sobre las consecuencias —en los derechos de la naturaleza y animales—[9] de dicha actividad. Estas providencias nos servirán como preludio para dimensionar las diferentes afectaciones que la explotación minera genera a lo largo del país en los derechos no humanos ambientales.

La Sentencia T-606 de 2015 abordó el caso de un pescador artesanal a quien se le vulneró su derecho al trabajo por la prohibición de pesca dentro del Parque Natural Tayrona, prescripción hecha en favor del equilibrio natural del parque. Entre los debates del proceso judicial, nos importa resaltar que la Corte marcó un buen precedente al sostener que los desequilibrios ambientales no eran generados por la pesca artesanal, si no por otras actividades económicas mucho más corrosivas, prosiguiendo ese análisis, la Corte

9 Es necesario aclarar que, aunque la Corte Constitucional ha venido haciendo desarrollos bastante progresistas en materia ambiental, no ha abordado, hasta el momento, ninguna decisión con base a un reconocimiento explícito de los sujetos de derechos no humanos. No obstante, desde la perspectiva de integralidad de los derechos ambientales, se podría entender que dichas decisiones recaen sobre lo que serían los derechos de la naturaleza y los animales.

reconoció la conexión directa de la minería carbonífera con la contaminación de las playas, las aguas y también el ecosistema marítimo del Parque Tayrona (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-606/15, 2015).

En el mismo sentido, la Sentencia T-154 de 2013 tuteló los derechos a la vida, a la salud, a la intimidad, al ambiente sano, entre otros, de un habitante del Cesar que vive aproximadamente a 300 metros de la mina de carbón Pribbenow, propiedad de la Sociedad Drummond Ltda., porque, además de condiciones ilegales de explotación en donde trabajan durante 24 horas, tiene contaminadas las dos fuentes hídricas más próximas con cargas de sólidos no determinados, que determinan un aspecto, olor y sabor indeseables, producto de la explotación de la mina. Dentro de su decisión se deja completamente explicito qué tipo de incidencia tiene la explotación de carbón en los derechos ambientales. Puntualmente la Corte Constitucional de Colombia señala que

> es evidente que al esparcirse las partículas de carbón, además de la degradación que producen en el ambiente, directamente en sus componentes de aire y agua, su propagación constante genera contaminación hacia vegetales, animales y todo el entorno, con severa repercusión contra la población humana, cuya salud compromete especialmente al causar enfermedades respiratorias y pulmonares. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-154, 2013)

A modo comparativo, se pretende ahora que las conclusiones generales recopiladas en la jurisprudencia se ubiquen en el territorio de interés para esta investigación. Con este fin, se realizaron entrevistas a campesinos de Tibú que arrojaron resultados similares a las situaciones abordadas en las tutelas y que se pueden sistematizar bajo cuatro tipos de afectaciones a los derechos ambientales, que fueron una constante en las conversaciones con los miembros de las comunidades campesinas entrevistados.

La primera consecuencia, es la contaminación de los recursos hídricos. Frente a esto se plantea que la excavación de los yacimientos y la limpieza del carbón de tierra, polvo y residuos, una vez se extraen, han generado la imposibilidad de consumo de las aguas de los ríos porque estas quedan completamente revueltas, llenas de tierra y carbón (O. E. Dussán Salas, comunicación personal, 25 de octubre de 2016, J. M. Montenegro Galindo, entrevistador). A lo mencionado se agrega el hecho de que no existe un sistema de tratamiento de aguas, pues ninguno de los municipios del área rural cuenta con agua potable. (Ocha, 28 de agosto del 2007).

Una segunda consecuencia es la imposibilidad de volver a las zonas que fueron excavadas. Las comunidades consideran que las tierras que fueron destinadas a la exploración y explotación de carbón se convirtieron en terrenos infértiles, donde no es posible que pueda volver a germinar especie vegetal alguna en mucho tiempo (O. E. Dussán Salas,

comunicación personal, 25 de octubre de 2016, J. M. Montenegro Galindo, entrevistador, 2016). Institucionalmente, esto ya ha sido reconocido al determinarse que la recuperación ambiental de esos territorios es prácticamente imposible en décadas, tal vez cientos de años. (Olivero, Caballero y Guerrero, 2013, p. 243).

La tercera consecuencia recae en los derechos de los animales. Puntualmente, los campesinos de la zona afirman que los territorios mineros de carbón dejan de ser espacios para las especies animales, debido a que el aire suele quedar con partículas de carbón. "Antes de que se inicia la excavación de la mina hay muchos pájaros, loritos por los alrededores y yo también he visto ardillas", comenta Liberio Camargo, de 52 años, habitante de la vereda La Gabarra (L. Camargo [habitante de La Gabarra], comunicación personal, 12 de octubre de 2016).

Finalmente, se encuentra como cuarta consecuencia la tala de árboles. En las entrevistas, los habitantes de la región señalan que "cuando se ve que están talando bastantes árboles ya, es porque lo más seguro es que abrirán una mina de carbón por ahí", pues utilizan la madera para mantener en pie las entradas de la mina, ya que se van deteriorando a medida que se excava (F. Pérez, comunicación personal, 12 de octubre de 2016, C. A. Díaz, entrevistador).

Las anteriores consecuencias en los sujetos de derechos no humanos corresponden a los niveles de pequeña y mediana minería que prima en Tibú. No obstante, estas se deben analizar a la luz del gran número de hectáreas que se destinan a la minería, sin mencionar que estas situaciones se replican en los demás territorios del país donde la explotación de carbón tiene un papel económico, como en La Guajira o Cesar.

## Afectaciones en derechos humanos ambientales

Con respecto a esta materia, las consecuencias son más evidentes y algunas de ellas ya han sido documentadas. Más allá de enunciarlas todas, el objetivo de la investigación es mencionar aquellas que consideramos más críticas, con el fin de dimensionar las relaciones entre la explotación de carbón y las vulneraciones a los derechos humanos en sus distintas dimensiones en Tibú. Lo anterior no implica que ignoremos aquellas afectaciones que no sean especificadas.

Como primeras vulneraciones se encuentran aquellas alrededor de los diferentes fenómenos de violencia[10] sufridos en el Catatumbo colombiano. Desde el 2002, los niveles de violencia se exacerbaron (Rudas, 2014, p. 19), a tal punto que para 2005 "el control del bloque Catatumbo de las AUC en la región era total, nos llenaba de miedo

10 Violencia entendida en su acepción más amplia, que incluye la pobreza, el desplazamiento forzado, violaciones a derechos fundamentales como la vida, la salud, etc.

todos los días" (R. Valdez, comunicación personal, 12 de octubre de 2016, C. A. Díaz, entrevistador). Lo anterior se suma al hecho de que el nororiente colombiano es una región donde confluye la presencia de los dos grupos guerrilleros vigentes en el país: ELN y EPL. Además, con el impulso de la actividad carbonífera, se incrementó el desplazamiento forzado y los niveles de pobreza (Ocha, 28 de agosto del 2007, p. 17). Todos estos elementos ocasionaron que, para 2007, Tibú fuera uno de los municipio con mayor índice de riesgo humanitario en el departamento de Norte de Santander (Figura 1) (Ocha, 28 de agosto del 2007, p. 8).

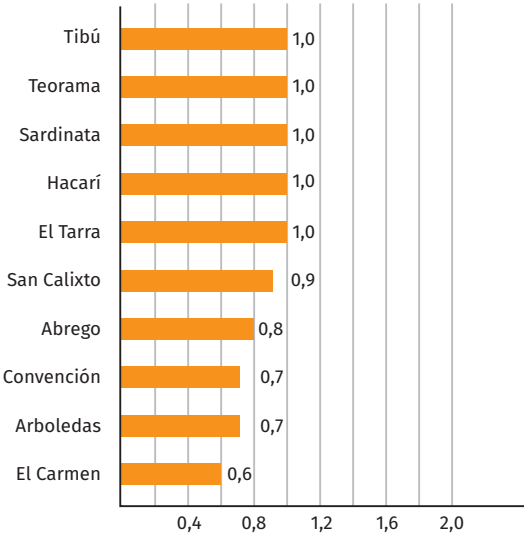



**Figura 1. Índice de riesgo de situación humanitaria. Tomado de: Ocha (28 de agosto de 2007).**

Otra consecuencia de la explotación de carbón refiere a los temas laborales. De forma paradójica, en la explotación de carbón legal[11] a pequeña y gran escala se (R. Valdez, comunicación personal, 12 de octubre de 2016, C. A. Díaz, entrevistador) presentan las mayores situaciones de vulneración: horarios laborales extenuantes; vinculación de campesinos a través la tercerización laboral o de manera informal sin contrato laboral, ni seguridad social o sueldo definido; vinculación sin estabilidad; restricciones a la sindicalización, entre otras condiciones (Hawkins, 2014, p. 33). Distinto es el caso de la minería "casera" que no genera los mismos patrones de violaciones a derechos, pues

11 Esto refiere a la explotación que ha seguido con todos los trámites anteriores a la explotación, y por ello es presumible que ha tenido algún tipo de control y supervisión estatal en sus actividades.

el campesino que la explota es el mismo dueño de la pequeña parcela de la que extrae minerales (O. E. Dussán Salas, comunicación personal, 25 de octubre de 2016, J. M. Montenegro Galindo, entrevistador).

Finalmente, es importante resaltar el concepto de *proletarización del campesino* entendido, para efectos de esta investigación, como uno de los procesos mediante los cuales logra desarrollarse el capitalismo, ya que convierte al campesino en mano de obra asalariada, pues implica la "separación del producto directo de la posesión o de la tierra, o de los medios de producción" (Lehmann, 1980, p. 66).

La entrada de la actividad extractivista minera produce cambios en las dinámicas social, político y cultural de la vida de los campesinos en Norte de Santander. El eje central de sus modos de producir y reproducir la vida ya no responde predominantemente al cultivo de la tierra y de la cría de animales, etc. (Benavides *et al.*, 2011, p. 58). De manera paulatina, el campesino se convierte en un minero, sin embargo, no es un asalariado o un proletario más, debido a dos razones: sus ingresos no provienen de un salario mínimo, sino de la venta del material sobre el que no tiene control del precio a pagar; y, la alternancia de la minería con otras actividades, como la producción de alimentos o la cría de animales. Este fenómeno genera que los campesinos se vean obligados a obtener ingresos económicos a costa del empleo de su propia parcela para iniciar una pequeña excavación de carbón, a falta de oportunidades de acceso al crédito, vías de transporte para el comercio, asistencia estatal, etc.

En este contexto es necesaria una justicia ambiental que abarque dimensiones redistributivas, que no sean exclusivamente de tipo monetario. Es fundamental entender que para muchos seres vivos, la justicia está representada en el respeto y en el reconocimiento de cada forma propia de funcionamiento para la vida, independientemente de si son, o no, eficientes a los objetivos del mercado y del capital. Además, esta justicia ambiental ha de ser guiada por imperativos que protejan y promuevan la sostenibilidad ambiental, a través de la "autoimposición" de límites a las prácticas de acceso, uso, redistribución, reproducción y conservación de bienes naturales para lo humano y lo no humano (Bellmont, 2012, pp. 87-94).

## Conclusiones

Existen dos modos de producir y reproducir la vida: el hegemónico, que busca el desarrollo económico capitalista, y el del campesinado catatumbero. Encontramos que ambos modos confluyen espacial y temporalmente en el municipio de Tibú, Norte de Santander en el periodo 2002-2015. Cada uno de estos modelos posee metas propias y

cada uno define un determinado tipo de acceso al ambiente: un modelo a gran escala, depredador, y un modelo "casero" a pequeña escala.

El modelo extractivista, impulsado por el Gobierno nacional, afecta los derechos ambientales y las condiciones de existencia de los sujetos presentes en la región del Catatumbo, así como los derechos de las generaciones futuras. En contraposición, el modelo actual a pequeña escala presenta menos afectaciones a la naturaleza y responde a la imposibilidad de ejercer otras opciones de vida que garanticen los derechos de los habitantes de la región. La implementación de un modelo extractivista ha vulnerado los derechos ambientales tanto humanos como no humanos, en diferentes dimensiones. Sin embargo, lo más importante en este punto es comprender que todas las vulneraciones responden a un problema de mayor envergadura que reside en los conflictos ambientales redistributivos, rastreables desde los mismos inicios de esta patria hasta nuestros días.

Tras el análisis anterior, notamos la importancia de no permitir que la región del Catatumbo se convierta en un Cerrejón, en donde la riqueza nacional se extrae y exporta hacia ultramar en medio de incontables cementerios indígenas a donde no llega el agua que la minería se traga (F. Pérez, comunicación personal, 12 de octubre de 2016, C. A. Díaz, entrevistador). Aún es tiempo de preservar la diversidad y los ecosistemas de esta región, salvándola de la minería a gran escala, asesina de niños y ecosistemas. La "minería casera" es sostenible, pero seguramente, no lo suficiente para el paradigma económico imperante, ni para suplir las actuales necesidades de la población tibuyana.

Finalmente, a modo de reflexión, consideramos que tras la firma de los acuerdos de La Habana, se ha abierto un nuevo nuevo para la construcción de paz y, en el contexto de esta investigación, la academia debe aportar elementos de comprensión de las causas de los conflictos ambientales que, a su vez, contribuyan a la promoción de modelos económicos ambientalmente sostenibles, acorde a los derechos ambientales y la paz. Una finalidad de esta investigación es poder contribuir a este propósito.

## Referencias

Alimonda, H. (2015). Provocaciones sobre el tema "Extractivismo y Desarrollo". *Polis, Revista Latinoamericana, 14*(41), 43-57. Recuperado de http://www.scielo.cl/pdf/polis/v14n41/art03.pdf

ANH (Agencia Nacional de Hidrocarburos), Ministerio de Minas y Energía, Ministerio del Interior y PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo). (2015). *Mapa de actores de diez regiones priorizadas por la estrategia territorial para el sector hidrocarburos. Estrategia territorial para la gestión sostenible y equitativa para el sector de*

*hidrocarburos*. Bogotá: Minminas. Recuperado de http://www.anh.gov.co/Seguridad-comunidades-y-medio-ambiente/SitioETH-ANH29102015/como-lo-hacemos/ETHtemporal/DocumentosDescargarPDF/1.1.3%20Mapa%20de%20Actores%20de%2010%20Regiones%20ETH.pdf

Bellmont, Y. S. (2012). *El concepto de justicia ambiental: reflexiones en torno a la jurisprudencia constitucional colombiana del siglo XXI* (tesis de maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. Recuperado de http://www.bdigital.unal.edu.co/8706/1/905060.2012.pdf

Benavides, J., Cabrera, P., Salazar, N. y Zapata, J. (2011). *Pequeña y mediana minería de carbón del interior del país: alternativa de comercialización y financiación a partir de la conformación de alianzas estratégicas. Informe Final.* Bogotá: Fedesarrollo (Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo).

Chayanov, A. V., Kerblay, B., Thorner, D. y Harrison, M. (1987). *Chayanov y la teoría de la economía campesina.* Ciudad de México: Siglo XXI.

CNMH (Centro Nacional de Memoria Histórica). (2015). *Con licencia para desplazar. Masacres y reconfiguración territorial en Tibú, Norte de Santander.* Bogotá: CNMH. Recuperado de http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2015/nacion-desplazada/con-licencia-para-desplazar.pdf

*Colombia Informa.* (21 de noviembre de 2014). La empobrecedora riqueza del Catatumbo, segunda parte. Recuperado de http://www.colombiainforma.info/la-empobrecedora-riqueza-del-catatumbo-segunda-parte/.

Congreso de la República de Colombia. (15 de Agosto del 2001). Código de Minas. [Ley 685 de 2001]. *DO*: 45273. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9202

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (21 de marzo del 2013) Sentencia T-154/13 [MP Nilson Pinilla Pinilla]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-154-13.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (15 de diciembre del 2015) Sentencia T-606/15 [MP Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-606-15.htm

Dalle, P., Boniolo, P., Sautu, R. y Elbert, R. (2005). *Manual de metodología. Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología.* Buenos Aires: Clacso.

Dávalos, P. (3 de marzo del 2009). El "Sumak Kawsay" ("Buen vivir") y las censuras del desarrollo. *Viento Sur.* Recuperado de http://www.vientosur.info/spip.php?article718

DNP (Departamento Nacional de Desarrollo). (2003). *Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006.* Bogotá: DNP.

DNP (Departamento Nacional de Desarrollo). (2011). *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014*. Bogotá: DNP.

DNP (Departamento Nacional de Desarrollo). (2015). *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018*. Bogotá: DNP.

Fraser, N. (1995). ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era "postsocialista". *New Left Review, 1*(212), 68-93. Recuperado de https://newleftreview.org/article/download_pdf?language=es&id=1810

Gómez-Müller, A. (1997). Alteridad y ética desde el descubrimiento de América. Madrid: Akal.

Grupo de Catastro y Registro Minero Nacional de la ANM (Agencia Nacional de Minería). (13 de noviembre de 2014). *Títulos mineros vigentes en el territorio nacional*. [Obtenido a través de derecho de petición].

Harvey, D. (2005). *El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión*. Buenos Aires: Clacso. Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20130702120830/harvey.pdf

Harvey, D. (2006). *Spaces of Global Capitalism: Towards a Theory of Uneven Geographical Development*. Londres-New York: Verso.

Hawkins, D. (2014). El carbón y el trabajo en Colombia: a la sombra de la locomotora minera. En *La mineria de carbon a gran escala en Colombia: impactos economicos, sociales, laborales, ambientales y territoriales* (pp. 23-44). Bogotá: Fundación Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). Recuperado de http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/11067.pdf

Leff, E. (2001). *Justicia Ambiental: construcción y defensa de los nuevos derechos ambientales, culturales y colectivos en America Latina*. Ciudad de México: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y Red de Formación Ambiental para América Latina y el Caribe.

Lehmann, D. (1980). Proletarización campesina: de las teorías de ayer, a las prácticas del mañana. *Nueva Antropología, 4*(13-14), 65-86. Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15901405

Lewin, J. E. (1 de abril del 2014). Los súper poderosos de Barranquilla. *La Silla Vacía*. Recuperado de http://lasillavacia.com/historia/los-super-poderosos-de-barranquilla-46997

García Márquez, G. (1962). *La mala hora*. Barcelona: Debolsillo.

Martinez, Alier, J. (2004). Los conflictos ecológicos-distributivos y los indicadores de sustentabilidad. *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica,* 1, 21-30. Recuperado de http://www.raco.cat/index.php/Revibec/article/view/38278/38152

Martinez Alier, J. (2008). Conflictos ecológicos y justicia ambiental. *Revista Papeles,* 103, 11-27. Recuperado de http://www.istas.ccoo.es/descargas/Conflictos_ecologicos_J1%20_MARTINEZ_ALIER.pdf

Mesa Cuadros, G. (2013a). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho".* (3ª ed.) Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.

Mesa Cuadros, G. (2013b). Ecoturismo en Parques Nacionales y Territorios Étnicos: condiciones de posibilidad o ¿solo un tinte verde a la actividad económica del turismo? En *Locomotoras normativas antiambientales: algunos análisis de caso por afectación a derechos colectivos y ambientales* (pp. 17-49). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.

Mesa Cuadros, G. (ed.). (2015). *Derechos ambientales en disputa: algunos estudios de caso sobre conflictividad ambiental.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.

Mesa Cuadros, G., Labrador Forero, A., Quesada Tovar, C. E., Olaya, C. E. y Díaz Castro, D. S. (2015). Conflictividad ambiental por monocultivos de palma acietera en Tibú, Norte de Santander. En G. Mesa Cuadros (ed.), *Derechos ambientales en disputa: algunos estudios de caso sobre conflictividad ambiental* (pp. 150-169). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Ecocarbón. (1998). *Guía ambiental para minería de carbón a cielo abierto (MCCA).* Bogotá: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Recuperado de http://www.upme.gov.co/guia_ambiental/carbon/gestion/guias/min_cab/creditos.htm

Morin, E. (1994). *Introducción al pensamiento complejo.* Barcelona: Gedisa.

Municipio de Tibú, Norte de Santander, C. (2016). *Alcaldía del Municipio de Tibú, Norte de Santander, Colombia.* Recuperado de www.tibu-nortedesantander.gov.co/

Ocha (Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios). (28 de agosto del 2007). *Ficha técnica. Departamento de Norte de Santander (Catatumbo). Sala de Situación Humanitaria (SSH).* Recuperado de http://www.acnur.org/fileadmin/news_imported_files/COI_2061.pdf?view=1

Olivero, J., Caballero, K. y Guerrero, A. (2013). Implicaciones de la minería del carbón en el ambiente y la salud humana. Una aproximación abreviada al estado del arte. En L. J. Garay (dir.), *Minería en Colombia. Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos.* (pp. 229-252). Bogotá: Contraloría General de la República. Recuperado de https://

redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/01/mineria-en-colombia-contraloria-vol-ii.pdf

Ortega Guerrero, G. A. (2015). Constitucionalismo ambiental y derechos ambientales: análisis de la evolución del Estado Ambiental de Derecho, el ambientalismo y la formación del precedente judicial ambiental. En G. Mesa Cuadros (ed.), *Derechos ambientales en disputa: algunos estudios de caso sobre conflictividad ambiental* (pp. 43-123). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.

Rudas, G. (2014). Notas sobre la minería del carbón a gran escala en Colombia. En *La mineria de carbon a gran escala en Colombia: impactos economicos, sociales, laborales, ambientales y territoriales* (pp. 5-22). Bogotá: Fundación Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). Recuperado de http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/11067.pdf

Sachs, W. (1996). *Diccionario del desarrollo: una guía del conocimiento como poder.* Lima: Pratec (Proyecto Andino de Tecnologías Campesinas).

Santos, B. de Sousa. (2000). Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo. En H. Silveira Gorski (ed.), *Identidades comunitarias y democracia.* (pp. 269-284). Madrid: Trotta.

Upme (Unidad de Planeación Minero Energética). (2005). *La cadena del carbón. El carbón colombiano, fuente de energia para el mundo.* Bogotá: Upme. Recuperado de http://www.upme.gov.co/docs/cadena_carbon.pdf

Upme (Unidad de Planeación Minero Energética). (2016). *Producción de carbón por municipio.* Recuperado de www.upme.gov.co/generadorconsultas/Consulta_Series.aspx?idModulo=4&tipoSerie=121&grupo=493

Villamizar, J. P. (2012). *Locomotora minero-energética: Mitos y conflictos socioambientales.* Bogotá: Censat Agua Viva (Centro Nacional Salud, Ambiente y Trabajo).

# Sección III

# Análisis sobre la implementación de la oralidad en la administración de justicia en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*

## *Analysis of the implementation of orality in the administration of justice in the Archipiélago of San Andrés, Providencia y Santa Catalina*

Semillero vinculado al grupo de investigación Relaciones interétnicas y minorías culturales

*Al profe Edgar con todo nuestro cariño. Gracias totales*

**Silvia Juliana Tello Solano**
Departamento de Derecho
*sjtellos@unal.edu.co*

**Brenda Gabriela Muskus González**
Departamento de Derecho
*bgmuskusg@unal.edu.co*

**Natalia Andrea Zuluaga Acevedo**
Departamento de Derecho
*nazuluagaa@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33477 "Aspectos generales para la construcción de una legalización idónea en materia de identidad raizal en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina", dirigido por el profesor Edgar Alberto Novoa Torres (q. e. p. d.).

**Resumen:** La implementación de la oralidad en la administración de justicia del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ha enfrentado un importante reto: la integración en las prácticas judiciales y extrajudiciales del creol o criollo sanandresano, la lengua más hablada y una de las expresiones más importantes de identidad cultural de la comunidad raizal en las islas. El trabajo de campo realizado en el archipiélago pretendió conocer las estrategias para mitigar el impacto del bilingüismo en las distintas instancias judiciales del circuito de San Andrés. El análisis teórico tomó como antecedentes los resultados recogidos en el artículo "Balance legislativo sobre el territorio y la identidad raizal en San Andrés, Providencia y Santa Catalina" (Cordero, Cortés, Muskus y Tello, 2016). La presente investigación busca profundizar en el impacto que la situación estudiada ha tenido para la comunidad raizal y su identidad cultural.

**Palabras clave:** creole, administración de justicia, pueblo raizal, identidad cultural, debido proceso, idioma oficial, bilingüismo

**Abstract:** The implementation of orality in the administration of justice in the Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina has met an important challenge: creole, the most widely spoken language and one of the most important expressions of cultural identity for the raizal community who inhabit the islands. The field work performed on the islands sought to identify the strategies employed by the administration to mitigate the impact of bilingualism at each level of the local justice system. The theoretical analysis was based on the findings outlined in the article "Balance legislativo sobre el territorio y la identidad raizal en San Andrés, Providencia y Santa Catalina" (Cordero, Cortés, Muskus y Tello, 2016). The present research seeks to better understand the impact of the studied situation in the raizal community and its cultural identity.

**Keywords:** creole, justice administration, raizal community, cultural identity, due process, oficial language, bilingualism

## Introducción

*Hablar es existir absolutamente para el otro.*
FRANTZ FANON, *Piel negra, máscaras blancas*

El archipiélago colombiano está compuesto por las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; los cayos East Southeast, Roncador, Alburqueque, Serrana y Quitasueño; Bajo Nuevo; los bancos de Serranilla y Alicia; y cerca de 350.000 km$^2$ de superficie marítima. El archipiélago está ubicado entre las islas antillanas, a 720 km de la costa colombiana y limita con las áreas marítimas de Costa Rica, Honduras, Haití, República Dominicana, Jamaica y Nicaragua.

Este territorio fue habitado tradicionalmente por el pueblo raizal, conformado por personas nacidas en las islas, que poseen relaciones culturales con el grupo originario, angloparlante, de ascendencia inglesa y de esclavos que vivieron allí durante su colonización (Abouchaar, Hooker y Robinson, 2002) y su lengua es el creol. Actualmente el pueblo raizal representa un porcentaje minoritario de la población en las islas, como consecuencia de los diversos procesos migratorios han dado allí durante las últimas cinco décadas. Se han dado múltiples definiciones sobre el *ser raizal,* desde diferentes saberes y disciplinas que buscan distinguirlos del resto de la población, en razón de sus características físicas, culturales o de su origen ancestral. Una de estas nociones es la propuesta por la exgobernadora del archipiélago, Dilia Robinson, quien afirma que, ante todo, el ser raizal

> expresa un sentimiento de ser de la tierra de las Islas, un sentido de pertenencia al Archipiélago Lejano, la manera de caracterizarse como la población originaria y en la forma de ratificarse como diferentes del resto de los colombianos y del mundo [...] ser raizal más que un término es el estado de avance de un proceso que a través de los tiempos, aun con manifestaciones diferentes, es y será la manera como se conciben los pobladores originarios de las Islas; es la identidad como etnia depositaria de características propias, de usos, costumbres, y de una cosmovisión que la hace diferente, es un pueblo colombiano que insiste en ser reconocido y respetado acorde con su idiosincrasia, que no se resigna a la homogenización que marcó por muchos años las líneas de la política colombiana. (Robinson, 2005, pp. 219-220)

Para comprender esta definición, es preciso tener en cuenta los procesos de migración que han marcado la historia de San Andrés y Providencia, así como las políticas de unificación al territorio nacional impulsadas por el Gobierno central desde 1822 para reemplazar la lengua criolla, la cultura, la religión, la educación y la gobernanza en el

territorio ancestral. Las islas también se vieron afectadas por procesos como las misiones de la Orden de los capuchinos; la imposición de la "fe", como requisito para el acceso a cargos públicos; la modificación de las formas de enseñanza en las instituciones educativas, y la implantación del español como idioma oficial en todo el territorio nacional. Estas políticas se consolidaron en la declaración de San Andrés como puerto libre en 1953, donde a la par con la homogeneización nacional, se otorgaron privilegios tributarios a comerciantes del interior del país en el archipiélago, ignorando por completo la cultura tradicional existente en este territorio y paulatinamente, con aquiescencia de la fuerza pública nacional, se propició la migración descontrolada de continentales y extranjeros a las islas. Por tanto, se produjo "un desarrollo hacia afuera y en contravía de los intereses y aspiraciones del pueblo isleño" (Castellanos y Solano, 2000, p. 145).

La Carta Política de 1991 determinó a Colombia como un Estado social de derecho, pluriétnico y multicultural, lo que significó un avance en el reconocimiento jurídico de derechos a minorías étnicas y culturales diferenciadas en el territorio de la nación. De este modo se incluyó, en el sistema político a sectores sociales que hasta entonces estaban al margen de él (Jaramillo, 2016), con el fin de propender por la diversidad y asegurar las condiciones necesarias para que los distintos grupos lleven a cabo su proyecto de vida. El art. 7 de la Constitución "reconoce y protege la diversidad étnica y cultural". Asimismo, en el art. 10 superior se confirma el castellano como lengua oficial en la nación, aunque se reconoce que "las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios", entendiendo que la "enseñanza impartida comunidades con tradiciones lingüísticas propias debe ser bilingüe". El art. 310 declara que el Archipiélago tiene su propio régimen especial de administración, con el fin de "proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el medio ambiente y los recursos naturales". Además, por medio de la Ley 70 de 1993 se desarrolla el art. 55 transitorio de la Constitución vigente —en concordancia con el Convenio 169 de la OIT— que, a grandes rasgos, pretende garantizar los derechos de las comunidades negras[1] de titular y delimitar sus territorios, junto con el uso, administración y conservación de sus recursos naturales. Gracias a esta ley, las comunidades negras han podido titular las tierras baldías que han ocupado sobre la cuenca del pacífico. De esta manera, se ha protegido la diversidad étnica y cultural, los derechos económicos, sociales y culturales propios de las comunidades afrodescendientes, históricamente vulneradas por la discriminación y exclusión social y económica.

1 El art. 55 transitorio de la Constitución Política hace referencia únicamente a las comunidades negras, mientras que el Convenio 169 de la OIT alude a pueblos indígenas y tribales.

Ahora bien, cuando se agrupa, sin distinción alguna, dentro de la legislación y la Constitución, a las comunidades negras, palanqueras y raizales —pese a que no comparten un pasado común, ni un lenguaje, prácticas o tradiciones similares—, se anula la posibilidad de asegurar las características singulares del pueblo raizal. En este sentido, no se responde a las necesidades y aspiraciones de esta comunidad, sino que se les engloba dentro de una legislación hecha desde afuera que pretende determinar acuerdos que desconocen las voluntades o concesos culturales, sociales, económicos, políticos (implícitos o explícitos) del pueblo raizal. De esta manera, se configura una "legislación que atiende a un modelo económico especifico y no supera el centralismo ni la imposición de una cultura sobre otra" (Cordero, Cortés, Muskus y Tello, 2016, p. 340). En últimas, los reclamos de los raizales han quedado subsumidos dentro de las luchas de las comunidades negras y dicha homogeneización de grupos étnicos ha truncado la materialización de la garantía constitucional de protección a la diversidad étnica y cultural mencionada.

En el caso del pueblo raizal, su lengua constituye uno de los elementos esenciales a preservar y fomentar, con el fin de hacer efectiva la garantía constitucional. El creol es una lengua criolla caribeña de tradición oral, producto de la unión entre las lenguas africanas —de pueblos como los ashanti y bantú— con el inglés. Esta lengua constituye el principal elemento de comunicación y transmisión del conocimiento, la cultura, los saberes, valores y tradiciones propias de las islas, generación en generación; además es un factor de unidad y diferenciación que fortalece las relaciones entre los miembros de este pueblo al hablarla (Botero, 2007). Sin embargo, en el archipiélago se contempla un bilingüismo que no incluye al creol. En los escenarios públicos se hace uso únicamente del español o el inglés. Esta situación fue resultado de los cambios sociales en las islas derivados, en parte, de las políticas de colombianización ya referidas, cuya implementación generó una profunda transformación en las tradiciones orales que tienen hoy en día una influencia diferente sobre la cultura isleña. A pesar de esto, el creol se mantiene como lengua del pueblo raizal: ha sobrevivido y ha adquirido cierto reconocimiento estatal.

Esta investigación surge de las conclusiones planteadas en el proyecto "Balance legislativo sobre el territorio y la identidad raizal en San Andrés, Providencia y Santa Catalina" (Cordero, Cortés, Muskus y Tello, 2016), que realizó un análisis de la legislación y la jurisprudencia que protege la identidad y el territorio raizal, demostrando su insuficiencia y falta de efectividad debido al tratamiento indistinto que reciben los grupos étnicos. Se pretende en esta oportunidad abordar la materialización de la garantía constitucional, a partir del reconocimiento estatal del creol y su uso en la esfera pública, en fomento de la identidad raizal. Para ello, se estudiará el derecho al acceso a la administración de justicia en las islas, las implicaciones del uso cotidiano de tres idiomas (el español, el inglés y el creol) en el archipiélago y los retos que esto supone en el marco de la implementación de

sistemas orales en el ámbito jurídico, al momento de hacer efectivos los derechos fundamentales de los miembros del pueblo raizal.

El ordenamiento jurídico colombiano contempla el derecho al acceso a la administración de justicia, como la posibilidad que tienen todos los residentes del Estado de acudir ante los distintos jueces y tribunales, con el fin de buscar protección de sus derechos e intereses, de acuerdo a los procedimientos y garantías previstos en la ley. Lo anterior conlleva que el Estado asuma compromisos administrativos y financieros en aras de salvaguardar este y otros derechos. Así pues, en el Estado social de derecho colombiano, pluriétnico y multicultural, los deberes referentes al acceso a la administración de justicia adquieren características especiales: las medidas para hacer efectivo este derecho deben, por mandato constitucional, garantizar una igualdad material y la autodeterminación de los pueblos.

Como se afirmó, para los raizales el creol es fundamental en su identidad individual y colectiva. En ese sentido, se indaga sobre el modo en que el Estado asume este fenómeno cuando administra justicia en el archipiélago, considerando por un lado, la protección a la diversidad cultural característica de la Constitución Política y, por otro, la aún reciente implementación de sistemas judiciales orales en todo el país con leyes como la 906 de 2004, la 1149 de 2007, la 1395 de 2010, la 1437 de 2011 y la 1564 de 2012.

Sin duda las leyes mencionadas implican un enorme reto para la administración de justicia en el ordenamiento jurídico colombiano, pues el cambio de paradigma en los procesos surgió con el propósito principal de impartir justicia de forma rápida y eficiente y proteger los intereses de todos los ciudadanos. El desafío se complejiza en el contexto de las islas debido al uso cotidiano del español, inglés y creol, esta última propia del pueblo raizal, que goza de especial protección constitucional. Ahora bien, considerando la identidad raizal frente a este panorama judicial a nivel nacional surge la siguiente pregunta: ¿Existe una vulneración del debido proceso a los miembros del pueblo raizal, así como una afectación a su identidad cultural, en la implementación de sistemas orales de administración de justicia en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina?

Así pues, el presente trabajo es el resultado de un proceso investigativo con el objetivo principal de determinar cuáles son los factores que inciden en esta presunta transgresión al debido proceso de los raizales. Para ello, la propuesta analítica y metodológica consiste en: 1) el establecimiento de los lineamientos teóricos de la investigación y la exposición del estado del arte; 2) la identificación de la relación entre el creol y la identidad raizal; 3) el estudio de la administración de justicia en el archipiélago, con el fin de identificar las dificultades que supone el bilingüismo en las islas, teniendo en cuenta la oralidad, y los mecanismos existentes para afrontarlas; 4) exposición de las conclusiones.

La hipótesis inicial es que, en el caso del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el derecho al debido proceso no se materializa en la administración de justicia para el pueblo raizal; la implementación de procedimientos judiciales orales no se hace de forma diferenciada ni fomenta el uso del creol, aun cuando esta lengua es oficial en el territorio según la Constitución y la Ley 47 de 1993.

La investigación planteada es de tipo cualitativo. Este trabajo considera el interés primordial de observación de un fenómeno social —la vivencia actual de la cultura raizal— en su medio natural —el archipiélago— y la necesidad de identificar las percepciones sociales de los sujetos. En esta medida, se formula una interpretación de la situación en las islas y el porqué de los acontecimientos sociales allí sucedidos, desde la perspectiva de las personas involucradas y las relaciones sociales analizadas durante el trabajo de campo.

Este artículo se divide en tres capítulos cuyos títulos se basan en la canción "Creole Vibration", interpretada por Elkin Robinson[2], originario de la isla de Providencia: 1) en *Creole Vibration* se caracteriza el creol como lengua raizal, se menciona el marco jurídico que la protege y el modo en que se ha conservado pese a los procesos de colonización y colombianización de las islas; 2) en el capítulo *I have a hard time to understand this* se describen las dificultades que impone a la administración de justicia la coexistencia del español, el inglés y el creol en las islas, y cómo estas han sido afrontadas por el aparato estatal; 3) *I beg respect and love for all my people* aborda la implementación de procedimientos judiciales orales, contemplando el contexto descrito en los capítulos anteriores y analizado, a la luz de normatividad, los acuerdos y la jurisprudencia local y nacional.

## La cooficialización de lenguas en España como referencia para la situación del archipiélago

Para el análisis del uso del creol en la esfera pública del Archipiélago de San Andrés, particularmente en la administración de justicia, se ha tomado como precedente un caso análogo, para la comprensión de la problemática, así como las posibles soluciones a esta.

Miquel Strubbel, en su artículo "Language, democracy and devolution in Catalonia"[3] (1999) refiere la relación de los ciudadanos con la administración pública en las Islas Baleares, donde se hablan catalán y español. La propuesta planteada en el texto se une a medidas que que buscan proteger principalmente el derecho de libre elección lingüística de los ciudadanos, mencionando algunas sentencias del Tribunal Constitucional de España (STC 30/1986, del 20 de febrero; STC 82/1986, STC 83/1986, STC 84/1986, del 26 de junio de 1986; y, STC 105/2000, del 13 de abril de 2000).

2 *Come around* [álbum discográfico] (2015).

3 En español "Lenguaje, democracia y devolución en Cataluña".

Las estrategias legales inician con la constitucionalización del conocimiento del idioma propio (tanto catalán como español) mediante su inclusión en los méritos y capacidades para el acceso a la función pública. Asimismo, se subraya la importancia de promover cursos de conocimiento de la lengua catalana entre los empleados públicos, en búsqueda de la garantía de la atención ciudadana. El establecimiento de la cooficialidad las dos lenguas en las Islas Baleares se hace con el fin de equilibrar el papel del castellano en el ámbito oficial y administrativo, evitando la decadencia del catalán.

En esa misma línea, el libro de Clare Mar-Molinero *The Politics of Language in the Spanish-Speaking World: From Colonization to Globalization* (2000)[4] da cuenta del proceso histórico que atravesó la comunidad catalana en España y que desembocó en el reconocimiento oficial del idioma catalán y su uso en la administración pública. Este proceso empezó con la Declaración de Mequinenza, del 1 de febrero de 1984, que permitió la implementación de la asignatura de Catalán en los centro educativos de los territorios donde tradicionalmente se habla el idioma. A su vez, la Ley 10/2009 del 22 de diciembre, conocida como ley de lenguas de Aragón, define al catalán y el aragonés como lenguas propias, autónomas y, sobretodo, diferenciables del español, que forman parte de la construcción identitaria de grupos sociales de distintas regiones del territorio español (particularmente en las comunidades autónomas de Cataluña o Aragón). Finalmente, en el 2001, el Gobierno español promovió una ley de lenguas, donde se reconocieron municipios con una notable minoría de hispanohablantes en contraposición con una importante cantidad de habitantes que se expresan en catalán, así como la existencia de personas que reconocían las dos lenguas como maternas. A partir de lo anterior, diferentes actos legales han promovido la regulación del proceso cooficialización de las lenguas, empleando los mecanismos anteriormente reseñados.

Para el caso del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Jair Corpus Vanegas en *Fundamentos constitucionales para la elaboración de un proyecto de ley que preserve la identidad* (Corpus, 2000), define la identidad raizal, a través de una contextualización histórica de las islas; al tiempo que estudia la legislación nacional e internacional y los principales componentes de la cultura y del conflicto intercultural en San Andrés. Corpus Vanegas concluye que si bien existen amplios reconocimientos de los derechos de los grupos étnicos y que brindan herramientas para coadyuvar procesos colectivos, estos se quedan cortos al momento de recoger las aspiraciones del pueblo raizal y satisfacer integralmente sus necesidades. Por lo anterior, este autor propone un proyecto de

4 En español "Las políticas del lenguaje en los países hispano hablantes: de la colonización a la globalización".

ley que contemple la identidad raizal y las implicaciones de disponer recursos humanos, económicos y políticos para su materialización.

También se ha hablado de la promulgación de un estatuto raizal, a través del "Proyecto de ley por el cual se adoptan medidas para proteger la identidad cultural del pueblo raizal" que tiene dos versiones, una del 31 de enero del 2000 y otra del 17 de marzo del 2000. Los principios de estos proyectos se pueden condensar en tres aspectos: 1) la vida digna del raizal, entendida como la prioridad en todas las políticas, decisiones y acciones de las autoridades, que no debe estar supeditada a la satisfacción de la de otros individuos o grupos no raizales en el territorio; 2) el derecho a la autodeterminación del pueblo raizal, lo que supone su participación en las decisiones políticas, económicas, culturales, ambientales y sociales sobre el archipiélago, y 3) la identidad cultural caribeña con pueblos angloafricanos de otras islas y países de Centroamérica y el Caribe. Para los propósitos de este trabajo cabe destacar, además, dentro de los derechos del raizal que contempla el estatuto, la reglamentación de la Ley 21 de 1991.

## Algunos supuestos teóricos sobre derecho, identidad, lenguaje y debido proceso

La presente investigación es abordada desde tres ejes a examinar para entender la articulación de la oralidad dentro de la administración de la justicia en el Archipiélago de San Andrés, estos son: 1) la concepción del derecho desde la perspectiva constructivista-crítica de Pierre Bourdieu (2000); 2) la idea de identidad de Charles Taylor (2009) y Stuart Hall (1990), desde la corriente de los estudios culturales, situándose luego en la importancia de la lengua desde la lectura de Frantz Fanon (2009 y 2011), y 3) la definición del derecho fundamental al debido proceso de Daniel O'Donell (2004) sobre la administración de justicia.

En este orden, una forma diferenciada de implementar la oralidad judicial en las islas debería definir el derecho, esta vez, desde la perspectiva de Pierre Bourdieu que abandona el término de *sociedad,* sugiriendo el de *espacio social,* un conjunto de posiciones sociales definidas relacionalmente por afinidad u oposición. Este espacio estaría subdividido en *campos* o "sistemas particulares de relaciones objetivas que pueden ser de alianza o conflicto, de concurrencia o de cooperación entre posiciones diferentes" (Moreno y Ramírez, 2003, p. 16).

El campo jurídico, entonces, es un espacio limitado donde agentes —con una distribución de fuerzas desigual— están en pugna por la apropiación de productos que son disputados bajo una serie de reglas de juego que permitirán su definición (Morales, 2000, p. 60). En ese contexto se dan relaciones de dominación y subordinación que existen entre los distintos actores resultado de los capitales que detentan (Jiménez, 2010, p. 8).

"El *campo jurídico,* como insiste Bourdieu en *Elementos para una sociología del campo jurídico,* es una parte del *espacio social* en la que los distintos agentes pelean por el monopolio para decir qué es el *derecho*" (Morales, 2000, p. 64). Esta definición se daría en medio de una competencia jurídica entre los profesionales, separados de quienes no poseen el conocimiento *(profanos).* Allí, los agentes que participan en las relaciones dadas por el sistema serán quienes detenten la mayor cantidad de capitales y definan el derecho.

Así, a través del derecho los agentes dominantes mantienen el *status quo.* Por esta misma vía, subsisten las relaciones de dominación que caracterizan al *status quo,* cristalizadas en mecanismos jurídicos que, bajo apariencia de neutralidad, adquieren legitimidad entre los agentes, incluidos los *profanos.* De esta manera, "el derecho aparece [...] como la forma de violencia simbólica por excelencia: el derecho da forma a prácticas que a partir de ese momento se reconocen como convenientes, legítimas y necesarias" (Morales, 2000, p. 75). Lo anterior desemboca en el dominio cultural ejercido desde la norma, donde las formas del campo jurídico se perpetuán por "la creación de una tradición [...] ligada a la existencia de [...] un conjunto de normas fijadas y cognoscibles [...] interpretables una y otra vez" (Morales, 2000, p. 72). No obstante, la configuración de lo jurídico como un campo dinámico de lucha continua, permite que los agentes estén en constante movimiento, realizando alianzas y generando nuevos conflictos por la definición del derecho (Morales, 2000, p. 61).

De esta manera, el derecho definido como campo jurídico es muy útil porque, por una parte, se entiende codificado como la mayor forma de violencia simbólica, en la que se cristalizan relaciones de dominación con apariencia de legitimidad; y por otra, las relaciones de fuerza, presentes al interior de este campo en constante disputa por las definiciones del derecho, consolidan la oportunidad de los dominados de transformar la distribución de capitales y de poder.

Conceptualizado ya el derecho desde la perspectiva crítica que se emplea en este proceso investigativo, se procede a definir la identidad de acuerdo a los estudios culturales ya expuestos y a precisar allí la importancia que recubre a la lengua.

En este sentido, se concibe la *identidad* como aquello que "designa algo equivalente a la interpretación que hace una persona de quién es y de sus características definitorias fundamentales como ser humano" (Taylor, 2009, p. 53). La identidad se construye en dos niveles: uno interno, en el individuo, y uno externo, en la sociedad. Por tanto, la identidad se forja en el "yo" y en el "otro"; en esta definición confluye, por un lado, el reconocimiento —la falta de reconocimiento o el falso reconocimiento—, con la autenticidad, es decir, en el modo de vivir de cada ser humano, la "medida de cada persona" (Taylor, 2009, p. 59). A todo esto, se suma el "principio de originalidad" como factor interno del individuo y de los pueblos en la autodeterminación (Taylor, 2009, p. 51); es por ello que

la identidad es un descubrimiento del propio modo de ser y no el resultado directo e innegable de la posición social. La identidad está en constante evolución y se vincula a múltiples contextos, ya sean personales o colectivos, superando el reconocimiento preexistente otorgado a un conjunto de características parecidas, que posibilitarían la cohesión social porque incluye las particularidades de cada sujeto (Hall, 1990, p. 226). La identidad es un proceso en construcción afirmado desde el reconocimiento, personal y colectivo, en el que factores comunes como raza, territorio, y género se emplean en defensa de cualquier pueblo.

Resta precisar, sobre este tema, la importancia que reviste la lengua en la construcción identitaria definida. A partir de la lectura de Frantz Fanon (2009) entendemos que poseer el lenguaje es poseer, en consecuencia, el mundo expresado a través de este; que no es más que la manera de existir para el *otro* permeada por la forma en la que se asume una cultura: "hablar es emplear determinada sintaxis, poseer la morfología de tal o cual idioma, pero es, sobre todo, asumir una cultura, soportar el peso de una civilización" (p. 49). De esta manera, al analizar el lenguaje, como la lengua hablada a partir de la cual se construye identidad, aparece una suerte de exclusión dirigida al conjunto de sujetos que no cumplen con los parámetros de *verdadero hombre*. Del análisis de Fanon se desprende la imposición de niveles de superioridad entre las diversas identidades y sus respectivas lenguas: el verdadero hombre, encarnado en el hombre blanco, es muy superior al hombre colonizado. Por lo tanto, este último debe acercarse a la lengua del verdadero hombre para asimilarse a él: "el negro antillano será más blanco, es decir, se aproximará más al verdadero hombre, cuanto más suya haga la lengua francesa." (Fanon, 2009, p. 49). De este modo, surgen dos ejes para entender la lengua como impronta cultural: el rechazo que se genera hacia los sujetos *colonizados* y la aproximación de dichos sujetos a la lengua de los verdaderos hombres para asumirse como ellos. Según Fanon todo pueblo colonizado

> es decir, todo pueblo en cuyo seno ha nacido un complejo de inferioridad debido al entierro de la originalidad cultural local, se posiciona frente al lenguaje de la nación civilizadora [...] El colonizado habrá escapado de su sabana en la medida en que haya hecho suyos los valores culturales de la metrópoli [...] en que haya rechazado su negrura. (2009, p. 50)

Así pues, el imperativo de adoptar un lenguaje distinto al propio, como consecuencia del desprecio a la lengua particular, genera un desajuste (Fanon, 2009, p. 54).

Con el fin de complementar esta idea, Augé (1998) expone un ejercicio cartográfico similar, en su análisis de las dificultades de ese cambio de lengua a partir de la *traducción:*

> las palabras dibujan fronteras, pero dichas fronteras no coinciden de una lengua a otra. Si se confunde una palabra con otra [...] corre uno el riesgo de encontrarse con sorpresas: los pensamientos que habitaban la primera palabra no se acomodan a la segunda; o les sobra o les falta espacio. (Augé, 1998, p. 7)

En suma, a partir de las problemáticas ya expuestas, es fundamental referirse a la protección de los valores simbólicos que la herencia lingüística transmite, es decir, de la relevancia espiritual que se origina en el nudo indisoluble creado entre lingüicidad[5], culturalidad y etnicidad. La comprensión del lenguaje —entendiéndolo como el legado de seres ancestrales quienes, en largos y difíciles procesos, construyeron palabras, estructuras y el sentido de la comunicación (Tsunoda, 2005)— permite resignificar la lengua como impronta identitaria de quienes han sido denominados por Fanon (2011) como sujetos colonizados.

Tras precisar la importancia de la lengua, procederemos a situar su ejercicio en la esfera pública que atañe a esta investigación. Para esto es necesario retomar las definiciones de la garantía al debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Daniel O'Donell, al tenor de la Declaración Universal de Derechos Humanos, expone el derecho al debido proceso legal como el derecho de toda persona a "ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal." (O'Donell, 2004, p. 147) Es un derecho de especial importancia porque protege todos los demás derechos de la persona. Sobre las acciones judiciales emprendidas por un individuo a fin de hacer valer sus derechos, el derecho al debido proceso obliga al legislador a establecer recursos que garanticen a cada individuo el acceso a la justicia de forma eficiente y efectiva, según las audiencias o juicios que tendrán competencia para conocer

A su vez, la normativa pertinente está contenida en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el artículo 8.1 de la Convención Americana, aplicable a la administración de justicia en general. Esta parte de la normativa que consagra la independencia del tribunal, la imparcialidad del mismo, el carácter público del proceso, la igualdad de las partes y la equidad de los procedimientos. Se hace evidente la necesidad en la que se encuentran las partes presentes en un proceso judicial, tanto de entender a plenitud lo que sucede en su desarrollo, como de darse a entender de forma clara y exacta, para la resolución igualitaria y justa de la controversia.

5 "En efecto, cabe traducir contextualmente la *Sprachlichkeit* gadameriana como 'lingüicidad', lingüicidad que mienta el trasfondo ontológico del *logos* lógico, así pues la articulación cuasi metafísica que subyace al encuentro de hombre y mundo, lo que el propio Gadamer llama desde la poética de F. Hölderlin la ocrrespondencia entre el alma y el mundo" (Ortíz-Osés, 2003, p. 26).

## *Creole vibration*

Sobre la construcción de identidad para el pueblo raizal es indispensable retomar, en primer lugar, las particularidades que permean la *colonización* y posterior *colombianización* del archipiélago. Precisamente, la colonización inglesa en las islas legó a estas la lengua, así como ciertos usos y costumbres que son su base identitaria y las distancian de la cultura hispanohablante del Estado colombiano. Por lo tanto, es entendible que San Andrés fuera marginada de "las dinámicas de desarrollo de Colombia por más de un siglo después de constituida la República" (Torres, 2010, p. 60). Posteriormente, el proceso de *colombianización* en las islas —resumido en las políticas del Gobierno para suprimir la impronta del pueblo raizal, a partir de la pretensión homogenizante continental— significó la configuración de una sociedad compleja "en sus composiciones poblacionales y en sus características culturales" (Torres, 2010, p. 13). Frente a estos procesos de *unificación cultural,* la identidad raizal se resiste a las condiciones que pretenden uniformarle y abolirle. Entontes se detectan dos momentos de bloqueo hacia los raizales en las islas que son encarnados en diversas formas de negar las particularidades sobre las que estos se reconocen.

La colombianización es definida como la masiva migración de colombianos continentales y extranjeros a las islas, derivada de las políticas estatales para hacer más presencia en ese departamento. Como consecuencia, en el archipiélago se dio la conformación de una sociedad bastante diversa, considerando su escasa extensión de 52,5 km$^2$ (Departamento Archipiélago de San Andrés, s. f.). Actualmente, la población está conformada por raizales, descendientes de migrantes nacionales o extranjeros nacidos en el archipiélago[6] —quienes no tienen vínculos ancestrales con el territorio— y por "sanandresanos" —manera de llamar a no raizales nacidos en San Andrés—. Sobre el tema, el exmagistrado y académico Jair Corpus Vanegas indicó que:

> San Andrés fue un refugio, los pobladores ingleses llegaron huyendo de las persecuciones religiosas, de los libaneses llegaron por el tema de la II Guerra Mundial, por su

6 "En la isla cohabitan con los raizales, otros grupos étnicos que llegaron en su mayoría después de la declaratoria del Puerto Libre. Estos grupos son llamados popularmente como "pañas" y "turcos". Los primeros son los colombianos continentales, hispanos hablantes, que provienen en su mayoría de las distintas zonas del Caribe continental colombiano y del departamento de Antioquia [...] Por su lado se conoce como "turcos", a los sirios-libaneses, que profesan en su mayoría la religión musulmana y su lengua materna es el árabe. Algunos de estos, llegaron directamente de sus lugares de origen, otros ya estaban asentados en la región Caribe colombiana y su característica principal es que la mayoría del comercio está bajo su dominio y poco se involucran de manera directa en los asuntos administrativos y políticos de la isla" (Torres, 2010, p. 3).

> religión. Llegaron también los paisas con la apertura económica y se apropiaron de todo el comercio, tanto así que la fiesta más importante en San Andrés es la feria de las flores. (J. Corpus Vanegas, comunicación personal, 5 de octubre del 2016)

La noción de *territorio* de la que parte esta investigación retoma los fundamentos teóricos del documento "Balance legislativo sobre el territorio y la identidad raizal en San Andrés, Providencia y Santa Catalina" (Cordero, Cortés, Muskus y Tello, 2015) y de Milton Santos (1996). En esta perspectiva, el territorio está basado en la concepción multidimensional del espacio entendido como el conjunto indisociable, solidario y también contradictorio, de objetos y sistemas de acciones, no considerados aisladamente, sino con el único cuadro en el cual la historia se da, de manera que adquiere diferentes formas.

> Así, el espacio geográfico, cuyo origen se sitúa en la naturaleza, se vincula al espacio social por el desarrollo de relaciones entre los sujetos que le habitan y de estos con el entorno. La ruptura se da en razón de la intencionalidad propia de una relación social que origina un modo de poder propuesto y receptivo, mediante el cual perdura esa representación materializada o inmaterializada del espacio. Desde allí, se establece una conjunción sumatoria compleja entre espacio geográfico y social específico: el territorio, concreto o inmaterial instaurado en una relación social que se mantiene mediante alguna forma de poder y comporta las calidades del espacio: contradicción, solidaridad y conflictividad. Esta conformación territorial atiende a la confrontación entre dominación y libertad y, expropiación y resistencia (Santos, 1996), dado que, la reproducción de las relaciones sociales durante la construcción de límites en este, genera tendencias desiguales, contradictorias y en conflicto: movimientos como procesos geográficos y sociales. Se entiende entonces al territorio como un conjunto complejo de factores geográficos y sociales que se encuentra en constante dinamismo debido a la cantidad de relaciones de poder inherentes a su constitución. (Cordero, Cortés, Muskus y Tello, 2015, p. 318)

Ahora bien, es primordial apelar a la idea de identidad construida por la comunidad raizal, con la intención de alejarse de reduccionismos que limitarían este ejercicio. Se hace necesario, por tanto, basarse en la articulación que los sujetos han realizado sobre la interpretación colectiva y particular de *quiénes son* en el mundo, dada en un contexto de suma intervención cultural como el archipiélago. Para clarificar este punto, se toma una declaración realizada por Archipiélago Movement for Etnic Native Self Determination[7] (AMEN S-D, 2002), donde indican que los componente de la identidad raizal preferenciales son:

7 En español *Movimiento Archipiélago por la Autonomía Étnica Nativa.*

la lengua, el estilo de vivienda, la concepción de la propiedad, la música, la religión y, las relaciones de parentesco y amistad (AMEN S-D, 2002, p. 1). Al respecto, Calburn Promete, *raizal,* expresa que "el concepto de raizal viene del árbol genealógico y del arraigo con la tierra. Por más que los continentales vivan aquí y quieran a San Andrés, ellos no tienen ese sentimiento" (C. Promete, comunicación personal, 23 de septiembre del 2016).

Asimismo, la lengua surge como un conocimiento cultural irremplazable, transmisor de códigos de generación en generación y, sobretodo y determinador de la identidad sobre los lazos inseparables del pueblo con su espiritualidad (Tsunoda, 2005). Es por ello que resulta pertinente definir la el creol, lengua propia de los raizales, como una lengua de tradición oral de base akan[8], lexicalizada en inglés, que se caracteriza por estar acompañada de entonaciones, ritmo, musicalización, risas y otras variaciones propias del lenguaje oral, que involucra además el cuerpo "el cual también habla, cuenta, canta y danza" (Botero, 2007, p. 280). Sobre ello, Promete afirma: "el creole nace del inglés que pronunciaban los esclavos y es diferente de este, pues es producto de las repeticiones que hacían de las expresiones de sus amos ingleses para comunicarse con ellos ante la imposibilidad de hacerlo con sus dialectos" (C. Promete, comunicación personal, 23 de septiembre del 2016).

Por su parte Alfredo Newball, un raizal radical que labora en la Secretaría de Turismo manifiesta que a pesar de que "San Andrés pertenece a Colombia por acuerdos políticos", en las islas las costumbres y la cultura son diferentes; además, Newball se refiere a otras marcas identitarias, provenientes de la mezcla cultural desde el descubrimiento de la isla: "las personas en San Andrés tienen apellido inglés porque fue descubiertos por los puritanos ingleses, por eso nosotros hablamos ese creole, el creole viene con la mezcla de africano y jamaiquino, por eso nos gusta mucho el reggae, por la influencia de esas culturas" (A. Newball, comunicación personal, 27 de septiembre del 2016).

Por tanto, la oralidad se refiere a un "conjunto de manifestaciones culturales, a los actos cotidianos de cada momento de la vida y de la muerte, a los traumas, desarraigos y angustias" (Motta González, 1997, p. 30) que es aprehendido luego de largos años de iniciación en esta cultura.

Tras destacar la impronta cultural que recubre al creol, se hace necesario enunciar los mecanismos de la protección que el Estado le designa. El artículo 10 constitucional instaura al castellano como lengua oficial de la nación y reconoce la oficialidad de los dialectos de los grupos étnicos en su territorio. Así, surgen leyes de carácter general como la Ley 21 de 1991, que aprueba el Convenio 169 de la OIT, y la Ley 1381 de 2010 o ley de lenguas nativas. Para el caso específico del archipiélago se encuentra la Ley 47 de 1993

8 "La lengua africana Akán, también conocida como twi, chi o ti, es hablada actualmente por más de ocho millones de personas en Ghana. Entre los grupos étnicos de los pueblos Akán traídos a América por los ingleses en calidad de esclavos, están los Fanti y los Ashanti" (Botero, p. 279).

que define al inglés hablado por las comunidades nativas como idioma oficial en las islas e impone a todos los servidores públicos, que ejerzan allí sus funciones el deber de hablarlo (art. 42, 45 y 54).

A la par, la Corte Constitucional, en las sentencias C-086 de 1994 y C-053 de 1999 —que siguen la línea jurisprudencial de la C-530 de 1993—, ha protegido ampliamente el creol, al señalar que con las prerrogativas de la Ley 47 de 1993 se da cumplimiento al deber del Estado de proteger la diversidad cultural. Este deber supone extender a todo el archipiélago el uso de la lengua, por lo que resulta admisible imponer a los funcionarios públicos la obligación de hablar el idioma propio del territorio donde actúan. Lo que sí violaría la Constitución, sería obligar a los isleños a abandonar su lengua, que es parte de su herencia cultural (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-086, 1994).

Ahora bien, presentadas las garantías a la protección del creol, es necesario retomar la *colombianización* del archipiélago para mostrar la vulneración generada con la imposición del español —propio de los continentales y por ende de la cultura continental— al pueblo raizal, que es muestra de la aniquilación identitaria de los isleños. Sobre la colombianización es inevitable referirse al impacto sociocultural del traslado de nacionales del continente a las islas, como un modo impositivo del Estado nación para fomentar el español en detrimento del uso del creol. Sobre este punto, Promete dimensiona las vulneraciones que surgen a partir de las políticas estatales de colombianización: "qué mayor violación al derecho que cuando se afecta la parte cultural, la parte emocional y la dignidad del ser humano. Colombia ha destruido al raizal sin disparar una bala, simplemente con la colombianización" (C. Promete, comunicación personal, 23 de septiembre del 2016). Por ello, es fundamental exponer la exclusión del creol en la esfera pública y la de aquellos sujetos que no cumplen con los requisitos para ser catalogados como *verdaderos hombres*. La dualidad que Fanon (2009) analiza a propósito de la realidad que afrontan los sujetos *colonizados* y excluidos es encarnada por los raizales en las islas. A partir de la imposición del español y de la cultura que debe asumirse con esa lengua, el raizal queda desprovisto de su propia impronta. De la misma manera en que el negro antillano debía necesariamente hablar francés para aproximarse al hombre blanco, el raizal se vio obligado a hablar español para acercarse al hombre continental. El raizal tuvo que negarse a sí mismo para convertirse en un *verdadero hombre*.

Asimismo, sobre el desprecio del creol como lengua materna Ruby Elena Jay Pang Somerson (2014) indica: "Al idioma raizal nunca se le ha dignificado ni legitimado y en cambio se le ha humillado y degradado tildándolo de 'inglés caribeño', 'ogli langwich', 'broken English' y hasta de 'lengua corrupta'" (p. 54). En este sentido, Noemí Carreño Corpus, raizal y magistrada del Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago, relata su experiencia

> En el colegio nos daban clase en español, nos enseñaban el inglés estándar y se hablaba el creole con las amigas, pero los escenarios públicos no se prestaban para hablar creole. Los pastores, cuando era niña, predicaban en inglés, la biblia estaba escrita en inglés [...] El creole era reservado para espacios familiares y domésticos. Eso era un idioma feo, inglés mal hablado. Debíamos esforzarnos por hablar el inglés correcto, pues dirigirse a un público en creole era vergonzoso. [...]
>
> Yo recuerdo a mi madre, a mis tíos y a mis abuelos hablándome todo el tiempo en creole. Algunos continentales y sanandresanos no raizales se refieren aun hoy, con todo el reconocimiento a la diversidad cultural, de forma despectiva al creole, se refieren a él con expresiones como *wachi wachi.* [...] Cuando te dicen que lo que aprendiste en tu casa es un *wachi wachi* se genera un problema de discriminación que te hace o rechazar tus raíces, o rechazar a quien te discrimina. Colombia debería pedirle perdón a los isleños, no somos menos colombianos por tener una cultura diferente". (N. Carreño Corpus, comunicación personal, 25 de septiembre del 2016)

Un pensamiento similar tiene Promete: "el creole se ha ido perdiendo por varios factores: la colonización, que entiendo como la presencia del Estado en San Andrés a través de funcionarios que solo hablan español. La gente quiere seguir hablando creole, pero hay una presión del Estado para abandonarlo con estas políticas" (C. Promete, 23 de septiembre del 2016). De esta manera, se acentúa la forma en que se veda el creol en los espacios sociales públicos pertinentes, para su difusión y conservación, de acuerdo a ciertos intereses internos y externos (Jay Pang Somerson, 2014), materializada en la imposición de calificativos degradantes a esta lengua materna, sin que ello implique la supresión de su práctica en la esfera privada. Entonces, en los espacios sociales internos, los raizales utilizan el creol como una potencia para fortalecerse y perdurar como cultura, ya que su forma específica de poseer el mundo está inmerso en su lengua (Fanon, 2009, p. 49). Así, lo expresa Promete: "entre más hablemos nuestro dialecto, más fuertes vamos a ser. El raizal necesita hablar creol para comunicarse plenamente y transmitir sus emociones, nuestra lengua nos diferencia del negro de la costa pacífica, del cartagenero y del barranquillero, pues lo único que tenemos en común con ellos es el color de la piel" (C. Promete, 23 de septiembre del 2016).

Por tanto, es claro que la normatividad que protege creol se enfrenta, en la materialidad, a la imposición del Estado nación en el archipiélago de una forma de pensar en y el mundo. Por ello, a los raizales —quienes son minoría en su territorio (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-530/93, 1993)— se les ha obligado a usar el español y a aprender la cultura que ello conlleva, relegando a su vez su impronta cultural. Aún así, su fortaleza ha conseguido que su legado perdure y enriquezca el país.

## *I have a hard time to understand this*

*No hay nada más emocionante para un raizal*
*que entrar a una casa y ver a un niño hablando creol.*
NOEMÍ CARREÑO

A partir de la implementación de la oralidad fundamentada en el Código General del Proceso y la constante colombianización, en las islas se perciben problemáticas particulares que no se dan en otras zonas del país. Esta circunstancia es consecuencia de la existencia del bilingüismo en el territorio del archipiélago y de la centralización del sistema judicial colombiano de tal forma que "no existe una coherencia entre las decisiones de las instancias en el archipiélago, porque no entienden las características y necesidades que existen, no respetan la legislación especial. Nadie ve a San Andrés como un tema relevante" (J. Corpus, comunicación personal, 5 de octubre del 2016). Lo anterior dificulta la autonomía territorial material de la jurisdicción isleña. En este sentido, la transgresión de derechos a los ciudadanos sometidos a la administración de justicia puede darse en dos esferas: por un lado, la violación de derechos fundamentales, en la medida que la garantía del debido proceso y la seguridad jurídica se ve vulnerada por la dificultad de comunicación por las barreras idiomáticas y sociales entre las partes intervinientes en un proceso judicial. En segundo lugar, la vulneración de derechos culturales otorgados como parte del reconocimiento y protección de la diversidad étnica colombiana, contemplados en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT. Estas vulneraciones se dan al limitar el uso del creol a la esfera privada, obligando a los isleños a hablar español en situaciones tan importantes como un proceso judicial.

A partir del anterior desarrollo analítico, procedemos a ver qué incidencias tiene en las islas la colombianización y la centralización del poder judicial. Uno de estos efectos es la creciente tendencia a seleccionar funcionarios públicos oriundos de otras partes del país para ejercer jurisdicción en el archipiélago. Durante el trabajo de campo, evidenciamos que tal situación acarrea dos problemáticas principales: la barrera idiomática ya mencionada, pues los despachos judiciales cuentan con un número limitado de funcionarios que hablan creol[9] y subsecuente indefensión de la persona que ejerce sus derechos e intereses legítimos. Al respecto, es necesario señalar el derecho que asiste a todo acusado a ser asistido por un intérprete si desconoce el idioma oficial del país. Este derecho se establece en el artículo 14, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos

9 Un ejemplo de la situación, lo expone Samir Belafonte, funcionario del Juzgado Laboral 46 "la juez [de su despacho] habla creole, la mayoría de jueces no habla creole, supongamos que hay 20 jueces, de los 20, 17 habla español" (S. Belafonte, comunicación personal, 25 de septiembre del 2016).

Civiles y Políticos (ONU, 1966); el artículo 8, numeral a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969) y los artículos 55 y 67 del Estatuto de Roma (ONU, 1998). Dicha normatividad deja en claro la necesidad de un intérprete que constituya un instrumento que salvaguarde el derecho individual de las personas a un juicio justo, siendo el Estado responsable del cumplimiento de las debidas garantías. Más adelante se presentará un análisis de la pertinencia del intérprete, en el caso de la justicia sanandresana. El control judicial en esta materia debe ser absolutamente riguroso, pues, por un lado, cada una de las palabras que un acusado pronuncie es determinante para la toma de una decisión informada y pertinente; y, por otro, el juez no contará con los medios suficientes si la traducción es deficiente (o simplemente literal), si no se tienen en cuenta los aspectos culturales y contextuales de las oraciones, es decir, si el juez no comprende a cabalidad lo que el procesado dice. Sin embargo, la interpretación judicial no es simplemente dominar el idioma de origen del acusado y la lengua del país en el que el acusado se encuentra. La interpretación judicial comprende el análisis de las respuestas que da el acusado dentro de un contexto cultural, lo que implica conocer la lengua del territorio de origen del acusado para poder trasladar acertadamente sus contestaciones.

Asimismo, los factores de idioma o la diferencia cultural y comunitaria podrían afectar las decisiones de los jueces. La barrera, generada entre las partes verticales del proceso, puede significar una antipatía del juez respecto del procesado, que se manifiesta en la toma de una decisión desfavorable.

El realismo jurídico asegura que la decisión que toma un juez se encuentra altamente influida por dinámicas extrajurídicas, referentes a la situación que vive un juez, la coyuntura histórica que lo rodea, valores de orden político, económico y cultural que forman parte de su concepción individual y, sobretodo, comunitaria. Es sobre ese escenario que autores como Germán Silva García (2001) consideren que "que las decisiones se toman y después se argumentan" (p. 134). Sobre el tema, el autor Jerome Frank (1969) hace referencia a la personalidad de los jueces, asegurando que

> sus simpatías o antipatías respecto a los testigos, procuradores y las partes en el proceso, su propio pasado le puede haber creado más o menos reacción para con las mujeres, las rubias, los hombres con barbas, los meridionales, los italianos, los ingleses, los fontaneros, los ministros, los licenciados o los demócratas. Un cierto tono nasal, una tos, un gesto, pueden provocar recuerdos penosos o placenteros en su conjunto. (p. 71)

Evidentemente, el argumento que plantea Frank gira en torno al aspecto psicológico de los jueces, a una cuestión aparentemente inconsciente. Sin embargo, podemos afirmar que dichos gustos o disgustos se basan sobretodo en la empatía, en el autorreconocimiento o la diferenciación de los sujetos entre sí. Este es un proceso perfectamente natural en

una diligencia judicial, en cuanto no representa más que una interacción social, que se verá sin duda fuertemente afectada por la falta de entendimiento pleno entre los sujetos que actúan en la diligencia. Estos elementos diferenciadores condicionan la decisión judicial, no solo de forma directa, sino también indirectamente. Según Hermann Isay, tales características se encuentran "condicionando lo que un juez considera como hechos o hechos probados, lo que considera razonable o aceptado socialmente, lo que considera grave o lo que considera irrelevante. Todos conceptos fundamentalmente creados por el desarrollo de la persona dentro de una comunidad específica" (Isay, 2002, citado por Freund, 2006, p. 18).

Así pues, en el contexto de la isla, existe una circunstancia de afectación de las decisiones judiciales considerablemente alta. El juez —ajeno a las costumbres de la isla, incluyendo el lenguaje creol— se debe enfrentar a situaciones jurídicas que, de manera inevitable, tienen un carácter cultural y social, reguladas por normas y códigos sociales y que pueden significar dos cosas diferentes tanto para el juez como para el acusado, considerando sus diferencias culturales. Al respecto, autores como Félix Cohen (1950), subrayan la influencia de factores culturales y sociales en las decisiones de los tribunales:

> hoy estamos dispuestos a reconocer que los jueces son seres humanos, y que no todas las fuerzas que motivan el comportamiento judicial son palabras en libros impresos. Existen, naturalmente, amplias diferencias de opinión respecto a la importancia comparativa de los diferentes campos de conocimiento en orden a ayudarnos a predecir el comportamiento judicial. Algunos están investigando en los campos de la psicología y el psicoanálisis, otros estudiosos del derecho han realizado iluminantes estudios del trasfondo social, económico y político de los jueces y sus decisiones. Estudios igualmente útiles han sido realizados en el campo de las presiones sociales institucionales que influyen en la legislación. (p. 28)

Con este análisis, no se pretende realizar una crítica a la teoría del derecho y a la pretensión de imparcialidad de los jueces que ostenta el sistema jurídico nacional. Sin embargo, sí busca enfatizar la especial desventaja en la que se encuentra la administración de justicia en el territorio del archipiélago, en un contexto de incompatibilidad jurídica. Dicho planteamiento no es producto de la idea de que dos comunidades con diferentes culturas no puedan compartir un espacio y establecer un diálogo en torno a un interés común, como lo sería la administración de justicia; de hecho, se considera que esta condición sería el escenario ideal en el que se podría construir un sistema judicial incluyente, respetuoso, abierto al cambio y a la escucha, sin pretensiones de dominación ni subordinación y que logre fundir a los raizales y a la comunidad continental de forma equilibrada.

Por otro lado, es importante iniciar el análisis de las implicaciones culturales de la imposición del español como lengua oficial en la administración de justicia, como el desconocimiento del creol y su traslado obligatorio a la esfera privada, olvidando que su existencia es una realidad incuestionable y que es necesaria su protección como lengua nativa de la comunidad raizal, que identifica a un grupo humano, que a su vez enriquece la pluriculturalidad colombiana. En este punto, es sumamente pertinente lo expuesto por la autora Marianne Dieck (2011), al resaltar la importancia del creol, con el fin de evitar su estigmatización en detrimento de la identidad cultural de la comunidad raizal;

> la lengua criolla, a pesar de ser la más hablada y la más íntima, además de constituir la más autóctona expresión cultural de la identidad raizal, ha sido tradicionalmente estigmatizada, despreciada como una forma degenerada (entiéndase: "africanizada" o "bastardizada") del apreciado inglés británico que hablaban sus amos. Los especialistas que han intentado estudiar esta lengua han encontrado una resistencia de parte de los propios nativos isleños a aceptar que se trata de una variedad lingüística diferente del inglés. Incluso hay quienes prefieren pensar que es un "broken English", un inglés mal hablado, a admitir que es una lengua propia. (p. 67)

Tal situación de descalificación genera una lucha de poderes desigual en torno al proceso judicial y, en general, en el sistema jurídico en la región. Según Bourdieu, en un pleito llevado a la instancia judicial se busca cambiar la correlación de poderes, en principio, se busca que el más débil sea el otro (Bourdieu, 2000, p. 213).

Vale la pena resaltar que la problemática no se encuentra centrada en la interacción existente entre la cultura raizal y la cultura continental (si se puede generalizar de este modo); por el contrario, tales dinámicas se consideran de suma importancia para la construcción de un país multicultural. La cultura es un factor determinante de los grupos étnicos en cuanto reúne las prácticas y valores de estos. Cuando se da la interacción entre miembros de dos culturas (que son no necesariamente miembros de etnias diferentes), generalmente, y con un poco de información previa, se puede predecir el actuar del otro. Así, la cultura es el elemento comunitario conformado por instituciones regulatorias, que define dentro de las comunidades, y entre ellas, qué está bien y qué está mal. (Santos, 2010). Sin embargo, no se puede negar que, a partir de la misma cultura, su conocimiento, empoderamiento y posterior crítica, se pueden empezar a crear nuevas tendencias. Los miembros de las comunidades, quienes podrían, mediante su comportamiento, empezar a modificar las normas sociales existentes, generalmente estarían motivados por un intercambio cultural con otra comunidad.

Es imposible pretender que la cultura raizal se mantenga estática con el paso del tiempo. Sin embargo, pretender que esa transformación se da de forma lineal, pensando que

el cambio cultural sigue un proceso evolutivo en el que el presente es mejor que el pasado, puede llevar a grandes equivocaciones. Así mismo, pensar que la comunidad raizal, va en un camino de "evolución" similar al de las demás comunidades, que tiene como meta una única cultura perfecta y razonable es una postura completamente ilógica. Es necesario entender que cada comunidad se determina por unos miembros, territorios, vecinos e infinidad de factores completamente diferentes. El desprecio por lo raizal se pudo evidenciar durante el trabajo de campo, en las afirmaciones de Loria Corpus

> Si, porque antes decían: 'ay no, ustedes con sus idiomas tan cochina' y, entonces, como que nos obligaban más a hablar el español y a no hablar el creol [...] porque como no entiende dicen que es un idioma tan cochina que es [...] una falta de respeto [...] a los de afuera les da rabia porque no lo entienden [...] es mantener callada y no decir nada porque es la idioma de su madre entonces hay que respetarlo. (L. Corpus, comunicación personal, 22 de septiembre del 2016)

Lo anterior demuestra la existencia de una cultura que se ha impuesto sobre las otras, pretendiendo ser la cultura en cabeza del proceso "evolutivo lineal de transformación cultural". Sin embargo, esta idea de una "cultura suprema" es inexistencia en la realidad; no siendo más que la imposición de una figura estatal que busca la unificación identitaria, mediante valores sociales confusos, pero bajo normas jurídicas precisas.

## *I beg respect and love for all my people*

A lo largo de los capítulos anteriores se expuso cómo el tratamiento desfavorable del creol, por parte de las autoridades estatales en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, ha propiciado su invisibilización, ocasionando un serio impacto cultural en el pueblo raizal. Este fenómeno ha dificultado, e incluso impedido, el acceso a la justicia para los habitantes del archipiélago, cuyo idioma materna es el creol, la lengua nativa de las islas. Esta situación tan crítica y lamentable ha sido identificada tanto por corporaciones estatales como por académicos y estudiosos del derecho, en especial juristas nativos del archipiélago, que ven mutilado su idioma. Por lo tanto, el propósito de este último apartado es exponer los mecanismos establecidos para manejar la confluencia de lenguas en materia de acceso a la justicia, así como sus ventajas, desventajas y los obstáculos para su ejecución.

En lo referente a la administración de justicia, el Estado ha implementado distintos mecanismos que buscan resolver, o cuanto menos mitigar, una problemática que ellos mismos han ocasionado. Estas propuestas se han dado desde distintas orientaciones: una

institucional, con un sustento legal visible; y otro como costumbre social, como forma de resolución inmediata. Lo anterior, responde a la necesidad urgente que surge del "[...] carácter de servicio público esencial de la administración de justicia en donde necesariamente el funcionario y sus empleados tienen una relación directa y permanente con la ciudadanía." (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 2010-00142, 2012). Tales mecanismos son fundamentalmente tres: la obligación de todo servidor público que ejerza sus funciones en las islas de hablar la lengua nativa (art. 45 de la Ley 47 de 1993); la existencia de intérpretes y traductores; y, finalmente, la posibilidad de celebrar audiencias en idiomas nativos (art. 104 del Código General del Proceso).

## La Ley 47 de 1993 existe para ser vulnerada

Como ya se dijo anteriormente, con la Ley 47 de 1993 se establece que el creol es el idioma oficial en el archipiélago. En concreto, los artículos 42 y 45 buscan su protección con la exigencia del estudio de dicho idioma especial y diferenciado para el acceso a los cargos públicos. Sin embargo, estas disposiciones carecen de efectividad y su materialización parece imposible, al menos en lo que atañe a la administración de justicia. Jair Corpus Vanegas expone de forma clara esta situación al manifestar que:

> La Ley 47 está para romperse, las autoridades nacionales son los más incumplidores de las normas y hay un desconocimiento absoluto de la reglamentación especial para el caso del Archipiélago y se olvida que estas disposiciones tienen la misma validez que cualquier otra ley del ordenamiento jurídico colombiano. (J. Corpus, comunicación personal, 5 de octubre del 2016)

La anterior situación obedece a la falta de claridad en la reglamentación necesaria para la implementación de dichas normas. Para empezar, el Acuerdo PSAA06-3536 sentó un precedente negativo, al determinar que para servir en el archipiélago los servidores adscritos a la rama judicial debían acreditar el idioma inglés calificado por pruebas como TOEFL (Test of English as a Foreign Language), Melicet (Michigan English Language Institute College Entrance Test) o el examen IELTS (International English Language Testing System) (Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Acuerdo PSAA06-3536, 2006). La legalidad de este acto administrativo fue estudiada por el Consejo de Estado, donde se concluyó que el acuerdo demandado era nulo, por el hecho de haber exigido la prueba del dominio de un idioma diferente al previsto en la Ley 47 de 1993, anteriormente citada, pues esta norma se refiere al idioma raizal o inglés criollo (creol).

La decisión del Consejo de Estado parece ser apropiada, por cuanto resalta los puntos tratados en el la segunda sección de este artículo, titulada "I have a hard time to understand

this" (p. 294), relativo a la importancia de que el administrador de justicia entienda y se exprese en el idioma de quien recibe justicia. No obstante, se han presentado inconsistencias, fundadas en una comunicación limitada y en un interés escaso por parte del poder central colombiano, que radican en la falta de claridad sobre los métodos de enseñanza del creol y los mecanismos idóneos para acreditar su conocimiento. Esta cuestión es planteada por la providencia bajo el entendido de que la ausencia de un método de enseñanza reconocido por las autoridades, no puede ser la razón para desconocer el alcance de la protección y preservación de la lengua de la comunidad raizal.

Los argumentos esgrimidos en esta decisión no parecen encontrar eco en decisiones tomadas posteriormente por esa misma corporación. Un ejemplo de ello es la providencia emitida por el Consejo de Estado, en la que se revoca la decisión del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que decreta la nulidad del nombramiento de un juez del circuito que no acreditó en debida forma el conocimiento del creol y en su lugar acreditó conocimientos básicos de inglés estándar. La Sala consideró que en la convocatoria para nombrar jueces no se incluía el conocimiento de la lengua raizal como requisito especial y tampoco previó el procedimiento de certificación. Indica también que, para el caso, debía tenerse en cuenta la Ley 1381 de 2010, por la cual se desarrollan los art. 7, 8, 10 y 70 de la Constitución Política, y los artículos 4, 5 y 28 de la Ley 21 de 1991 (que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales), y se dictan normas sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes; cuyos alcances son generales respecto a la Ley 47 de 1993.

El problema de ejecución de esta normatividad se identifica fácilmente en los múltiples nombramientos de funcionarios públicos en el archipiélago, efectuados sin haber tenido pruebas del dominio del inglés creol o nativo de las islas, ignorando este requisito, anteriormente referenciado en la sentencia del Consejo de Estado y que también forma parte de las exigencias adicionales para ejercer los cargos de funcionarios de la rama judicial, establecidos en la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Dicho problema también dificulta el acceso a estos cargos para los miembros del pueblo raizal, ya que estos no compiten en condiciones de igualdad con los continentales, dada la imposición de certificar el inglés, más no la lengua de las islas. Esto configura entonces una vulneración al derecho fundamental a la igualdad material que contempla la Carta Política. José Mow, magistrado del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina indica que

> los exámenes para acceder a los cargos públicos son en inglés estándar, no en creole, por lo que se presenta una tensión entre el derecho de un concurso de méritos y las normas especiales de San Andrés, el derecho de que quien dispense justicia comprenda

> en su totalidad la oriundez es supremamente importante, el conocimiento de la región muchas veces es determinante para comprender los hechos de un caso y el material probatorio. (J. Mow, comunicación personal, 24 de septiembre del 2016)

Cabe reiterar el hecho de que el creol no cuenta, hasta la fecha, con un método de enseñanza basado en la escritura, avalado y reconocido por las autoridades centrales. A pesar de que esta no es una razón para desconocer el contenido de la disposición legal que busca su protección y preservación, dificulta la posibilidad de una evaluación y acreditación del conocimiento del creol.

Vale la pena preguntarse a qué se debe tal falta de reconocimiento estatal del creol, teniendo en cuenta que esta lengua es hablada por una importante porción de la comunidad isleña y constituye la más autóctona expresión cultural del ser raizal. En este punto es pertinente resaltar el concepto que el Ministerio Público emitió en el proceso que dio lugar a la Sentencia C-086 de 1994, refiriéndose a la lengua creol como

> las expresiones utilizadas general y preferencialmente por los habitantes de la región para ventilar cuestiones familiares y con asuntos relativos a la vida cotidiana[...] la lengua erigida como oficial, además del castellano, debe ser la del inglés que comúnmente hablan los isleños ante las autoridades públicas, inglés cuya gramática es la que se imparte en los centros educativos, o academias colombianas de enseñanza del inglés o de un país de habla inglesa. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-086/94, 1994)

Este infortunado concepto permite dilucidar la visión generalizada que el poder central y, en general, la comunidad colombiana tienen del idioma raizal y de su uso en la esfera pública. No es coincidencia, que hasta el momento el creol no haya sido sometido a un análisis lingüístico, como fue impuesto en la Ley 47 de 1993, con el fin de su identificación y de la creación de un examen de calificación propicio, apropiado y certero para funcionarios que aspiren a ejercer cargos en el archipiélago. Se podría afirmar que dicha omisión está estrechamente relacionada con las dinámicas de colombianización anteriormente explicadas, en cuanto no existe una conciencia y un aprecio de la especialidad y particularidades del creol por parte del país y las autoridades estatales. Simplemente se le considera un "inglés mal hablado", que no merece mayor atención y debe ser reemplazado, en la medida de lo posible, por el castellano o incluso, por el inglés americano.

## Traductores e intérpretes

No fue posible localizar una norma estatal que reglamente la inclusión de los intérpretes como auxiliares de la justicia; ni determinar con seguridad los requisitos de

acreditación como intérprete oficial. Los únicos referentes, al respecto, son los traductores oficiales, que deben realizar una capacitación y, posteriormente, presentar un examen de carácter estatal. No hay una normatividad que especifique los requerimientos para acceder al servicio como el nivel de entendimiento que se tenga del español, para considerar una deficiencia especial de idioma que debe ser suplida por un intérprete—, o quién corre con los gastos de estos servicios. Habría que considerar el peso que se impondría sobre el accionante si este debe asumir los costos del servicio de traducción, al no tener capacidad de darse a entender y enfrentarse a una falla estatal en el sistema judicial. A su vez, el nombramiento de intérpretes alargaría el proceso judicial, con lo que se incumpliría el principio de celeridad, tan importante en la implementación de la oralidad en el país.

Sin embargo, en el trabajo de campo se evidenció el poco uso de intérpretes, pues en varios de los despachos judiciales visitados, son los secretarios, los asistentes y, en general, los funcionarios públicos de origen raizal que conocen el idioma quienes se encargan de las traducciones pertinentes. Esta es solución inmediata, aunque informal, planteada por la administración de justicia en el archipiélago, como respuesta a la urgente necesidad de mitigar el impacto que la administración de justicia en un idioma desconocido (o al menos poco dominado) puede tener en el sujeto que se enfrenta al poder judicial. Sin embargo, esta medida provisional presenta problemáticas importantes, como la falta de formación que los funcionarios que hacen el papel de intérpretes tienen para ejercer tal oficio; y si bien dominan las dos lenguas, no conocen los procedimientos para una traducción apropiada e idónea, teniendo en cuenta la claridad que una audiencia judicial requiere. Asimismo, las traducciones corren el riesgo de caer en subjetividades, en interpretaciones personales, teniendo en cuenta que muchas de las expresiones en creol no tienen una traducción literal al español.

## Artículo 104 del Código General del Proceso y la posibilidad de celebrar audiencias en creol

Con la expedición de la Ley 1564 del 2012 o Código General del Proceso, aparece una norma de especial interés para los fines de este trabajo. El artículo 104 reconoce el castellano como el idioma oficial para efectuar cualquier audiencia, sin embargo, dispone que se tendrán en cuenta las demás lenguas y dialectos que los jueces dominen. En ese sentido, esta ley contempla la posibilidad de celebrar audiencias en una lengua distinta. Asimismo, el artículo permite el nombramiento de un auxiliar de la justicia por parte del juez, que hará las veces de intérprete en la diligencia, bien sea por petición de parte o de oficio, con el fin de realizar las traducciones correspondientes. Esta norma —promovida por el exmagistrado y académico Jair Corpus Vanegas, de origen raizal— significa un

cambio paradigmático en materia de derechos étnicos y culturales; y, en el caso específico del pueblo raizal, abre la posibilidad de retomar el uso del creol en la esfera pública, al menos en lo que respecta al acceso a la administración de justicia. Dado que su entrada en vigencia es muy reciente, no fue posible encontrar en el trabajo de campo aplicaciones concretas de esta norma, distintas a las prácticas sociales referidas en la sección anterior que pueden revestirse de legitimidad con la disposición.

## Conclusiones

Los planteamientos desarrollados en esta investigación han permitido conclusiones sobre tres aspectos particulares:

* A partir de la construcción identitaria del pueblo raizal, en la que la lengua fundamenta su conocimiento cultural y sus lazos con la espiritualidad, los raizales resisten y perduran gracias al uso constante del creol y a la importancia este recubre en la esfera privada. Así, la fuerte irrupción que aún encarna el proceso de colombianización en las islas se traduce en la constante exclusión en espacios públicos de la impronta raizal. Ante esto, los raizales han generado importantes procesos de resistencia.
* La vulneración tanto de las garantías a un debido proceso judicial como de los derechos sobre diversidad étnica y cultural del pueblo raizal es motivada por la falta de reconocimiento de su impronta cultural en diversos ámbitos de la esfera pública. Es imprescindible analizar y cuestionar cómo las características propias que permean las diversas culturas, pueden determinar la adopción de ciertas decisiones por parte de las autoridades competentes, es decir, cómo es posible determinar que en el desarrollo de proceso judiciales inciden primordialmente las formas en que cada parte entiende el mundo. De esta manera, en la intervención de los raizales dentro de procesos judiciales es primordial contemplar la importancia de su lengua y los inconvenientes que suponen las traducciones.
* La implementación de diversos mecanismos para proteger las garantías al debido proceso y la diversidad étnica y cultural no ha sido la adecuada, a propósito del respeto del creol dentro de la administración de justicia. Estas herramientas obedecen a distintas dinámicas que reflejan la visión homogeneizante del Estado colombiano y que limitan la identidad raizal en la esfera pública. Sin embargo, aun resulta esperanzador que instrumentos normativos como el art. 104 del Código General del Proceso contemplen la posibilidad de celebrar las audiencias en el idioma propio de los territorios donde se administra justicia. Lo anterior permite pensar en una justicia bilingüe que

concrete en la materialidad los preceptos constitucionales sobre debido proceso y diversidad étnica y cultural para el pueblo raizal.

## Referencias

Abouchaar, A., Hooker, Y. Y. y Robinson, B. (2002). Estudio lingüístico para la implementación del programa de educación bilingüe en el municipio de Providencia y Santa Catalina. *Cuadernos del Caribe, 3,* 66-101.

AMEN-SD (Archipiélago Movement for Etnic Native Self Determination). (2008). *Declaración de Autodeterminación*. Recuperado de http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/DeclaracionAutodeterminacionRaizal.pdf

Augé, M. (1998). *Las formas del olvido*. Barcelona: Gedisa.

Botero, J. (2007). Oralidad y escritura en la isla de San Andrés. *Universitas Humanistica,* 64, 275-289. Recuperado de http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/univhumanistica/article/view/2235/1492

Bourdieu, P. y G. Teubner. (2000). *La fuerza del derecho, elementos para una sociología del campo jurídico.* Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre.

Castellanos Santana, O. y Solano Suárez, Y. (2000). Procesos participativos en una sociedad multicultural: el caso de San Andrés isla, Caribe colombiano. *Fermentum, 17*(48), 145-170. Recuperado de http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/20761/2/articulo6.pdf

Cohen, F. (1950). Field, Theory and Judicial Logic. *Yale Law Journal, 59,* 238-272. Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5360&context=fss_papers

Congreso de la República de Colombia. (4 de marzo de 1991). Ley 21 de 1991. *DO*: 39 720. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37032

Congreso de la República de Colombia. (19 de febrero de 1993). Ley 47 de 1993. *DO*: 40 763. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2780

Congreso de la República de Colombia. (25 de enero del 2010). Ley de lenguas. [Ley 1381 de 2010]. *DO*: 47 603. Recuperado de http://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/publicaciones/Documents/Ley%20de%20Lenguas%202013.pdf

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio del 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. *DO*: 48 489. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. (5 de julio de 2006) Acuerdo PSAA06-3536. Recuperado de https://jurisprudencia.vlex.com.co/vid/-356053518

Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991).

Cordero, A., Cortés, L., Muskus, B. y Tello, S. (2016). Balance legislativo sobre el territorio y la identidad raizal en San Andrés, Providencia y Santa Catalina. *Investigaciones en Construcción, 29,* 309-343. Recuperado de http://www.bdigital.unal.edu.co/53827/7/Serie%20Investigaciones%20en%20Construccio%CC%81n%20-%20Semilleros%202014%20-%20No%2029.pdf

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (11 de noviembre de 1993). Sentencia C-530/93. [MP Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-530-93.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (3 de marzo de 1994). Sentencia C-086/94. [MP Jorge Arango Mejía]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-086-94.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (2 de febrero de 1999). Sentencia C-053/99. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-053-99.htm

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena. (14 de agosto del 2012). Sentencia 2010-00142. [MP Javier Zapata Ortiz]. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_cff3564164160162e0430a0101510162

Dieck, M. (2000). Criollística afrocolombiana. En J. Arocha Rodríguez (dir.), *Geografía humana de Colombia: los afrocolombianos (Tomo IV).* Bogotá: ICANH (Instituto Colombiano de Antropología e Historia). Recuperado de http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/geografia/afro/criollis

Fanon, F. (1961). *Los condenados de la tierra.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Fanon, F. (2009). *Piel negra, máscaras blancas.* Buenos Aires: Abraxas. Recuperado de https://antroporecursos.files.wordpress.com/2009/03/fanon-f-1952-piel-negra-mascaras-blancas.pdf

Freund J. (1998). *El derecho actual.* Bahía Blanca, Argentina: Universidad Nacional del Sur.

García, G. S. (2001). *El mundo real de los abogados y de la justicia. (Tomo I).* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. (2016). Gobernación del Archipiélago. Recuperado de http://www.sanandres.gov.co

Hall, S. (1990). Cultural identity and diaspora. En J. Rutherford (ed.), *Identity, community, culture and difference* (pp. 222-237). Londres: Lawrence & Wishart.

Jaramillo. J. (2016). *Constitución, democracia y derechos.* (Edición a cargo de Mauricio García Villegas, Diana Isabel Guiza Gómez, Andrés Abel Rodríguez Villabona y Rodrigo Uprimny Yepes). Bogotá: Antropos.

Jay Pang Somerson, R. E. (2014). *Análisis crítico y perspectivas de la cultura lingüística raizal: enfoque interdisciplinario para la protección, fomento, uso y revitalización de lenguas nativas y criollas* (tesis inédita de maestría). Universidad Nacional de Colombia, San Andrés isla, Colombia.

Frank, J. (1969). *Derecho e incertidumbre.* Ciudad de México: Fontamara.

Jiménez, W. (2010). La teoría del campo jurídico de Pierre Bourdieu. Aplicación a un caso práctico del derecho colombiano. Recuperado de http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LA%20TEORIA%20DEL%20%20CAMPO%20JURIDICO%20%20DE%20PIERRE%20BOURDIEU.pdf

Lévi-Strauss, C. (1998). *Las estructuras elementales del parentesco.* Barcelona: Paidós.

Mar-Molinero, C. (2000). *The politics of language in the Spanish-speaking world: from colonization to globalization.* Londres: Routledge.

Morales, C. (2000). La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. En P. Bourdieu, y T. Gunther, *La fuerza del derecho, elementos para una sociología del campo jurídico* (pp. 58-80). Bogotá: Ediciones Uniandes-Siglo del Hombre.

Moreno, A. y Ramírez, J. (2003). *Pierre Bourdieu. Introducción elemental.* Bogotá: Panamericana.

Motta González, N. (1997). *Hablas de selva y agua, la oralidad afropacífica desde una perspectiva de género.* Cali: Universidad del Valle.

O'Donell, D. (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano.* Bogotá: Oficina en Colombia del ACNUDH. Recuperado de http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/ODonell%20parte1.pdf

OEA (Organización de Estados Americanos). (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html

OIT (Organización Internacional del Trabajo). (7 de junio 1989). *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.* Ginebra: OIT. Recuperado de http://www.consultaindigenamds.gob.cl/doc/2webCIndigena_Convenio%20169.pdf

ONU (Organización de Naciones Unidas). (16 de diciembre de 1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx

ONU (Organización de las Naciones Unidas). (17 de julio de 1998). *Estatuto de Roma*. Roma: ONU. Recuperado de http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

Ortíz-Osés, A. (2003). *Amor y sentido, una hermenéutica simbólica.* Barcelona: Anthropos.

Ramírez, S. y L. Restrepo, (eds.). (2002). *Cuadernos del caribe, 4: textos y testimonios del archipiélago. Crisis y convivencia en un territorio insular.* San Andrés: Universidad Nacional de Colombia - Sede Caribe.

Robinson, D. (2015). Pueblo raizal en Colombia. En C. Parra Dussán y G. A. Rodríguez (eds.), *Comunidades étnicas en Colombia: cultura y jurisprudencia* (pp. 217-237). Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

Sandoval, C. (2002). *Investigación cualitativa (Módulo cuatro, Especialización en teoría, métodos y técnicas de investigación social).* Bogotá: ICFES (Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior). Recuperado de https://panel.inkuba.com/sites/2/archivos/manual%20colombia%20cualitativo.pdf

Santos, M. (1996). *Metamorfosis del espacio habitado.* Barcelona: Oikos-Tau.

Silva García, G. (2001). *El mundo real de los abogados y de la justicia: la profesión jurídica (Tomo 1).* Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Strubell, M. (1999). Language, democracy and devolution in Catalonia. En S. Wrigth (ed.), *Language, democracy and devolution in Catalonia* (pp. 4-38). Nueva York: Multilingual Matters.

Taylor, C. (2009). *El multiculturalismo y la "política de reconocimiento".* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Torres, S. E. (2009). ¿Raizales, pañas, fifty-fifty, turcos y/o isleños?: Construcción de identidades. *Revista Palobra, Palabra que Obra, 11,* 122-143. Recuperado de http://ojs.udc.edu.co/index.php/palobra/article/viewFile/157/139

Tribunal Constitucional de España, Sala Segunda. (20 de febrero del 1986). STC 30/1986. [Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente]. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1986-7598.pdf

Tribunal Constitucional de España, Pleno. (26 junio de 1986). STC 82/1986. [Francisco Tomás y Valiente, Presidente]. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/cs/Resolucion/Show/645

Tribunal Constitucional de España, Pleno. (26 de junio de 1986). STC 83/1986. [Francisco Tomás y Valiente, Presidente]. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1986-17828.pdf

Tribunal Constitucional de España, Pleno. (26 de junio de 1986). STC 84/1986. [Francisco Tomás y Valiente, Presidente]. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/647

# Hacia una aproximación económico-jurídica de la maternidad subrogada y su regulación*

## *Towards a Legal and Economic Approximation of Surrogate Motherhood and Its Regulation*

**Andrea Carolina Reyes Olmos**
Departamento de Derecho
*acreyeso@unal.edu.co*

**Diana Marcela Daza Gacha**
Departamento de Derecho
*dimdazaga@unal.edu.co*

**Juan Camilo Bedoya Chavarriaga**
Departamento de Derecho
*jucbedoyach@unal.edu.co*

**David Felipe Morales Martínez**
Departamento de Derecho
*dfmoralesm@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33590 "La Maternidad subrogada en Colombia", dirigido por el profesor Luis Arturo Suárez Pacheco y Marcela González Sandoval.

**Resumen:** La maternidad subrogada, como técnica de reproducción humana asistida, es una práctica social no regulada normativamente en el Estado colombiano que implica una serie de consecuencias tanto médicas, como jurídicas y económicas; así como potenciales y necesarias transformaciones sociales en torno a la concepción de la familia y los constructos sociales de las relaciones cotidianas. Estos aspectos se discutirán a continuación desde un enfoque jurídico-económico, a la espera de determinar la racionalidad de implementar criterios normativos en la regulación de esta Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

**Palabras clave:** maternidad, subrogación, racionalidad, análisis económico del derecho, convención

**Abstract:** The surrogate motherhood as a technique of assisted human reproduction is a social practice unregulated normatively in the colombian State, that involves a series of consequences, both medical and legal and economic, as well as potential and necessary social transformations around the conception of family and social constructs of the daily relationships; all of which will be discussed below from a legal approach economic, pending the determination of the rationality of implement normative criteria in the regulation of this TRHA.

**Keywords:** surrogate motherhood, rationality, economic analysis of the law, convention

## Introducción

Las distintas y nuevas formas de conformación de una familia —que surgen como resultado de los modelos actuales de interacción económica, en términos de oferta y demanda del mercado de trabajo—, así como los procesos emancipatorios y reivindicatorios de la mujer, han abierto el escenario a distintas formas de procreación. Estas surgen como respuesta a la infertilidad y a las nuevas formas de integración de la mujer al sector productivo; lo que ha aumentado la demanda de la mano de obra femenina al interior de los sistemas productivos, y ha disminuido el valor de retorno por la especialización de las funciones al interior de la familia[1]. Esto ha llevado a que se reduzca la brecha salarial existente entre los géneros y ha permitido que los hombres puedan asumir nuevos roles dentro de las relaciones interpersonales.

Los paradigmas contemporáneos de familia se encuentran altamente ligados a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) y generan una serie de nuevos desafíos para el ordenamiento jurídico y sus operadores. Ahora bien, una de las TRHA que merece especial atención al interior de estos nuevos modelos de concepción es la maternidad subrogada. Esta técnica se entiende como: "un supuesto de reproducción humana asistida, por medio del cual una mujer, mediante contraprestación [económica] o sin ella, se compromete a gestar" (Beorlegui, 2014, p. 4), o intentar gestar un niño o niña por medios distintos a la copulación "para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no" (Vela 2012, p. 12). De esta manera, es posible que la maternidad se presente bajo un esquema tradicional o gestacional, basado en el aporte de material genético, lo que jurídicamente ha de entenderse como un convenio entre la madre gestante y los padres comitentes[2].

1 Al respecto señala Posner (2013) que la división tradicional del "trabajo" al interior de la familia es racional, cuando la madre permanece en casa, siendo la productora primaria del hogar por cuanto existen dos razones de plausibilidad para esta forma de asignación: 1) existe discriminación sexual al interior de los mercados laborales, siendo la media de los salarios femeninos inferior a la del salario masculino; y (2) en la medida en que la evolución ha privilegiado la crianza por parte de la mujer, existe una minimización de los costos de producción hogareña para esta. Ahora, Posner, cita como tercera causal de plausibilidad el hecho de que la mujer que ha abandonado el trabajo para criar, aunque lo haga por cuestiones de eficiencia, obtiene un retorno salarial menor al regresar al mercado que otras.

2 Reyes, C., Morales, D. y Pulido, N. (2016). La maternidad subrogada en Colombia. *Investigaciones en Construcción,* (29), 345-370.

En este sentido, el surgimiento y aplicación de la maternidad subrogada ha llevado a la aparición de nuevos proyectos normativos y regulatorios, con distintas posturas sobre las TRHA. Ejemplo de estos, son los proyectos de ley 196 del 2008 y 45 del 2000, que buscaban permitir la práctica de la maternidad subrogada bajo algunas condiciones; pasando por proyectos que declaraban nulo de pleno derecho el que una mujer renunciara a la filiación materna en favor de un tercero, como es el caso del Proyecto de Ley 46 de 2003; hasta la prohibición y criminalización absoluta de la misma, queriendo agregar esta técnica dentro de los supuestos de hecho de la trata de personas, tal como lo plantea el Proyecto de Ley 202 de 2016. Por ello, es necesario preguntarse *¿cuál es la racionalidad económica para establecer criterios normativos en torno a la maternidad subrogada en tanto practica socioeconómica?*

Frente a lo anterior, cabe responder que el establecimiento de parámetros para la regulación de la maternidad subrogada será racional en tanto se adapte a los patrones socioculturales del contexto en que se aplique y a las necesidades sociales de los individuos hacia los que se legisle, para que sea eficaz y eficiente.

Es preciso señalar que la maternidad subrogada, como acuerdo de voluntades entre dos partes o más, ha de concebirse dentro de la institución jurídica de la convención[3]; dado que esta figura jurídica se ocupa de obligaciones extrapatrimoniales a la vez que puede darse para obligaciones de este tipo, situación que no podría darse si fuese regulada mediante la figura de contrato. Además, como lo señala Pedro Lafont Pianetta (2010) para el caso del matrimonio, los acuerdos en derecho de familia deben regirse por esta figura y no por la figura del contrato.

Por tanto, en el presente texto se pretende analizar, desde criterios normativos y racionales (en términos económicos), si es conducente utilizar la regulación del convenio de maternidad subrogada para afrontar los nuevos desafíos en torno a la constitución de la familia y cuáles serían los posibles efectos que esta tendría en el sistema jurídico y en la sociedad. En este sentido, el presente documento se dividirá en cuatro partes: la primera aborda la maternidad subrogada como concepto; la segunda se enfoca en las consideraciones económicas de la familia y su constitución; la tercera establece la racionalidad económica de implementar regulaciones normativas en torno a la maternidad subrogada como *hecho social;* y, finalmente, unas breves consideraciones jurídicas sobre dicha regulación.

3 La motivación o racionalidad de considerar a la maternidad subrogada como una convención jurídica ha sido abordada en: Reyes, C., Morales, D., y Pulido, N. (2016). La maternidad subrogada en Colombia. *Investigaciones en Construcción,* 29, 345-370.

## Conceptualización de la maternidad subrogada

Se entiende por maternidad subrogada al acuerdo de voluntades en el cual una mujer se compromete a intentar llevar a término la gestación de un niño o niña, que será entregado al finalizar el embarazo a su contraparte[4]. Dicho embarazo sería realizado a partir de técnicas de reproducción humana asistida[5].

Esta es entendida como convención, por cuanto la maternidad subrogada genera entre las partes derechos y obligaciones de carácter extrapatrimonial[6] y, como lo han dicho Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve (2010), el contrato está limitado a obligaciones de carácter patrimonial. Posición también asumida por Alzate Hernández (2009, pp.54-56). De igual manera esta posición respecto de la convención es asumida por Pedro Lafont Pianetta (2010) cuando dice que el matrimonio debe entenderse como convención, ya que las obligaciones de allí desprendidas tienen un carácter extrapatrimonial. (pp. 185-186 y 191)

En ese sentido, tenemos que la diferencia central entre convención y contrato radica en el tipo de relaciones jurídicas que nacen a partir de uno y otro. En el contrato, las relaciones jurídicas que nacen son de carácter patrimonial, mientras que la convención tiene la posibilidad de regular relaciones de carácter extrapatrimonial, por lo que se convierte en la figura ideal para regular las obligaciones nacidas en el derecho de familia y, en ese sentido en la maternidad subrogada.

---

4 La contraparte puede entenderse como una persona sola, sea mujer u hombre, o como una pareja heterosexual u homosexual. Dicha idea trasciende la idea de humanismo clásico, en la que la maternidad subrogada debía responder a la infertilidad de las parejas casadas o en unión marital de hecho, como se expresan en los Proyectos de Ley n.° 45 de 2000 y n.° 55 de 2015 (Senado de la República de Colombia).

5 Para lograr el embarazo, se deberán utilizar técnicas de reproducción humana asistida tales como la inseminación artificial o la implantación embrionaria, si el embarazo se da sin la utilización de estas técnicas, no podría hablarse de maternidad subrogada, sino de una adopción directa, la cual está prohibida en nuestra legislación (Artículo 232 del Código Penal Colombiano).

6 Algunas de las obligaciones extrapatrimoniales que surgen a partir de esta convención serían: 1) la protección y cuidado sobre el menor gestado, 2) la obligación de la madre gestante de realizarse los procedimientos preparatorios, exámenes médicos y cumplir con las recomendaciones médicas para llevar a feliz término la gestación, 3) mantener la confidencialidad sobre la identidad de los donantes de material genético de ser el caso, entre otras. En cuanto a los derechos que se generan, se predican del niño pues es este quien tiene derecho a una familia, a la protección y cuidado de esta.

A partir de la distinción entre subrogación tradicional y gestacional (Amorós, 2010), en el artículo "La maternidad subrogada en Colombia"[7] se plantearon las categorías de 1) subrogación gestacional; 2) subrogación gestacional con presencia de solo uno de los gametos sexuales de la pareja comitente; 3) subrogación tradicional; 4) subrogación sin intervención genética de las partes.

De otro lado, Amorós (2010) propone una nueva forma de categorización de la filiación:

* *Plena:* conjuga la relación biológica (genética y gestativa) con los derechos y obligaciones de la maternidad o paternidad jurídica.
* *Genética:* la relación se deriva del aporte de material genético, es decir, se da entre nasciturus y quien haya aportado el material genético con el que este se concibió.
* *Gestativa:* es la relación que se genera entre el *nasciturus* y la madre gestante, por el hecho de permitir el desarrollo de este en su útero, es decir, por su gestación.
* *Legal:* se da cuando sin existencia de vínculo biológico, se asumen las obligaciones derivadas de la misma, tales como obligación de cuidado, de dar protección, alimentos, educación, etc.

La multiplicidad de posibilidades y combinaciones genéticas en la maternidad subrogada, así como de los intervinientes, conlleva el surgimiento de situaciones conflictivas, las cuales deben ser resueltas mediante la aplicación de principios y regulaciones convencionales, y de normativas que permitan una asignación eficiente de los derechos, que a su vez permita determinar los riesgos potenciales de la subrogación —a través de exámenes médicos y proyecciones económicas—, así como que se mantenga un costo de transacción bajo.

## Normatividad y genética

*No puedo pensar en ninguna necesidad en la infancia tan fuerte como la necesidad de la protección de un padre.*
SIGMUND FREUD

La aplicación de la maternidad subrogada y de las TRHA tiene implicaciones no solo personales o jurídicas, sino también bioéticas y genéticas. Algunas de estas, como es el caso del parentesco y la interrupción del embarazo, resultan transversales a múltiples

7 Reyes, C., Morales, D. y Pulido, N. (2016).

áreas, sin perjuicio de que en cada una se dé un enfoque particular a la cuestión. Así, por ejemplo, desde la bioética se da una mayor relevancia a la discusión sobre la eugenesia de embriones a partir del uso del Diagnóstico Genético Preimplantacional (en adelante, DGP). Mientras que, en el plano jurídico, la implementación de esta técnica implicaría o requeriría una modificación de las causales de aplicabilidad del aborto, por cuanto da lugar a nuevos escenarios de terminación del proceso de gestación —tal como sería el incumplimiento convencional, justificada la interrupción en la dignidad y derechos de la madre gestante—.

La maternidad subrogada modifica la concepción vigente del parentesco, porque implica una ruptura con la procreación tradicional y la construcción cultural de una familia. Al respecto sostiene Pedro Gómez (2011), en referencia a Levi-Strauss, que genes y cultura deben ser apreciados de forma conjunta, ya que "el parentesco no nace solo de las relaciones de filiación y consanguinidad, limitadas al plano biológico, sino de una alianza social de familias" (p. 3). El parentesco, desde el derecho de familia, se refiere a la relación que existe entre padre o madre e hijo o hija, que proporciona una identidad a toda persona, lo que implica derechos y obligaciones. Dicho lo anterior, el concepto clásico de relaciones interpersonales derivadas de la filiación ha señalado que, al ser estos temas de orden público, no pueden variar a voluntad de las partes[8]. Sin embargo, como se demostrará, cuando para la concepción se utilizan TRHA, la voluntad de las partes sí puede ser determinante para otorgar filiación.

No obstante, al generarse procesos de identidad entre lo biológico y el azar natural, deja de ser tan clara la bifurcación entre lo genético y lo cultural, a causa de la ciencia reproductiva humana, ya que "lo que venía dado por el azar genético en la construcción de identidad de una persona podría ser fruto de la elección de un tercero" (Bestard, 2004, p. 7). De este modo, la demarcación entre lo puramente genético y cultural empieza a ser difusa. Lo anterior se evidencia, por ejemplo, en la donación de gametos para llevar acabo la maternidad subrogada en la que los donantes y gametos son preseleccionados en un ámbito que, naturalmente, es dejado al azar. Así, "la proximidad genética [pasaría a ser] solo un elemento que se articula en algunas relaciones de parentesco" (Gómez, 2011, p. 3) y, las decisiones de los individuos serían determinantes para la configuración del mismo.

8 Véase Concepto 81 de junio 25 de 2013, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Radicado No. 10400 (Disponible en http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000081_2013.htm).

## Contexto científico

La discusión sobre la maternidad y su relación con algunos conceptos como la *filiación biológica* o los *gametos* ha sido abordada hasta el momento sin profundizar o develar de forma alguna el contenido de los mismos. Por esta razón, se procederá a continuación a realizar un abordaje sucinto de algunos conceptos relevantes para el desarrollo de este trabajo.

Así pues, la *filiación biológica* corresponde a aquella en la que el principal criterio para determinar la relación padre-hijo y madre-hijo viene dada por la carga genética (Lamm, 2012, p. 78). No obstante, estos supuestos son diferentes si se trata del padre o de la madre: en el caso del padre hay una plena correspondencia entre la filiación genética y la filiación biológica, mientras que en el caso de la madre se debe añadir un elemento gestacional (así, sería madre biológica quien aporta material genético y a su vez gesta) (Lamm, 2012; Beorlegui, 2014). Pese a lo anterior, este tipo de filiación no se modifica por el consentimiento de los individuos como sí ocurre en algunos supuestos de filiación legal, como la adopción.

En tanto los hijos son producto de la fecundación y bajo este supuesto, al menos, con el estado actual de la técnica, se requiere que un óvulo se fusione con un espermatozoide. Tanto uno como otro, son abarcados bajo la categoría de *gametos*. Estas son células sexuales caracterizadas porque "poseen un número haploide de cromosomas, se forman en las gónadas (ovarios y testículos) por división meiótica [la cual] asegura la variabilidad genética, la constante cromosómica de la especie y la determinación del sexo al producirse la fecundación" (Eynard, Valentich y Rovasio, 2008, p. 50).

Los gametos contienen la información genética que es transmitida a los descendientes, mediante los genes, que son definidos por Curtis *et al.* (2008) como "todo segmento de DNA que se encuentra luego de un promotor y que puede ser transcrito por una RNA polimerasa y originar un RNA funcional" (p. 207), es decir que puede ser codificante. Ahora bien, este y su composición son variables de acuerdo a su ubicación en las mitocondrias (DNAmt) o en el núcleo. En este sentido, el DNA mitocondrial se caracteriza por ser mucho más corto y poseer más fragmentos codificantes (Herráez, 2001, p. 110), siendo transmitido por la mujer que aporte el óvulo —transmisión matrilineal— (Amat, 2008, p. 119). El DNA nuclear, por contraposición, tiene mayor longitud, mayor cantidad de fragmentos no codificantes y se transmite tanto del padre como de la madre.

El DNA no codificante, por su parte, es relevante en el estudio de la genética, para el caso de los eucariontes (clase dentro de los cuales se encuentran los seres humanos). El genoma eucarionte "se define como todo el DNA presente en los cromosomas incluidos

los genes y las regiones no codificantes" (Curtis *et al.,* 2008, p. 215), lo que hace posible su presencia tanto en el núcleo como en la mitocondria de las células.

## Técnicas de reproducción humana asistida

Respecto a la conceptualización de las TRHA, debe aclararse que estas son aquellas que permiten reemplazar o facilitar los diferentes procesos naturales que tienen lugar en la reproducción de los seres humanos. En ese sentido, es relevante abordar los concpetos de inseminación artificial, fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, por cuanto son utilizados en la técnica empleada para la maternidad subrogada, centro de esta discusión.

La inseminación artificial (IA) es "una técnica de reproducción asistida que consiste en introducir el semen capacitado [es decir, que está listo para fecundar al ovocito] del varón en el óvulo de la mujer durante el periodo periovulatorio" (Caña, González y Fernández-Sánchez, 2007, p. 95). Esta es utilizada como tratamiento de reproducción asistida para las mujeres que presentan dificultades a la hora de conseguir el embarazo, y se puede clasificar en dos modalidades de acuerdo al origen del semen:

* La inseminación artificial conyugal (IAC): el semen capacitado e introducido posteriormente en la mujer pertenece a su cónyuge o pareja. También se le denomina inseminación artificial homóloga (IAHO) (Rodrigo, 27 de diciembre de 2016).
* La inseminación artificial de donante (IAD): el semen empleado proviene de un donante de un banco de esperma. Se suele realizar cuando no existe pareja masculina (mujeres solas o parejas lesbianas) y en casos en los que no es posible utilizar el semen de la propia pareja por mala calidad, enfermedad o cualquier otro factor. Esta modalidad también es conocida como inseminación artificial Heteróloga (IAHe) (Rodrigo, 23 de enero del 2017).

Por su parte, la fecundación *in vitro* (FIV) corresponde a una TRHA. En este proceso, después de la estimulación ovárica e incubación de los ovocitos, se microinyecta un espermatozoide para conseguir la fecundación (Aibar y Martínez, 2011, p. 2). Luego, son cultivados los embriones para su posterior transferencia al útero de la mujer. El proceso se realiza en cinco fases: 1) estimulación ovárica; 2) retiro del óvulo, mediante aspiración folicular; 3) fecundación; 4) cultivo del embrión; y 5) transferencia de embriones (Centro Médico de la Universidad de Maryland, 2012). En el último paso, es decir, la transferencia, "el médico inserta un tubo delgado (catéter) [...] hasta el interior del útero. Si un embrión se pega o se implanta en el revestimiento del útero y crece allí, se presenta el embarazo" (Centro Médico de la Universidad de Maryland, 2012).

Más allá de las consideraciones técnicas y éticas que implica este proceso, es necesario resaltar las consecuencias jurídicas que se encuentran, entre otros ámbitos, en el derecho civil de personas, el derecho de familia, las sucesiones y el derecho penal. Adicionalmente, el uso de TRHA contribuye a cambiar la conceptualización del derecho a la vida (¿desde cuándo es protegido?, ¿quiénes son titulares del mismo?), los derechos sexuales y reproductivos (especialmente en la forma de garantizarlos) y el rol del Estado en la creación de políticas públicas referentes a la salud. Señala Roncesvalles Barber (2010) que las principales implicaciones se encuentran en la capacidad reproductiva, las relaciones de filiación, el ámbito de la autonomía de la voluntad y sus límites, la intervención legislativa en el origen de la vida y la investigación científica (uno de los principales debates es el de los embriones y preembriones como objetos de experimentación).

Al respecto, cabe mencionar que, durante el proceso de transferencia de embriones, estos son seleccionados, lo que es cuestionable para algunos, ya que en el proceso de selección es posible realizar un DGP, con la finalidad de detectar enfermedades de origen genético, siendo este un criterio para la transmisión o no de embriones (Abellán, 2006, p. 15). La aplicación del DGP también ha sido criticada por la posibilidad de generar proyecciones fenotípicas del resultado de la maternidad subrogada, ocasionando así una tendencia eugenésica de las características físicas deseables del menor, como criterio de selección embrionario. Por otro lado, a partir de la aplicación del DGP es posible curar o eliminar enfermedades que podrían afectar al embrión, reparando el error o malformación de origen genético (Camps, 2002, p. 57). Con esto aparecería la posibilidad de realizar algunos ideales transhumanos, como lo son "el mejoramiento de la raza [humana], la optimización del cuerpo, etc." (Abellán, 2006, p. 15)[9].

## Aspectos normativos

Al referirnos a la maternidad subrogada, es esencial abordar, aunque sea de forma breve, los parámetros normativos que indirectamente regulan su aplicación y desarrollo. En Colombia no existe una regulación específica alrededor de esta, lo que conlleva una "situación que se presenta con cierta regularidad, en la clandestinidad, lo que pone en riesgo a las partes involucradas en el acuerdo y al niño o niña que nazca del mismo" (Proyecto de Ley 196 de 2008 [exposición de motivos]). Pese a la falta de regulación,

9 Al respecto Gómez (2006) afirma que este procedimiento permitiría la "búsqueda e identificación de los embriones 'high quality'" (p. 40), produciendo una importante tensión entre los derechos y consideraciones éticas de la vida embrionaria y la identidad genética, en términos eugenésicos, tal y como lo afirman Adorno (1994) y Beriain (2008).

existen algunos parámetros normativos indirectos que ejercen influjo en su aplicación, en estas se incluyen las normas sobre donación de gametos, maternidad y aborto, incluso las que conciernen a las causales de interrupción del embarazo y su respaldo normativo.

La Ley 09 de 1979, en sus artículos 540 a 546, regula cómo se deben realizar las donaciones de componentes anatómicos, entre los que se encuentran los órganos, los tejidos y la sangre, así como la donación intervivos. Según esta, quien desempeñe dichas actividades deberán solicitar una licencia de actividades acorde a las reglas científicas internacionalmente aceptadas y cumplir con los protocolos que cree el Ministerio de Salud. Esta ley fue regulada mediante el Decreto Reglamentario 1546 de 1998, en el cual se establecieron lineamientos conceptuales para los procedimientos de donación y trasplante de componentes anatómicos de los seres humanos, de la siguiente forma:

> Donante: es la persona a la que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad o por la de sus deudos, se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante en otra persona, con objetivos terapéuticos. La voluntad de donación expresada en vida por una persona, solo puede ser cambiada por ella misma y no podrá ser modificada después de su muerte por sus deudos.
>
> Donante de gametos o preembriones: es la persona que por voluntad propia dona sus gametos o preembriones para que sean utilizados con fines terapéuticos o investigativos.
>
> Donante homólogo: es la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción.
>
> Donante heterólogo: es la persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción.
>
> Receptor: es la persona en cuyo cuerpo se trasplantan componentes anatómicos biológicos.
>
> Receptora de gametos o preembriones: es la mujer que recibe los gametos de un donante masculino o femenino, el óvulo no fecundado, fecundado, o un preembrión, con fines reproductivos. (Ministerio de Salud, 6 de agosto de 1998)

El citado decreto señala que las Unidades de Biomedicina Reproductiva serán las encargadas de prestar los servicios de salud en el campo de la salud sexual y reproductiva. También establece que los donantes deberán ser mayores de edad, personas saludables, sin enfermedades congénitas, sin anomalías genéticas, ni enfermedades infecciosas o hereditarias, que no hayan recibido transfusiones de sangre en los últimos seis meses, y que no sean donantes en más de dos instituciones, ni tener vinculación con el centro médico, o ser el médico tratante.

De lo anterior, se concluye que la donación de gametos está permitida en Colombia, siempre y cuando los procedimientos que se practiquen no causen daño al receptor, tal y

como se aceptó en la Sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional. Sin embargo, esta aceptación tácita no es absoluta, puesto que la Ley 919 de 2004 dispone la prohibición de comercialización de componentes anatómicos para trasplante. Es decir que no puede haber pago ni tipo alguno de compensación por la donación.

La maternidad subrogada tiene sustento constitucional en el artículo 42 superior, en el que se ampara el derecho de las parejas a decidir libremente la cantidad de hijos que desean tener y cómo los han de procrear. Adicionalmente, se encuentra que en la Sentencia T-968 de 2009 se proponen algunas condiciones mínimas para que la maternidad subrogada sea reconocida en Colombia. Entre estas se encuentra el tener problemas fisiológicos de la madre subrogada para concebir, que los gametos necesarios para la concepción no sean aportados por quien gesta; así como que la mujer gestante no tenga un móvil económico, sino de ayudar a los padres subrogados. Igualmente, esta debe ser mayor de edad, ser saludable tanto psicológica como físicamente y haber tenido hijos, entre otras cosas. Lo anterior implica la necesidad de realizar exámenes de control y confirmación del estado de salud de los padres tanto subrogados, como de la madre subrogante. Debe existir, igualmente, una protección de la identidad de las partes, así como garantía de entrega del menor, imposibilidad de rechazo, existencia de consentimiento informado e imposibilidad de interrupción del embarazo.

Asimismo, se debe hacer referencia al tema del aborto cuando se está hablando de embarazo, es relevante hacer un análisis normativo de este a la luz de la aplicación de la maternidad subrogada como TRHA.

Para delimitar la discusión al respecto, debe primero considerarse que aborto, aborto espontáneo e interrupción voluntaria del embarazo (IVE) son conceptos diferentes. El aborto es, en general, "la expulsión del producto de la concepción cuando todavía no es capaz de sobrevivir fuera del seno materno" (Mayo, 2002). En tanto medie o no voluntad humana en su causa, el aborto podrá ser espontáneo o voluntario (IVE). Los dos deben ser considerados en tanto pueden influir en el cumplimiento eficaz de las obligaciones derivadas de la convención de maternidad subrogada (cuando esta se suscriba evitando, entre otras, la indeterminación de las prestaciones entre las partes) y los derechos de la madre gestante[10].

De otra parte, en el curso del embarazo pueden presentarse situaciones que motiven una IVE. La Corte Constitucional ha reconocido tres casos en que puede practicarse una IVE de forma legal: grave peligro para la salud de la madre, malformación del feto y violación o inseminación no consentida (Sentencia C-355/2006). Inicialmente, la causal

10 Frente a la potencial existencia de un aborto espontáneo, debe considerarse la existencia de una ausencia de responsabilidad, por cuanto, en esta situación no existe "dolo" detrás del mismo y, por tanto, no es posible afirmar un incumplimiento contractual.

que más se adecuaría al caso de la maternidad subrogada sería la primera: desde el inicio de los procedimientos asociados a la maternidad subrogada es posible que se presenten situaciones que puedan comprometer gravemente la salud de la madre. Lo anterior no debería obligar a la madre gestante a continuar con el embarazo, en primer lugar, por consideraciones que atienden a la dignidad humana.

En múltiples pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reconocido que serían elementos del derecho a la dignidad humana: la autodeterminación, la garantía de condiciones mínimas de existencia, el no ser tratado como medio y la consideración del ser humano como principio y fin último del funcionamiento estatal y social (Sentencia T-499 de 1992; T-532 de 1992; C-052 de 1993; T-479 1993 y C-037 de 1996). Teniendo esto en cuenta, admitir que una mujer está obligada a continuar con el embarazo, a pesar de que está en grave riesgo su salud, implicaría considerarla como un medio, lo cual resulta inadmisible a la luz de la Constitución y de la bioética personalista.

## La familia como institución económica

La familia, como elemento fundamental de la sociedad, es considera por Friedrich Engels como "una institución flexible o móvil, en constante evolución" (Engels, p. 29), conclusión a la que llega tras analizar las tribus de la parte continental de América del Norte, así como de Hawái. Así, por ejemplo, en el caso concreto de los iroqueses —una de las tribus de América del Norte—, cuando los hermanos tienen hijos, estos llaman padre tanto a lo que reconoceríamos como padre biológico, como a sus hermanos. A su vez, los hermanos reconocían al hijo de su hermano como hijo propio. Por su cuenta, los hijos de los hermanos se reconocían entre ellos como hermanos (Engels, p. 27).

A su vez, el trato era diferente en la relación entre hermanas y hermanos, pues los hijos de las primeras reconocían a los segundos como tíos y, de igual manera, estos reconocían a los hijos de las primeras como sus sobrinos. Esto daba lugar a que los hijos de las primeras y los hijos de los segundos se trataran como primos (Engels, pp. 27-28). Por contraposición, en el caso de Hawái, no existe distinción entre los hijos de los hermanos y los hijos de las hermanas, siendo estos reconocidos como hijos de todos los hermanos y hermanas y entendiéndose a sí mismos como hermanos (Engels, pp. 28-29).

Frente a las conductas poligámicas y poliándricas, así como su consecuente rechazo social, Engels menciona que no había suficiente información para tildarlas como antinaturales (Engels, pp. 31-34), por el contrario, la humanidad prospero como grupo gracias a la poligamia, lo que ha permitido la variabilidad gentica suficiente para evolucionar como especie (Henderson, 2008). Como resultado de esta consideración de mutabilidad de la

institución de la familia, Engels propone una serie de etapas en torno a las consideraciones de la familia, de la siguiente forma:

1. Familia consanguínea: en esta primera etapa ya existían una restricción a la libertad sexual y matrimonial, puesto que se permitía el matrimonio grupal entre hermanos, pero había la prohibición de que esto sucedieran entre ascendientes y descendientes (Engels, p. 35).
2. Familia punalúa: en esta segunda etapa se excluyeron a los hermanos, iniciando por los hermanos de útero, pero con el tiempo se incluyeron a los primos en diferentes grados. La expresión punalúa se implementó para referirse a las otras personas del mismo género que hacen parte del matrimonio grupal (Engels, pp. 36-38).
3. Familia sindiásmica: en esta etapa, se mantuvo el matrimonio grupal, pero a pesar de esto, se reconocía que cada persona tenía una pareja principal.

Por su parte, Michel Foucault (2012), en su *Historia de la sexualidad* reconstruye la familia desde Grecia y Roma, señalando que inicialmente el matrimonio era un acto privado, que dependía de la familia y no necesitaba reconocimiento del Estado. Foucault menciona, citando a Claude Vatin, que en Grecia la función principal del matrimonio era mantener la existencia del *oikos* (unidad básica familiar que conforma la sociedad), mediante la cual se entregaba la tutela ejercida hasta entonces por el padre de la mujer casada y se daba la aceptación de la tutela de esta, por parte del marido. Este es a su vez un acto entre los jefes de la familia, el jefe real, padre de la muchacha, y el jefe "virtual", es decir el futuro esposo (pp. 70-74). De otro lado, Paul Veyne y John Crook señalan que en Roma el matrimonio era considerado un "estado de hecho, dependiente de la intención de las partes, señalado por una ceremonia (formalidad) que acarreaba efectos de derecho sin ser un acto jurídico" (Crook, 1967 y Veine, 1978 citados por Foucault, 2012, p. 70).

El matrimonio evolucionó con el tiempo hasta llegar a ser un acto público, en el que el Estado y la sociedad lo legalizan por medio de un funcionario o un sacerdote (unión Iglesia-Estado). Este proceso generó leyes contra el adulterio, que castigaban a la mujer casada que mantuviese relación o contacto con un hombre (casado o no) que no fuese su marido. Con el tiempo, se dieron importantes avances en el papel de la mujer dentro de la sociedad. Esto implicó un paso entre el hecho de que el padre pudiese disolver a su discreción el matrimonio de la hija casada, a que esta pudiese impugnar la voluntad paterna —y su decisión de seguir casada fuese determinante para hacerlo—, hasta el punto en que tenía *absoluta* libertad sobre el matrimonio, por cuanto este pasó a ser un acto únicamente entre los cónyuges. Esto trajo como consecuencia la desaparición de la entrega tradicional de la mujer (*ekdosis*), y quedó únicamente vigente el contrato de matrimonio que la acompañaba, en el cual se contemplan cláusulas relativas a las personas (de transferencia de dominio sobre la mujer a transferencia de dominio sobre los bienes de la

mujer)[11]. Posteriormente se impondría la misma carga de exclusividad a los cónyuges, lo cual, representa parcialmente un avance en pos de la equidad entre las partes contratantes, medida que se implementó con la intención de preservar los patrimonios y estatus dentro del matrimonio.

Lo anterior se corresponde con el constructo judeocristiano de familia, tan ampliamente arraigado en las sociedades occidentales, en torno al cual se han construido una serie de limitaciones y practicas propias de esta institución. Entre estas cabe resaltar la imposibilidad de contraer matrimonio entre hermanos, así como con dos personas diferentes, y la prohibición del divorcio, por cuanto, de acuerdo a las escrituras, tanto hombre como mujer, estarían incursos en adulterio al casarse de nuevo (Perales Agustí, 2015, pp. 85-86).

## Aproximación económica a la constitución de una familia

*Gobierna tu casa y sabrás cuánto cuesta la leña y el arroz;*
*cría a tus hijos, y sabrás cuánto debes a tus padres.*
PROVERBIO ORIENTAL

*Jamás en la vida encontraréis ternura mejor y más*
*desinteresada que la de vuestra madre.*
HONORÉ DE BALZAC

La familia, como núcleo fundamental de la sociedad y la economía, obedece en su conformación no tanto a influjos pasionales o emocionales, como podría pensarse, sino más bien a patrones de racionalidad inconsciente. Estos, de acuerdo con Thomas R. Malthus (1998), estaban atravesados de forma intrínseca por las variaciones en los ingresos en torno a los niveles económicos, en tanto aumentaba o disminuía el tamaño de la familia. Esta teoría, sería reevaluada con la disminución de la tasa de nacimiento en el periodo de transformación e industrialización del siglo XIX.

De acuerdo con Gary S. Becker (1993), el error de este modelo no radica en el uso de un modelo neoclásico de la economía, sino en el hecho de que criar a un niño al interior de una familia es más costoso en tanto más productiva se vuelve una nación. Esto se explica por los costos de educación y entretenimiento de los niños, derivados del énfasis

11 En este sentido se pactaban claúsulas, para que, en caso de divorcio, el marido tuviese que devolver la dote recibida e, incluso, se permitía que la mujer recuperase su herencia.

académico y otras fuentes de capital humano. Igualmente, esta afirmación encuentra un sustento económico, en tanto la existencia de una maximización de las ganancias "familiares" —al permitir la especialización de la pareja en el trabajo— lleva a la disuasión de tener familias grandes; pues la tecnificación y la alta competencia acarrean la pérdida de espacio en el mercado laboral.

De acuerdo con el economista Richard Posner (2013), el análisis económico de las instituciones familiares se funda en la idea de la familia como unidad productiva de la sociedad, más que como unidad de consumo. Por lo tanto:

> [...] el alimento, la ropa, los muebles, las medicinas y otros bienes del mercado que compra la unidad familiar son insumos de la producción de nutrimiento, calor, afecto, hijos y otros bienes tangibles e intangibles que constituyen la producción de la unidad familiar. Un insumo fundamental de este proceso productivo no es un bien del mercado en absoluto; es el tiempo de los miembros de la familia, en particular el de la esposa en la familia tradicional. (Posner, 2013, p. 238)

En este contexto, la madre sería quien dedica sus años productivos a la crianza de los hijos y al mantenimiento del hogar, es decir, a la producción del hogar. Ahora bien, esto se debe a que la especialización de las partes familiares en una actividad determinada al interior de una economía de escala —tal y como sucede en el mundo laboral— no solo reduce los costos de producción, sino que maximiza las ganancias obtenidas de esta. Al respecto, Posner (2013) afirma que:

> Las ganancias de especialización se realizan a través del intercambio. Esto se advierte muy claramente en el ambiente matrimonial concentrándonos en el principal "bien" que produce el matrimonio: hijos. Muchos matrimonios no tienen hijos, pero pocos de ellos lo han decidido así; y es difícil creer que el matrimonio sería una institución común si la mayoría de la gente no quisiera tener hijos. [Por cuanto] la crianza de los hijos requiere, sobre todo en sus primeros años, una cantidad enorme de tiempo de los padres (tradicionalmente el de la madre), y una mujer que está ocupada en la crianza de un hijo no tendrá tiempo para trabajar en el mercado para ganar el dinero que necesita para insumos complementarios (alimentos, ropa, vivienda, etc.). Ella "intercambia" su trabajo en el hogar por el trabajo del esposo en el mercado; el "compra" el cuidado, por parte de ella, de los hijos que son de ambos. (p. 492)

Ahora, es de resaltar que la decisión, consciente o no, de tener hijos y criarlos, nunca obedece a fines altruistas o a mobiles desinteresados; los padres siempre recibirán una contraprestación de la crianza, bien sea porque esperan obtener un reembolso a futuro —en la tercera edad—, o bien porque les produce una satisfacción personal en términos

de realización de su proyecto de vida, o en "cumplimiento" de lo establecido mediante su sistema de creencias religioso (Becker, 1993).

Hasta aquí, hemos abordado la naturaleza económica de los hijos, como si se tratasen de un *bien* final, pero también es posible tratarlos como un insumo de otros bienes. Posner (2013) especula que los hijos se producen 1) como un subproducto no buscado de la actividad sexual; 2) como una inversión generadora de ingresos; 3) como resultado de un instinto o deseo de preservar la especie, de perpetuar las caracteristicas genéticas, el apellido o la memoría de los padres.

Al respecto Becker (1993) enfatiza que la decisión consciente de tener hijos se basa en muchos países en la contraprestación pensional que estos representan en tanto es más viable invertir en su educación —para que retribuyan esta inversión en la edad adulta—, que en un sistema pensional[12]. Ahora bien, esta pretención tiene como inconveniente el hecho de que no hay forma de hacer exigir esta prestación en la edad adulta. Becker menciona que la racionalidad económica encaminada a esta situación conlleva que los padres influencien, en la más tierna infancia, el comportamiento de sus hijos a través de sentimientos de *culpa,* obligación, deber y amor filial, los cuales pueden, de forma indirecta pero efectiva, garantizar la ayuda futura por parte de ellos. Así, se tiene que para llegar a la racionalidad ($Vp$) de constituir una familia con hijos en aplicación de las anteriores premisas, Becker utiliza el siguiente modelo[13]:

$$V_P = U_{mp} + \beta U_{op} + \beta a V_c$$

De acuerdo con esto, Becker afirma que una persona vive a través de tres periodos: juventud ($y$), edad media ($m$) y edad mayor ($o$). Y, con base en esto, presupone que si una persona tiene un hijo al comienzo del periodo $m$ —por cuanto es un patrón común, no excento de excepciones—, la juventud de ese hijo se superpone con la edad media de los padres y, por tanto, la edad mayor de estos con la edad media del hijo, momento en el cual este ha entrado a formar parte del mercado laboral. Esto permite una aplicación de la función de utilidad de los padres denominada $V$, en la fórmula presentada con anterioridad.

12 Ahora, en contraposición a los postulados becquerianos de acuerdo a los cuales valora un padre el tener o no tener un hijo, Posner (2013) afirma que la motivación de la taza económica de retorno tiende a cero —como función— por cuanto existen normas que prohíben la explotación infantil y, por lo tanto, el uso de los menores como parte de la fuerza productiva de un hogar. Esto lleva a que las únicas opciones plausibles para motivar a un padre a tener hijos en términos racionales sean el placer obtenido de la presencia de los hijos como resultado del "consumo" de los "servicios" intangibles que de ellos se obtiene (gratificación religiosa, preservación de la especie, imagen de reflejo, etc.).

13 En donde $\beta$ se corresponde con la tasa de descuento y $Vp$ es la función de utilidad.

En donde $\beta$ es la tasa de descuento, según la cual los padres egoistas tienden a obtener una retibución =0, en tanto esta aumenta o se modifica de acuerdo al altruismo de los padres (representado como *a*), siendo *a* menor a 0 para los padres de naturaleza egoista.

En este sentido, los padres de naturaleza altruista, aunque tengan ahorros personales para adquirir una *pensión,* tienden a invertir más en el desarrollo de las habilidades, habitos y valores de los niños; por cuanto su ganancia es mayor al invertir en educación y habilidades para sus hijos que la esperable por la taza de retorno de los ahorros pensionales (Becker, 1993 y Posner, 2013). De este modo, los padres ahorran de forma indirecta para su vejez al invertir en los hijos, garantizándose en el proceso una maximización del bienestar conjunto de los padres y los hijos que aportan una taza de retribución mayor que la de los ahorros. Debe mencionarse que, de acuerdo con Becker (1993), las personas solo pueden trabajar y ahorrar ganancias para su "futuro" ($Z_{op}$) durante la fase adulta ($m$), mediante la acomulación de bienes ($R_h$). De allí que se plantee la siguiente ecuación[14]:

$$R_H = \frac{dE_c}{dh}$$

En donde *Ec* es la potencial ganancia del niño al crecer y *h* es el dinero invertido por los padres.

Esta acumulación tenderá a cero en tanto más se invierte en los hijos[15]. Es igualmente necesario que los padres determinen si ahorrarán, consumirán o invertirán en sus hijos, de acuerdo a su restricción presupuestaria[16]. Ahora bien, de acuerdo con Becker (1993), la decisión de invertir en el capital humano del menor está mediada por una consideración desde la desigualdad de la retribucción y la inversión, en donde[17]:

---

14 Rendimiento marginal de la inversión realizada por los padres.

15 Debe mencionarse que la "potencial inversión" está dada por dos posibles variables: por un lado, la inversión en el capital humano de los menores, y por el otro la herencia o legado.

16 La cual se determina de acuerdo a la formula $Z_{mp} + h + \frac{Z_{op}}{R_k} + \frac{K_c}{R_k} = A_p$; en donde *A* se corresponde al valor presente de los recursos. Ahora bien, la condición inicial para maximizar la utilidad parental, esta dada por el consumo optimo de estos durante la edad media y la edad adulta, determinable a través de $U'_{mp} = \beta R_k U'_{op} = \lambda_p$, donde $\lambda p$ representa la utilidad marginal de la riqueza de los padres, siendo tambien determinante del "legado" paternal $\beta a V_c \leq \frac{\lambda_p}{R_k} = \beta U'_{op}$ en este sentido, la determinación de la inversión en el capital humano de los niños, se encuentra dada por $R_h \beta a V_c^{\cdot\cdot} = \lambda_p$. Todo esto visto desde la desigualdad de la redistribucción (Becker, 1993).

17 Se encuentra implícita la maximización de la utilidad de los niños en relación a la desigualdad.

$$au'_{mc} < u'_{op} \quad cuando \quad aV'_c < u'_{op} \quad ya\ que \quad V'_c = u'_{mc}$$

Así, los padres no invierten en los hijos cuando la utilidad de una unidad monetaria invertida en sus hijos, es menor que la utilidad de retorno de esta en la edad adulta de los hijos, frente al consumo propio en la edad mayor. Ahora bien, esta valoración se ve afectada de forma explicita por las consideraciones en torno al altruismo de los padres. Por lo tanto, a menor altruismo ($a$), más esperan los padres obtener de sus hijos en retorno a su inversión (Becker y Tomes, 1986).

Por su parte, la posibilidad de obligar la retribucción de la inversión por medios legales, como un contrato[18], es imposible por falta de capacidad y voluntad en el periodo de desarrollo del menor. No obstante, es posible que los padres tomen decisiones o acciones en la juvenud de sus hijos que afecten el conjunto de preferencia de estos en la edad adulta (Posner, 2013, p.405). De acuerdo a Becker (1993), la forma más eficiente es la implatación de un sentimiento de culpabilidad, con esto, los hijos retribuirán más a sus padres en la edad adulta para compensar o reducir esa culpa, incluso haciéndolos felices, lo cual económicamente es rentable, por cuanto tendrán como impulso de cumplimiento la propia felicidad, y deacuerdo a lo antes señalado aludir a la naturaleza egoísta humana es la forma más segura de asegurar la inversión.

## Aplicación y desarrollo del análisis económico a la maternidad subrogada

*El pesimista se queja del viento.*
*El optimista espera que cambie.*
*El realista ajusta las velas.*
WILLIAM GEORGE WARD

*La teoría de la eficiencia del derecho se explica mejor como un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad y proclama a la teoría económica del derecho como la teoría positiva del derecho más prometedora que existe en la actualidad.*
RICHARD POSNER

18 El artículo 411 inciso 2, señala el deber de dar alimentos a los padres sin embargo, este deber no compensa la inversión hecha por estos.

Como se vio en el aparte anterior, la concepción de un hijo y el establecimiento de una familia pueden explicarse de forma simple mediante la implementación de un modelo de racionalidad económica. Es posible afirmar de este modelo que la tasa de retorno no es equitativa con lo invertido en algunos casos: el abandono del trabajo para procrear o la inversión de tener un hijo, no rentable por el periodo de gestación y los riesgos para la madre. Al presentarse este escenario, la racionalidad de procrear podría corregirse mediante la implementación de la maternidad subrogada como convención —es decir, como negocio jurídico—, para eliminar de esta forma el desvalor, así como la posibilidad de incumplimiento y, por la tanto, la falta de racionalidad en la celebración del acuerdo de voluntades (que antes no era exigible).

La posibilidad de incumplimiento de lo pactado es una variable propia de la teoría de la negociación, cuya solución o corrección se presenta a través de la implementación normativa de formas de exigir el cumplimiento de lo otorgado por medio de promesas contractuales o convencionales dadas en un proceso de negociación (Cooter y Ulen, 2013).

Al respecto, afirma Ruiz (2013) que el cumplimiento o incumplimiento de una determinada norma o acuerdo está dado por los incentivos para tomar dicha decisión. Para el caso de la maternidad subrogada, algunos de los incentivos que conllevan incumplimiento por parte de la madre subrogante pueden ser el apego por el hijo gestado o la posibilidad de un mejor acuerdo. Por otra parte, un incentivo para el incumplimiento por parte de los padres subrogados puede ser su inconformidad con el "producto" de la subrogación (Bedoya, Reyes, Morales y Daza, 2016).

En este sentido, el incumplimiento de lo acordado entre las partes se dará siempre y cuando existan para estas más incentivos para incumplir, que para ejecutar lo pactado, siempre y cuando no exista forma de exigibilidad contractual. Así, nos encontramos ante un dilema propio de la teoría de juegos, el cual es susceptible de ser graficado de acuerdo con los pagos obtenidos como resultado de las posibles acciones o estrategias de las partes, bajo la siguiente matriz[19]:

19 El conjunto de acciones a la izquierda representa el conjunto de acciones de los padres subrogados, en tanto el conjunto de acciones en la parte superior, representa el conjunto de acciones de la madre subrogante. Debe mencionarse que los pagos de los padres subrogados, para cada escenario, se encuentran a la izquierda, en tanto el conjunto de pago para la madre subrogante se encuentra a la derecha. En la misma, la inversión base tiene un valor de 1 y se reparten las ganancias, en el escenario de cumplimiento, por partes iguales; no obstante, debe mencionarse que los valores de retribución e inversión serán diferentes para cada caso particular., Estos valores son nada más que una ejemplificación de la racionalidad subyacente a la convención.

**Tabla 1. Matriz de exigibilidad contractual en la maternidad subrogada**

| Acciones | Cumplir | Incumplir |
|---|---|---|
| Subrogar | 0.5; 0.5 | -1; 1 |
| No subrogar | 0; 0 | 0; 0 |

**Fuente:** Elaboración propia.

De lo anterior, se colige que, en tanto no sea posible exigir por la vía legal el cumplimiento de un acuerdo de voluntades (Posner, 2013, Cooter y Ulen, 2013 y Becker, 1993), la decisión racional frente a este, por parte de quien invierte, será no llevar a cabo dicho negocio jurídico; al no haber las garantías suficientes para la no pérdida de la inversión, así como para justificar la pérdida de expectativa. Este riesgo es susceptible de ser compensado por dos vías: 1) por la confianza de las partes entre sí, lo cual disminuye el riesgo de inversión y 2) mediante el establecimiento de normas o regulaciones a la convención que permitan evitar la defraudación y de esta manera estimulen el cumplimiento de lo pactado[20]. Al respecto del incumplimiento por falta de exigibilidad, Bedoya, Reyes, Morales y Daza (2016) indican que:

> Si una parte ya recibió una prestación y está comprometida a dar la contraprestación solo más adelante, resulta tentador no respetar el compromiso adquirido. [Por cuanto] uno podría decir que se trata de un incumplimiento "estratégico", engañando a la buena fe de la contraparte. El riesgo de un comportamiento estratégico en la ejecución de un contrato, la tentación de engañar a la buena fe de la contraparte, para el jurista significa que existe un problema de *enforcement*, es decir de aplicación del negocio jurídico. La cuestión que se plantea es si respetar en estas circunstancias el contrato puede asegurarse sin recurrir a una autoridad pública con el monopolio de la coacción. (p. 64)

Frente a lo anterior, es menester responder que sí es posible hacer cumplir o respetar el contrato, en este caso convención. Esto sin que sea necesario recurrir a una autoridad pública para que ejecute lo pactado mediante la coacción, al cambiar los incentivos de las partes, en función de alterar la utilidad a obtener por las partes en cuestión:

> Entendida esta como el valor que asigna cada individuo a un conjunto de determinados bienes o resultados. En este sentido la exigibilidad de la convención, debe implicar parámetros de modificación, tal y como lo es la asistencia psicológica para ayudar en el proceso de desprendimiento entre la madre gestante y el bebé y exigir la contraprestación

20 "Es cierto, que existen múltiples factores que pueden incidir en la decisión final tomada por las partes una vez que ha nacido el niño o niña, pero es posible solucionar la misma mediante el cambio en los incentivos, de forma tal que se cambie el conjunto de estrategias posibles de los jugadores maximizando los beneficios e impulsándolos a la realización de la acción esperada" (Koller y Megiddo, 1990, citados por Bedoya *et al.*, 2016).

> de ciertas garantías económicas por parte de los padres subrogados en caso de no querer seguir adelante con el proceso, como el pago de una cuota alimentaria al menor o hacer obligatorio el recibimiento del mismo por parte de estos. (Bedoya *et al.*, 2016, p. 65)

En este sentido, la implementación de la exigibilidad convencional, así como de la exigibilidad de perjuicios, modificaría los incentivos para el cumplimiento de lo pactado en la maternidad subrogada conllevando a la pérdida de atractivo de un posible incumplimiento en favor del cumplimiento convencional y, por tanto, la realización o materialización del objetivo inicial del negocio jurídico; situación que se explica en la siguiente matriz de pagos:

**Tabla 2. Matriz de exigibilidad convencional en la maternidad subrogada**

| Acciones | Cumplir | Incumplir[21] | Incumplimiento contractual |
|---|---|---|---|
| Subrogar | 0.5; 0.5 | -1; 1 | 1.5; -1.5 |
| No subrogar | 0; 0 | 0; 0 | 0; 0 |

**Fuente:** Elaboración propia.

Como es posible ver, la exigibilidad de lo pactado convencionalmente permite que, en caso de incumplimiento, los padres subrogados sean "indemnizados", no solo por su inversión, sino también por las expectativas que tenían de forma legítima en el negocio jurídico en cuestión, es decir "un hijo". De la misma manera, la madre subrogante se verá obligada a responder a estos en caso de incumplimiento. Esta situación se presenta de forma análoga para el cumplimiento por parte de los padres subrogados, en caso de incumplimiento convencional para con la madre gestante.

Debido a la modificación en los pagos, el conjunto de estrategias racionales y que posee el mejor conjunto de pagos para las partes —dada la existencia de la convención—, es el del cumplimiento. Esto se debe a que el incumplimiento por parte de alguna de las partes implicaría no solo una devolución de la inversión, sino también una indemnización de acuerdo a la expectativa de ganancia. Esto genera que la defraudación de la confianza no sea eficiente en términos económicos y, por lo tanto, lleva a cumplir la convención, ya que el cumplimiento ofrece el mejor conjunto de pagos de acuerdo a las posibles estrategias.

Finalmente, debe mencionarse que las propuestas existentes de criminalizar la maternidad subrogada —al tomarla como de trata de personas— son ineficientes. Dado que:

> [...] la maternidad subrogada es una práctica social, que no solo obedece a una necesidad socialmente aceptada, la cual es en términos económicos socialmente deseable en tanto maximiza el bienestar social; sino que a su vez, su criminalización no se corres-

21 Sin contrato.

ponde con la protección de un bien jurídico gravemente lesionado o puesto en peligro, sino tan solo con una mera presunción de vulneración o incluso una presunción de mala fe sobre una finalidad —trata de personas— no intrínseca en el convenio de maternidad subrogada; lo cual deja sin fundamento a la aplicación de la norma penal en términos beckerianos en tanto:

"La realización de una conducta delictiva que importe una grave lesión o puesta en peligro (efectiva) de los intereses específicos y concretos de los demás. En ese orden de ideas, no entran en consideración afectaciones ideales o meramente presuntas de los bienes jurídicos ajenos o que solo impliquen un sentimiento de molestia o desagrado frente al comportamiento (inmoral) de otros. Tampoco se trata de impedir cualquier "daño". Desde un punto de vista penal, la noción de "daño" tiene un sentido bien preciso: penalmente solo resulta legítimo prohibir "acciones socialmente intolerables", que afecten gravemente los intereses de mayor relevancia para la persona. El Derecho penal únicamente puede prohibir conductas en "casos de extrema y demostrada necesidad", lo cual supone, entre otras cosas, excluir el paternalismo punitivo o la tutela penal del individuo respecto de sí mismo". (Becker, 1974, p. 46, citado por Bedoya *et al.*, 2016, p. 32)

## Conclusiones

Tras analizar detenidamente las múltiples aristas de la maternidad subrogada y de las TRHA involucradas, particularmente sus implicaciones económico-jurídicas, es posible afirmar la necesidad de su regulación como institución jurídica convencional. Para esto, se podría seguir los siguientes parámetros, cuando menos:

* La maternidad subrogada como covnvención deberá contener solemnidades *ad substanciam actus,* con la finalidad de hacer exigible por las partes lo pactado mediante el proceso de negociación. Asimismo, se facilitaría la decisión judicial en los procesos derivados del negocio jurídico subyacente a la TRHA.
* Los exámenes médicos necesarios para determinar la compatibilidad genética de la madre gestante no pueden ser considerados como parte del proceso de gestación; por cuanto estos están encaminados determinar la racionalidad del convenio.
* La filiación, en el caso de la maternidad subrogada, no debe estar determinada por criterios genéticos, sino por la voluntad subyacente de las partes, en el negocio jurídico.

En este sentido, debe mencionarse que la intervención estatal será racionalmente útil o eficiente[22] para la reasignación de derechos en términos sociales, siempre y cuando la

22 De acuerdo con el teorema de Coase.

legislación se adecue a las exigencias sociales y científicas, derivadas del estado de la técnica. Así evitaría que en el proceso legislativo se utilizaran sesgos morales como parte de la motivación normativa. Estos sesgos comprometen la racionalidad implícita en la que se debe sustentar el derecho, y abren la puerta a potenciales patrones de discriminación, contrarios a la Constitución, o incluso a la responsabilidad del mismo Estado, en tanto omita regular la situación.

Para concluir, es posible afirmar que la maternidad subrogada es una herramienta útil —en tanto institución practicada socialmente— para corregir los desvalores negativos que la procreación tiene en términos económicos al interior de la pareja. Asimismo, es una institución eficiente para garantizar el acceso y confirmación de una familia a parejas y personas de toda índole. Mediante la aplicación de esta técnica, y sus múltiples variables, es posible que tanto un padre soltero como una pareja heterosexual u homosexual puedan tener descendencia, con parte de su material genético.

## Referencias

Abellán, F. y Sánchez-Caro, J. (2009). *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos.* Granada: Comares.

Abellán, F. (2006). Aspectos bioéticos y legales del Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DPG). *Revista la Escuela de Medicina Legal,* 3, 14-26. Recuperado de http://pendientedemigracion.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/2_3_2006.pdf

Adorno, R. (1994). El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de los embriones in vitro. *Revista Chilena de Derecho, 21*(2), 321-328. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=264984

Aibar, L. y Martínez, L. (2011). *Fecundación In Vitro. Clases de residentes 2011.* Granada: Servicio de Obstetricia y Ginecología, Hospital Universitario Virgen de Las Nieves.

Amat, H. (2008). Evolución Humana y el ADN mitocondrial (II). *Investigaciones Sociales, 12*(21), 103-144. Recuperado de http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/inv_sociales/N21_2008/pdf/a05.pdf

Amorós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. *Revista para el Análisis del Derecho,* 1, 1-25 Recuperado de http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf

Arons, J. (2007). *Future Choices. Assisted Reproductive Technologies and the Law.* Washington: Center of American Progress. Recuperado de http://www.americanprogress.org/wp-content/uploads/issues/2007/12/pdf/arons_art.pdf

Barber, R. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación. *Redur,* 8, 25-37. Recuperado de http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf

Becker, G. S. (1974). Crime and Punishment: An Economic Approach. En G. Becker y W. Landes, *Essays in the Economics of Crime and Punishment* (pp. 1-54). Chicago: National Bureau of Economic Research.

Bedoya, J. C., Reyes, A. C., Morales, D. F. y Daza, D. M. (2016). Desarrollo normativo de la maternidad subrogada en Colombia. *Formación legislativa. Revista de Semilleros de Investigación del Congreso de la Republica de Colombia, 1*(1), 17-41. Obtenido de http://190.26.211.101:8080/cael/investigaciones/publicaciones/7-formacion-legislativa/file

Becker, G. S. (1993). The Economic Way of Looking at Life. *Coase-Sandor Institute for Law y Economics Working Paper,* 12, 1-30.

Becker, G. S. y Tomes, N. (1986). Human Capital and the Rise and Fall of Families. *Journal of Labor Economics, 4*(3), 1-39. Recuperado de https://www.jstor.org/stable/2534952?seq=1#page_scan_tab_contents

Beorlegui, A. (2014). *La maternidad subrogada en España* (tesis de maestría). Universidad de Navarra, Pamplona, España. Recuperado de http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1

Beriain, Í. (2008). ¿Existe un derecho a la identidad genética? *Arbor. Ciencia, Pensamiento y Cultura, 184*(730), 261-276. Recuperado de http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/177/178

Bestard, J. (2004). *Tras la biología: la moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción*. Barcelona: Estudis D'Antropologia Social I Cultural-Universidat de Barcelona.

Caballero, J. (2004). *La maternidad por subrogación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Camps, V. (2002). ¿Qué hay de malo en la eugenesia? *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política,* 27, 55-71. Recuperado de http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewArticle/554

Candal, L. (2010). La "maternidad intervenida" Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *Revista Redbioética. Unesco 1*(1), 1-15. Recuperado de http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf

Cano Fernández, H. (2001). *La maternidad subrogada en el derecho colombiano*. Medellín: Universidad de Medellín.

Chieri, P. y Zannoni, E. (2014). *Prueba del ADN*. Buenos Aires: Astrea.

Caña, M., González, M. y Fernández-Sánchez, M. (2007). Inseminación Artificial. En J. García y J. Schneider, *Enfermería en reproducción humana* (pp. 95-106). Madrid: Dykinson S.L.

Centro Médico de la Universidad de Maryland. (26 de febrero de 2012). Fecundación *in vitro. Medical Reference Guide.* Recuperado de http://www.umm.edu/health/medical/spanishency/articles/fecundacion-in-vitro-fiv

Cooter, R. B. y Ulen, T. (2013). *Laws and Economics.* Nueva York: Person.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (21 de agosto de 1992) Sentencia T-499 [MP Eduardo Cifuentes]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (23 de septiembre de 1992) Sentencia T-532. [MP Eduardo Cifuentes]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (18 de febrero de 1993) Sentencia C-052. [MP Jaime Sanín]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión. (26 de octubre de 1993) Sentencia T-479. [MP José Hernández]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (5 de febrero de 1996) Sentencia C-037. [MP Vladimiro Naranjo]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (10 de mayo de 2006) Sentencia C-355. [MP Jaime Araújo y Clara Vargas]

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (18 de diciembre de 2009) Sentencia T-968 de 2009. [MP María Victoria Calle].

Curtis, H., Barnes N., Schnek, A. y Massarini, A. (2008). *Biología.* Buenos Aires: Médica Panamericana.

*El Espectador.* (11 de junio del 2015). Hijo de óvulos congelados antes de la pubertad. Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/salud/hijo-de-ovulos-congelados-antes-de-pubertad-articulo-565906

Engels, F. (2012). *El origen de la famlia, la propiedad privada y el Estado.* Biblioteca Virtual Espartaco.

Escobar, J. (2008). Cuerpo humano y nuevas tecnologías. *Revista Colombiana de Bioética, 3*(2), 103-114. Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189214386007

Eynard, A., Valentich. M. y Rovasio, R. (2008). *Histología y embriología del ser humano: bases celulares y moleculares.* Buenos Aires: Médica Panamericana.

Fernández, J. (2011). *Madres Subrogadas. Vientres de alquiler* (tesis de pregrado). Universidad San Ignacio de Loyola, Lima, Perú. Recuperado de http://es.scribd.com/doc/57061831/MaternidadSubrogada

Foucault, M. (2012). *Historia de la sexualidad. Vol. 3. La inquietud de sí.* Madrid: Biblioteca Nueva.

Gallegos, N. (2006). *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar.* Villahermosa: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

García, M. (2014). *La gestación subrogada: una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*. Bogotá: Ibáñez.

Gómez, C. (2006). La medicina prenatal y la persona. Anotaciones desde una perspectiva bioética realista. *Persona y bioética, 2*(27), 26-45.

Gómez, P. (2011). El parentesco como sistema en la interfaz biocultural. *Gazeta de Antropología, 27*(2), 1-17.

Guzmán, M. (2009). *Guía básica de procesos de familia.* Bogotá: Ibáñez.

Habermas, J. (1998). *Factividad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* Madrid: Trotta.

Koller, D. y Megiddo, N. (1990). The complexity of two-person zero-sum games in extensive form. *Games and Economic Behavior, 4*(4), 528-552. Recuperado de https://ai.stanford.edu/~koller/Papers/Koller+Megiddo:GEB92.pdf

Henderson, M. (2008). *50 cosas que hay que saber sobre génetica.* Barcelona: Ariel.

Herráez, Á. (2001). *Biología molecular e ingeniería genética.* Barcelona: Elseiver.

Lafont Pianetta, P. (2010). *Derecho de Familia (Vol. I).* Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista Bioética y Derecho,* 24, 76-91.

MacKaay, E. (1991). Le droit saisi par le jeu. *Droit et société, 17*(1), 57-83. Recuperado de http://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1991_num_17_1_1103

Malthus, T. (1998). *An Essay on the Principle of Population.* Londres: Electronic Scholarly Publishing Project.

Marín, G. (2005). *El arrendamiento de vientre en Colombia.* Medellín: Universidad de Medellín.

Mayo, D. (2002). Algunos aspectos histórico-sociales del aborto. *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología, 28*(2), 128-133.

Mendiola, J., Ten, J., Vivero, G., Roca, M. y Bernabeu, R. (2005). Esterilidad y Reproducción Asistida: una perspectiva histórica. *Revista Iberoamericana de Fertilidad, 22*(1), 15-22. Recuperado de http://www.editorialmedica.com/Ferti-En-Feb05-Trabajo1.pdf

Ministerio de Salud. (6 de agosto de 1998). Decreto 1546 de 1998. *DO: 43.357.* Recuperado de http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/16629/Decreto+1546-1998.pdf/04f0f531-0525-4942-b5d9-2f85b5b2412e

Noguera, N. (29 de abril del 2011). Alquiler de vientres: nueva forma de maternidad. *El Tiempo.* Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9237329

Pastor, S. (1989). *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho.* Madrid: Tecnos.

Perales Agustí, M. (2015). La herencia judía y su significado en una sociedad judeocristiana. *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura,* 4, 65-90. Recuperado de http://albolafia.com/trab/Alb-Doss-004.PERALES.pdf

Pérez, J. (1987). *Derecho constitucional colombiano.* Bogotá: Temis.

Presidencia de la República de Colombia y Universidad del Rosario. (2011). *Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 2005-2009.* Bogotá: Universidad del Rosario. Recuperado de http://www.equidadmujer.gov.co/oag/Documents/DERECHOS-MUJERES.pdf

Posner, R. (2013). *Análisis económico del derecho.* Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Quinche, M. (2012). *Derecho Constitucional Colombiano.* Bogotá: Temis.

Rebollo, J. (2004). Parentesco y adopción. Adoptio imitatur naturam. ¿Nature vs. nurture? *Quaderns-e de l'Institut Català d'Antropologia,* 3), 1-26. Recuperado de http://www.antropologia.cat/antiga/quaderns-e/03/03_02.htm

Reyes, C., Morales, D. y Pulido, N. (2016). La maternidad subrogada en Colombia. *Investigaciones en Construcción,* 29, 345-370. Recuperado de http://www.bdigital.unal.edu.co/53827/7/Serie%20Investigaciones%20en%20Construccio%CC%81n%20-%20Semilleros%202014%20-%20No%2029.pdf

Rodrigo, A. (27 de diciembre de 2016). Inseminación artificial conyugal (IAC). *Inseminación Artificial Info.* Recuperado de http://www.inseminacionartificial.info/tipos/inseminacion-artificial-conyugal-iac/

Rodrigo, A. (23 de enero de 2017). Inseminación artificial de donante (IAD). *Inseminación Artificial Info.* Recuperado de http://www.inseminacionartificial.info/inseminacion-artificial-de-donante-iad/

Ruiz, R. (2013). *Maternidad Subrogada. "Revisión Bibliográfica"* (tesis de pregrado). Universidad de Cantabria, Santander, España.

Scotti, L. (2012). El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Pensar en Derecho, 2*(2), 267-289. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf

Spivak, C. (2010). The Law of Surrogate Motherhood in the United States. *The American Journal of Comparative Law, 58*(1), 97-114. Recuperado de https://works.bepress.com/carla_spivack/15/download/

Valencia, A. y Ortiz, Á. (2010). *Derecho Civil (Vol. III).* Bogotá: Temis.

Varas Guerrero, P. (2006). Biopolítica, bases cognitivas para el entendimiento. *Revista Colombiana de Bioética, 1*(2), 43-82.

Vargas, C. (1989). *Maternidad subrogada y legislación colombiana.* Bogotá: Temis.

Vela, A. J. (2012). *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo.* Granada: Comares.

Zambrano, C. (2006). Dimensiones culturales en la Bioética. Aproximación para una Bioética intercultural y pública. *Revista Colombiana de Bioética, 1*(2), 83-104.

Zannoni, E. (1978). *Inseminación artificial y fecundación extrauterina.* Buenos Aires: Astrea.

Zannoni, E. (2002). *Derecho Civil. Derecho de Familia (Tomo II).* Buenos Aires: Astrea.

# Responsabilidad médica: un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado*

## *Medical Liability: study from Jurisprudence of Supreme Court of Justice, Constitutional Court and State Council*

Semillero de investigación vinculado al Grupo de Investigación para la Articulación del Derecho Civil y los Derechos Económicos Sociales y Culturales, Giadesc**

**Felipe Alejandro Cortés González**
Departamento de Derecho
*feacortesgo@unal.edu.co*

**Tatiana Mogollón Rangel**
Departamento de Derecho
*tmogollonr@unal.edu.co*

**Juan Sebastián Cortés Espitia**
Departamento de Derecho
*jscortese@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33531 "Criterios jurisprudenciales que desarrollan la responsabilidad médica en Colombia desde la Constitución de 1991", dirigido por el profesor José Guillermo Castro Ayala.

** Los autores agradecen la colaboración y aportes de Laura Natalia Torres Acosta, Mabel Giraldo Giraldo y Ricardo Quecán Gamba, estudiantes del Departamento del Derecho.

**Resumen:** El estudio de la responsabilidad médica implica abordar una discusión que no se ha dado pacíficamente en la jurisprudencia de las altas Cortes del sistema jurídico colombiano, ya que tanto la responsabilidad civil médica como la responsabilidad médica estatal han fluctuado entre diversos enfoques. Estas diferencias han imposibilitado la compresión conceptual de la responsabilidad médica, tanto como sus implicaciones y potencialidades. Es por ello que analizar el criterio de responsabilidad en el que se enmarca la responsabilidad médica —desde el ámbito de la jurisprudencia desarrollado por las altas Cortes— permite aclarar lo resuelto por estas desde 1991.

**Palabras clave:** responsabilidad médica, títulos de imputación, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, carga de la prueba

**Abstract:** Medical liability has implied a discussion that has not been treaded peacefully by colombian High Court's jurisprudence, due to the fact that both, common and public medical liability, have had different developments. These distinctions have made difficult a conceptual understanding about medical liability, its consequences and potentialities. For this reason to analyze medical liability as part of a general standard of responsibility, from High Court's jurisprudence —since promulgation of the 1991 Constitution—, allows to clarify and have greater legal certainty on what has been resolved by the Courts since 1991.

**Keywords:** medical responsibility; criteria for assigning responsibility; objective responsibility; subjective responsibility; burden of proof

## Introducción

El derecho a la salud es uno de los más importantes en cualquier sociedad. En la actualidad, la salud es uno de los requisitos básicos que debe garantizar la institucionalidad para dar cumplimiento a los presupuestos fundamentales de un Estado social del derecho. La importancia del análisis de la responsabilidad médica radica en que allí se hacen visibles los comportamientos y daños potenciales en el ejercicio de la medicina, tanto en instituciones prestadoras de salud (IPS) privadas como públicas.

La responsabilidad médica en Colombia adquiere relevancia, no solo por la cantidad de casos que llegan a los estrados judiciales, sino también por su relación con la salud, la vida y la dignidad de las personas que acceden a los servicios médicos. A pesar de ello, los criterios que se han desarrollado al interior de las altas Cortes en materia de responsabilidad médica no han sido uniformes. Es claro que existe una gran diferenciación entre la responsabilidad médica en materia civil y en materia estatal; sin embargo, la pluralidad de criterios no solo se limita a esta diferencia. Hay muchos más temas que rodean esta discusión, como los casos de la naturaleza de las obligaciones, sus elementos, criterio (subjetivo-objetivo), su fuente contractual o extracontractual, materia probatoria y procedimiento judicial.

Este artículo se estructura de la siguiente manera: 1) el impacto del manejo de la responsabilidad médica por parte del Estado; 2) un análisis de los elementos de la responsabilidad médica, dando cuenta de la diferencia que se ha desarrollado al interior de las altas Cortes en materia de títulos de imputación de responsabilidad; 3) una exposición del debate sobre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad médica; 4) el estudio de la carga dinámica de la prueba, como reciente mecanismo procesal que garantiza la igualdad.

## La figura del Estado en la responsabilidad médica

A pesar de los muchos deberes que un Estado social de derecho incorpora en sus disposiciones, para el objeto de este artículo, se tratarán aquellos que el Estado y las entidades privadas están obligadas a ejecutar sobre la responsabilidad médica. Esta se encuentra fundamentada normativamente en la Constitución Política de 1991, particularmente en su artículo 90, el cual reza: "[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas [...]" (Const., 1991, art. 13).

El Estado tiene como deber prestar el servicio de salud a todos los colombianos, labor que cumple de dos formas: por medio de la descentralización por colaboración, que faculta a entidades particulares para que lo realicen; y por medio la descentralización por servicios, a través de entidades públicas prestadoras del servicio de salud. Estas dos opciones —al ser la materialización de una obligación que le compete estrictamente al Estado— pasan necesariamente a ser vigiladas y supervisadas con gran cuidado, ya que, en caso de una indebida prestación del servicio, deberá ser el Estado el llamado a responder por los perjuicios ocasionados (Briceño y Vega, 2011).

El Estado tiene una serie de obligaciones con todos sus ciudadanos respecto a la prestación del servicio de salud, no solo cuando presta el servicio, sino también cuando supervisa la prestación por parte de particulares. Este deber está consagrado en múltiples apartes de la Constitución y en la jurisprudencia de las altas Cortes[1].

De allí, que deba tenerse en cuenta la naturaleza (privado o estatal) de la institución prestadora de servicios de salud o el agente que se encargue de prestar el servicio. Esto es importante para el accionar de los afectados, en dado caso de que se lesione a un paciente. Los litigios de este tipo vinculados a entidades estatales serán conocidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y las que se susciten en el sector privado serán de competencia de la jurisdicción ordinaria, más específicamente la civil (Tamayo, 1993).

Desde otra perspectiva, y con ocasión de la reforma al sistema de salud contenida en la Ley 100 de 1993, podría decirse que el sentido de bienestar público se ha desvanecido sin ninguna justificación. El sistema de salud se ha mercantilizado a un nivel que dificulta entenderlo como una red a favor de los usuarios; y se percibe más como un conjunto de grandes problemas estructurales, que van desde problemas de financiación, profesionales mal preparados, malos procedimientos, diagnósticos equivocados, omisiones del personal, etc. (Briceño y Vega, 2011).

Dicha percepción es reflejo de la realidad, pues es evidente que el sistema de salud colombiano enfrenta una grave crisis que se acentúa de manera preocupante, si se observan los derechos lesionados y las cuantiosas sanciones que el erario tiene que asumir por estas conductas. A esto se suman las numerosas demandas por responsabilidad médica que se instauran en la jurisdicción civil diariamente (Briceño y Vega, 2011). Por otra parte, se observa con preocupación que la negación de procedimientos, cirugías, tardanzas en las citas y medicamentos, entre otras deficiencias de sistema se motivan por el ánimo de mayores ganancias de las entidades privadas de salud (Serrano, 2004).

1 Ténganse en consideración los artículos 1, 48 y 50 de la Constitución, la Ley 100 de 1993, la Ley 717 de 2001, la Ley 919 de 2004, la Ley 1122 de 2007, y la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.

## Importancia de la responsabilidad médica civil en Colombia

Para ahondar sobre la responsabilidad médica, varios autores[2] sostienen que esta se entiende contenida dentro del género de la responsabilidad civil.

Al estudiar los elementos que comprende la responsabilidad civil, se observa que autores como los hermanos Henri y León Mazeaud (1977) consideraron que los elementos axiológicos de la responsabilidad se pueden clasificar en: el daño, la culpa y el nexo causal.

En lo que respecta a la responsabilidad médica, debe decirse que la mayoría de actos que se ejercen en dicha profesión son obligaciones de medio (Deik, 2010). Esto se debe, principalmente, a que el personal médico trata en su profesión con quienes ya tienen una alteración en su estado de salud, lo que complejiza de por sí cualquier tipo de intervención. Por lo mismo, es entendible la dificultad inherente a la que están sometidas todas las personas y entidades que se encarguen de estos procesos y actividades. La medicina —aunque cuente con mayores estándares de sofisticación en sus resultados por la implementación de los constantes avances tecnológicos—, aún es incierta en predecir y asegurar un determinado fin en específico (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, S14875-14206, 2004).

Visto de esta forma, la responsabilidad médica predica la ejecución de un trabajo con altos estándares de laboriosidad, ya que cualquier error, por leve que sea, puede causar daños irreparables. Al respecto, Luis Serrano (2004) dice: "La responsabilidad médica es más sensible a la sociedad, como quiera que incluye a toda la comunidad, usuaria real y potencial de los servicios de salud, que demandan no solo la atención médica, sino también un servicio de calidad" (p. 8).

Por lo general, el médico está inmerso en el dilema de escoger entre varias formas de resolver un solo problema, dentro de las múltiples alternativas de tratamiento que se desprenden del marco científico prevalente. El médico siempre debe indagar y examinar las posibles acciones que se puedan implementar y valorar cuál de todas será la más favorable y menos perjudicial para el bienestar del paciente[3]; haciendo uso de su libertad como profesional, y valorando los riesgos inherentes a su ejercicio. A pesar de esto, todos los profesionales de la medicina son susceptibles de ser demandados en algún momento, ya sea civilmente, ante la jurisdicción administrativa (llamamiento en garantía o acción de repetición), o acusados penalmente por una presunta mala praxis médica (Ruiz, 2004).

2 Véase a Tamayo (1993) y Serrano (2004).

3 Estos deben estar acordes a los principios de dignidad humana, respeto a la vida, prevalencia de la salud, entre otros.

El ejercicio de la medicina, al igual que todas las profesiones liberales, se rige bajo ciertos parámetros de conducta que están enfocados en el buen desempeño profesional, en donde la idoneidad está enmarcada por la diligencia y la prudencia con la que se actué. De esta forma, toda conducta contraria, será entendida en el caso de la responsabilidad médica como mala práctica médica, susceptible de ser sancionada. Para este caso, la mala práctica médica debe ser entendida como:

> Una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible. Y donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias y es sancionada a título de delito. (Ruiz, 2004, p. 6)

La relación médico-paciente está reglada por un expreso acuerdo de voluntades, por el cual el médico se compromete a aplicar todos sus conocimientos, destrezas y criterios en aras del bienestar del paciente. Es, bajo esta premisa, que tanto las entidades prestadoras de salud como el personal médico están vinculados con los cuidados preestablecidos (protocolos de atención al paciente). Por lo tanto, sus obligaciones, aunque en la generalidad son de medio, en precisos eventos implican necesariamente un resultado previsible (Serrano, 2004). El cuidado y la atención de un paciente son obligaciones de resultado que requieren compromiso de la institución, y del personal, así como la adopción de comportamientos que permitan asegurarle al paciente un adecuado estándar de calidad en la prestación de sus servicios médicos.

Más allá del análisis de la culpa *in vigilando* o *in eligendo* que el Estado debe procurar a todas las instituciones que prestan el servicio de salud —independientemente de que sean privadas o públicas—; está el principio fundamental de garantía, que no es más que el deber de toda institución de, una vez acaecido el daño, resarcirlo económicamente en contraprestación (Serrano, 2004).

No puede olvidarse que, en los casos en los que sea demandada una entidad estatal en razón de un daño causado por uno de sus médicos (culpa grave o dolo), es un deber de dicha entidad repetir contra el funcionario público para que el detrimento patrimonial que sufrió el erario sea recuperado (Briceño y Vega, 2011).

Visto lo anterior sobre la responsabilidad médica y su importancia para la sociedad y el ordenamiento jurídico, es posible entender el impacto y la trascendencia que este tema genera en todo el conglomerado social. Este tema es relevante ya que, cada persona en su vida, dependerá así sea una vez, directa o indirectamente, de la atención médica.

Resaltada la importancia de la materia en análisis, se procederá a analizar los elementos, los títulos de imputación, la diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual y su componente probatorio.

## Los elementos de la responsabilidad civil

### Hecho

En cuanto a los presupuestos que dan cuenta de la responsabilidad, como se verá a continuación, hay *cierta* uniformidad —que de todos modos no es totalizante— dentro de la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto se parte de la existencia de un hecho que puede ser concebido negativamente como una omisión, un daño y una relación de causalidad.

En tal sentido, como estructura lógica, es precisamente una actuación o una omisión las que llegan a generar una conducta que tiene consecuencias. Valga decir que, en el campo de la responsabilidad médica, el debate está abierto en cuanto al sujeto que produce el hecho u omisión, puesto que muchas veces la conducta no recae solamente en un profesional médico sino en una institución o en un grupo de profesionales.

Sin embargo, el hecho como presupuesto contiene intrínsecamente unas consecuencias que cuando son negativas se ven representadas en un daño. Y en ese sentido, puede asimilarse que el hecho presente consecuencias jurídicas[4].

En amplio concepto jurisprudencial, se ha entendido que el comportamiento dañoso consistirá en un hecho positivo o negativo, por regla general, antijurídico. Lo que implica necesariamente que, para atribuir responsabilidad, se requiere la exteriorización de una conducta que tenga repercusiones y genere lesiones a los intereses de alguna persona.

### Daño

Desde la jurisprudencia se ha aceptado que el elemento central que determina la responsabilidad es el daño[5], entendido como la

4 Ciertamente, el concepto de hecho se ve matizado por elementos del mismo orden médico, como la voluntad jurídica del paciente, en el marco del consentimiento informado que introduce un conflicto entre la libertad de acción y la vida. Este problema se complejiza cuando se juzga la omisión cuando "el paciente está en capacidad de decidir, pero se niega a recibir un tratamiento, al aducir ideas religiosas, creencias personales de orden político, gremial, social, etc." (Castaño, 2008, p. 120).

5 Normativamente y específicamente el Código Civil en su artículo 1494 señala como una de las fuentes de las obligaciones el daño comprendido como un "hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona". Desde allí, via jurisprudencial se ha dado eficacia a dicho precepto reiterando el deber

> [...] la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil. En tal virtud, el artículo 1494 del Código Civil, dentro de las fuentes de la relación obligatoria, entre otras enuncia, el "hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos" y, en consecuencia, la obligación de repararlo. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2001-01054-01, 2009)

Bajo este supuesto, como fuente generadora de obligaciones, el daño debe ser cierto y demostrable para poder establecer responsabilidad. En ese sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1008 de 2010, sostiene que

> La Carta Política no precisa cuáles daños deben ser reparados, ni la forma en que deben ser cuantificados, para que se entienda que ha habido una indemnización integral. Tampoco prohíbe que se indemnice cierto tipo de daños. Se limita a reconocer que las víctimas y perjudicados por un hecho punible tienen derecho a la reparación, mediante la "indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito". (Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-1008, 2010)

De igual forma, al referirse a la reparación o indemnización como obligación principal devengada del daño sostiene que:

> [...] el legislador, al definir el alcance de la "reparación integral" puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. (Corte Constitucional, C-1008, 2010)

La Corte concluye, estableciendo que:

> En desarrollo de su potestad de configuración el legislador puede así mismo, fijar las reglas especiales que considere convenientes, necesarias y adecuadas para establecer y cuantificar la responsabilidad civil derivada del incumplimiento contractual, preservando en ello el derecho a la autonomía individual de los contratantes. (Corte Constitucional, C-1008, 2010)

---

de reparación que le asiste a quien cause daño (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de agosto de 2009. Expediente 2001 01054 01)

Históricamente, en los tratamientos de medicina, la cura resultaba tan dolorosa y tortuosa como la misma enfermedad y, en determinados contextos, podría resultar incluso más peligrosa. En ese sentido, las conductas que generaban controversias legales, en torno a la acción de los médicos o de los centros hospitalarios, resultaban protegidas por la misma ambigüedad y conciencia de lo permitido (Puentes, 2014).

En sentido doctrinal, Victoria Puentes recuerda el experimento Tuskegee[6]. Este caso es una muestra de las sistemáticas violaciones a los principios de autonomía individual, dignidad, justicia y otros derechos fundamentales, que pusieron sobre la mesa nuevos criterios deliberativos sobre las controversias legales surgidos de los eventos dañosos imputables a organismos del Estado y, especialmente, a sujetos que participan en la intervención a la salud (Puentes, 2014).

En este orden de ideas, en la jurisprudencia estadounidense se establecieron ocho reglas, que sirven para determinar los alcances del daño en su aspecto jurídico: la obligación de no hacer daño; de no dañar a las personas ni física ni psicológicamente; de no imponer siquiera el riesgo del daño; de no matar; de no causar dolor y sufrimiento; de no provocar incapacidad física y mental; de no disminuir la integridad y dignidad de la persona, y de no privar a otros de los bienes de la vida (Puentes, 2014).

Asimismo, Puentes (2014) recuerda que el concepto de daño a la salud —para el caso colombiano— aparece consignado en la jurisprudencia a partir del 2011. Esta vez se entiende como sinónimo de daño fisiológico. La autora aclara que a partir de allí, surgieron nuevas concepciones del elemento *daño,* como el *daño subjetivo* o *daño a la persona,* el *daño fisiológico,* el *daño a la vida de relación,* el *daño existencial,* el *daño biológico*, todos de construcción jurisprudencial que han surgido a partir del avance tecnológico y científico de la profesión médica.

La tendencia de la jurisprudencia ha sido la de reducir el daño a su expresión minimalista. Así lo explica la misma autora al decir que:

> [...] al comienzo, nuestra jurisprudencia fue proclive a aceptar y reconocer otras categorías de perjuicios, sin embargo, con el paso del tiempo se observa una involución en el entendimiento del daño a la salud que ha decantado en su reducción epistemológica. (Puentes, 2014, p. 131)

6 El experimento fue realizado por el Servicio Público de Salud de los Estados Unidos en la ciudad de Tuskegee (Alabama), entre 1932 y 1970 en el que se probó la progresión natural de la sífilis cuando no era tratada, usando para esto un total de seiscientos varones afroestadounidenses.

## Flexibilización de la prueba de la responsabilidad médica ante la prueba del daño

En cuanto al fenómeno de flexibilización en la carga de la prueba de la responsabilidad médica, han sido consideradas reglas como la *res ipsaloquitur* del derecho anglosajón; la culpa virtual de la doctrina francesa; la prueba *prima facie* o probabilidad estadística de la doctrina alemana e italiana; y el daño desproporcionado de la doctrina española —todas estas doctrinas con similar funcionamiento y efectos— (Serrano, 2014).

Estos son referentes para "deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia" (Serrano, 2014, p, 20). En Colombia han sido adoptadas, prevalentemente, las reglas de la *res ipsaloquitur* (de la doctrina anglosajona) y la del daño desproporcionado (derecho español).

### *Res Ipsaloquitur*

La regla *res ipsaloquitur,* que traduce "la cosa habla por sí misma", utilizada desde el siglo XIX en el caso *Byrne v. Boadle* (1863), se refiere al "nombre dado a una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S18364, 2009, p. 22). En otros términos, esta regla parte de la presunción de responsabilidad, fundándose en un hecho probado y evidente que puede ser referido como daño anormal y también de la existencia de la culpa (Quintero, 2012).

Jurisprudencialmente en Colombia, esta regla fue utilizada por primera vez en una Sentencia del Consejo de Estado del 02 de noviembre de 1992, donde —a pesar de no ser referida de forma taxativa—, es posible afirmar que el fundamento usado hizo referencia a la doctrina *res ipsaloquitur,* en el siguiente sentido:

> El hecho de haber dejado una aguja quirúrgica en el cuerpo de la paciente, constituye sin lugar a dudas una evidente falla en la prestación del servicio médico, porque esa situación no puede obedecer sino al descuido con que se actuó en tal intervención y no obra en el proceso prueba que pueda exonerar a la administración de la responsabilidad que le corresponde. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 7221, 1992)

Desde ese momento, no solo la regla *res ipsaloquitur* ha actuado como fenómeno jurídico que alivia la carga de la prueba, también se han desarrollado otros conceptos en la jurisprudencia colombiana. Tal es el caso del *daño desproporcionado,* que fue introducido por el Consejo de Estado en Sentencia de 28 de abril de 2010-Expediente 17725.

### Daño desproporcionado

Se entiende la figura de *daño desproporcionado* considerando que no hay ni siquiera inversión en la carga de la prueba sino automáticamente, luego de encontrar que el daño es "desmedido, exagerado o excesivo, al no estar acorde con los resultados normales de una intervención, la culpa de la entidad demandada se da por probada" (Consejo de Estado, Sentencia 18364, 2009), y no como un mecanismo de presunción de la falla del servicio, es decir, desde una perspectiva eminentemente subjetiva. Se concluye que la cualidad técnica especializada del causante del daño no tiene relevancia, pues "el yerro médico se explica por sí solo sin que se requiera de un análisis específico para derivar su acreditación" (Consejo de Estado, S18364, 2009).

Finalmente, luego de hacer un breve recorrido por las tesis doctrinales que ha acogido la jurisprudencia en Colombia respecto a la responsabilidad médica estatal, es necesario aclarar que la estructura en la exposición de los títulos de imputación aquí presentados atiende a un criterio conceptual, pues la jurisprudencia ha tenido variaciones significativas que en algunos casos retoma doctrinas anteriores, o su cambio atiende a la tradición jurídica continental o anglosajona del momento.

## Nexo de causalidad

El concepto de nexo de causalidad parte necesariamente de la causalidad misma, configurada alrededor de diferentes pensamientos y líneas doctrinales fundamentadas en preceptos filosóficos, jurídicos, lógicos, entre otros, que se hace más amplio que el campo de la responsabilidad civil. Para algunos autores, como Juan Manuel Prevot (2010), la causalidad tiene una noción dualista dentro del campo de la responsabilidad civil, pues denota el cumplimiento de dos funciones:

> Una relativa a la imputación del hecho dañoso a su autor o, si se prefiere, tendiente a la individualización del responsable, denominada por buena parte de la doctrina autoral italiana como "causalidad material" y, otra, consistente en determinar el contenido de la obligación resarcitoria, conocida como "causalidad jurídica". (Prevot, 2010, p. 146)

En ese sentido, se tiene que la causalidad determina en un supuesto, por un lado, la imputación de un evento lesivo a un elemento subjetivo y, por otro, la estructura que se utilizará para la reparación. Prevot afirma que "en el primer caso, se responde al interrogante, ¿quién causó el daño? (etapa del *anrespondeatur*); mientras que, en el segundo, se responde a la pregunta, ¿cuánto debe pagar el responsable? (etapa del *quantum, respondeatur*)" (Prevot, 2010, p. 148).

De acuerdo a esto, se entiende que la causalidad es un presupuesto necesario de la responsabilidad, toda vez que da sentido al nexo entre la conducta y la lesión. De esta for-

ma, y partiendo de la estructura lógica, se deriva que solamente la persona que ha cometido un daño, mediante su actuación o abstención, será la responsable de resarcir el daño.

El nexo de causalidad constituye otro elemento fundamental en la estructuración de la responsabilidad. De manera sucinta, la Corte Suprema de Justicia lo ha entendido de la siguiente manera:

> El nexo causal entre la conducta y el daño, en línea de principio puede describirse como un enlace entre un hecho antecedente y un resultado consecuente que no es otro que el perjuicio; en otras palabras, corresponde a una relación de causa a efecto.
>
> Dicho supuesto es común a todo tipo de responsabilidad civil, en cuanto a que es necesario que exista conexión causal jurídicamente relevante entre el evento dañoso que lesiona a quien exige ser reparado, y como su fuente, un factor de atribución legal de responsabilidad a cargo del agente frente a quien se formula tal reclamación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente. 2443, 1990)

En todo caso, establecer el nexo causal no resulta del todo fácil, sobre todo cuando se trata de la verificación cuando el hecho lesivo es consecuencia de varias circunstancias que no son identificables plenamente. Por esto, se ha desarrollado el concepto de "concausas":

> si el hecho lesivo es generado por la acción independiente de varias personas, sin que exista convenio previo ni cooperación entre sí, 'pero de tal suerte que aún de haber actuado aisladamente, el resultado se habría producido lo mismo', entonces surge la hipótesis de la causalidad acumulativa o concurrente, una de cuyas variables es la contemplada en el artículo 2537 del ordenamiento civil, que prevé la reducción de la apreciación del daño cuando la víctima interviene en su producción por haberse expuesto a él imprudentemente.
>
> Resulta pertinente, de acuerdo a esta jurisprudencia que para establecer el nexo causal es necesario acudir a las reglas de la experiencia y suponer además "la interrupción de una cadena de circunstancias cuando en ella intervienen elementos extraños tales como los casos fortuitos o los actos de terceros que tienen la virtualidad suficiente para erigirse en el hecho generador del daño y, por tanto, excluyente de todos los demás". (Corte Suprema de Justicia, Sentencia-Expediente 2002-00188-01, 2012)

En materia constitucional, tiene especial relevancia el concepto de nexo de causalidad como presupuesto necesario para determinar responsabilidad y garantizar la protección jurídica. Respecto de eso, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: "[d]el texto constitucional resulta, como es apenas lógico, que entre la acción u omisión respecto de la

cual se propone la tutela y el daño causado al derecho o el peligro que este afronta exista un nexo de causalidad" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-422/94, 1994).

## Imputación subjetiva u objetiva

La imputación en el derecho colombiano ha tenido diferentes facetas, específicamente, su ámbito se ha visto principalmente desarrollado en el derecho penal, pero tiene importantes vertientes en el derecho civil y en el derecho administrativo. Para analizar la responsabilidad hay que considerar dos elementos: el objetivo y subjetivo. Con respecto al primero, tratándolo especialmente desde el ámbito de lo penal, la Corte Constitucional ha indicado que:

> [L]a Constitución proscribe las formas de responsabilidad objetiva y exige un derecho penal de culpabilidad, pues el hecho punible, para ser sancionable, debe ser imputable a la persona no solo de manera objetiva (autoría material), sino también subjetiva (culpabilidad), como expresión del reconocimiento al sujeto de su dignidad y libertad en los artículos 1º y 16 de la Constitución. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-330/07, 2007)

De igual forma, la Corte Constitucional ha estimado que el desarrollo de la imputación objetiva se ha visto marcado por la concepción legislativa de la culpa. Al respecto, la introducción de la Ley 599 del 2000 acogió una postura en la que al agente se le exige previsibilidad, sumada a una infracción al deber objetivo de cuidado:

> Esta nueva visión doctrinaria en materia punitiva adoptada por el legislador y decantada por la jurisprudencia, se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-115/08, 2008)

En todo caso, es de resaltar que si bien la construcción de la idea de una imputación se ha venido presentando desde el derecho penal, las teorías se han acogido completamente en lo civil y lo administrativo desde la legislación misma. En ese sentido, el alto tribunal constitucional se refirió a que la teoría de la imputación objetiva —construida sobre las posiciones de garante en que la conducta se determina realizada en un curso dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora—, carece de sentido, toda vez que lo importante no es el hecho incólume, sino el demostrar el cumplimiento de los deberes de la posición de garante.

> Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa.
> [...] Actualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: solo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-1184, 2001)

En la misma sentencia, se hace referencia al origen de la posición de garante, que para el campo de la responsabilidad médica se estructura a partir de la actividad profesional del médico, o por la posición de inferioridad del paciente en el ámbito de un procedimiento, o de su explicación.

La posición de la Corte Suprema de Justicia no ha sido distinta y ha partido de los mismos presupuestos, por lo que en diferentes ámbitos de aplicación se ha sostenido que la imputación objetiva maneja un concepto unificado. Es por esto que la Sala de Casación Penal de la Corte Constitucional determinó que la imputación objetiva responde a criterios más allá de los meramente subjetivos o, de lo contrario, se estaría optando por juzgar al autor por simples rasgos arbitrarios.

> En términos de imputación objetiva, los actos anteriores a la apropiación en el abuso de confianza no constituyen riesgos jurídicamente desaprobados o no permitidos para efectos de la protección del bien jurídico del patrimonio económico, en la medida en que correspondan al cumplimiento del contrato de mandato o representación, es decir, a una conducta aceptada y regulada por el orden jurídico. Por lo tanto, no son parte de la realización del tipo ni tampoco corresponden al inicio de la conducta punible. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Acta de Aprobación 353, 2013)

La otra forma de calificación de la imputación es la subjetiva que, al igual que la objetiva, parte de las cláusulas generales de la responsabilidad en Colombia. Específicamente, para el caso de la responsabilidad abstracta en el ámbito subjetivo, se concreta desde el Código Civil en el artículo 2341 que señala que: "[e]l que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido" (Código Civil, 1887).

Visto lo anterior, el esquema de imputación en Colombia presenta variaciones y, desde la inclusión de las diversas posturas de imputación en responsabilidad médica, las Cortes han tomado distintos manejos con respecto a sus concepciones.

## Manejo por las Cortes de la responsabilidad. Títulos de imputación

### Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha reiterado en varias ocasiones que los elementos centrales bajo los cuales reposa la responsabilidad patrimonial del Estado son el daño antijurídico y su imputación al Estado (Corte Constitucional de Colombia, C-038, 2006). El primer elemento es definido por este tribunal no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura acogida por la jurisprudencia contencioso-administrativa colombiana (Corte Constitucional de Colombia, C-333, 1996).

El segundo elemento, es decir, el de la imputabilidad jurídica, ha sido también un criterio tratado por la Corte Constitucional, pero desarrollado profundamente por el Consejo de Estado. Así, cuando la Corte Constitucional debe referirse a este elemento, se limita a exponer la postura del Consejo de Estado. Esta última autoridad judicial, ha sostenido que la imputación está ligada al vínculo con el cual se le endilga al Estado la materialización de un perjuicio, que no debe ser confundida con la causación material, ya que son dos conceptos distintos. El Consejo de Estado ha referido al respecto que:

> [...] es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un 'título jurídico' distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la *imputatiojuris* además de la *imputatiofacti*. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, S8163, 1993)

La diferencia, entonces, que se establece entre el daño antijurídico y la imputabilidad, estriba en que el primero es la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, mientras el segundo es el determinante de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal (Corte Constitucional de Colombia, C-038, 2006).

En la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo "los mandatos de buena fe, la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos" (Ley 80, 1993, art. 28).

Mientras tanto, en la extracontractual lo serán: la falla del servicio, que es el título de imputación más frecuente —cualquiera que sea el sistema que se adopte para su prueba—; la culpa personal en nexo con el servicio (prevista para citar algunas disposiciones, en el art. 90-inciso 2 de la Constitución Política y en el artículo 77 del Código Contencioso Administrativo); la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la Constitución, entre

otros); *el riesgo excepcional* (establecido por la Ley 104 de 1993, o en el decreto 444 de 1993); *el error judicial* y el *anormal funcionamiento de la administración de justicia* (art. 40 del Código de Procedimiento Civil, art. 414 del Código de Procedimiento Penal, etc.); *la inconstitucionalidad de la Ley declarada judicialmente,* y principios de justicia de equidad, como el de no enriquecimiento sin causa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. S8118, 1995) (cursivas nuestras).

Dado lo anterior, y siendo conscientes de la importancia que los títulos de imputación adquieren cuando son tratados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se procederá a desarrollar sus contenidos desde la visión y manejo del Consejo de Estado.

## Consejo de Estado

La evolución de la responsabilidad médica estatal, en cuanto a los elementos para su configuración y las categorías probatorias, ha fluctuado de una teoría a otra sin tener estabilidad jurídica consolidada que permita hacer referencia con seguridad a una postura determinada. Este constante cambio se puede verificar jurisprudencialmente en el Consejo de Estado, pues es en esta corporación donde se revela el escenario específico donde la responsabilidad contractual es superada por el papel que desempeña el Estado en las relaciones jurídicas de carácter extracontractual[7].

La jurisprudencia del Consejo de Estado permite ver claramente el camino que ha recorrido la responsabilidad médica estatal en Colombia, y es por este motivo que la reconstrucción de sus antecedentes se tomará desde su desarrollo jurisprudencial.

### Falla probada del servicio

A la luz de la teoría clásica del derecho administrativo francés, Colombia, en su tradición jurídica, incorpora la tesis de la falla probada del servicio como criterio sustancial para determinar la responsabilidad del Estado, en su función administradora, por el daño producido. Este título de imputación se reconoce por primera vez, según Ramiro Saavedra (2011), en el fallo Pelletier en 1873, puesto que allí se hace la diferenciación entre falta personal y falta del servicio, distinción que da origen a la responsabilidad compartida entre la administración y sus agentes en caso de daño a terceros.

La tesis de la falla probada del servicio —enmarcada bajo el régimen subjetivo de responsabilidad y, más concretamente, aplicada a la responsabilidad médica estatal— se orientó a exigir a la parte demandante que aportara las pruebas que sustentaran la falta que se había ocasionado en la prestación del servicio. Esto se debe a que la obligación que

7 Su carácter como responsabilidad extracontractual ha sido sostenido en la sentencia del Consejo de Estado del 11 de abril de 2002 en el expediente 13227, en donde afirma: "la jurisprudencia de la Corporación tradicionalmente la ha manejado en el campo de la responsabilidad extracontractual".

comporta la actividad médica, al ser de medio, no demuestra por sí sola la existencia de un daño y mucho menos la presunción de falla en el servicio.

En esa vía, se supone que en la falla probada del servicio "solo se compromete la responsabilidad estatal cuando el servicio ha sido defectuoso o violatorio de los contenidos obligacionales establecidos en las normas legales o en los postulados de la *lex artis*" (Serrano, 2014, p. 411), y no cuando no existe certeza jurídica sobre la falla en la prestación del servicio.

Esta consideración fue producto del allanamiento del Consejo de Estado a la posición de la Corte Suprema de Justicia (Quintero, 2012), que entendió la falla del servicio como un elemento estructural de la responsabilidad médica estatal.

La noción de falla del servicio adoptada por el Consejo de Estado en 1967 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 1967), fue reflejo del desarrollo doctrinal en la materia, que para esa época tomaba sus bases principalmente de autores como Jean Rivero, Joaquín de Fuentes Bardají y Renato Alessi (Quintero, 2012).

En cuanto a los dos últimos autores, se encuentra que el punto en común es la culpa, como razón suficiente para invocar la responsabilidad de la administración. Mientras tanto, para Jean Rivero, lo importante por determinar es lo que en ese caso debía esperarse de la prestación del servicio. Estas consideraciones le aportarían a la tesis del Consejo de Estado, un componente intrínseco, a saber:

> el de la relatividad de la conducta desplegada, y en virtud de la cual se debe analizar, para cada caso en concreto, las circunstancias de tiempo, modo, lugar, medios, personal e infraestructura del servicio prestado por la entidad pública de salud. (Quintero, 2012, p. 64)

El Consejo de Estado, al incorporar la doctrina que asigna la carga probatoria al demandante, concretó la definición de falla del servicio en "la irresponsabilidad, el descuido y la omisión por parte de los médicos; un perjuicio, cierto y determinado, y la relación de causalidad entre la falla y el perjuicio" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 13337, 1998).

Ahora bien, probar una presunta falla del servicio se hace complejo para quien resulta perjudicado, pues no existe una relación equilibrada en términos de conocimientos técnicos y procesos especializados en materia médica que permita al demandante iniciar el proceso con la prueba de la falla del servicio. A causa de esta situación, fue evaluada la falla probada del servicio como título de imputación no lo suficientemente neutral para imputar responsabilidad médica, y es por ello que se consagró una presunción, precisamente con el fin de aliviar la carga probatoria de la parte débil de la relación y hacer proporcional la relación jurídica entre demandante y demandado (Serrano, 2014).

## Falla presunta del servicio

El naciente título de imputación corresponde a la falla presunta del servicio médico estatal. Esta postura se enmarca en las sentencias hito que dan soporte a este nuevo paso: la Sentencia de 19 de diciembre de 1989, en el proceso n.° 4484; la Sentencia de 24 de octubre de 1990, en el Proceso n.° 5902, y la Sentencia de 30 de julio de 1992.

Según estas providencias, la carga de la prueba está en desvirtuar la negación en la prestación del servicio que arguye la parte demandante. Es decir, hubo un cambio en la carga de la prueba en virtud de una afirmación —la falla del servicio imputable al demandado— a la que la ley le otorga cierto grado de certeza, pero que, por supuesto, admite prueba en contrario.

Ahora, si bien es cierto que desde el año 1989 la tradición jurídica apuntaba al cambio de la falla probada del servicio por la falla presunta en el servicio, es importante remarcar que hasta 1992 fue posible dicha transformación (por medio de la última de las sentencias citadas).

En esa providencia se resaltaron las cualidades de las partes en cuanto a prueba, afirmando que los especialistas en la prestación del servicio se encuentran "en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran *[sic]* directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus pronunciamientos se formulan" (Serrano, 2014, p. 414). De esta forma, los especialistas quedan privilegiados para probar la exoneración de la responsabilidad que se les atribuye, a través de la demostración de un actuar diligente, técnico y legal (Serrano, 2014).

Ahora bien, a pesar de que Consejo de Estado sentó su posición de abandonar la tesis de la falla probada del servicio, en favor de la tesis de la falla presunta en la prestación del servicio médico, se encuentran en la doctrina diversas controversias jurídicas, surgidas alrededor de dicha postura.

Tamayo (s. f.) considera que la falla presunta del servicio conduce necesariamente a una relación de causalidad: a pesar de existir una presunción en cabeza del demandante, es necesario de otro lado probar el nexo causal como elemento de la responsabilidad; y al probar el nexo causal, no cabe afirmar que existe una presunción en la causa del daño, porque, es el nexo causal el que relaciona un hecho con otro, al probar que la culpa es la causa del daño.

La contradicción presentada, entre la prueba del nexo causal y la presunción de falla en la prestación del servicio, conduce a dos situaciones: de un lado, que la culpa presunta es una probabilidad preponderante de la causa del daño; o, de otro, que omite la prueba del nexo causal y se privilegia la aplicación de la presunción de falla en el servicio (Tamayo, s. f.).

La primera hipótesis da origen a otro contrasentido, pues no es posible asignar un valor de probabilidad, en este caso "preponderante" a un comportamiento que se presume. Por ello la única circunstancia que permitiría reconciliar, y dotar de armonía, la evaluación en la responsabilidad es la omisión de la prueba del nexo causal, siempre que sea aplicada la presunción de falla del servicio.

Sin embargo, como ello no ocurrió en el Consejo de Estado, la teoría jurídica apuntó al sentido de no extender la presunción de la falla en el servicio al nexo causal ni al daño (Consejo de Estado, Sección Tercera, S11220, 1997), perpetuando la contradicción antes señalada. Ahora bien, con la intención de limitar la presunción de la falla presunta, fue desarrollado otro criterio jurídico fundado en la teoría de la carga dinámica de la prueba.

## Corte Suprema de Justicia

Vista la evolución y el desarrollo de los títulos de imputación de la responsabilidad médica desde el Consejo de Estado, resulta pertinente esbozar, la perspectiva jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, a través de sentencias hito, en relación con dichos títulos. Esto posibilitará, de un lado, evidenciar las posiciones de los dos órganos judiciales y, de otro, hacer visibles sus posiciones disímiles y eventuales contradicciones en la atribución de responsabilidad en materia médica.

Los títulos de imputación en la responsabilidad médica en Colombia han sido determinados por la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Civil y de la Sala de Casación Penal —cuando atribuye responsabilidad penal a los médicos o agentes que intervienen en la práctica médica, bajo los diversos tipos penales que con su actuar se acusan—. No obstante, a pesar de no ser una misma sala la que imputa responsabilidad médica, es posible encontrar una tendencia, teniendo como fundamento los elementos y títulos de la responsabilidad subjetiva.

La culpa como elemento determinante, ha sido constante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, desde 1940 con la Sentencia del 05 de marzo (Scare, 1999) proyectada por el magistrado Liborio Escallón. En este caso, se menciona la destacada importancia que cumple el elemento subjetivo en la responsabilidad médica.

Esta providencia reflejó, en el momento, las tendencias de lo que sería la materia de responsabilidad en el campo jurídico colombiano, es decir, la importación de la teoría francesa, que tiene soporte material en la culpa como título de imputación. Ahora bien, la culpa, según la Sentencia del 27 de octubre de 1938 de la Corte de Casación Francesa —como providencia que evidencia la posición de la doctrina jurídica francesa— se acompaña de un atributo que esta debe tener para que sea parte de la atribución de responsabilidad: la gravedad.

Bajo este atributo, la responsabilidad médica tuvo cimientos para distorsionar el criterio de imputación que se tenía hasta el momento y llegar a repensarse eventualmente bajo un título objetivo, puesto que la gravedad de una situación se determinaba principalmente bajo una actividad peligrosa y, en esa vía, bajo la responsabilidad objetiva.

Así, ha sido señalado por la Sentencia del 24 de agosto de 2009 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, S2001-01054-01, 2009). En ese momento, la Corte Suprema remarcaba la coexistencia entre los criterios objetivos y subjetivos de responsabilidad. Entre los primeros se ubicaba la responsabilidad por actividades peligrosas y la posibilidad de encuadrar la responsabilidad médica bajo este título; puesto que el factor determinante de este criterio de imputación es el riesgo que representa el ejercicio de la actividad como tal, frente a los demás, y no la culpabilidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. S2001-01054-901, 2009).

No obstante, frente a esta consideración, la jurisprudencia colombiana no ha mantenido un concepto estable en esa posición objetiva de la responsabilidad médica. Esto se debe a que no se encuentran razones suficientes que permitan atribuir responsabilidad a un sujeto que intervenga en la actividad médica, sin tener en consideración el desvalor de su acción. Ello en términos de la Sentencia del 22 de mayo de 2008, providencia que recalca que el factor esencial de la culpa no son los actos de voluntariedad del sujeto agente, sino es el desvalor de la acción por él realizada, acompañado por la falta del deber objetivo de cuidado que estuvo en posibilidad de conocer y, en esa vía, predecir (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, S27357, 2008).

Bajo estos supuestos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha estado más inclinada hacia la responsabilidad médica determinada bajo un título de imputación subjetiva que objetiva: "La culpa entendida bajo el deber objetivo de cuidado en la lectura penal, o bien como infracción a los deberes de prudencia y diligencia, en la lectura de la Sala Civil" (Ariza, 2013, p. 15).

## ¿Es la responsabilidad civil médica contractual o extracontractual?

Después de examinar los elementos de la responsabilidad médica y los títulos de imputación que han sido establecidos por la jurisprudencia, se continuará estudiando, si la responsabilidad médica ha sido catalogada como contractual o extracontractual. Para ello, se debe primero establecer lo que significa hablar de cada una y de los elementos que las diferencian, para después mostrar la evolución de la jurisprudencia de las Cortes respecto de esta conceptualización de la responsabilidad médica en sus principales fallos.

## Responsabilidad contractual y extracontractual: sus diferencias

Partiendo de la concepción de responsabilidad, propuesta por los hermanos Henri y León Mazeaud y André Tunc (1962), se presupone que si se ha causado un daño a una persona —o víctima que puede pedir su resarcimiento—, hay que preguntarse de dónde se origina esa responsabilidad. Si antes de producirse el daño, la víctima y el autor se encontraban unidos por un vínculo contractual, que presuponía el cumplimiento de una prestación, se está hablando de una responsabilidad contractual. Esta surge por el incumplimiento parcial o total de dicha prestación, y depende tanto de las fuentes de las obligaciones como del efecto de la obligación que nace en el contrato.

Por el contrario, la responsabilidad extracontractual surge de la vulneración a un deber jurídico de conducta (Emiliani Román, 1980). De manera más concreta, esta se produce cuando quien debe indemnizar ha causado un daño a otro sin que exista un vínculo negocial previo entre ambos (la víctima y el victimario), sino por la violación de deberes generales (Romero, 2000). De esta manera lo expone la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, al manifestar que el artículo 2341 del Código Civil establece que quien cause daño a otro debe repararlo y, por ejemplo, en el caso específico, cuando se da la privación de la vida de una persona, están legitimados para reclamar indemnización las víctimas mediatas o indirectas. Puede ser una indemnización por perjuicios materiales o morales (Código Civil, 1887; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, C-040, 1994).

A partir de la anterior diferenciación entre lo que es la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, se debe establecer el origen de la responsabilidad médica: si surge de una vinculación negocial, que establece unas prestaciones que deben ser cumplidas, o si el ejercicio médico se desarrolla en el cumplimiento de deberes generales.

En primer lugar, en Colombia se debe realizar una distinción de acuerdo a las situaciones que se presenten en el ejercicio médico. Pues, ya que los médicos prestan sus servicios a través de las entidades promotoras de salud (EPS) y de las instituciones prestadoras de servicios (IPS), se debe identificar si la víctima tiene un vínculo contractual con la EPS, pues, de esta forma, esta se hace responsable contractualmente y en solidaridad con el médico "culpable", si la demanda se dirige contra él también.

Asimismo, cuando se da el fallecimiento de una persona afiliada a una EPS, inicialmente los legitimados para interponer una demanda de responsabilidad contra esta o el médico, son quienes se ven perjudicados patrimonial o moralmente, y que pretenden se declare la responsabilidad extracontractual, pues quien tenía el vínculo contractual previo al daño es la persona fallecida. Sin embargo, existen excepciones a esta regla, como cuando quien fallece se encontraba afiliado como beneficiario a la EPS y quien solicita la responsabilidad es el cotizante.

Igualmente, resulta relevante establecer el vínculo jurídico existente entre el médico y el paciente: por regla general, debe existir el consentimiento del paciente para que el médico pueda intervenir. Tanto la jurisprudencia como la doctrina han recalcado en este tema en gran medida, ya que no puede ser cualquier tipo de consentimiento, sino que debe ser uno informado y consciente.

En virtud de lo anterior, deben tenerse en cuenta las particularidades del caso en concreto para poder establecer cuándo es procedente una pretensión de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual, contra quién se dirige y quién se encuentra legitimado para interponerla.

### Presupuestos para que exista responsabilidad médica

Según los presupuestos teóricos de la responsabilidad médica, los hermanos Mazeaud y Tunc (1962) plantean que, cuando el perjuicio surge por la "culpa en los cuidados prestados por el profesional al que haya recurrido a sus servicios existiría responsabilidad contractual, [al incumplir] con la obligación puesta a cargo por el contrato celebrado con el [paciente]", y solo cuando "por culpa del profesional se causa un perjuicio a un tercero puede plantearse una responsabilidad [extracontractual]" (Mazeaud, Mazeaud y Tunc, pp. 165-166).

Además, se entiende que los médicos deben actuar con prudencia y diligencia, y estos conceptos incluyen el consentimiento informado del paciente, en el que este debe estar enterado de las ventajas y desventajas del procedimiento que se practicaría (Mazeaud, Mazeaud y Tunc, 1962).

## ¿Cómo se han pronunciado las altas Cortes?

### La Corte Constitucional

La Corte Constitucional pocas veces ha decidido un caso teniendo en cuenta el tipo de responsabilidad en el ejercicio médico, y las veces que se ha pronunciado al respecto ha hecho referencia a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia. Por lo cual se expondrá una de las sentencias donde la Corte Constitucional hace referencia explícita a un caso de responsabilidad médica y conceptualiza los dos tipos de responsabilidad.

En la sentencia T-118A del 2013, la Corte expuso que "la responsabilidad médica deviene de la obligación, en principio contractual, del médico, EPS o IPS de cuidar la integridad corporal del paciente para devolverlo sano y salvo al concluir la relación prestación de un servicio médico"; que la configuración de la responsabilidad depende de si el daño se origina de "un incumplimiento contractual o por la violación al deber genérico de no dañar". Y especifica que, según la Corte Suprema, la EPS e IPS responde por los perjuicios

de sus subalternos, sin que se descarte que el médico se haga responsable también por su actuar negligente.

Para seguir con un estudio más concreto de este asunto se dilucidará lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia.

## La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SC-084-2005 del 18 de mayo de 2005, manifestó que, en asuntos médicos, tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual son procedentes. Sin embargo, la diferenciación en cada caso depende de si el daño se da como consecuencia de una infracción a una obligación previamente adquirida entre el médico y el paciente, o como resultado del incumplimiento del "deber genérico de no causar daño a los demás". En este sentido vale la pena revisar ciertos casos en donde la Corte Suprema ha tomado una decisión al respecto.

En un primer momento se tiene, que la responsabilidad médica en Colombia puede atribuirse a las EPS y, para poder determinar su responsabilidad, debe identificarse la existencia de un vínculo contractual, y si en el desarrollo del correspondiente contrato se incurrió en "culpa profesional o institucional" que ocasionó perjuicios para el paciente. Debe comprobarse si la culpa es imputable al profesional o a la institución médica, y si esa culpa es la causa eficiente de los perjuicios, como lo expuso la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia C-088, del 12 de julio de 1994. En dicha sentencia, se pudo comprobar que la culpa fue imputable a la institución médica en desarrollo del contrato que habían adquirido las partes, y, en consecuencia, se condenó al pago de perjuicios tanto morales como patrimoniales[8].

En Sentencia 5507, del 30 de enero de 2001, la Corte analiza más allá del debate probatorio expuesto por la Sala, realizando una abstracción de algunas sentencias al respecto, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

> [...]en sentencia dictada el 14 de octubre de 1959 (Gaceta Judicial, Tomo XCI n.° 2217-2218-2219), "inmotivadamente se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era "aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas".
>
> En sentencia de 14 de marzo de 1942 (Gaceta Judicial, Tomo LII, n° 1977), invocó como fundamento de derecho [...] el artículo 2356 del Código Civil, [y termina expo-

8 Algunos años más tarde, en la Sentencia 074, del 8 de septiembre de 1998, Expediente 5143, la Corte decide un caso en el cual se presenta una ruptura de la relación contractual entre la clínica y el paciente. En este caso, la Corte encuentra que, a pesar de que puede existir responsabilidad contractual entre pacientes y las clínicas y hospitales, al trasladarse a otro hospital *motu proprio* termina la relación contractual de manera unilateral y la clínica no puede hacerse responsable de ello.

> niendo que] "el error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aún excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, más no, así en aquellos que, como el presente [...] la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente que a su saber y a su diligencia se confía. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, S5507, 2001, p. 22)

Otra sentencia que vale la pena resaltar en esta ocasión es la S172-2002 [6430] y SV-1,6, del 11 de septiembre de 2002, providencia en la cual se discute sobre la responsabilidad contractual solidaria que existe entre los médicos y los hospitales. En este caso la Corte expone, en primera medida, que no existió ningún contrato independiente entre el médico y el paciente, ya que el primero fue asignado por la institución. Acogió la doctrina de Tamayo Jaramillo (1993), en virtud de que inicialmente excluiría la culpa por hecho de un tercero, sin embargo, por razones de equidad y protección a la víctima, se le atribuye a ese tercero la responsabilidad contractual; también se apoya en doctrina argentina, que sostiene que "[...]la persona elegida por el deudor para el cumplimiento; persona que entra en contacto con el acreedor y realiza, con su conformidad, el comportamiento encaminado a ese fin" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, S-172-2002 [6430] y SV-1,6, 2002). De manera que el carácter contractual de la responsabilidad del médico frente al paciente se da por virtud del contrato celebrado por aquel con la entidad asistencial que atribuye al paciente el derecho a ser asistido por el médico, derecho que queda consolidado con la aceptación del beneficiario, quien por consiguiente se legitima directamente contra el promitente médico. En este sentido la sentencia expone que la responsabilidad contractual con la clínica se presenta en este caso por haber existido un contrato verbal y el consentimiento del paciente para la realización de la intervención, además, que esta responsabilidad se hace extensible al médico ya que entre el paciente y el médico no existió un contrato independiente, sino por delegación de la misma sociedad con quien contrajo el contrato, por lo cual, para garantizar sus derechos, son responsables solidariamente.

El 18 de mayo de 2005, en Sentencia 1441, la Corte expone que cuando ocurre la muerte de un paciente por culpa del médico o de la institución, los legitimados para interponer la demanda como perjudicados lo realizarán manifestando la responsabilidad extracontractual, ya que el contratante es el paciente fallecido.

En lo anteriormente expuesto se sientan las bases que utiliza la Corte para decidir si una institución que presta servicios de salud o los médicos son responsables contrac-

tual o extracontractualmente. Haciendo un recorrido jurisprudencial desde la Sentencia SC8219-2016 del 20 de junio de 2016, se encuentra que las sentencias que fijan este tema son las del 30 de enero de 2001, del 11 de septiembre de 2002 y 18 de mayo de 2005, y estas, a su vez, toman como base las del 10 de marzo y 12 de julio de 1994 y 18 de septiembre de 1998, pues estas sentencias marcan las líneas decisorias para los casos con las variables ya señaladas.

De esta manera, se puede extraer que la Corte ha tenido una dirección constante a partir del año 1994 respecto de la determinación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el ejercicio médico, manteniendo criterios según las diferentes variables en los hechos del caso en estudio.

Asimismo, se resalta que, para que se configure la responsabilidad contractual debe existir un contrato de por medio y el consentimiento informado y consciente del paciente; y que los médicos designados por la misma institución que está prestando los servicios y con quien se realiza el contrato son responsables contractual y solidariamente.

Por último, es necesario considerar que la Corte Constitucional no ha resuelto muchos casos que impliquen diferenciar entre los dos tipos de responsabilidad. Sin embargo, como se expuso, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-118A de 2013, recoge las tesis planteadas por la Corte Suprema al decir que la responsabilidad médica puede ser contractual o extracontractual, dependiendo del origen del daño, así mismo que las EPS e IPS se hacen responsables contractualmente y sin perjuicio de que se extienda la responsabilidad al médico subalterno.

## Determinación de la carga de la prueba

### Definición de carga de la prueba en el derecho procesal y probatorio

La carga de la prueba es el deber procesal de exponer, comprobar y demostrar ante el juez, el hecho que es pretendido poner como real, al ser afirmado por la parte dentro del proceso. De aquí se ha desarrollado el principio del *onus probandi* (Muñoz, 2000). Este mismo no significa nada más que la determinación, ya sea legal o a disposición del juez, sobre quién tiene la obligación de probar cierto hecho, con el fin de que en caso de que tal cosa no sea aprobada por la parte interesada, se mantenga el principio subyacente de presunción de inocencia y la parte acusada o demandada pueda exigir que se le considere como no responsable de lo que no ha sido demostrado por su contraparte (Parra, 2010).

Aunque se haya considerado durante mucho tiempo que el criterio probatorio no era sino un tema más, dado a la practicidad del derecho y que de algún modo se encontraba alejado de las controversias de tipo dogmático y de fondo, es evidente que la relación de la

prueba con la consecución del desarrollo del derecho sustancial es neurálgica, lo que dio lugar al desarrollo de la carga dinámica de la prueba, con el objetivo de lograr que el derecho sustancial no tenga un significado simplemente conceptual (Gil, 2006). En caso de la responsabilidad civil, como se ha dicho antes, se trata de la efectividad de la finalidad reparadora inserta en el régimen de responsabilidad. Por tanto, aquellas dificultades probatorias en las que se encuentra la víctima-demandante deben ser disminuidas por el juez en pro de lograr satisfacer el derecho, como lo expone la sentencia del 22 de julio de 2010 con radicado S-11001-3103-018-1999-00533-01 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil.

## Desarrollo del concepto de inversión de la carga de la prueba

El concepto de carga de la prueba ha permanecido inmutable en su definición, que establece las reglas generales de aquel principio. La conocida posición, que sostiene que la carga de la prueba está en cabeza de quien afirma, en términos generales, determina que el demandante es el obligado dentro del proceso a desarrollar y comprobar los supuestos de hecho que sostiene sus pretensiones, así como el demandado está obligado procesalmente a hacer lo mismo en cuanto a las excepciones que propone. No obstante, esa situación, en muchos casos, convierte en inocuo el derecho sustancial (Parra, 2010). Por tanto, es evidente que la inversión de la carga de la prueba nace como medio de protección del derecho sustancial, para reconstruir la excesiva rigidez de las reglas decimonónicas edificadas anteriormente por los doctrinantes, y que se convertían en verdaderas barreras para la consecución de los derechos.

Lo anterior se debe a un replanteamiento de la utilidad de la carga probatoria y es indudable que implica un perfeccionamiento del sustento doctrinal del medio de prueba.

El siguiente avance en el desarrollo de la carga de la prueba está ligado a la mayor posibilidad de probar, contrapuesta a la dificultad o imposibilidad de la contraparte para comprobar el mismo hecho. Este es un tema recurrente en materia de derecho procesal, pero ha tenido especial desarrollo en el derecho procesal laboral, por cuanto el empleador tiene mayores posibilidades de probar muchas de las afirmaciones expuestas que sostengan las pretensiones de su demandante. De igual manera ocurre para los profesionales de la salud, pero en este caso derivado de la calidad y complejidad de su labor, por ser la misma una labor científica y sumamente especializada. Por lo anterior, la posición de la víctima es de franca desventaja, ya que, por el simple desconocimiento del oficio, solo puede ver en sí mismo las consecuencias del procedimiento. Por el contrario, el profesional de la medicina, de quien se presume la llamada *lex artis,* es el llamado a demostrar que sus actuaciones han sido las más adecuadas conforme a su conocimiento y a unos

protocolos y dinámicas del ejercicio de la profesión médica. Empero, no se trata de desvirtuar la presunción de inocencia como principio del derecho, nada más se circunscribe la posibilidad de que todas las pruebas necesarias para tomar una decisión bien fundada se encuentren inmersas en el proceso, para lograr la obtención de la verdad real y no simplemente procesal (Rosenberg, 1956).

El rompimiento del dogma tradicional es, por tanto, necesario para el desarrollo de la responsabilidad civil médica, absolutamente transversal para efectivizar la ley sustancial y lograr una reparación real (Serrano, 2000).

## Pronunciamiento de las altas Cortes antes del Código General del Proceso

### La Corte Constitucional

El acercamiento que durante años ha tenido la Corte Constitucional al tema de la responsabilidad médica se ha centrado en la cláusula general de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, sumada a la protección de la salud como derecho fundamental, también inserto dentro en la misma. No obstante, el desarrollo específico de la carga de la prueba en responsabilidad médica no fue abordado con interés exhaustivo sino hasta la entrada del Código General del Proceso (CGP). Hay que aclarar que este análisis es anterior a la entrada en vigencia del CGP —el interés en este tema en particular estuvo más ligado a la protección del debido proceso y a la finalidad de lograr la reparación en términos de responsabilidad civil—, y que este presenta diferentes cambios que han sido tratados por la Corte Constitucional y que serán expuestos más adelante.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, sí se ha dado de alguna manera una interesante construcción desarrollada antes del CGP, en la que la Corte Constitucional, con base en la construcción del concepto de derecho fundamental autónomo a la salud, ha ligado el tema probatorio con los derechos fundamentales a la vida, la salud y la dignidad humana, dándole un trasfondo sustancial y relacionándolos con la autonomía del daño.

Este avance conceptual está presente en la Sentencia T-845 del año 2006 y anteriormente, en la Sentencia T-736 de 2004. En todo caso, la Corte no entra a resolver el tema probatorio. Pero, teniendo en cuenta que los casos de tutela son analizados a la luz del artículo 90 de la Constitución, los mismos se remiten a la responsabilidad del Estado en donde la Corte ha optado por seguir los lineamientos del amplio desarrollo que en esta materia ha tenido el Consejo de Estado.

Cabe mencionar que la Corte Constitucional en contadas ocasiones se ha referido directamente a la carga de probar un hecho, y menos aún en materia de responsabilidad médica, como sucedió en la sentencia T-064 del año 2015. En esta se resaltan los principios

que el juez debe seguir para determinar y transmitir quién tiene la carga de probar, como son el principio de equidad entre partes, la dificultad para probar hechos afirmados.

### La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil

La posición de la Corte Suprema de Justicia, en materia de carga de la prueba en responsabilidad médica, ha girado en torno al argumento de la dificultad probatoria, teniendo en cuenta lo antes mencionado y reconociendo las dificultades a las que se ve sometida la víctima demandante. No obstante, es necesario resaltar que el hecho de afirmar que dicha situación implica que no es una cláusula definitiva, ya que no siempre será el profesional el llamado a allegar la prueba del daño o la prueba de la relación contractual o extracontractual, sino que dependerá del análisis del juez sobre la facilidad que tiene cada parte para incorporar dicha prueba al proceso. Esto se entiende como la realidad dinámica del proceso, tal como lo prescribe la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en Sentencia del 28 de junio de 2005, expediente CSJ 28/06/2005.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de Julio del 2010 (radicado S-11001-3103-018-1999-00533-01), condena el entendimiento de la carga de la prueba como una orden inflexible, por cuanto no tendría sentido técnico ni práctico imponer unos criterios generales a la distribución de la carga de prueba, mucho más si esta imposición perjudica irremediablemente a la víctima. Hay que considerar que constitucionalmente se había realizado un desarrollo en la flexibilización probatoria, así se establece que la definición de la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica debe estar ligada a un análisis racional y después a un reparto igualmente racional. Esto implica la observancia detenida en cada caso particular, en consideración de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como las calidades de las partes involucradas, sin que esto signifique que se cambie el título de imputación de objetivo a subjetivo o viceversa.

Lo anterior fue establecido por la Corte en sentencia del 30 de enero del 2001, expediente 2008-00469-01, como parámetro fundamental para el sentido ontológico de la decisión del juez al momento de determinar quién es el obligado a probar.

## Influencia del Código General del Proceso de 2012. Carga dinámica de la prueba

Si bien la construcción conceptual y la aplicación de la carga dinámica de la prueba fueron anteriores a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, su inclusión significó un cambio de paradigma y un sustento legal a una construcción jurisprudencial y doctrinal, como también ha sido un baremo para la protección de la seguridad jurídica y el debido proceso. Este cambio legislativo se acompasa con los desarrollos legales de

países latinoamericanos y europeos que trabajan en flexibilización probatoria, dándole ya un peso definitivo al concepto del dinamismo del aporte de la prueba al proceso.

No obstante, es definitivo reconocer que, como se dijo antes, el cambio legal sobre la carga de la prueba no implica un cambio en el carácter de imputación subjetiva que tiene específicamente la responsabilidad médica y en la importancia de la fijación de la culpa para que halle paso para la responsabilidad. No se trata tampoco de una estipulación que controvierta la presunción de inocencia, sino un carácter que se le ha dado a la legislación con el fin de buscar la verdad real, o lo más cercano a ella, dejando de lado la búsqueda de la antigua verdad procesal que no asegura la obtención y logro de los derechos sustanciales.

## Carga dinámica de la prueba

En el año 2000, el Consejo de Estado comenzó a explorar sobre el concepto de la Carga dinámica de la prueba bajo el entendido que, en posteriores dinámicas doctrinales, se ahondaría sobre el particular (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia-Radicado 11878, 2000). En términos generales, tanto de Parra Quijano (2004) como para Hernando Devis Echandía (2007), argumentan que la carga de la prueba debe ser entendida como una noción procesal que, lejos de ser una obligación —en términos de Parra Quijano (2004)— es una regla de juicio, según Devis Echandía (2007) en donde no existe sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento (Parra, 2004), pero que da luces al juez en el sentido en el que debe fallar —contra la parte que tenía la carga probatoria o a favor de la contraparte— cuando el proceso carece de certeza.

La carga dinámica de la prueba se concibe como la búsqueda del equilibrio procesal que se materializa en la facultad del juez de redistribuir la carga de la prueba a quien se encuentre en mejor posición para demostrar los hechos, en este caso, la falla del servicio. El Consejo de Estado, lo resaltaba en la Sentencia del 24 de febrero de 2005:

> [...] el llamado principio de las cargas dinámicas [...] encuentra su fundamento en las normas constitucionales que consagran el principio de equidad, toda vez que en algunas ocasiones este puede verse vulnerado por la exigencia hecha a la parte actora de aportar determinadas pruebas al proceso dada su dificultad; y por lo mismo, supondría la inaplicación, en tales eventos, de la norma procesal civil que consagra a su vez, el principio del *onus probandi*. Sin embargo, en otros casos es la parte actora la que está en condiciones de aportar los medios de convicción pertinentes, por lo cual resulta innecesaria la inversión de la carga de la prueba que conlleva la presunción de falla del servicio; opera entonces el principio de la carga dinámica de la prueba, en virtud del cual si es el demandante quien se encuentra en mejores condiciones de demostrar deter-

> minados hechos. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, S14335, 2005)

Dentro de las críticas que se destacan a la carga dinámica de la prueba se encuentra la apreciación desde una perspectiva procesal; pues al no imponer una etapa procesal para invocarla, pueden presentarse casos en donde, luego de finalizada la oportunidad procesal para probar, se invoque por una de las partes la solicitud al juez de redistribuir la carga de la prueba, sorprendiendo a la contraparte y faltando a la lealtad procesal y al principio de equidad (Torres y Corredor, 2013). Este aspecto ha sido solucionado al limitar la petición de distribución de la carga de la prueba a la etapa probatoria.

Actualmente, y luego de un largo recorrido jurisprudencial, la flexibilización en la prueba de la responsabilidad, y la responsabilidad médica estatal en específico, se hace plausible a través de la carga dinámica de la prueba, que se encuentra consagrada legislativamente en el Código General del Proceso en su artículo 167.

## Conclusiones

Luego de este breve análisis de la responsabilidad médica y los criterios para su atribución, es necesario hacer algunas precisiones respecto a los puntos tratados en cada capítulo, puesto que ello permitirá, de un lado, concretar el estudio propuesto y, de otro, ver claramente la hoja de ruta trazada hasta el momento. Desde allí será posible plantear nuevas líneas de investigación que den lugar a planteamientos que indaguen a profundidad los debates aquí expuestos y las apreciaciones dinámicas de las altas Cortes, reflejadas en la jurisprudencia.

Partiendo de todo lo dicho anteriormente, se considera que cualquier sociedad que sea progresista y garante de los derechos humanos debe propender necesariamente por el mejoramiento de su sistema de salud. En este punto se concluye que, hasta que Colombia no mejore su sistema de salud, difícilmente se podrá construir en el país el tejido social necesario para una sociedad con mejores estándares de vida. Por tanto, la responsabilidad médica es un aspecto crucial no solo para el derecho sino también para la sociedad.

En este sentido, la regulación y los pronunciamientos judiciales que se realicen sobre la responsabilidad médica son entonces criterios directos que definen la calidad de la prestación del servicio de salud de una sociedad.

Con la Carta Política de 1991 y la consagración expresa de la atribución de responsabilidad estatal por el daño antijurídico causado, es posible afirmar que el título de imputación en la responsabilidad médica cambió de un régimen subjetivo a uno objetivo.

Sin embargo, en la atribución de responsabilidad médica se ha hecho visible que las altas Cortes no han aplicado un régimen exclusivo de responsabilidad objetiva; pues los títulos de imputación utilizados por ellas no se limitan a la valoración del nexo entre causa y daño, sino que en su examen también interviene la culpa como factor determinante en la atribución de responsabilidad subjetiva en materia médica.

También se concluye que la responsabilidad médica puede ser tanto contractual como extracontractual, teniendo en cuenta las circunstancias del caso en concreto y el origen del daño. Para que se configure la responsabilidad contractual, debe existir un contrato de por medio y el consentimiento informado y consciente del paciente. Cuando la prestación de servicios se hace a través de una EPS o IPS, los médicos designados por la misma institución que está prestando los servicios, y con quien se realiza el contrato, son responsables contractual y solidariamente.

Para finalizar, se expuso que el cambio en el sistema probatorio está dirigido a refrendar la posición según la cual la absoluta rigurosidad en materia de cargas puede llegar a producir una injusticia material, que de esa manera puede entrar en franca contradicción con el derecho sustancial. Es por esto que la legislación, de la mano del Código General del Proceso, ratificó los aciertos que en materia jurisprudencial se habían logrado desde las altas Cortes, mediante una cláusula legal que no solo permite, sino que ordena, hacer un análisis riguroso del caso en pro de la determinación de la carga probatoria. Lo anterior es evidentemente un reto para el juez que decide, ya sin una tarifa legal o unas reglas predeterminadas de razonamiento, sino que debe actuar en busca de facilitar el alcance de la verdad por medio del proceso.

## Referencias

Ariza, A. (2013). La responsabilidad médica como actividad peligrosa: análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Vniversitas,* 126, 15-37. Recuperado de http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/6119/4918

Briceño, M. y Vega, R. (2011). *Responsabilidad estatal por falla médica en la prestación de servicios de salud. Diagnóstico equivocado estudio de caso, Casanare* (tesis de maestría). Universidad Libre de Colombia, Bogotá, Colombia. Recuperado de http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6437/BricenoChiriviNelsonManuel2012.pdf?sequence=1

Castaño, M. P. (2008). *Derecho médico-sanitario (Vol. I).* Actualidad, tendencias y retos. Bogotá: Universidad del Rosario.

Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Recuperado de http://www.constitucioncolombia.com/

Deik, C. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de Derecho Privado,* 43, 3-26. Recuperado de https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri88.pdf

Emiliani Román, R. (1980). *Conferencias de obligaciones: fuentes voluntarias de las obligaciones.* Bogotá: Temis

Gil, E. (2006). *Tres temas de responsabilidad del Estado por actividad médico-sanitaria.* Bogotá: Ibañez.

Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A. (1962). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual. Tomo I (Vol. 1 y 2).* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Mazeaud, H. y Mazeaud, L. (1977). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil y contractual.* Buenos Aires: Jurídicas Europa-América.

Muñoz Sabaté, L. (2000). *Fundamentos de prueba judicial civil L. E. C. 1/2000.* Barcelona: José María Bosch.

Parra-Guzmán, M. (2010). *Carga de la prueba en la responsabilidad médica.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Peyrano, J. W. (1993). *El proceso atípico.* Buenos Aires: E. U. Universidad.

Puentes, L. V. (2014). *Daño a la salud: doctrina y jurisprudencia en Colombia. Un análisis crítico para su optimización.* Popayán: Editorial Universidad del Cauca.

Prevot, J. M. (2010) El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. *Revista Chilena de Derecho Privado,* 15, 143-178. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200005

Quintero, M. (2012). *La responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. Acto médico defectuoso en las entidades de salud del Estado. Una visión desde la doctrina y desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado* (tesis de maestría). Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

Romero, H. (2000). *Responsabilidad civil general y del notario.* Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Ruiz, W. (2004). La responsabilidad médica en Colombia. *Revista Criterio Jurídico, 1*(4), 195-214. Recuperado de http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/232

Saavedra, R. (2011). *La responsabilidad extracontractual de la Administración pública.* Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Serrano, L. (2000). *Nuevos conceptos de responsabilidad médica.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Serrano, L. (2004). *Aspectos críticos de la responsabilidad médica en la actualidad.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Scare (Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación). (1999). Apéndice IV, Sentencia del 5 de marzo de 1940. *Revista Médico Legal, 5*(1), 49-54. Recuperado de. http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/1999/5/1/apendice_4_v5_r1.pdf

Tamayo, J. (1993). *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud.* Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Tamayo, J. (s. f.). La falla presunta del servicio conduce necesariamente a una relación de causalidad. *Elección Visible.* Recuperado de: http://eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1_JTJ/T1_JTJ_AMB.JUR_01.pdf.

Torres, A. y Corredor, D. P. (2013). La carga dinámica de la prueba mediante la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. *Principia Iuris,* 19(19), 57-69. Recuperado de http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/767

## Jurisprudencia

Congreso de Colombia. (16 de julio del 2008). [Ley 1150 de 2007]. *DO*: 46691. Recuperado de https://www.mintransporte.gov.co/descargar.php?idFile=711

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 1967. *Anales del Consejo de Estado. (LXXII) 413-414.*

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (13 de septiembre de 1991) Sentencia 6253. [CP Carlos Betancur Jaramillo]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (14 de febrero de 1992) Sentencia 6477. [CP Carlos Betancur Jaramillo]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (3 de septiembre de 1992) Expediente 7221. [CP Julio César Uribe Acosta]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (13 de julio de 1993) Sentencia 8163. [CP Juan de Dios Montes Hernández]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (8 de mayo de 1995) Sentencia 8118. [CP Juan de Dios Montes Hernández]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (8 de mayo de 1997) Sentencia 11220. [CP Carlos Betancur Jaramillo]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (5 de febrero de 1998) Sentencia 13337. [CP Jesús María Carrillo Ballesteros]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (10 de febrero del 2000) Sentencia 11878. [CP Alier Eduardo Hernández Enríquez]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (1 de julio del 2004) Sentencia 25000-23-26-000-1993-08915-01 (14875-14206). [CP Arlier Eduardo Hernández Enríquez]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de febrero de 2005) Sentencia 66001-23-31-000-1996-03166-01 (14335). [CP Ramiro Saavedra Becerra]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (19 de agosto de 2009) Sentencia 18364. [CP Enrique Gil Botero]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (28 de abril de 2010) Sentencia 17725. [CP Ruth Stella Correa Palacio]

Corte Constitucional de Colombia. (27 de septiembre de 1994) Sentencia T-422/94. [MP José Gregorio Hernández]

Corte Constitucional de Colombia. (13 de noviembre del 2001) Sentencia SU-1184. [MP Eduardo Montealegre Lynett]

Corte Constitucional de Colombia. (5 de agosto del 2004) Sentencia T-736. [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional de Colombia. (1 de febrero del 2006) Sentencia C-038. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional de Colombia. (1 de agosto del 2006) Sentencia C-333. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional de Colombia. (13 de octubre del 2006) Sentencia T-845. [MP Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional de Colombia. (4 de mayo del 2007) Sentencia T-330. [MP Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional de Colombia. (13 de febrero del 2008) Sentencia C-115. [MP Nilson Pinilla Pinilla]

Corte Constitucional de Colombia. (9 de diciembre del 2010) Sentencia C-1008. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-1008-10.htm

Corte Constitucional de Colombia. (12 de marzo de 2013) Sentencia T-118A. [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional de Colombia. Expediente T-4520399. (13 de febrero del 2015) Sentencia. T-064. [MP María Victoria Calle Correa]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (10 de marzo de 1994) Sentencia C-040. [MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (12 de julio de 1994) Sentencia C-088. [MP Pedro Lafont Pianeta]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (8 de septiembre de 1998) Sentencia 074. [MP Pedro Lafont Pianeta]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de enero del 2001) Sentencia 5507. [MP Fernando Giraldo Gutiérrez]. Recuperado de http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=csj-cc-30-ene-2001.pdf

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (11 de septiembre del 2002) Sentencia 6430. [MP José Fernando Ramírez Gómez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de mayo del 2005) Sentencia 1441. [MP Jaime Alberto Arrubla Paucar].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (28 de junio del 2005) Sentencia CSJ 28/06/2005 [MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 mayo del 2008) Sentencia 27357. [MP Julio Enrique Socha Salamanca]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (24 de agosto de 2009) Sentencia 2001-01054. [MP William Namén Vargas]. Recuperado de http://ectil.org/ectil/getdoc/90c9fe2f-d5ef-4337-bc52-bd5db66b18df/Colombia-ruling-citing-PETL.aspx

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de julio de 2010) Sentencia S-11001-3103-018-1999-00533-01. [MP Pedro Octavio Munar Cadena]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (14 de diciembre de 2012) Sentencia 2002-00188. [MP Ariel Salazar Ramírez]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (21 de octubre de 2013) Acta de Aprobación 353. [MP Eugenio Fernández Carlier]. Recuperado de https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/1(2).pdf

# La interpenetración de la justicia transicional y la justicia ordinaria: estudio orientado a la complejidad sobre la seguridad jurídica y el debido proceso*

## *The interpenetration of the Transitional Justice and Ordinary Justice: research to guide the complexity about legal certainty and due process*

**Oscar Duvan Aparicio Suárez**
Departamento de Derecho
*odaparicios@unal.edu.co*

**Sara Carrillo Vargas**
Departamento de Derecho
*scarrillov@unal.edu.co*

**Oscar Alejandro Delgado Díaz**
Departamento de Derecho
*oadelgadod@unal.edu.co.*

* Articulo resultado del proyecto de investigación n.° 33478 "La interpretación de la justicia transicional y la justicia ordinaria: estudio orientado a la complejidad sobre la seguridad justicia y el debido proceso", dirigido por el profesor Héctor Henrique Quiroga Cubillos.

**Resumen:** La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es un componente de la justicia transicional, incluido en los Acuerdos de Paz en La Habana, y tiene como objetivo materializar el derecho a la justicia de las víctimas del conflicto armado colombiano. La JEP debe estar acorde al marco jurídico internacional —es decir, a los tratados o convenios ratificados por Colombia sobre derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)—, por lo que el Estado debe garantizar tanto los derechos de las víctimas como los de los victimarios que se sometan a ella.
El sostenimiento del Estado de derecho durante una transición es posible mediante: 1) la implementación de los principios del debido proceso en los procedimientos a los que se someta el victimario, aunque algunas garantías deban ser limitadas por el contexto de transición; 2) el principio de seguridad jurídica que tendría dos propósitos: garantizar la paz estable y duradera —dando certeza de ella tanto a víctimas como a los victimarios—, y el de garantizar el ordenamiento jurídico, estableciendo reglas de transición y generando cambios con estabilidad.

**Palabras clave:** justicia transicional, Jurisdicción Especial para la Paz, debido proceso, seguridad jurídica, derecho internacional

**Abstract:** The Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) is a component of transitional justice, included in the Peace Accords in Havana, and aims to materialize the right to justice of the victims of the Colombian armed conflict. The JEP must be in accordance with the international legal framework —that is, the treaties or agreements ratified by Colombia on human rights and International Humanitarian Law (IHL), so that the State must guarantee the victim's rights, and the victimizer's rights who submit to it. This aims to legitimize the transitional process, maintaining the rule of law.
Sustaining of the rule of law during the transition is possible, through the implementation of due process principles in the procedures to which the perpetrator submits, although some guarantees must be limited by transitional context; and the principle of legal certainty, that would have two purposes: to guarantee a stable and lasting peace, printing certainty both victims and victimizers; and, a structural purpose that is to guarantee the legal system, establishing rules of transition and generating changes with stability.

**Keywords:** transitional justice, Jurisdicción Especial para la Paz, due process, legal certainty, international law

## Introducción

> *La justicia transicional tiene el propósito de superar una etapa de violación masiva de los derechos. No se trata de cerrar los ojos ante el delito. No es un acto de ceguera resignada. Lo que busca es afianzar el Estado de derecho y abrir espacios para construir relaciones sociales rotas. Justicia Transicional no es la sobrina pobre de la justicia. Es sobre todo justicia.*
>
> HUMBERTO DE LA CALLE, discurso pronunciado por durante la firma del Acuerdo Final de Paz

En 1964 surgieron las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (en adelante, Farc-EP), con lo que inició un conflicto armado que ha durado más de 50 años. Sin embargo, en el 2012, las Farc-EP y el Gobierno colombiano iniciaron conversaciones de paz con el objetivo de culminar este conflicto. Como producto de cerca de cuatro años de diálogos, se elaboró el *Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera* (en adelante, *Acuerdo Final*), en el cual se plasmaron puntos esenciales para el posconflicto, entre ellos, la Jurisdicción Especial para la Paz[1] (en adelante, JEP), de la que depende una correcta transición de un estado de guerra a la consecución de la paz. La JEP debe ajustarse a los principios y valores del Estado de derecho, entre ellos los principios de debido proceso y seguridad jurídica. De lo anterior, surge la pregunta: ¿cómo se implementan estos principios en la Jurisdicción Especial para la Paz, presente en el *Acuerdo Final*?

Para responder esto, es necesario tener en cuenta que, al ser una justicia extraordinaria, pueden verse afectados los alcances y límites de los principios. De este modo, el principio del debido proceso se implementa en la JEP mediante la obligación del Estado de respetar las garantías del procesado a una jurisdicción, un juez imparcial e independiente, al derecho de defensa, entre otros aspectos; sin embargo, al tratarse de un periodo de transición, donde el Estado debe realizar concesiones para alcanzar la paz mediante la negociación, algunas garantías pueden verse limitadas o restringidas, entre estas el derecho al juez natural, la garantía de cosa juzgada y la no autoincriminación.

Por otro lado, el principio de seguridad jurídica se implementa en la JEP como garantía para una paz estable y duradera, para la cual se establece una dimensión normativa y axiológica, que permita la continuidad del ordenamiento jurídico a través de una transición estable y racional, garantizando los derechos de las víctimas y los derechos de los victimarios a un juicio justo con los debidos tratamientos especiales.

1 La Jurisdicción Especial para la Paz es el componente de justicia de la Justicia Transicional del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

A continuación, se analizará la implementación de los principios del debido proceso y la seguridad jurídica en la JEP del *Acuerdo Final*. Para conseguirlo, se utilizará la metodología cualitativa dogmática, mediante el método de análisis de documentos, con una perspectiva holística respecto al ordenamiento jurídico nacional (incluyendo los tratados internacionales).

El desarrollo metodológico propuesto, tendrá dos fases principales. En primer lugar, se abordará el concepto del principio de seguridad jurídica, para ello se analizarán fuentes representativas de la doctrina con el objetivo de formar un concepto propio. Luego, se realizará el mismo ejercicio respecto al principio del debido proceso, sin embargo, en este caso se utilizarán fuentes de la jurisprudencia y la ley (en especial, la normativa internacional).En segundo lugar, se realizará el análisis de la implementación de los principios en la JEP, para ello, se analizó los artículos del *Acuerdo Final*, la función de los principios, su alcance y sus limitaciones, para, finalmente, comparar estas características con las que cumplen los principios en la justicia ordinaria (es decir, los conceptos abordados en el primer paso).

La estructura del artículo es la siguiente: 1) un contexto acerca de la justicia transicional, donde se abordará su origen, evolución, concepto, características y aplicación en Colombia; 2) una síntesis de la estructura de la JEP; 3). el análisis de la JEP como justicia transicional; 4) la reconstrucción de los conceptos de los principios de seguridad jurídica y debido proceso; 5) un estudio de la implementación de los principios de seguridad jurídica y debido proceso en la JEP.

## La justicia transicional en contexto

### Origen y evolución

El concepto de justicia transicional se construye a partir de un escenario jurídico-político extraordinario, es decir, no se ajusta al sistema ordinario de justicia, debido comúnmente a una serie de violaciones a los DD. HH. y al DIH, de manera sistemática y constante, que desborda la capacidad del Estado para investigar y juzgar dichas conductas, en razón de un conflicto armado o un Estado autoritario. Una vez superado este escenario, se requiere una respuesta adecuada a la necesidad de paz y la obligación de impartir justicia.

Con respecto al surgimeto y evolución de la justicia transicional es importante señalar tres fases, la primera surge al finalizar la Segunda Guerra Mundial, teniendo como elemento esencial “la búsqueda de respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represivos anteriores” (Teitel, 2003, p. 69). En este

caso, los juicios de Núremberg se caracterizaron por la implementación de una justicia internacional y la búsqueda de responsabilidades individuales, por medio de principios jurídicos liberales; es decir, con procedimientos reglados y la garantía al debido proceso.

En definitiva, una característica importante de este periodo de transición, como lo describe Iván Orozco (2009), es el papel del castigo y la memoria histórica como mecanismo para la no repetición de crímenes atroces. A esto se suma la visión retrospectiva de la justicia, fundamentada en el surgimiento de una nueva conciencia humanitaria, en la que, por ejemplo, cobra importancia el deber de recordar los hechos más aberrantes en contra de una población particular —el pueblo judío, pero en la que aún se omiten las causas que llevaron a cometer esas atrocidades (Orozco, 2005).

La segunda fase es posterior a la disolución de la URSS, se inician, por un lado, un proceso de transición en varias repúblicas soviéticas hacia el Estado liberal y, por el otro, el tránsito de algunos Estados dictatoriales latinoamericanos y africanos hacia a la democracia. De este contexto, surge la discusión sobre la naturaleza de la justicia, pues al tratarse de conflictos internos era inconveniente la intromisión de extranjeros, por lo tanto se descarta la justicia internacional; por ello, aparece un sistema de justicia restaurativa nacional, donde tiene mayor importancia la búsqueda de la verdad, el perdón y la reconciliación nacional, como lo indica Ruti Teitel (2003). En este sentido, la verdad se convierte en un componente fundamental de la justicia transicional, e incluso, como afirma Esteban Cuya (2010), en "un derecho individual y colectivo, irrenunciable" (párr. 22). En otras palabras, este autor considera que a través del derecho a la verdad, se reflexiona acerca de un conflicto oculto, la individualización de responsables, la reparación moral y económica de las víctimas y la reconciliación nacional.

Es necesario mencionar que, según Mark Osiel (2005), este mecanismo en la práctica no fue muy efectivo para satisfacer a las víctimas. En realidad, el objetivo de las comisiones de la verdad es "que pueden ayudar a establecer los hechos básicos, para con ello construir un fundamento fáctico común, con base en el cual, puede continuar la discusión sobre sus significados" (Osiel, 2005, p. 69), además, sería un buen mecanismo para identificar a las víctimas que tendrían derecho a una reparación económica.

Finalmente, la tercera fase de la justicia transicional se caracteriza por la importancia del castigo como prevención a través del Derecho Penal Internacional (DPI), bajo su institución más importante: la Corte Penal Internacional (CPI). No obstante, Teitel (2003) considera que, se debe a una normalización de la justicia transicional dentro de un mundo de conflictos mínimos y permanentes, como el terrorismo. En consecuencia, surge una politización del derecho representada en una minimización en los estándares del Estado de derecho.

## Concepto y características

En un primer análisis, existe un consenso en la doctrina que considera el objeto de la justicia transicional como la respuesta frente a un pasado de violaciones a los DD. HH. y el DIH en un contexto de transición hacia un Estado democrático, y el establecimiento del Estado de derecho —entendido este como la sujeción del Gobierno a la ley, en especial hacia el respeto de los DD. HH.—.

Para empezar, es necesario tener en cuenta una definición de justicia:

> La justicia es un ideal de responsabilidad y equidad en la protección y reclamación de los derechos y la prevención y el castigo de las infracciones. La justicia implica tener en cuenta los derechos del acusado, los intereses de las víctimas y el bienestar de la sociedad en su conjunto. Se trata de un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales [...]. (ONU, 2004, p. 5)

Esta definición corresponde a la justicia en un contexto de normalidad, como valor y como administración de la misma, siendo una función inherente del Estado liberal. Sin embargo, es importante tener presente que la justicia transicional surge en un periodo extraordinario. Por lo tanto, difiere de la definición anterior a partir de características especiales, tanto jurídicas como políticas. Al respecto, Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon (2006) consideran que la justicia transicional deriva de una negociación política entre los actores del conflicto, en la cual, se comprometen a aceptar y cumplir la transición, mientras que es limitada por la exigencia de investigar, juzgar y sancionar los crímenes atroces. De este modo, al iniciar un periodo de transición, tras una victoria militar, no es posible la existencia de la justicia transicional pues carecería del dilema entre justicia y paz.

Por esta razón, la justicia transicional como respuesta al dilema, llevó al planteamiento de modelos de justicia más llamativos para los actores del conflicto. Juan Chaves y Ángela Molina (2007), tomando como referencia los trabajos de Larry Temkin y Stuart Rachels, exponen que la lógica bajo la que se rige la justicia transicional se resume en tres premisas: 1) para cualquier castigo (o reparación), sin perjuicio de la intensidad o duración de esta experiencia, es preferible tener esa experiencia que una que es un poco menos intensa pero que dure mucho más; 2) hay un rango bien diferenciable de castigos (o reparaciones) que varían en intensidad; y 3) sin importar cuánto deba ser soportado el castigo (o cuan larga sea la reparación), una molestia pequeña es preferible a una agonía extrema por un tiempo considerable (o ninguna duración finita de leve reparación es tan buena como, no importa cuán corta, una duración significativa de la reparación).

Afirman Chaves y Molina (2007) que esta racionalidad de la justicia transicional está afectada por tres elementos propios del ser humano: las emociones, la razón y el interés.

El elemento en el cual los actores (tanto víctimas como victimarios) fundamentan sus decisiones es el interés, que hace que el ser humano siempre escoja lo que le genere mayor utilidad. Sin embargo, el castigo dentro de la justicia transicional debe adecuarse a las posibilidades reales de su aplicación. Esto quiere decir que, ante un contexto de graves violaciones a los DD. HH. y al DIH generalizados y sistemáticos, es difícil, por no considerar imposible, la judicialización de todos los responsables y la posterior imposición de un castigo a cada uno de ellos. Afirma Juan Fernández Carrasquilla (2014):

> [...]frente a crímenes muy graves pero generalizados y sistemáticos, eso se ha demostrado históricamente imposible y políticamente inútil, bien porque es casi imposible abarcar a todos los responsables, ora porque ello podría resultar en un innecesario despliegue de justicia metafísica que tampoco logró entronizar la utopía de una sociedad completamente libre de criminalidad y de impunidad y que, en cambio, puede entonces, obstruir procesos de transición a una convivencia pacífica. (pp. 159-160)

De ese modo, resulta imposible condenar a todos los agentes que cometieron delitos atroces. Bajo la coyuntura de un proceso de paz, es muy difícil establecer una pena "ordinaria" como es la privación de la libertad en un centro penitenciario. Por lo tanto, todo modelo de justicia transicional debe tener un componente retributivo y uno restaurativo; debido a que, si el modelo es completamente restaurativo, sería similar a un modelo de justicia política, del que habla Orozco (2009), en el cual, lo más importante es la visión prospectiva: la reconciliación nacional basada en amnistías o perdones amnésicos. Si el modelo es completamente retributivo, se asemejaba al tipo descrito por Teitel (2003), que trasciende una visión retrospectiva, donde el objetivo es la memoria y el castigo.

Continuando con el análisis anterior, la justicia transicional se caracteriza por un equilibrio adecuado entre la visión prospectiva y la retrospectiva: la primera, consiste en la necesidad de conseguir una paz estable y la reconciliación nacional —que en la mayoría de los casos se logra a través de mecanismos restaurativos, como las comisiones de la verdad, los perdones individuales, las penas alternativas, etc.—. La segunda, está dirigida a la construcción de una memoria histórica, que consiste en el castigo individual a los responsables de graves violaciones a los DD. HH. y el DIH, consecuentemente, deslegitima el régimen anterior y fortalece el Estado de derecho del nuevo régimen.

De acuerdo a esto, el único modelo aplicable, que sería considerado como justicia transicional, a partir de la clasificación de Uprimny (2006), serían los "perdones responsabilizantes". En ellos hay una exigencia del esclarecimiento de la verdad, por medio de la confesión de crímenes atroces, para alcanzar perdones individuales o un tratamiento diferenciado, así como mecanismos de reparación para las víctimas. Su objetivo es conseguir un equilibrio entre la paz y la justicia, priorizando la responsabilidad individual.

Además, como menciona Jorge Enrique Ibáñez (2014, pp. 57-62), la justicia transicional tiene tres dimensiones: la dimensión ética que comprende los reclamos de justicia de las víctimas, a través de la lucha contra la impunidad, y la aplicación de mecanismos de reparación para las víctimas del conflicto, con lo cual, la justicia transicional adquiere legitimidad; la dimensión política que busca el equilibrio adecuado entre la permanencia del *status quo* y la implementación de reformas institucionales; y, finalmente, la dimensión jurídica, referida a los instrumentos que se utilizan para individualizar a los responsables de graves violaciones a los DD. HH. y el DIH, para resolver las necesidades de las víctimas y satisfacer las exigencias e intereses sociales.

En conclusión, la justicia transicional es la respuesta jurídico-política que surge ante el dilema de la exigencia de justicia y la necesidad de paz, en el contexto de un cambio político-social radical. Su objeto es la superación de un pasado de violaciones sistemáticas a los DD. HH. y el DIH. La justicia transicional está compuesta por un elemento retributivo, caracterizado por la individualización de responsables de crímenes atroces y su posterior sanción; por otra parte, tiene un elemento restaurativo, caracterizado por el esclarecimiento de la verdad y la reparación a la víctima. Finalmente, el objetivo principal es la garantía de no repetición, que solo es posible con el adecuado equilibrio entre el elemento retributivo y el restaurativo.

## Antecedentes en Colombia

El antecedente más próximo de elementos de la justicia transicional en Colombia fue la llamada "ley de sometimiento a la justicia", vigente durante la década de los noventa, y que tenía el objetivo de que los grandes capos del narcotráfico se entregaran voluntariamente a la justicia. Como lo menciona Alejandro Aponte (2009), se trató de una figura jurídica en donde se premió la entrega voluntaria a cambio de una reducción sustantiva de la pena; esto puede verse como un intento por mantener el sistema ordinario de justicia cuando las instituciones son incapaces de hacer prevalecer el Estado de derecho; lo que se le conoce como "derecho penal premiado" (pp. 237-238).

Durante el mandato presidencial de Álvaro Uribe (2002-2010), el Gobierno nacional inició diálogos de paz con los grupos autodenominados *autodefensas* o *paramilitares*. El producto de las negociaciones fue la Ley 975 de 2005 o *Ley de Justicia y Paz,* que establece una justicia de transición, pero que propiamente no es un proceso transicional. Así lo afirma Aponte (2009):

> [Es] un proceso complejo con fórmulas y mecanismos de justicia transicional, mas no en sí de un proceso de justicia transicional [...] antes que fórmulas de superación del pasado, se trata de mecanismos de neutralización de dinámicas horrendas de presentes conflictivos; más que tramitación del pasado, se trata de enfrentar un presente perpe-

> tuo de violencia sin límites, de degradación del conflicto armado, de comisión de toda suerte de crímenes internacionales. (p. 241)

El objetivo de la Ley de Justicia y Paz fue la terminación de las atrocidades cometidas en el conflicto. Para esto, se utilizaron mecanismos propios de la justicia transicional, pero sin la intención de desarrollar un proceso transicional, en otras palabras, de pasar de un estado de guerra a un estado de paz. Entre las características más sobresalientes de dicha ley se encuentran: 1) la discusión en torno a la definición de delitos políticos y conexos, con miras a establecer los alcances de la ley de amnistía; 2) el sistema de justicia especial estaba compuesto por dos procedimientos, en ambos, la rama ejecutiva tenía el control de la etapa preprocesal; 3) carencia de una "comisión de la verdad", en su lugar fue constituida la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR); 4) se establece el narcotráfico como delito común y con preponderancia respecto a los crímenes internacionales (Aponte, 2009).

En conclusión, la Ley de Justicia y Paz no fue, en la definición ortodoxa, un modo de justicia transicional, sin embargo, sí utilizó algunos de sus mecanismos y herramientas para superar una situación de graves violaciones a los DD. HH. y al DIH. Además se caracterizó, principalmente, por ser la aplicación de un sistema de justicia transicional, en el sentido más heterodoxo, sin un proceso de transición; es decir, no existió el tránsito de un estado de guerra a un estado de paz, debido especialmente a la ausencia de una Comisión de la Verdad (la CNRR asumió las funciones de esta), a la intervención de la rama ejecutiva en los procesos judiciales, a un sistema judicial desbordado de procesos y a la extradición de trece cabecillas importantes de los grupos paramilitares, antes de ser juzgados (Aponte, 2009).

La siguiente parte de este acápite expondrá el marco jurídico internacional en el que se desarrollaron los diálogos de paz entre el Gobierno nacional y las Farc-EP, posteriormente, se presentarán la formación y los objetivos del Marco Jurídico para la Paz. Para iniciar, cuando se habla del Marco jurídico internacional se hace referencia a todas las obligaciones que ha contraído el Estado colombiano para la satisfacción de los derechos de las víctimas, que no podrían ser suspendidos o limitados durante un periodo transicional. En este acápite nos referiremos especialmente al componente de justicia.

El derecho a la justicia no solo es un derecho de las víctimas, sino un deber del Estado con una función diversa. Por ejemplo, para Fernández (2014, p. 161), la pena cumple una función retributiva-preventiva en la medida que el condenado adquiere una deuda con la sociedad que debe pagar y, al mismo tiempo, es un mensaje al resto de la sociedad, para que conozcan el castigo si cometieran los mismos delitos por los que fue condenado aquel.

Por otro lado, para Orozco (2009), la justicia tiene un componente de reconciliación, en el sentido de que busca la construcción de una memoria histórica a través del condenado, una visión retrospectiva de la justicia, propia de los juicios de Núremberg. Por último, Teitel (2000) considera que el castigo cumple una misión legitimadora, pues las condenas a los miembros del antiguo régimen lo deslegitiman, mientras que legitiman el régimen nuevo (pp. 49-51).

Por lo anterior, el componente de justicia está conformado por el principio del "deber de investigar, juzgar y sancionar, con penas adecuadas, a los perpetradores de crímenes atroces" (Botero y Restrepo, 2006, p. 54). Este principio está dividido en varias categorías especiales, y de este se derivan cinco deberes: 1) sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos; 2) imponer penas adecuadas a los responsables; 3) el deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos; 4) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; 5) el deber de respetar las reglas del debido proceso en todos los juicios. Para efectos de este artículo, se analizará este último.

El respeto al debido proceso está ligado profundamente al mantenimiento del Estado de derecho, que diferencia la justicia transicional de una justicia política. Colombia ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, los Convenios de Ginebra, y sus los Protocolos adicionales, así como el Estatuto de Roma (con la salvedad de crímenes de guerra hasta el 2009, fecha ya cumplida). De estos mecanismos de observación internacional se desprende la obligación del Estado, no solo de juzgar y sancionar los crímenes atroces, sino también de respetar el derecho al debido proceso de los acusados e investigados. De acuerdo con Catalina Botero y Esteban Restrepo, (2009):

> Las personas a quienes se endilga responsabilidad en la comisión de actos que constituyen violaciones graves de los DD. HH. o DHI tienen derecho a ser investigadas y juzgadas de conformidad con las garantías derivadas del derecho al debido proceso [...]. Sin embargo, la garantía del derecho a la justicia de las víctimas [...] determina que, en los procesos que se inicien contra los presuntos responsables de esas atrocidades, las autoridades judiciales limiten o inapliquen ciertas garantías del derecho al debido proceso. (p. 69)

## Componentes para la paz en el *Acuerdo Final*

El *Acuerdo Final* entre el Gobierno nacional y las Farc-EP establece los siguientes puntos: 1) desarrollo agrario integral; 2) participación política; 3) fin del conflicto; 4) narcotráfico; 5) derechos de las víctimas; 6) implementación, refrendación verificación

y refrendación. El punto que se tratará en adelante es el "Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto", en cual se pactó la creación del "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición" (en adelante, SIVJRNR), y que incluye la JEP.

Es necesario describir de forma sintética el SIVJRNR y, especialmente, la JEP, para establecer los puntos claves para lograr una justicia transicional exitosa y, posteriormente, se realizará un análisis desde los conceptos de seguridad jurídica y del debido proceso.

## El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR)

> Son millones los colombianos víctimas de desplazamiento forzado, cientos de miles los muertos, decenas de miles los desaparecidos de toda índole y amplio número de colectivos y poblaciones afectadas a los largo y ancho del territorio, incluyendo comunidades, movimientos sociales y sindicales, gremios económicos, entre otros. Sin olvidar otras formas menos visibles pero no menos dolorosas de victimización, como la violencia sexual, las afectaciones psicológicas, o la simple convivencia con el miedo. (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, p. 6)

El *Acuerdo Final*, está enfocado en las víctimas, para asegurar la satisfacción integral de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Para esto, se estableció una serie de principios, entre los cuales están: el reconocimiento de las víctimas, el reconocimiento de responsabilidad, satisfacción de los derechos de las víctimas, la participación de las víctimas, el esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, las garantías de protección y seguridad, la garantía de no repetición, el principio de reconciliación y el enfoque de derechos.

Por ende, con el propósito de garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas, se estableció el SIVJRNR, en el cual se articularon compromisos para el desarrollo de la justicia transicional. De esta manera se instauró un sistema integral conformado por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de la paz y las garantías de no repetición. Estos mecanismos han de contribuir al complimiento de los siguientes objetivos: satisfacción de los derechos de las víctimas, rendición de cuentas, no repetición, enfoque territorial diferencial y de género, seguridad jurídica, convivencia, reconciliación y legitimidad.

## Componente de justicia: Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

El SIVJRNR estipula la creación de la JEP, como componente de justicia, que se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado, y sus decisiones les ofrecerán garantías de seguridad jurídica. Esta se aplicará únicamente a conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor, con el fin de lograr los siguientes objetivos:

> [...]satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, 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 interno, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los derechos humanos. (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, p. 143)

Esta jurisdicción especial se fundamenta en la obligación del Estado de garantizar los DD. HH. y el DIH. Es necesario apreciar la complejidad, duración y gravedad del conflicto armado, con el fin de diseñar y adoptar los mecanismos de justicia para lograr la paz dentro de los parámetros establecidos en el derecho internacional.

Adicionalmente, en el *Acuerdo Final* se presenta una reflexión con respecto al resarcimiento de las víctimas; en esta se determina que las consecuencias de las violaciones cometidas a las víctimas son más graves cuando afectan a los grupos más vulnerables, quienes merecen una reparación y protección especial. En este sentido, se considera que las reparaciones deben adoptar un enfoque de género, reconociendo el sufrimiento especial de las mujeres, y la importancia de su participación activa en el componente SIVJRNR.

Los puntos que conforman la JEP, son tres: 1) ley de amnistías e indultos; 2) los procedimientos; 3) las Salas y secciones. A continuación se explicará cada uno de estos componentes.

Frente al primer punto, el *Acuerdo Final* se sustenta en artículo 6, numeral 5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra[2], en tanto sigue las siguientes consideraciones para regular las amnistías, los indultos y los tratamientos especiales: 1) estarán condicionados a la finalización de la rebelión y al cumplimiento de lo establecido en el *Acuerdo Final*; 2) serán susceptibles de amnistía e indulto los delitos políticos y conexos cometi-

2 "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado" (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, artículo 6, numeral 5).

dos en desarrollo del conflicto armado, estos delitos serán establecidos de manera clara y precisa; 3) no son amnistiables ni indultables los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, entre otros, conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma; y, 4) no podrán ser amnistiables, los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión.

Estas consideraciones también serán aplicables a los agentes del Estado que hayan cometido delitos relacionados con el conflicto armado, previa valoración de las reglas de operación de la fuerza pública, en relación con el DIH. Además, las investigaciones y sanciones disciplinarias, o administrativas, finalizarán cuando sean producto de conductas relacionadas con el conflicto armado, o la rebelión, y se les dará el tratamiento de conductas amnistiables o indultables.

La definición de delitos políticos o conexos, comprenderá dos criterios: el primero los determina de la siguiente manera:

> [...] aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión, con ocasión del conflicto armado, por ejemplo, la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, los delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta sea el Estado y su régimen constitucional vigente; y las conductas dirigidas a facilitar, apoyar financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión. (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, artículo 5.1.2., numeral 39)

El segundo es un criterio restrictivo que excluye crímenes internacionales, de acuerdo a lo dispuesto en el Estatuto de Roma:

> [...] la aplicación de los criterios de conexidad en todo lo que no haya sido definido con exactitud en la ley de amnistía, se tendrá en cuenta la doctrina adoptada al interpretar dicha Ley por la Sala de amnistía e indulto y por la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz. (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, artículo 5.1.2., numeral 39)

El segundo punto, corresponde a los procedimientos para el juzgamiento de las conductas. En el Acuerdo se establece la aplicación de dos procesos; 1) Procedimiento en caso de reconocimiento de la verdad y reconocimiento de responsabilidad; 2) Procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, artículo 5.1.2., numeral 45).

El tercer punto, tiene como finalidad satisfacer los derechos de las víctimas. Para esto, según el acuerdo, el componente de justicia estará integrado por los siguientes órganos:

* Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. Entre las funciones de esta sala se encuentran: decidir los hechos y conductas atribuidas a los actores del conflicto, con relación directa o indirecta;

recibir los informes de las demás entidades, órganos o jurisdicciones nacionales, de las organizaciones de víctimas; notificar a los vinculados en los procesos; fijar las fechas y plazos para la ejecución de los procesos; adoptar resoluciones de conclusiones; remitir las situaciones a los distintos órganos de esta jurisdicción, según el procedimiento correspondiente (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, artículo 5.1.2., numeral 48).

* El Tribunal para la Paz será el órgano de cierre de la JEP y estará compuesto por una Sección de primera instancia para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad, una Sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, una Sección de revisión de sentencias, una Sección de Apelación (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, artículo 5.1.2., numeral 52).
* La Sala de amnistía o indulto determinará las conductas indultables o amnistiables a aquellas personas que se sometan a la jurisdicción, ya sea que esté condenada o investigada, o que sea remitida por la Sala de reconocimiento de la verdad (*Acuerdo Final*, 2016, 24 de noviembre del 2016, artículo 5.1.2., numeral 49).
* La Sala de definiciones de situaciones jurídicas que tiene funciones residuales: definir la situación jurídica de todos quienes hayan accedido a la JEP, definir los respectivos tratamientos a la sentencia, determinar los mecanismos procesales para quienes no reconozcan verdad y reparación, calificar la relación de conductas con el conflicto armado, adoptar resoluciones para definir la situación jurídica de quienes no fueron amnistiados ni indultados (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, artículo 5.1.2., numeral 50).
* La Unidad de investigación y acusación debe satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia cuando no haya reconocimiento colectivo o individual de responsabilidad (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, artículo 5.1.2., numeral 51).

## La Jurisdicción Especial para la Paz como justicia transicional

En el presente apartado se examinará si la JEP cumple con las características de la justicia transicional y en qué forma se aplican. Es importante resaltar que el *Acuerdo Final* se construyó conforme al Derecho Internacional de los DD. HH., el DIH y el Estatuto de Roma (marco jurídico internacional) (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, preámbulo, p. 2).

En primer lugar, de acuerdo al contexto en que se forma, el *Acuerdo Final* es la respuesta jurídico-política a la exigencia de justicia y la necesidad de paz, para generar un cambio sociopolítico radical (en nuestro caso, el fin del conflicto armado colombiano), con el objetivo de superar las violaciones masivas de DD. HH. y el DIH, cometidas durante

el conflicto. En consecuencia, el *Acuerdo Final* es una posibilidad política para la terminación del conflicto y la reparación de las víctimas. Asimismo, a partir de la complejidad, la duración y la gravedad del conflicto armado, surge la necesidad de crear un mecanismo que permita satisfacer los derechos de las víctimas, lo cual es propio de la justicia transicional, y es el principal objetivo de la JEP, en cuanto al derecho a la justicia.

En segundo lugar, el concepto de justicia transicional (dimensión jurídica) señala que esta se compone por un elemento retributivo: la individualización de responsables de crímenes atroces y su posterior sanción. Al respecto, la JEP ha establecido expresamente que no son indultables o amnistiables aquellas conductas relacionadas a graves violaciones a los DD. HH. y el DIH. De esta manera, la JEP configura diferentes procedimientos y sanciones, dependiendo de la contribución del acusado respecto al esclarecimiento de los hechos, la reparación de las víctimas, entre otras. Luego, dependiendo de su situación, la sanción iría desde la pena de restricción efectiva de la libertad (no es cárcel) de 5 a 8 años; hasta una pena de prisión de 15 a 20 años.

En tercer lugar, la JEP tiene un elemento restaurativo (dimensión ética), caracterizado por el esclarecimiento de la verdad y la reparación a la víctima. Esta función es realizada por la Sala de reconocimiento de verdad y la Unidad de investigación y acusación; así como por los mecanismos presentes en la SIVJRNR para la reparación de víctimas.

Por último, la garantía de no repetición es posible con el adecuado equilibrio entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa. De esta manera, el SIVJRNR establece como objetivos, entre otros: satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; proteger los derechos de las víctimas; adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno. (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, artículo 5.1.2., numeral 2, p. 143). Sin embargo, sobre la garantía de no repetición, solo se podrá establecer una conclusión al finalizar la implementación del *Acuerdo Final*. De esta manera, en la actualidad —y a partir de lo analizado en proceso de paz y el *Acuerdo Final*— es posible afirmar que la existencia de un equilibrio entre justicia restaurativa y retributiva permite satisfacer teóricamente el objetivo de no repetición.

Para concluir, podemos afirmar que el SIVJRNR y la JEP presentan los elementos esenciales que se plantearon a partir de la reconstrucción del concepto de justicia transicional: se constituye como la respuesta a un cambio jurídico-político, incluyendo la superación de las graves violaciones a los DD. HH. y el DIH; y de igual manera representa un equilibrio entre la justicia retributiva y la restaurativa, con el objetivo de garantizar la no repetición.

## Los principios de seguridad jurídica y debido proceso en el Estado de derecho y el *Acuerdo Final*

En este apartado se hará un acercamiento al concepto de seguridad jurídica y se presentará el principio de seguridad jurídica en el Estado social de derecho; posteriormente se expondrá el principio del debido proceso; para analizar la forma en que estos se implementan en el *Acuerdo Final*.

### Seguridad jurídica

Thomas Hobbes (1651), citado por Ricardo García (2007, pp. 49-50), señala que "los hombres aman por naturaleza la libertad y el dominio sobre los demás". Así que es fundamental establecer restricciones para el desarrollo y la vida en sociedad, con el fin de procurar su propia conservación y, consecuentemente, una vida más grata. Con la pretensión de salir de esa insufrible situación de guerra es necesario establecer el poder político, para de mantener el orden. Esta situación, en primera medida, permite la conservación de la vida misma, de tal manera que el poder político debe estar en cabeza del soberano, el cual debe ejercer dicho poder, velando por la seguridad del pueblo. A su vez, esa seguridad debe ser entendida no como una mera preservación, sino más bien como todas las demás satisfacciones de la vida que cada hombre adquiere para sí, mediante su legítimo trabajo y sin peligro o daño para el Estado.

En Colombia, las ramas del poder público deben garantizar la seguridad de los ciudadanos y estos deben confiar en el ordenamiento jurídico, esto permitiría alcanzar la convivencia como núcleo esencial de la sociedad. Con este propósito, el ordenamiento jurídico se estructura a partir de principios; uno de ellos es el de seguridad jurídica, fundamental en la definición de un Estado de derecho que garantice los derechos de sus ciudadanos. Sin embargo, para este análisis es necesario preguntar qué se entiende por seguridad jurídica.

Es importante resaltar que la seguridad es un estado psicológico en que los seres humanos perciben satisfacción y tranquilidad por ausencia de miedo o ignorancia del peligro (Gallego, 2012, p. 76). Asimismo, puede entenderse como una búsqueda del hombre para protegerse de amenazas externas a su integridad física, "en este término, seguridad, en vez de ausencia de duda, es ausencia de miedo" (Ávila, 2012, p. 87).

En esta medida, la seguridad puede ser entendida en varios sentidos: la *seguridad pública,* como un estado de protección de bienes individuales o colectivos, evitando amenazas internas o externas a la paz de las personas; o la *seguridad social,* entendida como la protección contra las amenazas a las condiciones esenciales de supervivencia, por medio del conjunto de instituciones financiadas por recursos públicos o privados, que buscan garan-

tizar a los individuos las prestaciones destinadas a protegerlos de riesgos sociales; por otra parte la *seguridad jurídica* que solo es relevante cuando se supera la dimensión psicológica individual, para adentrarse en la dimensión axiológica social (Ávila, 2012, p. 90).

La seguridad jurídica es un fenómeno valorativo intersubjetivo, vinculado al derecho de una sociedad, como valor o como norma, que tiene lo jurídico como objeto o instrumento. De esta forma es posible diferenciar entre la seguridad jurídica y seguridad no jurídica; la primera supone una relación directa con la aplicación del derecho de una sociedad y la segunda como el estado psicológico en el que un individuo se encuentra tranquilo o satisfecho al no encontrase ante ninguna amenaza física (Ávila, 2012, p. 92).

Definir el concepto de seguridad jurídica es difícil debido a su amplia vaguedad y aplicación, pero aún así es posible hacer algunas precisiones sobre esta. La seguridad jurídica puede entenderse como un elemento de la definición de derecho y, por lo tanto, es una condición esencial de un ordenamiento jurídico, que le concede un ámbito de certeza. De la misma manera, Norberto Bobbio (1985), citado por Humberto Ávila (2012, p. 91), señala que la seguridad jurídica no es solo una exigencia de la coexistencia ordenada del hombre, sino también es un elemento intrínseco del derecho, el cual tiene como finalidad garantizar la igualdad y evitar la arbitrariedad; por lo tanto, es imposible concebir un ordenamiento jurídico que no presente un mínimo de seguridad jurídica, dado que sin esta no se podría hablar de derecho.

Humberto Ávila (2012), en *Teoría de la seguridad jurídica* entiende este concepto como un elemento fundamental de la estructura del derecho, del cual se puede establecer tres concepciones (pp. 70-82):

* Seguridad jurídica como una realidad fáctica: determinada como la posibilidad que alguien tiene de prever concretamente los acontecimientos jurídicos, a partir de hechos o comportamientos. Se refiere a la capacidad de anticipar una situación de hecho o prever efectivamente una situación.
* Seguridad jurídica como valor (denota un juicio axiológico). Se establece como un valor sustancial para la vida humana. Además representa las notas generales de los valores, entre ellos: implicación bipolar, referibilidad, preferencia, jerarquía, inconmensurabilidad, inagotabilidad, objetividad e historia, además denota un ideal político de justicia.
* Seguridad jurídica como norma-principio (dimensión normativa). En esta concepción, la seguridad jurídica no hace referencia a la posibilidad de que alguien prevea las consecuencias jurídicas de hechos o comportamientos, sino a la prescripción, para que alguien adopte comportamientos que aumenten el grado de previsibilidad. En en otras palabras, el objeto de la seguridad jurídica no es directamente la configuración de la realidad, sino la configuración del derecho para configurar la realidad. Estas concepciones de la seguridad jurídica no pueden ser confundidas.

Por consiguiente, según la concepción de seguridad jurídica como norma-principio establecida por Ávila (2012), se desarrolla que:

> Los principios jurídicos son aquellas normas que establecen un estado de ideas, de cosas, para cuya realización es necesario adoptar comportamientos que provocan efectos que contribuyen a su promoción. Por ello, se afirma que comportan un fin (estado de cosas) y unos medios (conductas necesarias para su promoción).
>
> [...]
>
> [Es] un concepto normativo de seguridad jurídica que connota determinadas propiedades (estados de cosas realizables en varios grados) cuya subsistencia depende de la implementación de determinadas condiciones jurídicas. Se trata, como se ve, de un concepto normativo, indicador de propiedades determinadas, que remite a estados de hecho, que hay que realizar en mayor o menor medida. Como principio jurídico, la seguridad jurídica debe diferenciarse de las demás reglas. Estas son aquellas normas que describen lo permitido, lo prohibido y obligatorio. (Ávila, 2012, pp. 94-96)

Ávila (2012), concluye su análisis señalando que, el principio de seguridad jurídica exige una relación con la realidad jurídica, presupone comparar una norma (principio de seguridad jurídica) con otra (norma legal, administrativa o judicial), esto con el fin de verificar si la norma inferior se encuentra en concordancia con el principio de seguridad jurídica (pp. 96-98).

## El principio de seguridad jurídica en el Estado social de derecho

En su obra *Teoría de la seguridad jurídica,* Ávila (2012) señala que:

> El Estado de derecho se relaciona con el principio de seguridad jurídica en dos dimensiones (formal y material). La dimensión formal se refiere a la separación de poderes (favorece el ejercicio del poder y asignación mediante reglas de competencia), la jerarquización de las normas (cada una con fundamento de validez en una norma superior, favorece una mayor previsibilidad y control de la actuación del Estado) y la protección jurisprudencial (funciona como instrumento garantista de derechos así como efectividad del ordenamiento jurídico). Estos elementos de la concepción formal, contribuyen con los ideales de la seguridad jurídica, tales como claridad, certeza, precisión inteligibilidad, generalidad y abstracción; por otro lado, la dimensión material también favorece los ideales de la seguridad jurídica, pues busca proteger un conjunto de derechos, es así, que la seguridad jurídica establece derechos como instrumentos para garantizar otros, por esto es considerada en parte como un derecho-garantía, debido a que su relación es previa al ejercicio efectivo de determinados derechos fundamentales. El Estado de derecho sirve de instrumento para asegurar la seguridad jurídica. (p. 180)

La relación de la seguridad jurídica con el Estado social de derecho se da porque un orden social es el que garantiza la seguridad social, brindando medios de subsistencia digna a sus ciudadanos. Por lo tanto, es importante tener en consideración las expectativas y posiciones de los ciudadanos, de tal manera que no se vean sorprendidos, sin una grave justificación racional, por situaciones estimadas como inferiores a las condiciones mínimas de supervivencia. Para esto, el Estado social de Derecho exige un cambio estable del ordenamiento jurídico, por medio de un compromiso de renovación y continuidad, conformando el principio de seguridad jurídica en el sentido de mantener las garantías clásicas del Estado liberal, y prever mecanismos que permitan una cierta flexibilidad necesaria para alcanzar la finalidad buscada por el orden económico (Ávila, 2012, pp. 181-183).

## Implementación del principio de seguridad jurídica en la JEP

La JEP debe basarse en los principios del ordenamiento jurídico ordinario con el fin de ser legitimado por este. Es por esto que, en el *Acuerdo Final* se implementa el principio de seguridad jurídica, que busca establecer certeza para cualquier persona que haya participado directa o indirectamente en el conflicto armado, así como, a las víctimas que buscan justicia, verdad, reparación y no repetición.

Para alcanzar estos objetivos la seguridad jurídica se implementa en el *Acuerdo Final* así:

Primero, por medio de la estructuración de un marco jurídico general, por el cual se rigen cada uno de los puntos establecidos en el *Acuerdo Final*. Este marco jurídico está fundado por las disposiciones fijadas en distintas convenciones y tratados de DD. HH. y el DIH. De este modo, se establece una dimensión normativa de seguridad jurídica, debido a que, cualquier punto de los establecidos en el acuerdo debe estar en concordancia con el marco jurídico predeterminado.

En segundo lugar, la JEP en su inciso 18, señala: "El resultado final de la aplicación del SIVJRNR, debe garantizar la seguridad jurídica para promover una paz estable y duradera" (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, p. 147). En este punto, se resumen dos partes fundamentales del *Acuerdo Final*, relacionadas con el principio de seguridad jurídica, como garantía para la paz: la primera es que la finalidad de la seguridad jurídica será promover la paz; la segunda parte es la necesidad de que tanto víctimas como actores armados —y demás participantes en el conflicto, responsables de las violaciones a los DD. HH. y el DIH— confíen en la JEP e identifique los órganos que la componen. Tales órganos están encargados de promover la igualdad y evitar la arbitrariedad. Podemos referirnos a esta parte como la implementación de la dimensión fáctica del principio de seguridad jurídica, debido a que las víctimas o los victimarios podrán prever los acontecimientos jurídicos a partir de los hechos causados en el pasado.

De lo anterior, y con motivo de garantizar la seguridad jurídica, el *Acuerdo Final* se refiere a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición. Asimismo, también señala que es necesario determinar claramente cuáles son los delitos que son amnistiables o indultables y aquellos que no lo son, para lo cual se establecieron reglas que buscan esclarecer la verdad e imputar conductas, siguiendo el respectivo marco jurídico. Además, se fijaron procedimientos para su juzgamiento en la JEP, lo que también implica una implementación desde una dimensión normativa de la seguridad jurídica y una dimensión axiológica.

Por último, es importante señalar que la seguridad jurídica no solo se refiere al ámbito en que el ordenamiento jurídico es inmodificable, lo que establece una capacidad objetiva de prever las consecuencias jurídicas a partir del derecho; también se puede entender como una exigencia de estabilidad en el cambio, como la protección de situaciones subjetivas garantizadas individualmente y la exigencia de continuidad del ordenamiento jurídico mediante reglas de transición y cláusulas de equidad. De esta manera el ordenamiento jurídico debe ser protector de expectativas y garante de cambios estables, asegurando una relación recíproca entre estabilidad y cambio, y evitando que haya un margen de incertidumbre e inseguridad en el derecho (Ávila, 2012, p. 106).

En conclusión, la justicia transicional no implica la pérdida de la seguridad jurídica propia del ordenamiento jurídico ordinario, por el contrario, significa su conservación, por medio de mecanismos alternativos que puedan llevar a la sociedad, no solo a la seguridad jurídica, sino también a la seguridad pública y social. Para esto es evidente que la transición debe estar caracterizada por estabilidad y racionalidad y por reglas que la regulen, así como por cláusulas de equidad, generando un cambio con estabilidad; es de esta manera como la JEP busca garantizar una paz estable y duradera, por medio de la seguridad jurídica.

## Principio del debido proceso

El debido proceso es un principio y un derecho constitucional, con fundamentos en el Derecho Internacional de los DD. HH., por lo cual, hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto; mientras que la jurisprudencia de las cortes internacionales que velan por el cumplimiento de dichos tratados, harán parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato. Es necesario explicar, en qué consiste el debido proceso como principio procesal, con base en el marco jurídico nacional e internacional. Así pues, consideramos que el debido proceso es:

> [...] un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. [...] En buena cuen-

> ta, el debido proceso supone "el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales". (Blanco y Salmón, 2012, p. 24)

Igualmente, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la definición de este principio:

> [...] como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-957, 2011)

Por tanto, al ser objeto de protección por el Derecho Internacional de los DD. HH., muchas de las garantías que existen en el debido proceso son consideradas intangibles e irrenunciables, comunes a las partes en la confrontación procesal —que puede ser de cualquier tipo, ya sea civil, laboral, contencioso-administrativa o penal (en donde adquiere mayor importancia)—. El margen de acción del debido proceso en materia penal incluye garantías al acusado, prohibiciones al Estado y protecciones especiales a las personas privadas de la libertad que no han sido condenadas (Huertas, Lozano, Sanabria y Trujillo, 2007, pp. 43-48).

Por consiguiente, el principio del debido proceso consiste en una libertad positiva y una libertad negativa, por cuanto el Estado debe satisfacer el derecho, poniendo a disposición todos los medios necesarios para su materialización; y, al mismo tiempo, debe asegurarse de que sus funcionarios no afecten o interfieran en el goce del derecho, como, por ejemplo, al impedir que una persona ejerza el derecho a la defensa u obligándola a autoincriminarse, etc. Además, el debido proceso es un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática, tiene un carácter democratizador, y es un prerrequisito para la defensa de cualquier derecho; en síntesis, las garantías del debido proceso forman un rol de control frente al poder estatal (Blanco y Salmón, 2012, p. 24).

Es necesario mencionar el conjunto de garantías procesales, para posteriormente analizar su implementación en el *Acuerdo Final*. Así pues, según Huertas *et al.*, (2007) las garantías procesales fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano son: 1) el acceso a la administración de justicia; 2) la legalidad de la prueba; 3) la imposibilidad que los civiles sean juzgados por militares (pp. 50-51). Incluso, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente, respecto a la composición del principio del debido proceso:

> Hacen parte de las garantías del debido proceso: 1) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades

> de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; 2) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (3) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. [...]; 4) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; 5) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo; y 5) el derecho a la [...] imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-341, 2014)

El derecho a la jurisdicción o al acceso a la administración de justicia está estrechamente relacionado con el principio de igualdad. Esta garantía contiene una doble obligación para el Estado: en primer lugar, exige que no haya leyes discriminatorias y, en segundo lugar, exige que los funcionarios judiciales y administrativos, apliquen la ley sin discriminación (Huertas *et al.*, 2007, pp. 115-117). Incluye, además, la máxima por la cual el juez debe juzgar de la misma manera dos casos similares y, en caso de apartarse de la decisión precedente, argumentar con suficiencia dicha postura.

El derecho de apelación tiene dos objetivos: darle la oportunidad al acusado de que su caso sea revisado por un superior para que se corrijan los errores en caso de que existan; y la facultad de la jurisdicción para corregir sus propios actos con miras a una justicia de mayor calidad (Huertas *et al.*, 2007, pp. 164-175). El tribunal constitucional considera que el derecho de apelación no constituye una garantía fundamental dentro del debido proceso; sin embargo, si lo es en materia penal, donde hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. La corte se pronunció así en sentencia del 24 de abril de 2013:

> [...] El sentido y razón de ser de la doble instancia no se vincula tanto con la mera existencia en el plano institucional y funcional de una jerarquía vertical de revisión ni tampoco se relaciona en exclusiva con la simple gradación jerarquizada de instancias que permitan recurrir, impugnar, controvertir. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-248, 2013)

El principio de no autoincriminación, según Huertas *et al.* (2007), está inherentemente ligado al derecho de no sufrir torturas, penas o tratos crueles e inhumanos, pues obliga a las autoridades a no coaccionar al acusado para que declare su culpa o confiese sus delitos (pp. 134-137). Incluso en un contexto de transición, dicho derecho no puede ser limitado o restringido. El máximo tribunal constitucional considera que

> [...] permitir en el ámbito de la justicia transicional que la información que un desmovilizado suministre, en el marco de los Acuerdos, de contribución a la verdad histórica y la reparación, no genere consecuencias adversas en su contra [...] no contraviene la carta política y es, por el contrario, acorde a los fines del Estado. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-771-11, 2013)

Por último, Huertas *et al.* (2007, pp. 219-224) consideran, respecto al debido proceso en estados transicionales, que las normas internacionales no prohíben la creación de tribunales especiales o excepcionales, pero que sí se deben mantener todas las garantías que se establecen en los tribunales ordinarios. Además, estos tribunales están sujetos a todos los requisitos de la jurisdicción ordinaria, como que estén establecidas por ley la independencia, la imparcialidad, etc.

## Implementación del principio en la JEP

La JEP debe respetar el marco jurídico internacional para evitar la impunidad y garantizar la materialización de los derechos de las víctimas y de las personas procesadas en esta jurisdicción especial. En este apartado se expondrá la implementación del principio del debido proceso en el *Acuerdo Final*. Este principio es referido de la siguiente forma:

> 14.- Todas las actuaciones en el componente de justicia, [...] respetarán los derechos fundamentales del debido proceso, defensa, asistencia de abogado, presunción de inocencia y la independencia e imparcialidad de los magistrados de las salas y secciones, así como de los integrantes de la Unidad de Investigación y Acusación. Todas las decisiones judiciales sobre las responsabilidades y sanciones de personas serán debidamente motivadas y fundamentadas en pruebas confiables y admisibles ante tribunales de justicia. Las resoluciones y sentencias de las salas y secciones pueden ser recurridas en reposición o apelación a solicitud del destinatario de las mismas. (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, p. 146)

De cualquier modo, este no es el único principio que se refiere al debido proceso, pero sí es la cláusula general, por la cual, el Estado reafirma su deber de garantizar los derechos fundamentales en un estado de transición. En un análisis del *Acuerdo Final* y la Sentencia C-341 de 2014, mencionada *ut supra,* se encuentran dos elementos fundamentales

del principio del debido proceso: el derecho a la defensa y el derecho a la imparcialidad e independencia del juez. Adicionalmente, se menciona el derecho a la doble instancia, que hace parte del núcleo esencial del debido proceso en materia penal.

El principio de jurisdicción y competencia se encuentra mencionado así: "[...] (JEP), es una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera *autónoma* y *preferente* sobre los asuntos de su competencia" (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, p. 280) (cursivas nuestras). De esta cláusula se resaltan dos características, la primera es la autonomía con la cual el Tribunal para la Paz deberá ejercer sus funciones, tanto administrativas como presupuestales, de acuerdo con el numeral 16 de la JEP, que dicta lo siguiente: "El Estado garantizará la autonomía administrativa y la suficiencia y autonomía presupuestal [...] en especial del componente de justicia" (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, p. 146).

En segundo lugar, y con mayor relevancia, está el principio de preferencia, que hace alusión a la posibilidad de ejercer su jurisdicción sobre personas que, por leyes posteriores, sean excluidos de la competencia de la JEP, en concordancia con el numeral 15 de la Jurisdicción, que hace alusión al principio de igualdad, en los siguientes términos: "[...] se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado" (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, p. 146).

Por último, es importante mencionar el principio que modifica la garantía procesal al juez natural. Esta limitación es posible por la facultad del Estado de crear jurisdicciones y procedimientos, potestad con fundamento en los principios de soberanía y libre determinación de las naciones. La razón por la cual esta garantía puede ser limitada es la necesidad de alcanzar la paz, garantizando, simultáneamente, los derechos de las víctimas. Por ello es importante que las personas sometidas a la JEP, sean juzgadas por hechos relacionados al conflicto ocurridos antes de la constitución y entrada en vigencia de la jurisdicción.

En el mismo sentido, el principio de no autoincriminación es limitado por la justicia transicional, como fue explicado en los párrafos precedentes, con base en la obligación del Estado de garantizar el derecho a la verdad de las víctimas; pero la Corte Constitucional ha considerado que el esclarecimiento de la verdad por parte de los acusados no puede tener efectos adversos en su contra durante el juicio. La potestad del Estado de negociar un acuerdo de paz incluye conceder beneficios, a cambio de acciones que lleven al resarcimiento de las víctimas, como lo es el esclarecimiento de la verdad. Así fue acordado en el documento del acuerdo:

> Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del SIVJRNR es necesario aportar la verdad plena, [...] aportar la verdad significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias

> y suficientes para atribuir responsabilidades [...]. (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, p. 146)

El análisis de la implementación del principio del debido proceso puede realizarse al estudiar el procedimiento en cada Sala o Sección. En los acápites siguientes se estudiará esta implementación, según el procedimiento del sistema de la JEP. En primer lugar, es necesario mencionar que el *Acuerdo Final* garantiza el derecho al debido proceso en todos los procedimientos que se lleven a cabo por cualquier órgano que la componen, en especial, el derecho a tener un abogado y el derecho de defensa[3]. Para garantizar este objetivo, el Estado está obligado a ofrecer los servicios de asesoría y defensa, de manera autónoma, y gratuita (si fuere el caso).

Según lo anterior, el componente de justicia tendría dos enfoques principales: un enfoque sustancial, en el entendido de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas; y un enfoque procesal, que consiste en el respeto al debido proceso de los acusados o quienes comparezcan a la JEP. El fundamento de la estrategia está en la necesidad de reparar a las víctimas sin vulnerar los derechos procesales de los presuntos victimarios. De esta forma, el acuerdo adquiere legitimidad pues consistiría en un adecuado balance o equilibrio entre justicia y paz, una verdadera respuesta político-jurídica. A continuación se presenta la implementación del debido proceso en cada órgano de la JEP.

## Sala de reconocimiento de la verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas

Tiene la facultad de realizar audiencias públicas, donde los presuntos responsables que se acogieron a la JEP, puedan contar la verdad y ser individualizados, con la finalidad de garantizar los derechos de las víctimas (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, artículo 5.1.2., numeral 48). Además, la sala tiene como obligación principal garantizar el derecho a la defensa a aquellas personas que fueron comprometidas por un informe de reconocimiento, por medio de la notificación y la oportunidad de rendir voluntariamente su versión[4].

---

3 Como lo establece el numeral 46, o la cláusula orgánica de la Jurisdicción Especial de Paz: "Ante todos los órganos del componente de justicia del SIVJRNR las personas podrán ejercer su derecho de defensa, según lo escoja, de manera individual o por medio de la organización a la cual hayan pertenecido" (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, p. 153).

4 Expresa el texto que: "cuando una persona hubiere sido comprometida en un informe o declaración de reconocimiento, la Sala notificará para darle la oportunidad de rendir voluntariamente su versión de los hechos [...]" (*Acuerdo Final*, 24 de noviembre del 2016, artículo 5.1.2. numeral 48, inciso e, p. 155).

### Tribunal para la Paz

Durante el desarrollo de las actividades del Tribunal, es imprescindible el respeto al debido proceso del acusado. Sin embargo, dada la estructura del Tribunal, la aplicación del principio es más visible en la Sección de Primera Instancia, para casos de ausencia de responsabilidad. En esta sección se llevarán a cabo los juicios contra aquellos acusados que no esclarecieron los hechos con suficiencia o negaron su responsabilidad. Dicho proceso se realizará por medio de un juicio contradictorio que terminará en una sentencia absolutoria o condenatoria.

Las decisiones que profiera el Tribunal son impugnables ante la Sección de Apelación, con lo cual se respeta el principio *non reformatio in peius,* siempre y cuando solo haya sido el sancionado quien interpuso el recurso. Además, es de gran importancia la posibilidad de que las víctimas interpongan un recurso ante la Sección de Apelación, muy similar a la acción de tutela, si consideran que se les ha vulnerado un derecho fundamental durante cualquier procedimiento.

### Sala de amnistía e indulto

La Sala deberá garantizar el derecho a la defensa y la asistencia de un abogado. Esta fase de la JEP no implica una decisión judicial; por el contrario, es una etapa especial de trámite que otorga las amnistías e indultos cuando sean procedentes. A pesar de lo anterior, las resoluciones que esta sala profiera son susceptibles de impugnación.

### Unidad de Investigación y Acusación

La Unidad deberá respetar los derechos de las víctimas y su objetivo es garantizarles el derecho a la verdad y la justicia. Es por ello que, al ser el órgano fiscal de la JEP, debe solicitar las medidas cautelares y de aseguramiento al Tribunal que considere adecuadas (ante estas medidas se puede interponer recurso de apelación o reposición). Asimismo, podrá interponer medidas de protección a las personas, en casos que considere conveniente (entre testigos y víctimas).

En conclusión, la JEP tiene un doble propósito: materializar el derecho de las víctimas a la justicia y garantizar el debido proceso a las personas que se sometan a ella. Para cumplir este último propósito, el *Acuerdo Final* implementa el principio del debido proceso a través de: 1) una jurisdicción especial, independiente, autónoma (administrativa y presupuestal) e imparcial, que circunscribe una adecuada separación de la rama ejecutiva, teniendo en cuenta el contexto transicional en el que surge, además, una autonomía económica y administrativa que sustente su constitución, desarrollo y funcionamiento; 2) el derecho a la defensa (empleo de todos los medios legítimos para ser oído y obtener una decisión) en todas las Salas y Secciones de la JEP; 3) el derecho a impugnar las decisio-

nes, lo cual, en el caso del *Acuerdo Final*, faculta al interesado a hacerlo frente a cualquier decisión de la JEP.

A pesar de lo anterior, la JEP limita o restringe algunas garantías que conforman el principio de debido proceso. Entre ellas se debe mencionar en primer lugar, el derecho a una jurisdicción. El *Acuerdo Final* establece que la JEP es una justicia especial —en lugar de *excepcional,* característica que considera Orozco (2009), como propia de la justicia transicional—. Por tanto, las implicaciones que tiene son variables, como por ejemplo, que frente a un caso cualquiera, debe estudiarse primero la posibilidad de que la competencia recaiga en la JEP y no en la justicia ordinaria. La JEP tiene preferencia frente a las demás jurisdicciones.

En segundo lugar, el derecho al juez natural. Aquí cabe resaltar que la competencia de la JEP no es previa a los hechos, sino posterior a ellos. Aunque esto sea justificado por un contexto de negociación política para alcanzar la paz, el Estado está legitimado (incluso por el Derecho Internacional) para establecer jurisdicciones especiales y modificar la aplicación de algunas categorías jurídicas que faciliten la consecución de la paz. En este caso, por ejemplo, revierte la cláusula del juez natural, dejando como competente, a la jurisdicción creada, sobre los hechos ocurridos previamente a su constitución.

En tercer lugar, el derecho a la no autoincriminación es limitado para garantizar el derecho a la verdad de las víctimas. Sin embargo, los hechos que confiese el implicado —en el contexto de la Sala de reconocimiento—, no pueden desfavorecer al compareciente si llegase a juicio, pero si favorecerlo respecto a la sanción. Es decir, el posible implicado tendría beneficios si confiesa la verdad completa y suficiente, que logre satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas; de lo contrario, si es incompleta o no reconoce su responsabilidad, será procesado a través del procedimiento correspondiente, que concluirá en una sanción más fuerte.

Finalmente, el *Acuerdo Final* no menciona la garantía a una audiencia pública. Sin embargo, al tratarse de un contexto transicional, frente a las graves violaciones a los DD. HH. y el DIH, el interés general sería la ejecución de juicios públicos, favoreciendo de esta manera los derechos de las víctimas.

## Conclusiones

A modo de conclusión, en primer lugar, la justicia transicional surge en la Posguerra Fría, durante los cambios políticos radicales que tuvieron lugar en Europa del Este y Latinoamérica, y es entendida como la respuesta jurídico-política a un pasado de violaciones sistemáticas a los DD. HH. y el DIH. Este tipo de justicia está compuesta por un

elemento retributivo (sanción a los perpetradores) y un elemento restaurativo (mecanismos de reparación a las víctimas), con el fin de garantizar la no repetición y la reconciliación nacional.

En Colombia, la justicia transicional ha sido aplicada con una concepción heterodoxa, durante la Ley de Justicia y Paz, aunque se trató de la aplicación de mecanismos propios de la justicia transicional, pero sin una verdadera transición. Por el contrario, el *Acuerdo Final* contiene un sistema de justicia transicional, en una concepción ortodoxa, que respeta el marco jurídico internacional y el Estado de derecho, en un adecuado equilibrio entre la obligación de justicia y la necesidad de paz.

Para satisfacer dicho equilibrio, el *Acuerdo Final* cuenta con el SIVJRNR, que contiene el componente de justicia: la Jurisdicción Especial de Paz (JEP). Esta está compuesta por una Sala de reconocimiento de verdad (encargada de esclarecer los hechos y agilizar el proceso de sanción, respecto a crímenes atroces), un Tribunal de Paz (encargado de impartir justicia, y revisar, en caso de solicitarlo, toda providencia proferida por el JEP), una Sala de amnistía e indulto, una Sala de definiciones jurídicas y una Unidad de Investigación.

El principio de seguridad jurídica está implementado en la JEP por dos vías: la primera establece que la finalidad de la seguridad jurídica será promover la paz; la segunda, determina que, para lograr la paz por medio de la seguridad jurídica como garantía, es necesario que tanto las víctimas como los actores armados —y demás participantes en el conflicto responsables de las violaciones a los DD. HH. y el DIH— tengan la confianza y la capacidad de contabilizar las distintas consecuencias jurídicas establecidas en la JEP, y puedan identificar los diferentes órganos que la componen (encargados de promover la igualdad y evitar la arbitrariedad).

Por último, el debido proceso se implementa en la JEP, igualmente, mediante dos formas: la primera es materializar el derecho de las víctimas a la justicia, por medio de una jurisdicción independiente, imparcial y autónoma; lo cual permite que la víctima pueda participar del proceso, siendo ella el núcleo central del *Acuerdo Final*. La segunda es la garantía del derecho al debido proceso de las personas que se sometan a la JEP, por medio del derecho de defensa y el derecho a impugnar las providencias judiciales.

## Referencias

Aponte, A. (2009). Colombia. En K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (eds.), *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España.* (pp. 235-300). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer. Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf

Ávila, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Blanco, C. y Salmón, E. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: (IDEHPUCP) Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf

Botero, C. y Restrepo, E. (2006). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. En R. Uprimny, M. Saffon, C. Botero y E. Restrepo (eds.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. (pp. 45-108). Bogotá: Dejusticia (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad). Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Foros%20Justicia%20Transicional/LIBRO%20J.TRANS..pdf

Chaves, J. y Molina, A. (2007). La justicia transicional: de la razón a la racionalidad y de la racionalidad a la razón. *Antípoda,* 4, 225-242. Recuperado de https://antipoda.uniandes.edu.co/view.php/57/index.php?id=57

Consejo de Seguridad de la ONU (Organización de las Naciones Unidas). (2004). El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General. Recuperado de http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (16 de diciembre del 2011) Sentencia T-957. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-957-11.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (24 de abril del 2013) Sentencia C-248/13. [MP Mauricio González Cuervo]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-248-13.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (13 de octubre de 2013) Sentencia C-771/11. [MP Nilson Pinilla Pinilla]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-771-11.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (4 de junio del 2014) Sentencia C-341/14. [MP Mauricio González Cuervo]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-341-14.htm

Cuya, E. (31 de julio del 2011). La justicia transicional en América Latina: desarrollo, aplicación y desafíos. *Das Nürnberger Menschenrechtszentrum (NMRZ)*. Recuperado de http://www.menschenrechte.org/lang/es/strafgerichtsbarkeit/justicia-transicional

Fernández, J. (2014). *Concepto y límites del derecho penal. Introducción al derecho penal actual y nociones sobre justicia transicional, perdón y reconciliación*. Bogotá: Temis.

Gallego, C. (2012). El concepto de seguridad jurídica en el Estado. *Revista Jurídicas, 9*(2), 70-90. Recuperado de http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf

García, R. (2007). *El valor de la seguridad jurídica.* Ciudad de México: Fontamara.

Gobierno nacional y Farc-ep (24 de noviembre de 2016). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. [Acuerdo Final].* Recuperado de http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf

Huertas, O., Lozano, L., Sanabria, J. y Trujillo, F. (2007). *El derecho al debido proceso y a las garantías judiciales en la dimensión internacional de los derechos humanos.* Bogotá: Ibáñez.

Ibáñez, J. E. (2014). *Justicia transicional y las comisiones de la verdad.* Madrid: Instituto Berg.

Orozco, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria: dilemas de la paz y la justicia en América Latina.* Bogotá: Temis.

Orozco, I. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria.* Bogotá: Temis.

Osiel, M. (2005). Respuestas estatales a las atrocidades masivas. En A. Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional* (pp. 67-81). Bogotá: Universidad de los Andes.

Teitel, R. (2000). *Transitional Justice.* Nueva York: Oxford University Press.

Teitel, R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal, 16*(1), 69-94. Recuperado de http://www.nyls.edu/faculty/wp-content/uploads/sites/148/2013/09/Harvard-Human-Rights-Journal.pdf

Uprimny, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En R. Uprimny, M. Saffon, C. Botero y E. Restrepo (eds.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia.* (pp. 17-44). Bogotá: Dejusticia (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad). Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Foros%20Justicia%20Transicional/LIBRO%20J.TRANS..pdf

Uprimny, R. y Saffon, M. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En R. Uprimny, M. Saffon, C. Botero y E. Restrepo (eds.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia.* (pp. 109-139). Bogotá: Dejusticia (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad). Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Foros%20Justicia%20Transicional/LIBRO%20J.TRANS..pdf

# Inconstitucionalidad del artículo 6° de la Ley 1121 del 2008 de teletrabajo, por la vulneración de principios de derecho laboral contenidos en la Constitución Política de Colombia*

## *Unconstitutionality of article 6th of Ley 1121 del 2008, for violating labor law principles contained in the Constitution of Colombia*

Semillero de investigación vinculado al grupo de investigación
Escuela de Justicia Comunitaria (EJCUN)**

**Valeria López Olaya**
Departamento de Derecho
*valopezol@unal.edu.co*

**Delma Camila Mesa Villamil**
Departamento de Derecho
*dcmesav@unal.edu.co*

**David Morales Castaño**
Departamento de Ciencia Política
*bdmoralesc@unal.edu.co*

**Daniela Ríos Moreno**
Departamento de Derecho
*dariosmo@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33535 "Inconstitucionalidad del artículo sexto de la Ley de Teletrabajo del 2008, por la vulneración de principios de Derecho Laboral contenidos en la constitución política de Colombia", dirigido por el profesor Edgar Augusto Ardila Amaya.

** Los autores agradecen el apoyo y aportes de Sindy Castro Herrera.

**Resumen:** El teletrabajo es una nueva modalidad de empleo en Colombia implementada por el Gobierno gracias a sus posibles beneficios en la expansión del empleo, la facilidad de transporte, la reducción de costos para los empleadores, la integración de personas con alguna discapacidad motora al mercado laboral, entre otros. Sin embargo, es necesario analizar la otra cara de esta modalidad de empleo, aquella sobre los derechos a una jornada laboral determinada, derechos históricamente conquistados por el movimiento obrero que logró establecer límites a la subordinación de los trabajadores ante el empleador.

**Palabras clave:** teletrabajo, Ley 1221 de 2008, flexibilización laboral, inconstitucionalidad, jornada laboral, derechos laborales, prohibición de regresividad

**Abstract:** Telework is a new form of employment in Colombia implemented by the Government thanks to its possible benefits in the expansion of employment, ease of transport, reducing of costs for employers, the integration of people with some disability into the labor market, among others. However, it is necessary to analyze the other side of this form of employment, that on the labor rights to a certain working day, rights historically won by the labor movement that managed to establish limits to the subordination of the workers to the employer.

**Keywords:** telecommuting, Law 1221 2008, labor flexibility, unconstitutional, workday, labor rights, prohibition of retrogressive

## Introducción

El teletrabajo fue implementado en Colombia por la Ley 1221 del 2008, que excluyó en el art. 6° la aplicación de las disposiciones de jornada de trabajo, horas extra y trabajo nocturno, para aquellos que se encuentren bajo esta modalidad de empleo. Esta exclusión y la poca investigación que se ha hecho en la materia, es lo que motiva la presente investigación. Nos hemos preguntado si la disposición del art. 6° de la Ley de teletrabajo puede considerarse como inconstitucional, ya que desconoce derechos y principios laborales de los trabajadores que han soportado una carga histórica de lucha que no se puede ignorar. Encontramos que, en efecto, la disposición vulnera el principio de progresividad y prohibición de regresividad, pilar del derecho laboral nacional e internacional.

Para sustentar esta afirmación elaboramos una ruta de trabajo dividida en dos partes. La primera relaciona el teletrabajo y sus disposiciones con los principios del derecho laboral desde tres variables: 1) el teletrabajo como estrategia de flexibilización laboral; 2) jornadas de trabajo, horas extras y trabajo nocturno en la Ley 1221 de 2008 y en el Decreto 884 de 2012, a la luz de la Carta Política y el bloque de constitucionalidad; y, 3) los principios de "remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo" e "irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales". En la segunda parte de la investigación sustentamos la inconstitucionalidad del art. 6° de la Ley 1221 del 2008, igualmente, desde tres variables: 1) la naturaleza de la acción pública de inconstitucionalidad; 2) la progresividad y la prohibición de regresión del derecho del trabajo como fundamento de inconstitucionalidad de normas positivas en Colombia; y, 3) finalmente, el desconocimiento del principio de "progresividad y prohibición de regresividad" en las disposiciones sobre jornada laboral en la ley de teletrabajo en Colombia. Con este fin, nos hemos propuesto los siguientes objetivos:

1. Reconstruir la implementación jurídica del teletrabajo en Colombia, como medio de flexibilización laboral y de la jornada laboral como derecho de los trabajadores, conforme a los principios de "irrenunciabilidad a los derechos laborales" y "remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo".
2. Establecer si en la modalidad de teletrabajo se vulneran los principios de "irrenunciabilidad a los derechos laborales", "remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo" y el principios de "igualdad", a partir de su relación con la jornada laboral.
3. Sustentar la inconstitucionalidad del art. 6° de la Ley 1221 de 2008, que dispone la exclusión de la jornada laboral, debido a que su aplicación es una regresión en los derechos de los trabajadores

Para lograr estos objetivos, la metodología empleada es fundamentalmente cualitativa. Una demanda de inconstitucionalidad requiere una metodología esencialmente cualitativa, mediante la aplicación de conceptos jurídicos, así como la observación y el adecuado planteamiento de un problema jurídico, que detente fuerza de inconstitucionalidad bajo los parámetros que determinan las leyes colombianas. En este orden de ideas, entre los métodos que utilizaremos están el inductivo, el analítico, el sintético, el histórico y el descriptivo. Por otra parte, empleamos una técnica de reconstrucción documental que incluye búsqueda y registro de fuentes jurídicas e instrumentos de ley y de la jurisprudencia colombiana que exista con relación a las categorías fundamentales de la investigación: trabajo y modalidad de teletrabajo en Colombia.

## El teletrabajo y sus disposiciones de jornada de trabajo en relación con principios del derecho laboral

### El teletrabajo como estrategia de flexibilización laboral y su implementación en Colombia

El teletrabajo es un mecanismo de flexibilización laboral que consideramos necesario abordar, para situar el contexto y la finalidad de esta figura en la regulación de gran parte de las relaciones laborales.

Alfredo Sánchez Castañeda define la flexibilización laboral como la era actual del derecho del trabajo, conceptualizada a partir de características esenciales contrapuestas a la prohibición, la tolerancia y la reglamentación, dadas en otros momentos históricos. La prohibición se identifica por regular condiciones generales de trabajo y prohibir cualquier tipo de asociación; la tolerancia, por permitir el desarrollo de actividades sindicales sin encontrarse regulada o reconocida la huelga, diferente a lo que pasaba con los derechos individuales del trabajo que se estaban consolidando; y la reglamentación se caracteriza por regular las relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, en las legislaciones de las naciones, reconociendo derechos a los trabajadores; con base en esta, se reconoce la era de la flexibilización por la marcada diferencia y cambio de paradigma que propone.

La era de la flexibilización tiene su origen en la crisis del Estado de bienestar; en esta, se configuran las políticas nacionales e internacionales en torno a la liberación de los mercados y al proceso de globalización económica. Estas dinámicas han incorporado a los Estados en el libre mercado, la competencia económica y al proceso de liberalización e internacionalización del comercio a nivel mundial, lo que lleva consigo la desregularización y transnacionalización de las economías nacionales. Reflejo de ello son los procesos

de integración económica regional y la expansión de empresas multinacionales (Sánchez Castañeda, 2007), todo lo cual se circunscribe en el neoliberalismo. Dicha configuración ha llevado a poner en práctica planes de ajuste, saneamiento y crecimiento económico del Estado —que se ve imposibilitado para responder a la demanda de empleo—, a través de políticas de desregulación económica, de procesos de privatización de industrias estatales y de fomento a la inversión privada; realidad reflejada en normas laborales adaptadas a la realidad económica social impuesta por el modelo neoliberal (Añez, 2006).

El mercado se ha erigido como articulador de las relaciones laborales y productivas y la búsqueda de la eficiencia económica es la nueva impulsora de las relaciones laborales, caracterizadas, ahora, por la inestabilidad; la precarización; la generalización del trabajo no asalariado; la desindexación automática de los salarios, gracias al aumento constante de los costos de vida; el trabajo temporal; la facilidad del empleador de modificar voluntariamente el volumen de sus trabajadores o cambiarles las condiciones de tiempo y de lugar. Todas estas situaciones permiten el ahorro de costos y el aumento de la producción y tienen cabida gracias a las altas tasas de desempleo ocasionadas por la crisis antes mencionada, a la turbulencia de los mercados, a la búsqueda de la eficiencia competitiva y a la innegable búsqueda de la acumulación de capital por parte de los empresarios (Sánchez Castañeda, 2007).

En este contexto, la característica general de la *flexibilización laboral* ha sido el decrecimiento de los derechos de los trabajadores, en contradicción con los principios laborales transversales del derecho laboral y su progreso. Es evidente la disminución de las normas mínimas que protegen a los trabajadores, bajo el argumento de que los derechos laborales, y los costos que estos implican, no permiten el crecimiento empresarial de un país. Según esta idea, las empresas se ven obligadas a tener grandes costos de producción en mano de obra y, por tanto, no pueden competir y, además, los intereses de los trabajadores se perjudicarían, pues las fuentes formales de empleo se acabarían si las empresas quiebran o no hay suficientes en un determinado país.

Para abordar el tema del *teletrabajo como una forma de flexibilización laboral,* comenzaremos definiendo el teletrabajo, a partir de varias definiciones rastreadas. Esta modalidad de empleo hace referencia al mecanismo mediante el cual la empresas externalizan funciones, para ahorrar costos de producción, tal como lo señala el informe "Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la trasnacionalización del empleo" (Sanguineti, 2002). Por tanto, es catalogado como una forma flexible de organización del trabajo en la que el desempeño de la actividad laboral se da sin la presencia del empleado en la empresa (Gray, 1996, p. 40). Las actividades laborales van desde el tratamiento, transmisión y acumulación de información; gestión de recursos; ventas y operaciones comerciales; consultoría y auditoría; diseño y traducción, aunque hay actores que lo

reducen al sector servicios (Rodríguez, 2001, p. 80). En definitiva, lo determinante es la falta de inmediación entre el empleador y su subordinado, el abandono de un lugar estable y tradicional para el desempeño de actividades y el uso permanente y necesario de los medios de telecomunicación avanzados, que permiten realizar las labores encomendadas y que el empleador esté pendiente del subordinado.

La Ley 1221 de 2008, que regula el teletrabajo en Colombia lo define como:

> una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. (Congreso de la República de Colombia, Ley 122, 2008)

La prestación de servicios a un tercero, y no a un jefe inmediato, puede hacer referencia a la subcontratación, característica que la doctrina en ningún momento había anotado. Para entender la situación del teletrabajo en Colombia, es necesario hacer referencia a la exposición de motivos de la Ley 1221 del 2008, establecida en el Proyecto de acuerdo n.° 82 de 2009. Señalaremos las ventajas y finalidades propuestas, así como el artículo de la ley que versa sobre las garantías laborales, sindicales y de seguridad social. La exposición de motivos solo señala las ventajas que la implementación del teletrabajo tendría para el trabajador: ahorro en el transporte y el tiempo, mejoramiento en la calidad de vida, satisfacción en el trabajo y flexibilidad e integración de personas que presenten algún tipo de discapacidad al mercado laboral. Es preciso decir que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a través de un informe de Cisco, revela que mediante el teletrabajo las empresas podrían aumentar su productividad hasta en un 23 %, reducir los costos de su planta física en un 18 % y bajar el índice de ausentismo en un 63 % (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [Mintic], 2015).

El desarrollo de la política pública debe incorporar la población vulnerable y un sistema de inspección, vigilancia y control para que se garantice el cumplimiento de la legislación laboral en el marco del teletrabajo.

Es importante hacer referencia al art. 6° de la Ley 1221, que trata de las garantías laborales, sindicales y de seguridad social, el análisis de este artículo es el punto de partida en esta investigación; teniendo en cuenta, además, la Sentencia C-337 de 2011, en la que se establece que la protección en materia de seguridad social debe incluir el sistema de subsidio familiar. El art. 6° de la Ley 1221 determinó que a los teletrabajadores "no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno". Sin embargo, estableció que es deber del Ministerio de Protección Social

—hoy Ministerio del Trabajo— adelantar una vigilancia especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo. A esto se le suma que el pago de horas extras, dominicales y festivos se hará del mismo modo que para cualquier otro trabajo, en casos de que el empleado exceda su jornada laboral, si el teletrabajo se ejecuta en un lugar donde se pueda verificar la cantidad de horas laboradas. De la misma manera, se establece la obligatoriedad del principio de *a igual trabajo, igual salario,* aplicado al teletrabajo, en relación con la actividad laboral convencional, al determinar que: "el salario del teletrabajador no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento, al trabajador que preste sus servicios en el local del empleador" (Ley 1221, 2008).

El articulado considera que el principio de igualdad entre teletrabajadores y otras modalidades de trabajo se da con respecto a: el derecho de los teletrabajadores a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; la no discriminación en el empleo; la protección en materia de seguridad social; la remuneración; el acceso a la formación; la edad mínima de admisión al empleo; la protección de la maternidad, pues las teletrabajadoras tendrán derecho a retornar al mismo puesto de trabajo, o a uno equivalente, con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad; y, respeto al derecho a la intimidad y privacidad. Finalmente, cabe señalar que el articulado estableció que la reglamentación para el cumplimiento de esta ley debía estar lista para finales del 2008. Sin embargo, esta cuestión no se ha resuelto hasta el momento.

## Disposiciones sobre la jornada de trabajo, horas extras y trabajo nocturno en la Ley 1221 de 2008 y el Decreto 884 de 2012, a la luz de la Carta Política y el bloque de constitucionalidad

Uno de los principales y más antiguos logros del movimiento obrero en el mundo fue el establecimiento de una jornada laboral máxima universal, que se respertara por todos los empleadores al interior de cada Estado. Lo anterior fue útil para conseguir el bienestar de los trabajadores que se encontraban en situación de explotación, en el contexto de la era industrial y la producción capitalista del siglo XIX. Gracias al nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, se alcanzó una importante meta en términos de legislación laboral, correspondiente a la regla de los tres ochos: ocho horas de trabajo, ocho horas de descanso, ocho horas de ocio (Bronstein, 2014). En efecto, la OIT, como institución referente en el mundo, ha establecido regulaciones específicas del derecho al trabajo, vinculando a los Estados a adoptar reglamentaciones en pro del mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores y su protección.

También, los Estados parte han firmado y ratificado varios convenios sobre la jornada laboral; entre los más importantes están: el Convenio 001 de 1919 sobre las horas de

trabajo en el sector industria —principal sector productivo de la época—, en torno al cual se desarrollaron los más intensos conflictos entre el movimiento obrero, las industrias y los Estados; el Convenio n.° 30 de 1930, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), que respondió a los cambios de época y de las formas de trabajo; el Convenio 047 de 1935, sobre las cuarenta horas laborales semanales; así como otros convenios específicos, respecto a la mujer en el trabajo y a sectores como el minero. En 1990 se creó el Convenio sobre el trabajo nocturno y, en 1994, el Convenio 175 sobre el trabajo a tiempo parcial, de gran importancia para el tema de esta investigación. Estos son los principales compendios normativos internacionales que han reivindicado el movimiento de los trabajadores, conforme a los cambios sociales de las formas de trabajo, siempre respetando la jornada diaria de ocho horas que nació en la Europa industrial del siglo XIX y que hoy mantiene vigencia en los ordenamientos jurídicos de los Estados, entre ellos, Colombia.

Para Colombia es importante el auge del movimiento obrero, a partir de 1930, manifestado legalmente con la promulgación de la Ley 6 de 1945. Esta ley marcó un hito en materia de derecho laboral, al establecer, por primera vez en el país, disposiciones como el salario mínimo, el derecho a la cesantía y un salario extra del cincuenta por ciento para las horas extra y el trabajo nocturno (Ley 6, 1945), aspecto de especial interés para este trabajo. En efecto, dicha ley consagró, en su tercer artículo, que las horas de trabajo no podrían, desde su promulgación, exceder las ocho horas al día, ni cuarenta y ocho horas a la semana, salvo las excepciones legales. Adicionalmente, el parágrafo tercero del mismo artículo estableció que la jornada ordinaria diurna "estará comprendida entre las seis (6) horas y las diez y ocho (18) horas, y la jornada ordinaria nocturna entre las diez y ocho horas (18) y las seis (6)" (Ley 6, 1945). Esa fue la primera vez que se introdujo en una ley colombiana la jornada máxima laboral, estableciendo incluso los porcentajes de recargo en caso de excederse los topes establecidos. Esto significó un gran avance para el movimiento obrero colombiano, que ha logrado mantenerse a pesar de los cambios en las formas de trabajo y su complejización.

Para abordar cómo la jornada laboral se ha desarrollado en el campo jurídico, se hace necesario entender el modo en que esta ha sido definida. Por ejemplo, Sehir Gómez (2004) define la *jornada de trabajo* como el tiempo convenido por empleador y trabajador para que este desempeñe las labores a que se ha comprometido; dicha jornada comprende el tiempo por laborar en un día y en la semana completa. Por su parte, el Convenio n.° 30 de la OIT (1930), que reglamenta las horas de trabajo en el comercio y oficinas, dispuso que la jornada laboral, en horas de trabajo, comprende "el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador" (OIT, art. 3, 1930). Por otro lado, en Colombia no se ha establecido una definición legal de la jornada laboral, pero se ha adoptado la li-

mitación de la jornada a ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, siguiendo los lineamientos del orden internacional.

Por otra parte, a nivel jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado acerca de la jornada laboral, determinando que la jornada permanente —indefinida e ininterrumpida, sin periodos de descanso razonable previamente estipulados—, atenta contra la dignidad del trabajador y lesiona su libertad, poniendo en peligro otros aspectos de su vida —como la salud o las relaciones familiares—. Por estas razones, la jornada permanente resulta contraria al ordenamiento jurídico. Por ello, la Corte reitera que la protección al trabajo, establecida por el art. 25 de la Constitución Política de Colombia, incluye la fijación de jornadas máximas, dentro de las cuáles los trabajadores presten los servicios propios de la relación laboral y estén sometidos a las órdenes del patrono (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-024, 1998). Todo trabajo que supere estas jornadas máximas debe ser remunerado con recargo nocturno o diurno según sea el caso. Bajo este fundamento, Colombia es uno de los Estados que ha protegido el derecho al trabajo, por medio de su legislación, con el fin de dignificar las condiciones de trabajo de las personas, estableciendo límites a las facultades de los empleadores. En el siguiente apartado se habla de cómo la Ley 1221 del 2008 excluye la jornada laboral (así como de las horas extras y el trabajo nocturno), mediante lo señalado en el art. 6° de esta ley. En esta medida, se observa el desarrollo de la jornada laboral desde un criterio histórico y jurídico, así como los argumentos dados desde algunos escenarios para fundamentar y legitimar dicha exclusión. Un argumento a favor de la exclusión de jornada laboral es la necesidad de adaptar las disposiciones laborales a las nuevas formas de empleo. Esta exclusión es necesaria en la medida en que no otorga libertad de acción a los teletrabajadores, limitando tanto la flexibilidad de la modalidad a la vida privada como las facilidades que el teletrabajo ofrece a quienes se emplean bajo esta figura.

Otro posible argumento sería el de la seguridad y la certeza. No se ha establecido un mecanismo de control y vigilancia claro para monitorear las horas que los teletrabajadores laboran y las que no. Los promotores del teletrabajo afirman que esta nueva forma libre de trabajar quiere, justamente, acabar con la tradicional jornada laboral que obliga a los trabajadores a salir de su lugar de residencia y volver a determinadas horas. El teletrabajo no justifica la implementación de jornadas de trabajo, porque tampoco se prevé la forma en que se controlarían los horarios de trabajo.

Por último, está el aspecto económico, es decir, los costos. Las horas extra y el trabajo nocturno operan con base en la jornada ordinaria y la jornada diurna. Toda prestación que se lleve a cabo dentro de ese horario, debe remunerarse de acuerdo a lo que la ley establece. Al no aplicarse una jornada laboral, no existiría la obligación de remunerar lo

correspondiente a las horas extra y al trabajo nocturno que pudiera llevar a cabo el teletrabajador, lo que sería una ventaja económica importante para el empleador.

## Disposiciones de jornada de trabajo, horas extras y trabajo nocturno en el Decreto 884 de 2012

El Ministerio del Trabajo reglamentó la Ley 1221, a través del Decreto 884 del 2012, dentro del cual se considera el problema del pago de horas extras diurnas, nocturnas y dominicales. El art. 3, numeral 2 establece que se deben delimitar los horarios de labor del teletrabajador, para no desconocer la jornada máxima legal (sin que se reglamente la forma o el modo en que este se haga oponible o exigible). Por otra parte, el art. 10 establece que, cuando el teletrabajo se ejecute donde sea verificable el tiempo laborado, se mantiene lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) y en el Decreto-Ley 1042 de 1978; del mismo, que para los servidores públicos, el pago de horas extras, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado.

Se pensaría, en principio, que dicha reglamentación protege los derechos a un pago justo por las labores de los trabajadores. Sin embargo, teniendo en cuenta el contexto laboral colombiano y las situaciones fácticas a las que se enfrenta el trabajador, nos preguntamos si el respeto del derecho al trabajo debería depender de la verificación de las horas por parte del empleador, así como de una jornada laboral estipulada —que puede no reconocer la densidad y el volumen de trabajo asignado, ni las horas laboradas de más al no haber medios de verificación—. Podría afirmarse que ese mandato supone la existencia de los medios idóneos de control para asegurar los derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores y que desconoce que es el empleador quien aumenta su ganancia, al no implementar dichos mecanismos, considerando, además, que esta norma no estipula ningún tipo de obligatoriedad al respecto.

En efecto, la Corte Constitucional ha manifestado que mediante la citada reglamentación no se previene la renunciabilidad de los derechos de los trabajadores, al considerar que el pago proporcional al trabajo realizado depende de una estipulación de la jornada laboral y por parte del empleador. Tal situación delega al empleador la materialización del derecho, adjudicándole la facultad de comprobar o no el horario laborado por el teletrabajador, con lo que se vulnera el principio de igualdad, pues el pago de las horas extra de trabajadores en otras modalidades no depende de esto.

Por lo anterior, se concluye que, por un lado, al trabajador se le vulneran sus derechos por la falta de verificación de su trabajo, materializada en la renuncia no conscienteal ejercicio de los derechos que le asisten; y, por otra parte, que los empleados tradicionales gozan de la verificación de sus horas laboradas por la naturaleza de la forma en la que prestan sus servicios. De este modo, no hay un trato jurídico igual para

las personas vinculadas mediante modalidades convencionales de empleo y los teletrabajadores. Por último, en el teletrabajo se viola el principio de "remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo", ya que el teletrabajador laboraría sin recibir un pago proporcional, al estar supeditado a la verificación de su trabajo por parte del empleador.

## Los principios de "remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo" e "irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales"

Este apartado presenta la conceptualización de los principios, que bajo nuestra consideración, se vulneran con la exclusión de disposiciones de jornada laboral a los teletrabajadores. En primer lugar, se mencionan los principios del derecho laboral en los que se ha justificado el teletrabajo; posteriormente, se aborda el principio de "remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo" y de "irrenunciabilidad a mínimos vitales" y su relación con la jornada de trabajo y el teletrabajo.

La doctrina ha reconocido que el teletrabajo contempla los siguientes principios:

* Jornada laboral: la Ley 1221 de 2008 establece que en el teletrabajo no son aplicables las disposiciones sobre jornada laboral, debido a su naturaleza especial. Sin embargo, establece que es deber del Ministerio de Trabajo vigilar que los teletrabajadores no se vean sometidos a excesivas cargas de trabajo y que se aplique lo correspondiente a horas extra en tanto el teletrabajo se ejecute donde sea verificable la jornada laborada.
* Principio de igualdad: la ley exige que el salario del teletrabajador no sea inferior al de quien realice la misma labor en la misma localidad y con igual rendimiento.
* Principio de continuidad: nuestra legislación entiende que el hecho de que un asalariado trabaje desde su domicilio ocasionalmente no implica que sea un teletrabajador. En consecuencia, un elemento esencial del teletrabajo es su habitualidad.
* Principio de voluntariedad: la decisión de teletrabajar le pertenece al trabajador y este puede volver a la modalidad tradicional.
* Principio de territorialidad, en tanto es obligación de las empresas que realicen sus actividades en Colombia contratar personas cuyo domicilio esté en el territorio nacional, esto con la intención de prevenir el *dumping* laboral (Andrade, 2013, pp. 61-83).

En los estudios sobre la legislación del teletrabajo en Colombia no abordan, de forma clara, cómo se implementan los principios de "remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo" y de "irrenunciabilidad de los mínimos laborales" en esta modalidad de empleo. Por eso, en los siguientes acápites, trataremos estos principios, desde una aproximación conceptual para determinar si son desconocidos por la legislación en materia de teletrabajo.

El primer principio que referimos es el de "remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo". En este sentido, hay que resaltar que el derecho internacional ha definido el *salario* como la

> remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijado por acuerdo o por la legislación nacional y debido por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, por el trabajo o servicios efectuados por este o que se hayan de efectuar. (OIT, 1930)

También es necesario entender cómo este principio ha sido determinado por el derecho nacional. La Corte Constitucional ha dicho que la remuneración mínima vital y móvil es un derecho y un principio de los trabajadores, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, dirigido no solo a recibir remuneración por su prestación, sino a recibirla de manera justa y oportuna (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-535, 2010); esto implica que el pago de la remuneración está ligado a la dignidad de los trabajadores en cuanto a su necesidad de subsistencia. Cabe decir que la Corte también estableció que

> el mínimo vital cobija ámbitos prestacionales diversos, pues se encuentra inmerso no sólo en el salario, sino en la seguridad social. [...] esta Corporación ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues "constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-211, 2011)

Asimismo, en la Sentencia C-911 de 2012 se ha establecido que las reformas legislativas que se hagan deben respetar el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario.

El segundo principio es el de "irrenunciabilidad de los mínimos laborales", cuyo objetivo es impedir las afectaciones a las instituciones que resguardan la dignidad y calidad de vida de los trabajadores, quienes tienden a declinar a esos mínimos laborales, por la desigualdad frente al empleador. Lo anterior está relacionado con la necesidad de los empleados, debido al exceso de mano de obra y poca demanda que hay de esta (Gatti, 2015). En conclusión, se busca evitar cualquier abdicación por parte del trabajador a sus derechos, por desconocimiento de las protecciones a las que podría acceder, o por una renuncia consciente que este haga para conservar su puesto de trabajo, obedeciendo a cualquier arbitrariedad del empleador. Este principio se basa en la naturaleza de orden

público que tiene las normas laborales. En caso de que el trabajador renuncie a sus derechos, se garantiza su protección, preservando la continuidad del vínculo laboral y restableciendo la vigencia de los mínimos inderogables, sin que se tenga en cuenta la voluntad del trabajador debido a su vulnerabilidad. En el caso concreto lo que vemos es que los teletrabajadores renuncian al pago de horas extras y nocturnas, ya que esta está implícito en la naturaleza del teletrabajo, sin embargo la Corte establece que esas disposiciones en las que el trabajador dispone, consciente o inconscientemente, de sus derechos mínimos laborales no son válidas. La Corte Constitucional ha reconocido que este carácter de irrenunciabilidad refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que el derecho laboral tiene para el trabajador. Por consiguiente, los logros alcanzados en su favor no pueden ni voluntaria ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia (Corte Constitucional, Sentencia C-424, 2015). El fin de este principio es el constante mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores para la conservación de su dignidad (Corte Constitucional, Sentencia T-149, 1995).

## Inconstitucionalidad del art. 6° de la ley de teletrabajo por vulneración de principios del derecho laboral

### La progresividad y la prohibición de regresividad en el ordenamiento jurídico colombiano

Para hablar del principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales tenemos que referirnos necesariamente a las normas de carácter internacional donde se consagran. Hemos tomado como referentes el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el art. del 2.1, de desarrollo progresivo, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante ICESCR, por sus siglas en inglés); y el art. 1.1 del Protocolo de San Salvador.

Los tres artículos contemplan que los Estados partes deben adoptar medidas para garantizar y lograr la materialización, de manera *progresiva,* de los derechos que cada pacto o declaración reconoce, circunscritos en los derechos económicos, sociales y culturales, en adelante DESC. Dichas medidas pueden ser tanto internas como con otros países u organizaciones, hasta el máximo de los recursos que estos disponen. El mandato expresado por esta normatividad es una obligación impuesta a los Estados, que reconoce el límite de sus recursos, al mismo tiempo los vincula para que garanticen la efectividad de los DESC.

Víctor Abramovich y Christian Courtis, en su libro *Los derechos sociales como derechos exigibles,* ilustran la progresividad en dos sentidos complementarios: 1) reconociendo que la plena satisfacción de los derechos establecidos en el ICESCR y en la Convención

supone cierta gradualidad; 2) la noción de gradualidad implica el sentido del progreso (Abramovich y Courtis, 2004). Sobre el primero, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) expresó en su Observación General n.° 3 que la progresividad implica que la plena realización de los DESC no se da en un periodo corto de tiempo, en esto se reflejan las necesidades y las dificultades de este compromiso, por lo que se trata de un mecanismo flexible, pero que establece obligaciones claras respecto a la plena realización de dichos derechos (CDESC, 14 de diciembre de 1990). Respecto al segundo punto, Abramovich y Courtis (2004) establecen que el progreso implica la obligación estatal de "mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC" (p. 59). De lo cual se pueden extraer obligaciones concretas de las cuales se podría pedir la revisión por incumplimiento ante juez constitucional (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-469, 2013). Una de estas obligaciones es la de *no regresividad,* es decir, "la prohibición de adoptar políticas y de crear normas jurídicas, que desconozcan las medidas progresivas adoptadas en materia de DESC, desarrollados por mandato de tratados internacionales o por disposiciones internas" (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-469, 2013). La Corte concluye que la no regresividad consiste en que el Estado colombiano se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos. Por último, la Corte ha definido la no regresividad como un concepto de "razonabilidad de la ley", pues es una obligación que limita la adopción de normas que deroguen o reduzcan los derechos sociales que disfruta la población.

Desde la doctrina se reconoce la importancia de la no regresividad en relación con los derechos de los trabajadores. Ángel Gatti (2015) expone que el principio de progresividad en el derecho laboral contempla el sentido evolutivo de perfeccionamiento y superación de la condición social y económica de los trabajadores —población sobreexplotada y desconocida—, no permitiendo la reducción, ni el desconocimiento de sus conquistas a nivel individual ni colectivo (Gatti, 2015). Según Gatti, el principio de progresividad integra los derechos mínimos obligatorios naturales de las relaciones laborales, en función del porvenir de los trabajadores, impidiendo el desconocimiento y el retroceso de las conquistadas de los movimientos obreros. Con el reconocimiento y satisfacción de estos derechos se materializa los ideales de igualdad y de justicia propuestos por el Estado social de derecho.

El principio de progresividad en materia laboral no fue incluido en el art. 53 de la Constitución Política de Colombia, sin embargo, ha tenido amplio desarrollo jurisprudencial.

La Corte Constitucional ha determinado que el principio de progresividad constituye un parámetro de valoración en el juicio de constitucionalidad. A menos que existan razones extraordinarias, de gran relevancia, que justifiquen la prevalencia de algún

otro principio, tanto el legislador como la Corte están obligados a observarlo (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-671, 2002).

La primera sentencia de constitucionalidad que habló del principio en materia laboral, fue la C-576 de 1997, que resolvió una demanda basándose en la redacción del art. 48 de la Constitución. En el fallo, la Corte afirma que el legislador no puede desmejorar los beneficios establecidos previamente por las leyes en favor de los trabajadores, sin que exista fundamento razonable para ello (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-576, 1997).

Iván Jaramillo (2010) sostiene que este principio no tiene la facultad de impedir que se reforme el sistema laboral, sino que, de realizarse modificaciones "regresivas", es obligación del legislador justificar las razones que las legitiman, existiendo una "suerte de presunción" de inconstitucionalidad, cuando se propone una reforma regresiva (2010, p. 266). Por esta razón, la sentencia C-428 de 2008 estableció criterios para saber si la reforma se puede catalogar como tal, estos son:

> 1) Que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; 2) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que 3) si bien afecta situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos como los regímenes de transición dirigidos a proteger los derechos adquiridos o las expectativas legítimas. (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-428, 2008)

La Corte Constitucional establece en la sentencia citada, que es deber del juez constitucional verificar: 1) las medidas no fueron tomadas inopinadamente, sino que están basadas en estudios cuidadosos; 2) el Congreso analizó otras alternativas, pero concluyó que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas y; 3) el juez constitucional debe verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, lo que significa que la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo. Respecto a los fallos de tutela, la Corte Constitucional reiteró su posición de no permitir el desmejoramiento de la situación individual de los trabajadores, al determinar que "la amplia libertad de configuración del legislador en [la] materia se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad" (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia T-663, 2007). Respecto al procedimiento de tutela, la Corte ha decidido no aplicar normas que contemplan requisitos regresivos no razonables, en virtud de la llamada *excepción de constitucionalidad* (Jaramillo, 2010, p. 256) y en aplicación del principio de progresividad y no regresividad. Este ha sido el caso de la Ley 100 de 1993,

que ha sido contrastada en su aplicación con la Ley 860 de 2003, en materia de pensión de invalidez.

En el año 2002 se promulgó la Ley 789, que reformó gran parte del derecho laboral en Colombia. En el 2004, se propuso una acción de inconstitucionalidad contra gran parte de esta ley. Al respecto, la Corte encontró exequibles las disposiciones y aceptó que tales modificaciones eran regresivas, pues a su juicio existía un fin legítimo en la reforma que era la promoción de empleo (Jaramillo, 2010, p. 266). Lo anterior representó un giro jurisprudencial que amenazó el principio de progresividad, debido a que el argumento de la Corte podría usarse en cualquier situación de ponderación de principios, siendo el de la prohibición de regresividad el que resultaría afectado. A pesar de la demanda de constitucionalidad que se emprendió en el 2008 contra los mismos artículos 25, 26, 28 y 51 de la Ley 798 de 2002, la Corte dijo que, en efecto, existía cosa juzgada constitucional, en observancia de que el demandante no logró probar que el fallo del 2004 podría revalorarse en virtud de que el impacto de la reforma no presentó resultados positivos. De hecho, la Corte resaltó que los estudios habían sido positivos, en concordancia con lo que se dijo en sentencia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-257, 2008), manteniendo con esto la cosa juzgada constitucional.

## Los principios de "irrenunciabilidad a los mínimos laborales", "remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo", el derecho a la igualdad y las disposiciones de jornada laboral en el teletrabajo

La legislación está desconociendo la jornada laboral al excluir, de manera expresa, su reglamentación, así como la referente a horas extra y recargo nocturno, justificándose en la naturaleza del teletrabajo. Por lo anterior, se desconocen las disposiciones de la jornada laboral (contempladas en el Código Sustantivo de Trabajo, por ejemplo). En el momento en que un empleado es vinculado por medio del teletrabajo (por la situación de necesidad reconocida en la Ley 1221) estará renunciando al descanso, al reconocimiento de la remuneración por horas extras, cuando el trabajo lo exija, y a su realización como persona, la cual excede el ámbito laboral. Todo lo anterior afecta directamente la finalidad del principio de "irrenunciabilidad de los mínimos laborales" que consiste en evitar cualquier eventual abdicación del trabajador de sus derechos, ya sea por desconocimiento de la protección normativa o por su renuncia consciente para salvaguardar un puesto de trabajo (como es el asunto de la norma estudiada). Esta disposición vulnera dos aspectos de este principio: 1) su carácter reivindicatorio, al ser un derecho ganado por el movimiento obrero que estaba siendo explotado por parte de quien era dueño de los medios de producción; y 2) su carácter protectorio, pues se eliminan los mínimos de

dignidad y calidad de vida al trabajador. Con el cumplimiento de una jornada laboral se busca que el empleador no se exceda sobre el tiempo del empleado o que le dé una remuneración conforme a su labor. Así se valoriza el tiempo que el empleado invierte y dedica como prestación personal al empleador y no el mero resultado que este último le exige.

Por último, dicha legislación va en contravía del art. 53 de la Constitución Política, que prohíbe expresamente la creación de normas que vayan en contra de los derechos mínimos, adquiridos e irrenunciables del empleado; esto sucede si se desconoce que la persona no puede trabajar más de la jornada máxima para realizar la actividad que le solicitan y cuando se le niega el debido pago cuando se excede esta jornada. Al no reconocerse estas horas extras se están desconociendo las prerrogativas que protegen la dignificación y calidad de vida del trabajador. De este modo, el legislador estaría incurriendo en la prohibición señalada por la Constitución Política.

Por otro lado, mediante el art. 6 de la ley de teletrabajo, el legislador está permitiendo el abuso de la fuerza por parte del empleador hacia sus empleados. En el contexto de la necesidad de trabajo, las personas se ven obligadas a aceptar empleos en los que no se les permiten las protecciones a las que tienen derecho. Si bien esta no es una renuncia voluntaria del empleado, sí es una abdicación a la que la ley lo obliga. Con esta situación se vulnera el principio de irrenunciabilidad a los mínimos laborales y los derechos mínimos en favor de la dignidad, protección y bienestar del trabajador.

La exclusión de las disposiciones sobre jornada laboral en la Ley 1228 del 2008 permite que el contratante no tenga en cuenta el tiempo que el sujeto puede invertir en la realización de sus actividades, ni le reconozca el pago las horas extras, sometiendo al trabajador a una jornada indefinida por un pago que ya es fijo. Estas condiciones en la contratación perpetúan los niveles de desigualdad, al favorecer el incremento de las utilidades del empresario y negando al empleado oportunidades de progreso.

Recordemos que el principio de remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo se ha entendido en el ordenamiento jurídico como un principio y un derecho derivado del art. 53 constitucional. Por este principio se establece la porción de los ingresos del trabajador o pensionado destinada a la financiación de sus necesidades básicas indispensables, para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana. Este principio es el que obliga al empleador a remunerar los servicios prestados por el trabajador, de forma oportuna y justa.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior, la relación con la jornada laboral es de dependencia funcional. Es decir, es la jornada laboral, su duración y forma de ejecución, la que determina si la remuneración es justa o no. De las horas laboradas dependerá la fijación del monto del salario en la modalidad de la jornada ordinaria pactado entre las partes del contrato laboral, y también en virtud de la jornada laboral se establece el

mandato de pago de salario mínimo. Por tanto, antaño, la jornada laboral ha sido la variable determinante de la remuneración en la mayoría de las modalidades de trabajo, dando fundamento al reconocimiento y pago de las horas extra, realizadas fuera de la jornada máxima diurna de ocho horas y también al pago del trabajo nocturno. La jornada laboral propiamente dicha es la base del cálculo por excelencia de lo que habrá de remunerarse por la prestación de los servicios.

La vulneración al principio tratado se da al no considerar la cantidad y calidad de trabajo como determinantes para tasar el monto de la remuneración que no sería justa sino asignada de forma arbitraria, sin que sea proporcional como lo exige la ley. Si la proporcionalidad no es un determinante para designar el pago del salario, se vulnera principio de remuneración mínima vital, con esto se desmejoran los derechos laborales, produciendo una regresividad en las condiciones de los trabajadores. Tal vulneración se aprecia en la imposibilidad de acceder al pago de lo trabajado por fuera de jornada, lo que sí es una garantía legal para los trabajadores de modalidades convencionales, configurándose así una vulneración al principio de igualdad, último punto a tratar.

El derecho a la igualdad está consagrado en el art. 13 de la Constitución Política de Colombia. Desde la perspectiva de este análisis, la Ley 1221 del 2008 vulnera este derecho, porque el trato desigual previsto en el inciso primero del art. 6° de la ley no tiene un fin que justifique la afectación de los derechos derivados de las disposiciones de jornada laboral, horas extra y trabajo nocturno a quienes se emplean bajo la modalidad del teletrabajo. Con lo anterior, se podría suponer que el desconocimiento de los derechos laborales se fundamenta en la imposibilidad de cuantificar las horas laboradas por los teletrabajadores. Lo anterior conlleva reflexionar que esta imposibilidad no puede justificar de forma alguna el trato desigual al que son expuestos los trabajadores mediante la disposición normativa acusada.

## Inconstitucionalidad del art. 6° de la ley del teletrabajo en Colombia, por vulnerar el principio de "progresividad y prohibición de regresividad" del derecho laboral

En este apartado presentamos, a modo de conclusión, la solución que consideramos necesaria para resolver el problema planteado. En primer lugar, explicamos el procedimiento que debe seguirse para la presentación de la acción pública de inconstitucionalidad, herramienta llamada a sustentar la trasgresión de la Ley 1221 a la Constitución Política. En segundo lugar, fundamentamos la regresión en derechos sociales para declarar la inconstitucionalidad de una norma. Finalmente, establecemos por qué el art. 6° de la Ley 1221 de 2008 es regresivo y, por consiguiente, inconstitucional.

## Acción pública de inconstitucionalidad: fundamento teórico y procesal

La acción de inconstitucionalidad puede definirse como la posibilidad que tienen todos los ciudadanos colombianos de acudir ante la autoridad constitucional del Estado para que determine si una ley es armónica o no con los preceptos constitucionales. Esta demanda también puede hacerse sobre actos reformatorios de la Constitución o decretos con fuerza de ley, por ser violatorios de normas superiores (Mesa Cuadros *et al.*, 2013). En caso de no darse esa armonía, la norma acusada debería ser declarada inconstitucional por no tener validez jerárquica. Para su interposición no es necesario demostrar un interés de parte, o la aplicación de esta norma en un caso específico, de tal forma que se establece un control de constitucionalidad abstracto y concentrado.

Hay distintos modelos de acción, sin embargo estos han clasificado en dos principales, en relación con quien puede instaurarla: acción de inconstitucionalidad restringida (solo puede ser instaurada por algunas autoridades del Estado) y la acción de inconstitucionalidad popular (puede ser instaurada por cualquier ciudadano) (Mendieta González, 2010).

Para este procedimiento, debe presentarse la demanda por escrito, en duplicado y debe contener: el señalamiento de las normas que se consideran inconstitucionales y su transcripción literal; el señalamiento de las normas superiores que se considera han sido vulneradas debidamente justificadas; señalar el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto que se demanda, si fuera el caso, y justificar porque se considera que fue vulnerado; y finalmente la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda (Decreto 2067, 1991).

## La progresividad y la prohibición de regresión del derecho del trabajo como fundamento de inconstitucionalidad de normas positivas en Colombia

La Corte Constitucional ha establecido en distintos pronunciamientos que, cuando el legislador adopta medidas que implican un retroceso en relación a protección ya alcanzada por legislación anterior, se presume la inconstitucionalidad de tal medida regresiva "por cuanto el principio de progresividad ordena que, prima facie, estén prohibidas este tipo de medidas" (Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-469, 2013). Sin embargo, es claro que el carácter regresivo de una norma o medida no conduce automáticamente a su declaración de inconstitucionalidad; si bien su adopción es constitucionalmente problemática, ya que desconocen el principio de progresividad, esto funciona como presunción que admite prueba en contrario. Para desvirtuar tal presunción, esta medida debe ser justificada, adecuada y proporcionada dentro del marco constitucional.

La Corte Constitucional dio un giro a su posición respecto a la interpretación y aplicación del principio de progresividad (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena,

Sentencia C-257, 2008), determinando que una reforma sería progresiva si contribuye a reducir la situación de desempleo en el país sin importar en qué condiciones se dé el empleo, incluso poniendo en entredicho que el derecho laboral debe propender siempre a la protección de las garantías de los trabajadores y que el principio de la prohibición de regresión nace para proteger dichos intereses. La Corte, entonces, sacrifica la naturaleza del principio, dando prevalencia a los intereses del mercado laboral.

En conclusión, si bien la Corte estableció, inicialmente, que para desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad se debe establecer que la medida es justificada y se ajuste al principio de proporcionalidad, no debe entenderse que esto afecte los derechos de los trabajadores, en vista de que Colombia se ha comprometido a nivel internacional a proteger y aumentar el desarrollo paulatino de los derechos laborales, en observancia de la aplicación del principio de progresividad y prohibición de regresividad. Por ello, no es justificable el detrimento de los derechos de los trabajadores, propiciado por la Corte, al reinterpretar el principio de progresividad para justificar como constitucional una medida abiertamente regresiva de los derechos de los trabajadores a partir de la solución de la situación de desempleo (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-257, 2008).

## Desconocimiento del principio de "progresividad y prohibición de regresividad" en las disposiciones sobre jornada laboral del art. 6° en la Ley 1221 de 2008

La Ley 1221 de 2008 establece en su art. 6°, numeral 1, que para los teletrabajadores no aplicarán las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno, dada la naturaleza especial de sus labores. No obstante, es deber del Ministerio de la Protección Social garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo.

Finalizamos este acápite con la determinación de las razones por las que esta disposición normativa es regresiva frente a los derechos de los trabajadores bajo la modalidad del teletrabajo y vulnera los principios estudiados con anterioridad.

Cualquier disposición que desconozca los derechos laborales en consonancia con las disposiciones de jornada laboral, en general, es regresiva, más aun considerando los logros adquiridos con la consecución de la jornada de ochos horas de trabajo. En este sentido, el art. 6° de la Ley 1221 de 2008 es una medida regresiva porque ignora las disposiciones de jornada laboral, trabajo nocturno y horas extra para quienes laboren bajo la modalidad del teletrabajo, desconociendo el principio de "progresividad y prohibición de regresividad" y actuando en detrimento de los derechos de los trabajadores.

El carácter de irrenunciabilidad está marcado por dos criterios: carácter *reivindicatorio*, "los logros alcanzados en su favor, y no pueden ni voluntaria, ni forzosamente, por

mandato legal, ser objeto de renuncia obligatoria" (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, sentencia C-070, 2010); y el carácter *protectorio,* pues se protege al trabajador de eventuales abusos de los que pueda ser objeto.

La regresión se fundamenta en la vulneración del principio de "irrenunciabilidad a los mínimos laborales". El teletrabajador, al aceptar esta modalidad de trabajo, renuncia a los derechos que protegen su integridad y dignidad, esto implica que la norma desconoce los privilegios que otros trabajadores poseen (el descanso remunerado, la prohibición de trabajar más de un máximo permitido o el pago por excederse de este). Esta es una renuncia obligatoria a los alcances normativos sobre la jornada laboral, ya que el empleador se aprovecha de la situación de vulnerabilidad del trabajador, en especial en Colombia donde las tasas de desempleo son altas.

Aunado a lo anterior, existe un vacío legal acerca de la regulación de la jornada de trabajo a los teletrabajadores; por lo que se pierde el carácter proteccionista del derecho laboral, ya que permite que el empleador cometa, eventualmente, abusos contra el trabajador sin control legal alguno. Asimismo, la trasgresión de este principio es también regresivo en la medida en que se desconoce que es un derecho consagrado para lograr el mejoramiento constante de los niveles de vida y la dignificación del trabajador.

De igual manera, la trasgresión del principio de "remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo" consiste en que, al excluirse las disposiciones de jornada laboral, el teletrabajador no tiene certeza alguna del tiempo dedicado a la labor, ni de los criterios con los que se establecerá su remuneración justa (como lo sería los de la cantidad y calidad del trabajo).

Con el art. 6° de la Ley 1221 de 2008 se abre la posibilidad de que el empleador no tenga en cuenta el tiempo invertido en la realización de la labor sino solamente el resultado, desconociendo el pago de las horas extra. En este sentido, el teletrabajador excedería la jornada máxima por un pago que ya es fijo, hecho que vulneraría el principio de igualdad que es intrínseco al de "remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo". Asimismo, desconocer la legislación sobre la proporcionalidad entre el trabajo realizado y el salario es regresivo, pues lo que se busca es una remuneración justa y oportuna, que financie las necesidades básicas de los trabajadores, concrete el principio de dignidad humana, y mantenga el poder adquisitivo del salario en observación de los criterios de cantidad y calidad.

Es regresiva la trasgresión de este principio también por no contemplar criterios de cantidad del tiempo laborado para establecer la remuneración. De este modo, no hay límite para el poder de subordinación ejercido por el empleador al teletrabajador, tampoco habría claridad sobre cuáles son las obligaciones que este último deberá cumplir en relación con su remuneración. Por ello, la exclusión de la jornada laboral se considera una

vulneración del derecho al trabajo y representa una regresión que trasgrede el principio de progresividad y prohibición de regresividad, al no permitir que quienes se empleen bajo la figura de teletrabajo tengan los mismos derechos laborales (consolidados en la legislación colombiana representada en disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad) que los empleados en otra modalidad, lo cual afecta al derecho del trabajo en general.

## Conclusiones

El teletrabajo es un mecanismo de flexibilización laboral que busca desregularizar las relaciones de este campo. Este modelo favorece la reducción de costos de las empresas para aumentar su competitividad, con la justificación de aumentar la cobertura del empleo, haciendo caso omiso a la dignificación y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas que viven de su trabajo, pues son estos, los beneficios que generarían mayores costos a los empresarios.

En este sentido, la jornada laboral como derecho fue una de las reivindicaciones del movimiento obrero del siglo XIX. Su importancia y la de otras conquistas del movimiento obrero, ya normativizadas, se refleja en la constitución de principios que reconocen la desigualdad de la relación laboral y el olvido histórico de los derechos del trabajador. Entre esos derechos reivindicados están los de irrenunciabilidad a los mínimos laborales y el que establece una remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, que dan garantías constitucionales al empleado, materializando derechos como el de la jornada laboral.

La irrenunciabilidad busca que los derechos laborales en favor del trabajador sean mínimos, adquiridos e irrenunciables. Por lo tanto, el trabajador no está sometido a la voluntad de nadie, ni del legislador, ni del empleador, ni a la suya propia. De este modo, se cumple el fin protectorio del derecho laboral que reconoce la condición de sumisión y necesidad del empleado. A su vez, el principio de remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo responde al reconocimiento efectivo de la labor realizada y el tiempo ocupado en esta, sin dejar el pago al arbitrio del contratante o parte dominante. Estos dos principios prevén el abuso que puede haber sobre el empleado, estableciendo por ello una protección infranqueable de los derechos ya reconocidos, como el de la jornada laboral.

Para el caso de Colombia, la Ley 1221 de 2008 introdujo la figura del teletrabajo, excluyendo, en su art. 6°, las disposiciones de jornada laboral, horas extra y trabajo nocturno para quienes laboren bajo esta modalidad. Dicha exclusión, como lo sustentamos

a la largo de esta investigación, vulnera el principio de progresividad y prohibición de la regresividad, al desconocer los principios de "irrenunciabilidad a los mínimos laborales" y el de "remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo". El primero se vulnera cuando el trabajador acepta esta modalidad de empleo y renuncia a derechos que se desprenden de las disposiciones de jornada laboral, como el pago del trabajo de horas extras u otro que protegen su integridad y dignidad. El segundo principio se afecta por la falta de un pago justo, al no ser determinable —por medio del criterio de la cantidad— la remuneración de la prestación que realiza el teletrabajador. Por lo anterior, el trabajador queda a merced de la subordinación cuyos límites tampoco son ciertos ni determinables debido a la exclusión.

Esta regresión en materia de derechos sociales se presume inconstitucional en el ordenamiento jurídico colombiano. Por esta razón consideramos que las disposiciones sobre jornada laboral, horas extra y trabajo nocturno del art. 6° de la Ley 1221 de 2008 deben ser declaradas inconstitucionales. Finalmente, argumentamos que la realización del principio de progresividad requiere de una protección integral al derecho al trabajo; esto implica que no es suficiente que una ley busque disminuir las tasas de desempleo, sino que debe garantizar condiciones dignas para todos los trabajadores, así como los avances de la legislación en materia laboral, en especial en lo referente a jornada de trabajo.

## Referencias

Abramovich, V. y Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Andrade, N. (2013). *El teletrabajo y su inserción en la legislación ecuatoriana* (tesis inédita de pregrado). Universidad de las Américas, Quito, Ecuador. Recuperado de http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/158/1/UDLA-EC-TAB-2013-05.pdf.

Añez, C. (2006). Neoliberalismo y flexibilización de las relaciones laborales en América Latina. *Revista Multiciencias, 9*(2), 195-202. Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90411687011

Bronstein, A. (2014). *Derecho internacional del trabajo: aplicación del derecho internacional en el ámbito nacional*. Bogotá: Editorial Astrea y Universidad de la Sábana.

CDESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). (14 de diciembre de 1990). *5° Periodo de sesiones. Observación general n.° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto)*. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/uploads/RTEmagicP_1452.pdf

Congreso de la República de Colombia. (19 febrero de 1945). Ley 6 de 1945. *DO*: 20790. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1167

Congreso de la República de Colombia. (27 de diciembre de 2002). Ley 798 de 2002. *DO*: 45046. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6778

Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2008) Ley de teletrabajo. [Ley 1221 de 2008]. *DO*: 47052. Recuperado de http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703_documento.pdf

Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 13 [Titulo II]. 2da ed. Legis.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión. (4 de abril de 1995) Sentencia T-149/16. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-149-16.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (4 de octubre de 1995) Sentencia C-445/95. [MP Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-445-95.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión. (10 de noviembre 1997) Sentencia T-576/97 [MP José Gregorio Hernández]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-576-97.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (11 de febrero de 1998) Sentencia C-024/98. [MP Hernando Herrera Vergara]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-024-98.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (22 de agosto del 2002) Sentencia C-671/02. [MP Eduardo Montealegre Lynett]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-671-02.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (12 de marzo del 2008) Sentencia C-257/08. [MP Clara Inés Vargas Hernández]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-257-08.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (1 de julio del 2009) Sentencia C-428/09 [MP Mauricio González Cuervo] Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-428-09.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (29 de agosto del 2009). Sentencia C-663/07. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-663-07.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (10 de febrero de 2010) Sentencia C-070/10. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-070-10.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala. (29 de junio del 2010) Sentencia T-535/10 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-535-10.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (28 de marzo de 2011) Sentencia T-211/11. [MP Juan Carlos Henao Pérez]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-211-11.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (4 de mayo del 2011) Sentencia C-377/11. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-337-11.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. (23 de julio de 2013) Sentencia T-469/2013. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/.../4692013.rtf

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (8 de julio de 2015) Sentencia C-424/15. [MP Mauricio González Cuervo]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-424-15.htm

Gatti, A. E. (2015). *Derecho del trabajo. Manual de las relaciones individuales.* Buenos Aires: B de F.

Gómez Escobar, S. (1998). *Fundamentos de legislación laboral.* Bogotá: McGraw-Hill.

Jaramillo, I. (2010). *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Mendieta González, D. (2010). La acción pública de insconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia. *Vniversitas,* 120, 61-84. Recuperado de http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14451/0

Mesa Cuadros, G., Sánchez, L., Buitrago, A., Novoa, E. y Ortíz, B. (2013). Derechos colectivos y ambientales y acción pública de inconstitucionalidad. En G. Mesa Cuadros *et al. Estado Ambiental de Derecho o "Estado de cosas inconstitucional ambiental": derechos colectivos y ambientales bajo amenaza en la era de las locomotoras normativas* (pp. 181-217). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus.

Mintic (Ministerio de Telecomunicaciones de Colombia). (19 de septiembre del 2015). Por qué impulsamos el teletrabajo en Colombia. *Mintic*. Recuperado de http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-article-13406.html

Presidencia de la República de Colombia. (4 de septiembre de 1991). Decreto 2067 de 1991. *DO*: 40012. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202067.php

Presidencia de la República de Colombia. (30 de abril del 2012). Decreto 884 del 2012. *DO*: 48417. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=47216

OIT (Organización Internacional del Trabajo). (28 de junio de 1930). *Convenio n.° 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas)*. Recuperado de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C030

Rodríguez, F. A. (2001). *El teletrabajo en España. ¿Trabajo subordinado autónomo?* En: V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (pp. 225-232). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sánchez-Castañeda, A. (2006). *Las transformaciones del derecho del trabajo*. Ciudad de México: Unam (Universidad Nacional Autónoma de México).

Sanguineti, W. (2002). Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la trasnacionalización del empleo. Salamanca: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España.

Toselli, C. A. y Ulla, A. G. (2001). *La cuestión del teletrabajo*. En V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (pp. 85-90). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

# Discursos mediáticos sobre el delito de cuello blanco*

## *Mediatic Discourses on White-Collar Crime*

Semillero de investigación vinculado al grupo de investigación Escuela de investigación en criminología mediática, justicia penal y política criminal "Luis Carlos Pérez"

**David Alejandro Luna Barrera**
Departamento de Derecho
*daalunaba@unal.edu.co*

**José David Lugo Forero**
Departamento de Derecho
*jdlugof@unal.edu.co*

**Yennifer Katerine Rodríguez Hernández**
Departamento de Derecho
*ykrodriguezh@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 34542 "Discursos de criminología mediática sobre el control social, el castigo y la justicia penal", dirigido por el profesor Estanislao Escalante Barreto.

**Resumen:** En el presente artículo se abordan, desde un análisis criminológico, las lógicas y discursos mediáticos que subyacen a los delitos de cuello blanco, particularmente al caso de Interbolsa. Para este análisis, se tomaron las noticias de dos medios colombianos, en el periodo 2012-2013, en razón de la importancia que estos dieron al desfalco de Interbolsa. Se plantean interrogantes enfocados a indagar cómo los medios de comunicación generaron reacción social y discursos mediáticos selectivos sobre los delitos de cuello blanco que contrastan con los discursos sobre delitos cometidos por personas que no gozan de posición privilegiada, como los casos de Natalia Ponce de León o Rosa Elvira Cely.

**Palabras clave:** delitos de cuello blanco, Interbolsa, ideología informativa, criminología mediática, medios de comunicación

**Abstract:** This paper deals with the logical and media discourse underlying white-collar crime, from a criminological analysis, particularly the case of Interbolsa. The present analysis focus on the news published for two Colombian journals between the years 2012-2013, considering the importance given by the media to the fraud of Interbolsa. A series of questions are intended to investigate how the media generated social reactions and selective media discourses on white-collar crimes which contrast with the discourses on crimes committed by people who do not enjoy a privileged position, like Natalia Ponce de Leon or Rosa Elvira Cely cases.

**Keywords:** white-collar crime, Interbolsa, information ideology, mediatic criminology, mass media

## Introducción

La presente investigación tiene como propósito dilucidar la relación que existe entre el trabajo comunicativo, que es la principal función de los medios de comunicación, y los delitos denominados *de cuello blanco,* a partir de la recopilación, identificación, sistematización y análisis de un conjunto de noticias. En este orden de ideas, la cuestión que surge en torno a los discursos mediáticos sobre los delitos de cuello blanco es esta: ¿cuál y cómo es el tratamiento mediático que le dan los principales medios de comunicación al delito de cuello blanco en Colombia? Para este efecto se realiza el análisis de un caso concreto de delitos de poder que despertó el interés mediático, crítico e investigativo.

El tratamiento mediático que se le da al tema de delitos de cuello blanco varía de acuerdo con la *ideología informativa* que tiene cada medio (Van Dijk, 1990), puesto que esta influye directamente en la información, subinformación y desinformación transmitida. De acuerdo con Teun van Dijk (1990), los poderes públicos y el *statu quo* son los que fabrican las noticias a partir de la reconstrucción de acontecimientos sociales.

En relación con lo anterior, el tratamiento mediático dado a los delitos de cuello blanco tiene una influencia considerable en la ciudadanía y en la institucionalidad, pero no se produce el mismo efecto y resonancia que con la información sobre otros tipos de delitos. Esto se observa en la importancia que le dan los medios a ciertas noticias sobre corrupción pública, "delitos de sangre" (homicidios, feminicidios), preocupaciones cotidianas, la vida en el barrio o la comunidad, o sobre aquellos delitos que despiertan sentimientos de repudio moral, como los delitos de sangre que se valoran en la actualidad como de máxima gravedad.

Esta situación se puede ilustrar con casos como los de Natalia Ponce de León o Rosa Elvira Cely, que tuvieron gran mediatización y acogida por las masas sociales e, incluso, desde la institucionalidad se crearon y expidieron nuevos tipos penales, como el de *feminicidio* (Ley 1761 del 2015) y el de *ataque con ácido* (Ley 1773 del 2016). Otro ejemplo es el despliegue de noticias sobre el hurto de celulares, cuando después de presentarlas se exige de la institucionalidad más pena o efectividad en el control de la seguridad. Estos son ejemplos claros de que con las noticias se crean escándalos e indignación a través de la forma y frecuencia utilizadas por los medios de comunicación al momento de transmitirlas al público.

En el marco de la construcción social de la realidad sobre el delito los medios de comunicación juegan un papel esencial. En este contexto, se rescata el concepto de *criminología mediática,* planteado por Eugenio Zaffaroni (2011). Este término se refiere a la tendencia que aborda la cuestión criminal configurando y recreando la realidad por medio de la información, subinformación y desinformación mediática. En esta construc-

ción predomina un punto de vista principalmente causalista que aporta datos de reacción social y de defensa social; asimismo, no siempre atiende a la opinión de expertos en la materia, sino principalmente a la reacción social sobre conductas desviadas, a la opinión desinformada, motivada o subjetivada del ciudadano. Adicionalmente, en ocasiones se apela al sentimiento de dolor o venganza institucional de las víctimas, a quienes se les pide su opinión en torno a temas sensibles.

En el desarrollo de esta investigación se recopila un conjunto de noticias sobre actuaciones enmarcadas dentro de la concepción de delitos de cuello blanco. De esta manera, se toman como objeto principal los acontecimientos de relevancia jurídico-penal surgidos respecto al caso de Interbolsa, su historia, y la importancia atribuida al tema por parte de dos medios de comunicación escrita seleccionados: el periódico *El Tiempo* y la *Revista Semana*. Así, se obtiene el volumen de información producida en torno a este caso por cada medio. El estudio comprende el análisis de noticias producidas en el periodo 2012-2013, años en que se destapó este escándalo de corrupción.

Para cumplir los propósitos planteados, en un primer momento se define el concepto de delitos de cuello blanco desde varios puntos de vista, junto con los elementos más importantes que lo caracterizan para comprender su uso y su contenido. Por tratarse de una categoría acuñada en el ámbito de la sociología y, específicamente, en las teorías criminológicas críticas, los delitos de cuello blanco no están literalmente definidos por la ley penal; sin embargo, se adopta como una categoría de análisis importante por la diferenciación que se realiza entre los delitos cometidos por sujetos con poder y los delitos que cometen los sujetos del común.

En segundo lugar, se explica la ideología informativa, concepto plenamente desarrollado por el lingüista holandés Teun van Dijk (1990) en su obra *La noticia como discurso,* cuyo modelo y construcción teóricos permiten observar y realizar el análisis de las noticias sobre el caso seleccionado. Posteriormente, como nexo teórico se incluye el concepto de criminología mediática introducido por Zaffaroni (2011) en su libro *La palabra de los muertos,* además de otros elementos adyacentes sustentados por otros autores.

En resumen, esta triada de conceptos permite abordar el caso de estudio desde el punto de vista criminológico mediante la categoría de delitos de cuello blanco, y desde el punto de vista del análisis de la noticia mediante los postulados de la criminología mediática. Con base en este compuesto conceptual y teórico se realiza un recuento de los orígenes de la empresa Interbolsa, una descripción de la actividad económica a la que se dedicaba, las relaciones de poder de tal actividad legal y los elementos conceptuales que conforman el mundo financiero y bursátil, lo cual configura la esencia del contexto del caso estudiado.

Posteriormente, se efectúa la recopilación, identificación, sistematización y análisis de las noticias, con base en el marco conceptual construido. Por último, se dan a conocer los resultados de la recopilación de las noticias por medio de una matriz de análisis, a partir de la cual se sustentan las conclusiones que se obtienen al comprender el fenómeno de manera polidimensional.

A lo largo del trabajo se identifican los elementos que cada uno de los autores proponen en la definición de los delitos de cuello blanco yuxtapuestos en el caso Interbolsa; de esta manera, se examina si corresponde en realidad a un delito de cuello blanco mediante la resolución de las siguientes cuestiones: ¿qué elementos lo hacen ser de cuello blanco?, ¿quiénes son los sujetos activos de la conducta criminal? y ¿qué otros elementos propios del mundo del mercado de valores y el mundo financiero se identifican? Esto permite poner en contexto el tratamiento mediático o los manejos del discurso que surgen en torno a esta situación.

## Los delitos de cuello blanco como categoría de la sociología de la desviación social

De acuerdo con la delimitación conceptual y el propósito de esta investigación, en este trabajo se consideran tres conceptos clave para la comprensión y el análisis del problema planteado: delitos de cuello blanco, ideología informativa y criminología mediática.

La concepción de delito de cuello blanco, si bien no es una categoría dogmática, se puede apreciar como una categoría criminológica de adopción popular. En su esfuerzo por resolver el problema de definir un concepto que no corresponde a una actuación determinada jurídicamente, diversos autores le han dado diferentes grados de importancia, como concreción de una construcción social que identifica un tratamiento institucional diferente a los delitos de quien tiene el poder y a los de quien no lo tiene.

Desde el punto de vista del sociólogo estadounidense Edwin Sutherland[1] (1999), uno de los autores más representativos sobre el tema, los delitos de cuello blanco se definen de la siguiente manera:

> El delito de "cuello blanco" puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación.

1 Sociólogo estadounidense autor del libro *White Collar Crime,* presentado en 1939 en la Sociedad Americana de Economía en Filadelfia, EE. UU. El propósito principal del autor fue establecer una comparación entre los delitos de *clase alta* ejecutados por personas respetables, de negocios, profesionales, frente a los delitos cometidos por personas de *clase baja,* de bajo estatus socioeconómico.

> [...] Lo significativo del delito de "cuello blanco" es que no está asociado con la pobreza, o con patologías sociales y personales que acompañan la pobreza. (p. 65)

Se identifica que el delito de cuello blanco no es una conducta propia de los estratos bajos, puesto que se requiere prestigio o reputación para conservar un poder económico significativo, que más tarde puede decantarse en un posible poder político. En otras palabras, este tipo de conductas solo pueden ser cometidas por una parte mínima de la sociedad, aquella que cuenta con estatus social alto, tiene respetabilidad y una ocupación que le permite tal acción. En consecuencia, la conducta debe ser típica, antijurídica, estar tipificada y ser punible.

Los delitos de clase alta, *ergo,* no son iguales a los de clase baja. Entre estas conductas punibles hay una separación, puesto que están muy relacionadas con la condición material del sujeto activo y tienen un tratamiento diferente desde los medios de comunicación, lo que repercute en la reacción social ante la comisión de esos delitos. Para Sutherland (1999), la conducta desviada que pueden llegar a cometer las clases altas o los hombres de negocios está alimentada por su aberración a las leyes del Estado y por el intervencionismo que puede tener este en la cadena económica de un país. Este último elemento resulta indeseable para los particulares que detentan el poder económico. Así lo manifiesta:

> Los hombres de negocios generalmente sienten y expresan desprecio hacia la ley, el gobierno y el personal del gobierno. En este sentido, también se asemejan a los ladrones profesionales, quienes sienten desprecio por la ley, la policía, los fiscales y los jueces. (Sutherland, 1999, p. 263)

Sin embargo, Sutherland no es el único que se interesa en los delitos de cuello blanco; el criminólogo estadounidense Gilbert Geis (s. f.) se pregunta por el origen de la comisión de conductas delictivas en los poderosos y así ayuda a esclarecer el concepto:

> ¿Cuál es la raíz del delito de cuello blanco cometido por los poderosos? Como sucede con la mayoría de las conductas criminales, la suya es llevada a cabo para lograr algo que desean, algo que creen que no puede ser obtenido legalmente, al menos no sin un mayor grado de dificultad, aunque el desafío y la euforia también pueden ser factores de motivación. (p. 11)

El sujeto con poder y estatus social alto (sujeto activo de delitos) actúa en función de sus deseos y necesidades. En su acción delictiva se identifica una tendencia al facilismo, puesto que considera que las conductas ilegales son la manera óptima para obtener algo que necesita o desea, pero que tiene baja posibilidad de conseguir mediante los conduc-

tos regulares dispuestos en la ley o las tradiciones empresariales. En este orden de ideas, surgen las siguientes inquietudes: ¿Qué deseos o necesidades tienen personas respetables de un estatus social alto y con una profesión destacada y lucrativa?, ¿qué es lo que motiva a la persona para cometer un delito de cuello blanco?

La respuesta da un papel relevante a la ambición como un elemento determinante que impulsa la conducta del individuo de clase alta para cometer dicho tipo de delitos. De esto se concluye que son exclusivos de un sector socioeconómico particular que, por lo general, está ligado a las lógicas del poder político en un Estado (Lombroso, 1911). A principios del siglo xx, el criminólogo positivista italiano Cesare Lombroso (1911) advirtió desde un punto de vista determinista que:

> El poder político ya no se obtiene a punta de espada, sino por el dinero; el dinero se saca de los bolsillos de los demás mediante trucos y maniobras misteriosas, como el funcionamiento de la Bolsa. Se lleva a cabo una guerra comercial [...] a través del perfeccionamiento del arte del engaño; de la destreza adquirida en dar al comprador la impresión de que está obteniendo un buen trato. (pp. 44-45)

En esta concepción es posible identificar un segundo elemento que caracteriza los delitos de los poderosos, a saber, el engaño como herramienta genérica para delinquir. Por ejemplo, se observa en el caso del funcionario público corrupto que omite información a las autoridades sobre los costos de obras civiles que en los planos son impresionantes pero en la realidad son un claro golpe a las arcas públicas; o también el caso del millonario, empresario e industrial que tiene cuentas y empresas en paraísos fiscales y oculta información financiera con el fin de evadir impuestos.

La ambición como el motor del delito —el querer tener más de algo, el incremento de la productividad para generar una mayor riqueza con un menor esfuerzo y menor inversión de tiempo y recursos—, y el engaño como el medio para delinquir —que le permite al delincuente manejar la voluntad de otros a su favor— son dos componentes importantes a la hora de indagar sobre lo que caracteriza a un delincuente de cuello blanco. Estos elementos surgen si se observa desde un punto de vista de análisis determinista, esto es, desde la pregunta del hombre como delincuente.

La postura del sociólogo Albert Reiss y el psicólogo Albert Biderman (1980) sobre los delitos de cuello blanco los lleva a concebirlos como:

> [...] aquellas infracciones de la ley a las que se asignan sanciones por causa de que el infractor usa una posición de poder, influencia, o confianza en el orden institucional político o económico, con el propósito de obtener de manera ilegal una ganancia personal u organizacional. (p. 4) (traducción propia)

Esta postura aparece también en el análisis de Lombroso: el poder político como elemento importante en la corrupción de un poder económico. Ahora bien, para este análisis es importante identificar la forma como se publicitan los delitos de los poderosos:

> A diferencia de los delitos que salen a la luz en los medios masivos de comunicación, tales como robos, homicidios, lesiones, los delitos de cuello blanco se encuentran con más frecuencia en la página financiera. La delincuencia de cuello blanco se manifiesta sobre todo en la manipulación de los informes financieros de compañías, la falsa declaración de los stocks de mercaderías, la corrupción de funcionarios para conseguir contratos o leyes favorables, la malversación de fondos, los fraudes fiscales, etcétera. (Aniyar de Castro y Codino, 2013, p. 145)

A partir de los planteamientos presentados se observa que, desde el punto de vista conceptual, los delitos de cuello blanco son una concepción social y criminológica enfocada en conductas desviadas cometidas por personas con estatus social alto, solvencia económica, respetabilidad y una profesión prestigiosa, que se valen de trucos y maniobras fraudulentas para llegar a un fin determinado que desean. Este fin consiste principalmente en obtener ganancias personales u organizativas manejadas bajo la concepción de poder, como el uso del poder, la forma de acceder o mantenerse en este, con reconocimiento económico, social y político.

## De la ideología informativa

Junto al concepto de delitos de cuello blanco también es importante consultar lo que planteó Van Dijk (1990) sobre la ideología informativa. Este autor sostiene que los poderes públicos y el *statu quo* son quienes fabrican las noticias a partir de reconstrucciones sociales; esto muestra que existe dominio y manipulación de medios de comunicación por personas poderosas: sus dueños, quienes los utilizan a su favor, fabricando y destruyendo las noticias de acuerdo con criterios e intereses de poder (Van Dijk, 1990).

Se afirma que los poderosos destruyen las noticias porque se entiende que estas se fabrican desde reconstrucciones y hechos sociales que son considerados como relevantes por tales medios. Del mismo modo, se puede afirmar que se desechan reconstrucciones y hechos sociales ya sea porque son considerados no relevantes o porque, de acuerdo con los intereses de los que ejercen poderes públicos y los dueños de medios, es inconveniente hacer énfasis en dichas noticias e incluso transmitirlas. Por lo tanto, lo que se desecha o se oculta queda inadvertido por la sociedad, a diferencia de aquellas noticias que son divulgadas, a las que sí se les da importancia y obtienen acogida social. Un claro ejemplo

de ello fue la construcción de la noticia sobre el ataque con ácido a Natalia Ponce de León (Revista *Semana,* 2015).

En relación con la tesis planteada por Van Dijk, Juan Fuentes Osorio (2005) abre el debate, afirmando que hay un protagonismo mediático creado por los medios de comunicación y propone cuatro problemas fundamentales:

1. Los medios de comunicación presentan una realidad criminal distorsionada, en donde se construyen imágenes virtuales que realmente no coinciden con la realidad.
2. La atención e importancia que se le atribuye a algunas cuestiones criminales distrae de otros temas sociales, que son relegados a un segundo plano e ignorados.
3. Los medios de comunicación no son plurales en cuanto a la definición del conflicto social y a la presentación de propuestas de intervención: reproducen imperfecciones del mercado y otorgan mayor importancia y credibilidad a las perspectivas sobre criminalidad de quienes disponen de un gran poder socioeconómico e institucional.
4. La constante transmisión de una realidad criminal distorsionada influye en las decisiones de la rama legislativa; ejerce presión sobre los agentes políticos para que reaccionen tipificando nuevas conductas (Fuentes Osorio, 2005).

Fuentes Osorio propone una crítica más concisa respecto a los medios de comunicación, en la que plantea puntos específicos que desarrollan los postulados de Van Dijk (1990). Por tanto, se identifica que el concepto de ideología informativa está conectado con los puntos anteriormente propuestos, ya que la fabricación de noticias la realizan quienes tienen un poder público, político, socioeconómico e institucional.

La fabricación de noticias se sustenta en reconstrucciones de hechos sociales, es decir, los hechos no se dan a conocer tal como son sino que se alteran y se camuflan como información objetiva. En otros términos, en las noticias se presenta una realidad distorsionada que reproduce las imperfecciones de la sociedad con el fin de que perdure el *statu quo* con sus deficiencias.

Adicionalmente, se le otorga demasiada importancia a ciertas realidades sociales ya distorsionadas que distraen de otros temas sociales de mayor relevancia pero de menor beneficio para quienes ostentan poder, ya sea político o económico, e influyen directamente en las políticas criminales. En este aspecto se debe hacer una distinción: hay un sistema de monopolio de información controlado por personas con poder y estatus social alto, en donde se difuminan los caracteres objetivos de un hecho, se eliminan otros, se reproducen imperfecciones sociales y se influye en la legislación.

De esta manera, los medios de comunicación preservan el poder de quienes los controlan porque en sí mismos representan poder. En cuanto a esto hay una relación que no se ha tratado con profundidad en las investigaciones sociológicas al respecto, a saber, que

quienes tienen el control de los medios pertenecen al grupo que controla escenarios de poder en los que precisamente se ejecutan delitos de cuello blanco.

Por último, es importante hacer énfasis en la relación que existe entre lo que producen los medios sobre el delito, sus titulares y contenidos frente a la reacción y la agenda político-criminal que generan. Esto se debe a que los poderosos que ejercen el poder político y económico crean delitos al vaivén de los titulares de los medios y su contenido se relaciona con reacciones altamente populares aunque poco técnicas, de manera que son los medios los que marcan la agenda en materia de delitos al poder legislativo. Así, se establece una relación de doble contingencia: las reformas penales no atienden a la realidad empírica sino a lo que dictan los medios, y los políticos influyen en los contenidos que se muestran a la gente en los medios. Estos en su conjunto construyen la denominada opinión pública sobre la delincuencia (Pozuelo Pérez, 2013).

## La criminología mediática

Otro punto a considerar es el concepto introducido por Zaffaroni (2011) al explicar cómo ha sido abordada la cuestión criminal desde la academia y los medios, de manera que a la palabra de los medios sobre la cuestión criminal se le denomina criminología mediática:

> Esta es la palabra de los medios masivos. Es la palabra que construye otra criminología, que opone a la criminología académica una criminología mediática, que pese a estar plagada de prejuicios, falsedades e inexactitudes, es la que configura las actitudes del común de las personas y sobre la que suelen montarse las decisiones políticas que se traducen en leyes penales. (p. 4)

El profesor argentino hace una distinción entre criminología académica y criminología mediática. La primera está enfocada a examinar realidades sociales desde los saberes y es la que ha dominado el discurso cognitivo en la formación de los abogados. La segunda, por su parte, examina las realidades desde los medios de comunicación, y posee un carácter de inexactitud. Sin embargo, esta última es la que tiene gran influencia sobre la sociedad y la institucionalidad, lo cual hace que dicha criminología mediática tenga mayor importancia desde perspectivas políticas, sociales y legales (Zaffaroni, 2011). El hecho de que tenga la mayor importancia no quiere decir que sea mejor que la académica, sino que es la que marca la pauta para las decisiones políticas en materia criminal.

El punto determinante de la relevancia otorgada a una criminología sobre la otra en los ámbitos social y político es el acceso al conocimiento. Esto se fundamenta en el hecho de que el acceso a los saberes, a la educación en una sociedad como la colombiana es muy limitado; solo una pequeña parte de la población logra estudiar; *a contrario sensu,* el acceso que se tiene a la información proporcionada por medios de comunicación es total: la mayor parte de la población puede acceder a los contenidos dados por los diversos medios de comunicación.

De esta manera, se observa una correlación entre criminología mediática e ideología informativa, partiendo del objeto de cada concepto teórico: la influencia de los medios de comunicación en la sociedad y la institucionalidad. A continuación, es preciso hacer énfasis en los postulados identificados en relación con el concepto de criminología mediática.

## Miedo al crimen

Isaías Molina Jácome (2014) afirma que la existencia del miedo al crimen se configura en virtud del énfasis dado por los medios de comunicación a ciertos crímenes, es decir, la forma como estos son relatados, lo que influye directamente en la percepción de ciertos delitos:

> [...] más allá del miedo al crimen, la cobertura mediática no solo tiene como efecto provocar el miedo en las personas, sino también el de enfocar al crimen como una dificultad o como un espectáculo, resaltando los grandes crímenes y dejando a un lado las acciones delincuenciales menores. [...] Por otro lado, la cobertura mediática no solo está asociada al miedo que experimentan las personas, sino que las noticias no se contextualizan, lo cual provoca una desinformación. (Molina Jácome, 2014, p. 13)

## Factor de riesgo

Teniendo en cuenta lo expuesto por Molina Jácome (2014), se considera que el miedo al crimen está relacionado directamente con la percepción de riesgo que se tiene frente a este, puesto que se entiende que los medios de comunicación influyen en dicho miedo, mediante la desinformación en las noticias que reproducen estas visiones. Sin embargo, se deben tener en cuenta otros factores, como el entorno del sujeto. Por ejemplo, cuando se divulgan de forma detallada noticias relacionadas con delitos de sangre en barrios vulnerables, de estrato social bajo: las personas que habitan esos barrios sienten un mayor factor de riesgo respecto a los crímenes que se informan por esas noticias que una persona alejada del barrio y perteneciente a otro estrato social.

## Factor político

En este contexto, Zaffaroni (2011) atribuye el factor político a la criminología mediática, es decir, esta no se queda únicamente en la influencia directa sobre la población sino que responde a factores políticos que, en últimas, proponen nuevos modelos de Estado:

> [...] la criminología mediática es un instrumento de extrema utilidad para desbaratar los Estados de bienestar —los *welfare States*— y promover los Estados gendarmes, caracterizados por limitar su función a mantener a raya a la población excluida de un sistema que incluye solo a un cierto porcentaje poblacional. (Zaffaroni, 2011, p. 5)

En otras palabras, la criminología mediática es una moneda de dos caras: por una de ellas existe un enfoque poblacional y, por el otro lado, una incidencia política e institucional.

## Victimización

Otro aspecto a considerar es la victimización, respecto al cual Gabriel Ignacio Anitua (2011) establece que es un elemento que influye directamente en la institucionalidad, es decir, las víctimas de un ataque se someten a una segunda victimización ante la sociedad, causada por los medios de comunicación, lo que tiene una influencia directa en la institucionalidad y en las decisiones que se toman.

Francesc Baratta (2008) propone unir cada uno de los postulados anteriores al sumar la importancia que tienen los medios de comunicación en la sociedad actual, pues están encargados de transmitir noticias en tiempo real. Sin embargo, este autor manifiesta que la relevancia que se les da a los delitos de sangre, populares o comunes se enfoca más a la acogida social y a la audiencia obtenida a través de la transmisión de dicho tipo de noticias:

> [...] la influencia mediática es significativa porque suministra modelos cognitivos, patrones para interpretar el mundo que nos rodea. Este hecho adquiere una importancia particular en la construcción social de las ideas en torno al mundo del delito, pues son muchos los ciudadanos que se informan sobre dichos temas a partir de lo que ven en la televisión, escuchan en la radio o leen en los periódicos.
>
> [...].
>
> Los medios de comunicación, cuando se conectan con las percepciones sociales, se convierten en una poderosa máquina que produce, especula y moviliza las creencias sobre el mundo del delito, en particular los miedos que de este se desprenden. (Baratta, 2008, pp. 124-125)

Para finalizar el análisis planteado, es necesario observar que en la actualidad predomina una sociedad de consumo, en que la propaganda y la publicidad direccionan las

necesidades y los gustos de las personas. En este contexto, la seguridad es un bien preciado que se constituye como un objeto de oferta y demanda: la protección y la promesa de seguridad son hoy en día los programas de consumo ofertados por la política y demandados por la gente en la cotidianidad, de manera que su proyección comercial, su forma de venta y publicidad se da en los medios de comunicación de masas. Así, estos desatan una guerra por los índices de audiencias que compran y se dejan cautivar por el uso comercial del miedo y la seguridad (Bauman, 2010).

En este escenario no es tan común y eficiente, desde el punto de vista del mercado, la narrativa de los delitos que se cometen en ámbitos alejados de la mayoría de la gente, los económicos y los de poder, pues son más rentables los que pasan en el barrio de la gente que ve la televisión. Como lo plantea Bauman (2010), "el mundo que se ve por televisión se parece a uno en el que los 'ciudadanos/ovejas' son protegidos de los 'delincuentes/lobos' por 'policías/perros pastores'" (p. 186).

Entonces, la criminología mediática, la influencia mediática y la ideología informativa son factores determinantes para analizar los delitos de cuello blanco —como el caso Interbolsa—, la manera como estos influyen en la sociedad y la institucionalidad, la forma como son transmitidos por los medios de comunicación, y, finalmente, la importancia que adquieren a raíz de la trascendencia otorgada por estos.

## Sobre el caso Interbolsa y el mundo bursátil

En nuestro estudio, para sustentar la hipótesis de trabajo, se toma como ejemplo el caso Interbolsa, evento de alto impacto que es representativo de la figura de los delitos de cuello blanco: un grupo de poderosos incurrieron en conductas desviadas del orden legal, impulsados por su avaricia y el ímpetu de aumentar sus activos a costa del dinero ajeno sin autorización previa para maniobrar con este (Donadio, 2013).

Aunque no profundiza en la sustancia del caso Interbolsa, esta investigación se centra en el impacto mediático que se le dio al caso; por ejemplo, en uno de los medios escogidos se trató como *escándalo,* como un ejemplo de que las élites también incurren en conductas punibles que pueden resultar mucho más dañinas socialmente que el hurto de barrio. Sin embargo, se advierte que estos delitos generalmente se divulgan sin emitir juicios de reproche efectistas en contraposición a la divulgación sensacionalista de los delitos comunes que, efectivamente, cometen personas del común, sin ninguna relación de poder económico y político. El tratamiento que se les da no es el mismo y depende del medio que informe.

Para dar cuerpo a la fase analítica y reflexiva de este trabajo, es necesario describir las características del caso que se estudia. Por tanto, al referenciar y tomar como ejemplo el caso de Interbolsa es necesario conceptualizar este evento, la historia de esta empresa (ahora liquidada), la conducta delictiva y la divulgación mediática junto con términos técnicos relacionados con el delito. En cuanto a la historia de la empresa se puede decir lo siguiente:

> Creada en 1990, Interbolsa fue el vehículo por el cual el ingeniero químico Rodrigo Jaramillo entró al mundo bursátil en la ya desaparecida Bolsa de Valores de Medellín. Sus primeros años fueron los típicos de una firma de su talante: hacer estudios sobre el rumbo del mercado, conseguir clientes que quieran invertir en instrumentos, cobrar una comisión, crear productos propios para volver a invertir. (Mayorga, 8 de noviembre de 2012)

Interbolsa llegó a ser la comisionista de bolsa más grande del país; tuvo una gran capitalización durante la última década para luego convertirse en un *holding* conformado por ocho empresas dedicadas a múltiples negocios, como la infraestructura, los seguros, el inmobiliario, la responsabilidad social empresarial y la interacción bursátil internacional.

Según la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) (2008), el mercado de valores "es el conjunto de agentes, instituciones, instrumentos y formas de negociación que interactúan facilitando la transferencia de capitales para la inversión a través de la negociación de valores" (p. 2). Este mercado procura que los recursos se puedan destinar en un plazo medio o largo, es decir, lo contrario de los recursos monetarios líquidos cuyo provecho es a corto plazo.

En Colombia existe la Bolsa de Valores de Colombia (BVC), que resultó de la unión de las bolsas de Bogotá, Medellín y Occidente en el año 2001. Es una entidad privada que gestiona lo relacionado con el mercado de valores, cuyos accionistas son, en su mayoría, comisionistas de bolsa y personas de gran poder económico —grupos empresariales pertenecientes a familias pudientes y de reconocido prestigio, como es el caso de Rodrigo Jaramillo, cuya esposa, María Cecilia Botero Restrepo, era descendiente de acaudalados comerciantes antioqueños y trabajó en la secretaría general de la desaparecida Bolsa de Valores de Medellín— (Valencia, 2014).

En la Ley 964 del 2005 se define *valor* como:

> [...] todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público, incluyendo los siguientes: las acciones; los bonos; los papeles comerciales; los certificados de depósito de mercancías; cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización; cualquier título representativo de capital de riesgo; los certificados de depósito a términos;

> las aceptaciones bancarias; las cédulas hipotecarias; cualquier título de deuda pública. (Ley 964, 2005, art. 2)

Respecto al objeto esencial del mercado de valores que origina la riqueza que acumulan las empresas comisionistas de bolsa como Interbolsa, la SFC (2008) expresa que se trata de:

> [...] un profesional experto en la consecución y colocación de recursos financieros, que, aunque incapaz de predecir con certeza lo que aportará el mañana, puede orientarlo sobre el estado actual de los negocios de papeles, indicándole con precisión las alternativas que usted puede usar para invertir o para obtener beneficios en buenas condiciones con la inversión de su dinero, proveyéndole de elementos de juicio útiles para tomar una decisión informada sobre el particular. (p. 9)

Estos comisionistas de bolsa ejercen, entre otras actividades, las denominadas *repos* o *reportos,* que se pueden definir como operaciones en que se establece un pacto de recompra en el cual un ente emisor provee liquidez a otro a cambio de acciones, que este se compromete a adquirir nuevamente después de un tiempo fijo (Banco de la República, s. f.); es decir, el dueño de las acciones, quien no quiere venderlas, acude al comisionista, quien consigue la contraparte que hace un préstamo sobre las acciones que quedan como garantía de pago. Esta figura recobra gran importancia puesto que fue la actividad que originó del delito por el cual se procesó a los directivos de Interbolsa, puesto que uno de sus socios —Alessandro Corridori, quien fungía como deudor en el contrato de reporto por acciones de Fabricato— se endeudó a tal punto que hizo partícipe de su deuda a la comisionista (aproximadamente trescientos mil millones de pesos), que esta intentó pagar con el dinero de sus clientes sin la respectiva autorización, lo cual abrió paso al masivo endeudamiento y posterior quiebra (Donadio, 2013).

El endeudamiento masivo se dio mediante una sociedad administradora de inversión (SAI), función a la cual también se dedicaba Interbolsa. Estas SAI son sociedades anónimas que se encargan de demandar valores, de objeto único, autorizadas por un ente regulador para la administración de carteras mancomunadas; ejecutan una función de manejo administrativo y de toma de decisiones sobre la cartera que tiene el fondo de inversión, y buscan obtener la mejor rentabilidad sobre los activos del fondo en concordancia con sus objetivos y limitaciones, que son dictadas por el ente regulador y por el prospecto del fondo. Además, administra los fondos por cuenta y riesgo del inversionista (Decreto 384, 1980).

De esa manera fue como Interbolsa malversó los dineros de sus clientes: haciendo maniobras especulativas. La Real Academia Española (2014) define *especular* como

"efectuar operaciones comerciales o financieras con la esperanza de obtener beneficios aprovechando las variaciones de los precios o de los cambios". Por tanto, las maniobras especulativas en materia comercial son aquellas orientadas al aprovechamiento de variaciones que ocurren en el mercado (precios o cualquier otro cambio) con el fin de lograr un beneficio propio.

En este caso, la especulación trae un elemento esencial que hace surgir el delito, esto es, la mala fe. Aunque no se tiene una definición expresa de mala fe normativamente, el Código Civil de Colombia establece como buena fe lo siguiente:

> Buena fe en la posesión. La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio. [...] Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario. (Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, 1873, art. 768)

Por lo tanto, la mala fe se entiende como la utilización de medios ilegítimos para el beneficio de una persona; sin embargo, se debe hacer énfasis en el error en materia de hecho, es decir, el error fáctico, pues se arguye que este no atribuye mala fe a una conducta, a diferencia del error en materia de derecho, caso en que quedan implicadas las formalidades propias del derecho.

Debido a esas prácticas oscuras del empresariado financiero, la SFC intervino la firma Interbolsa en representación del Estado, ya que aquella es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, que tiene como objeto vigilar y controlar el sistema financiero colombiano. (Decreto 2739 de 1991, Decreto 663 de 1993, y Ley 964 de 2005).

## Cómo informan los medios

El análisis de la información producida sobre el caso Interbolsa partió de una recopilación de noticias de dos medios de comunicación escrita: el periódico *El Tiempo,* perteneciente al magnate Luis Carlos Sarmiento Angulo, y la Revista *Semana,* propiedad del empresario y periodista colombiano Felipe Pérez Caballero. Así, se observa un elemento de vital importancia: la identificación de los intereses detrás de la información, intereses de individuos que detentan un poder económico, cercanos al poder político y constituyentes de uno nuevo: el poder de los medios de comunicación masiva.

Dependiendo de quien informe, es decir quien es el propietario del medio, se aplica una determinada forma o tratamiento a los hechos noticiosos. Estos modos pueden variar desde el amarillismo a un discurso incendiario o a una posición neutral: el hecho como materia prima al que los medios de comunicación le imprimen una opinión diluida al informar; aunque se trate de ocultar tal opinión, está presente en el mensaje que se transmite a los diferentes tipos de audiencias receptoras del discurso.

En este orden de ideas, Laura Zúñiga (2012) afirma que, frente a los delitos de cuello blanco, existe tolerancia social, las personas no otorgan mayor importancia a dichos delitos, motivo por el cual no perciben su potencial de daño. Esto está directamente relacionado con los medios de comunicación y el papel que juegan en la sociedad, puesto que ellos se encargan de fabricar y dispersar la información e imprimir diferentes grados de detalle en la narrativa de las noticias sobre los delitos de cuello blanco; en consecuencia, pueden presentarse eventos en los que resten importancia a estos delitos al no transmitirlos a la sociedad de la misma forma que los delitos comunes.

A esto se suma la influencia de los medios en la política criminal, específicamente sobre los procesos judiciales que son los encargados de dar conocimiento del proceso judicial a la sociedad. En ese sentido, Joan Botella Corral y Luiz Peres-Neto (2008) explican que "los medios de información tienen una importancia crucial, al atraer la atención sobre determinados procesos, al fomentar una percepción más o menos morbosa de los mismos y al sugerir elementos de análisis y respuestas sociales ante fenómenos complejos" (pp. 43-65).

De este modo, se percibe la responsabilidad que recae en los medios de comunicación respecto a los delitos de cuello blanco y a la importancia social que se les da. En el entendido de que la sociedad reproduce lo que se le transmite por los medios de comunicación, se puede afirmar que estos juegan un papel de filtro por medio del cual se puede manipular e influir en percepciones populares y decisiones judiciales.

Sin embargo, en esta investigación solo se busca indagar cómo son los discursos mediáticos sobre los delitos de cuello blanco a partir de una recopilación de noticias emitidas por dos medios de comunicación respecto al caso Interbolsa. Debido a esto, en la presente investigación se recopila información correspondiente al periodo de un año comprendido entre noviembre del año 2012 y el mismo mes del año 2013, con la finalidad de identificar cómo y cuál es el tratamiento que se le da al tema por parte de los medios de comunicación. Esto se llevó a cabo por medio de la sistematización de la información recopilada en una matriz con las siguientes características: medio de comunicación, título de la noticia, palabras clave, tipo de noticia, fecha, intencionalidad (finalidad de la noticia: describir, analizar, opinar, etc.) (anexos 1 y 2).

Es necesario precisar que *El Tiempo,* como medio de comunicación escrito, puede generar noticias directamente o hacerlo a partir de sus filiales. Así, respecto al caso Interbolsa, *El Tiempo* no solo produjo noticias de manera directa, sino también por medio del periódico Portafolio, su filial en cuanto a hechos de la vida económica y financiera del país, campo al que pertenece el caso del desfalco de Interbolsa. Por lo tanto, al ser parte de la Casa Editorial El Tiempo y mantener relación directa con aquel, se tomaron tanto las noticias registradas por el diario *Portafolio,* como las registradas por el periódico *El Tiempo*. Por otro lado, en el caso de la *Revista Semana,* se pudo observar que este medio trata de forma directa la noticia. En la siguiente tabla se explica la forma como cada medio presentó la noticia sobre el caso de estudio.

**Tabla 1. Análisis de titulares de *El Tiempo* y *Revista Semana***

| **Análisis de titulares de los ejemplares de prensa seleccionados** | |
|---|---|
| *El Tiempo* | *Revista Semana* |
| En el periódico *El Tiempo* se puede observar que sus publicaciones manejan titulares con términos indirectos y *neutrales* frente a los hechos del caso Interbolsa, como se evidencia en la noticia del 3 de noviembre de 2012 cuyo titular fue "Interbolsa: El riesgo de una estrategia agresiva". Este mismo parámetro se reproduce con las noticias elaboradas posteriormente por el medio, con leves alteraciones.<br>En el titular referido se evidencia una postura, es decir, el medio califica como agresiva la estrategia, sin dejar espacio para la interpretación del lector.<br>• De 24 noticias analizadas de este medio, solo 2 tienen palabras o frases efectistas.<br>• 92 % de las noticias analizadas tienen un titular neutral o meramente informativo.<br>• 8 % de las noticias analizadas tienen un titular efectista o que busca infundir una posición en el lector. | En la *Revista Semana* los titulares son efectistas e intentan prender las alarmas frente al hecho noticioso, como se observa en el titular de la noticia del 3 de noviembre de 2012: "La verdad sobre la comisionista Interbolsa".<br>En este medio, los titulares tienden a buscar más reacción social con el paso del tiempo, motivo por el cual tienen un discurso fuerte, impactante y reaccionario.<br>En este titular se evidencia que el medio busca llegar a una *verdad,* es decir, parte de que no todo está esclarecido y genera duda e inquietud al lector, busca que la interpretación del lector juegue un papel importante a partir de los indicios que ofrece en la noticia.<br>• De 24 noticias analizadas de este medio, 13 tienen palabras o frases efectistas.<br>• 46 % de las noticias analizadas tienen un titular neutral o meramente informativo.<br>• 54 % de las noticias analizadas tienen un titular efectista o que busca infundir una posición en el lector. |

**Fuente:** Elaboración propia.

A partir de la matriz presentada se hace la siguiente comparación entre los medios seleccionados:

**Tabla 2. Comparación del tratamiento dado por los medios *El Tiempo* y *Revista Semana* al caso Interbolsa**

| Periódico *El Tiempo*/*Portafolio* | *Revista Semana* |
|---|---|
| Algunas de las noticias emitidas por *El Tiempo* no se divulgaron por el diario principal, sino por su filial de noticias económicas: *Portafolio*. | Las noticias emitidas fueron divulgadas por el canal oficial del medio. |
| El discurso manejado por el periódico es un discurso plano, que no despierta dudas ni inquietudes y que a todas luces no pretende generar reacción alguna en la audiencia. | La divulgación ofrecida por la Revista *Semana* evidencia el interés de que la noticia sea comprendida y entendida. Esto se observa en los repetidos recuentos que hace sobre el caso. Se muestra un interés del medio por la audiencia a la que va dirigido. |
| Noticias generalmente descriptivas; si bien tienen una parte analítica, esta es muy superficial. | Se identifica un sentimiento de indignación en la forma de transmitir las noticias. Esa indignación se evidencia en los titulares con el uso de signos de pregunta, de exclamación y un tono altivo. |
| Los titulares de las noticias generalmente son llanos; solo enuncian, no pretenden generar polémica; el tono de las proposiciones no es altivo. | La audiencia a la que este medio dirige el discurso está compuesta por individuos del común, que no necesariamente tienen nociones de temas financieros, económicos o de justicia para entender y apropiarse del discurso especializado en economía. |
| La audiencia a la que este medio dirige el discurso está compuesta por individuos del común, que no necesariamente tienen nociones de temas financieros, económicos o de justicia para entender y apropiarse del discurso especializado en economía. | Es un medio de comunicación poco accesible, puesto que su precio al público es relativamente elevado. |
| Es un medio accesible: su valor no es excesivo, motivo por el cual es abierto a todo público. | |
| Es catalogado como el diario de mayor circulación en Colombia. | |

**Fuente:** Elaboración propia.

## Conclusión

El tratamiento que se le da a los delitos de cuello blanco en cada medio de comunicación (*Revista Semana* y *El Tiempo*) es diferente, con diferentes matices. El trato que le dio *Revista Semana* fue más profundo, en comparación con el que le dio *El Tiempo*. Si se tiene en cuenta que los medios juegan un papel fundamental al tener como función la información y divulgación de hechos que suceden en el país, en la fase en que se convierten en noticias se generan diferentes tratamientos que se relacionan con la atracción de la audiencia, se usan titulares y discursos atractivos para el lector y, de igual modo, se sugieren reacciones positivas o negativas frente a la noticia.

Esto se evidencia de forma superficial en las noticias analizadas: *El Tiempo* se mantuvo en una posición neutral, mientras que *Revista Semana* intentó ser más influyente, aunque no lo hizo de forma tan llamativa y vistosa, motivo por el cual la noticia no fue ampliamente nombrada. Esto sucedió con la noticia del caso Interbolsa, que fue suavizada al momento de transmitirla y, por tanto, la reacción institucional no fue tan rápida ni eficaz como cuando se trata de otros delitos. La *Revista Semana,* en una entrevista realizada al ex vicefiscal general de la nación Jorge Perdomo, le hizo la siguiente pregunta: "Se está cumpliendo un año de la debacle de Interbolsa y aunque el proceso penal que busca castigar a los responsables arrancó a buen ritmo, parece que va a fuego lento. ¿Qué pasa?" a lo que este respondió que "el caso Interbolsa no va a quedar en la impunidad" (*Revista Semana,* 2013).

En el tratamiento dado a la noticia se identifica el interés y la opinión que imprimen los medios de comunicación en el producto que divulgan, puesto que uno de los medios, un año después del hecho plantea el interrogante ¿qué pasó con el caso Interbolsa?

# Anexos

## *El Tiempo*

| Medio | Titular | Palabras clave | Tipo de noticia | Fecha | Intencionalidad | Resumen |
|---|---|---|---|---|---|---|
| *El Tiempo*/*Portafolio* | Interbolsa confirma restricción temporal de liquidez | Restricción, liquidez | Escrita | 1 de noviembre de 2012 | Descriptiva | La comisionista de bolsa Interbolsa entra en una restricción temporal de liquidez pero anuncia que sigue operando sin ningún contratiempo. |
| *El Tiempo*/*Portafolio* | Interbolsa: el riesgo de una estrategia agresiva. | Decisiones arriesgadas | Escrita | 3 de noviembre de 2012 | Descriptiva | Interbolsa tomó decisiones arriesgadas en sus inversiones de portafolio, las cuales explican la situación por la cual atraviesa. |
| *El Tiempo*/*Portafolio* | Gobierno anuncia liquidación forzosa de Interbolsa | Liquidación, no alternativa | Escrita | 7 de noviembre de 2012 | Descriptiva | El Gobierno anuncia diversas medidas para salvaguardar los recursos de los inversionistas. |
| *El Tiempo* | Habrían evadido US$ 50 millones en fondo de Interbolsa | Evasión | Escrita | 15 de noviembre de 2012 | Descriptiva | El director de la Dian, Juan Ricardo Ortega, dijo que a través del Fondo Premium, establecido por Interbolsa en Curazao, se habría configurado una evasión de impuestos por 50 millones de dólares; el Fondo Tribeca retiró su propuesta de administrar las carteras colectivas. |
| *El Tiempo*/*Portafolio* | Interbolsa pasará a liquidación | Liquidación | Escrita | 4 de enero de 2013 | Descriptiva | Interbolsa no va más, dijo la Superintendencia de Sociedades al dar por terminada la restructuración de la empresa. |
| *El Tiempo*/*Portafolio* | Millonaria evasión fiscal habría hecho Interbolsa | Gravamen, impuesto, evasión | Escrita | 10 de enero de 2013 | Descriptiva | Al parecer existió en Interbolsa una presunta evasión fiscal del 4x1000 sobre los movimientos financieros de la firma. |
| *El Tiempo* | Pliego de cargos a dos directivos de Interbolsa | Apertura formal de proceso, multas | Escrita | 20 de enero de 2013 | Descriptiva | La Superintendencia Financiera acaba de ordenar la apertura formal de un proceso en contra de dos altos directivos de Interbolsa. Ambos afrontan multas equivalentes a los montos de las transacciones investigadas, y su expulsión del mercado hasta por 20 años. |
| *El Tiempo* | Superintendente financiero, impedido en caso Premium | nombramiento superfinanciera, impedimento legal, conflicto de intereses. | Escrita | 30 de enero de 2013 | Descriptiva | El ministro de hacienda, Mauricio Cárdenas, decidió nombrar un superintendente financiero ad hoc. La decisión fue tomada mes y medio después de que El Tiempo reveló que un primo de Gerardo Hernández Correa, superintendente titular, fue nombrado asesor especial de Premium, dejando incurso al funcionario en un claro impedimento legal.<br>Nelson Amaya Correa, primo materno del superintendente firmó un contrato con Premium hasta marzo 6 de 2013 y aspira a convertirse en su gerente liquidador, si el Banco Central de Curazao le da el visto bueno a su hoja de vida. |
| *El Tiempo* | 'Cacaos' de Interbolsa buscan un arreglo con los inversionistas | Responder, atenuar, dinero, inversionistas | Escrita | 26 de febrero de 2013 | Descriptiva | Buscando atenuar los eventuales efectos penales en su contra, varios de los enredados en el caso Interbolsa iniciaron acercamientos para responder con dinero y bienes a los inversionistas afectados.<br>*El Tiempo* conoció que desde hace algunas semanas varias personas denunciadas penalmente en la Fiscalía han sostenido reuniones de alto nivel en las que han manifestado interés serio para concretar la entrega de sumas importantes de dinero. |
| *El Tiempo* | El arreglo secreto de los dueños de Interbolsa | Pago, inversionistas, propiedades | Escrita | 4 de marzo de 2013 | Descriptiva | Víctor Maldonado y Rodrigo Jaramillo —socios mayoritarios de Interbolsa— ya elaboraron un listado de bienes con los que empezarán a tapar uno de los huecos más grandes que dejó la quiebra del Grupo Interbolsa: los repos, por 70 000 millones de pesos, que hicieron con acciones de su propia comisionista. |
| *El Tiempo* | Juez ordenó levantar reserva bursátil en caso Interbolsa | Fiscalía General, reserva bursátil, levantamiento | Escrita | 13 de marzo de 2013 | Descriptiva | Por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, un juez de control de garantías autorizó levantar la reserva bursátil (que tiene el mercado colombiano) en el proceso matriz de Interbolsa. Esto significa que es deber de todas las autoridades financieras (Bolsa de Valores de Colombia, Superintendencia Financiera, Autorregulador del Mercado de Valores, etc.) entregar la información a la Fiscalía General sin que deba someterse a un juez de control de garantías. |
| *El Tiempo* | Implementan reglas más fuertes para comisionistas | Cambios, regulación, mercado | Escrita | 6 de abril de 2013 | Descriptiva | El Gobierno no quiere que casos como los de las comisionistas Proyectar Valores e Interbolsa vuelvan a poner en riesgo la salud del mercado bursátil del país. Por eso prepara medidas drásticas, entre las que se cuenta una mayor exigencia de capital a las firmas comisionistas del país que les permita enfrentar futuras crisis de liquidez. |
| *El Tiempo* | Ficha en el caso Interbolsa, a responder en EE. UU. | Caso Interbolsa, extradición | Escrita | 11 de abril de 2013 | Descriptiva | El Gobierno autorizó ayer la extradición a Estados Unidos del corredor de bolsa Carlos Leyton, quien tendría información clave en la investigación por las irregularidades en Interbolsa y sobre el supuesto lavado de plata de carteles mexicanos en Colombia. |
| *El Tiempo* | Superfinanciera, detrás de presunto lavado de Premium e Interbolsa | Captación ilegal, Interbolsa, superintendente | Escrita | 8 de mayo de 2013 | Descriptiva | La situación jurídica de las cabezas del Grupo Interbolsa y del llamado Fondo Premium se complicó este martes jurídicamente por cuenta de un informe de la Superintendencia Financiera que le será remitido a la Fiscalía este miércoles. Expertos de esa entidad recaudaron pruebas suficientes para afirmar que, a través de la firma Rentafolio Bursátil y Financiero S. A. S., el Fondo Premium de Curazao captó ilegalmente dinero y que la comisionista Interbolsa participó activamente en las operaciones. |
| *El Tiempo*/*Portafolio* | El 24 de junio imputarán cargos a cúpula de Interbolsa | Imputación de cargos, directivos, fiscalía | Escrita | 27 de mayo de 2013 | Descriptiva | La Fiscalía solicitó audiencia de formulación de imputación para quince personas que serán vinculadas al caso de la intervenida firma comisionista Interbolsa S. A., entre ellos su presidente, Rodrigo de Jesús Jaramillo Correa, por los delitos de manipulación de acciones, administración desleal, operaciones no autorizadas con accionistas o asociados y concierto para delinquir. |
| *El Tiempo* | La reunión que tiene en líos al superfinanciero por el caso Interbolsa | Superintendente financiero, reunión, directivos | Escrita | 11 de junio de 2013 | Descriptiva | Una reunión que convocó el 18 de julio del año pasado el superintendente financiero, Gerardo Alfredo Hernández Correa, para tratar el caso Interbolsa y en la que habría dejado de tomar decisiones frente a las irregularidades que la entidad detectó en la firma comisionista, lo tiene dando explicaciones en la Procuraduría. Lo discutido ese día fue clave para que el procurador Alejandro Ordóñez abriera pliego de cargos disciplinarios contra Hernández y cuatro de sus delegados por omisión. |
| *El Tiempo* | Hoy, primeras capturas por caso Interbolsa | Capturas, caso Interbolsa | Escrita | 24 de junio de 2013 | Informativa | El fiscal Eduardo Montealegre anunció que hoy se darán las primeras detenciones por el desfalco de Interbolsa. Dijo que se les imputarán cargos a 17 personas, entre las que está el inversionista Alessandro Corridori |
| *El Tiempo* | Caso Interbolsa, en suspenso al menos un mes | Recurso de apelación | Escrita | 26 de junio de 2013 | Descriptiva | Este martes, la juez 64 decidió aceptar el recurso de apelación de los abogados de los investigados, que se oponen a que el liquidador sea aceptado como víctima, con lo que quedó suspendida la audiencia de imputación. Un juez de segunda instancia podría tardar hasta un mes para decidir sobre este punto, y solo hasta ese momento se podría reiniciar la imputación de cargos. |
| *El Tiempo* | Niegan a Fondo Premium condición de víctima de Interbolsa | Fondo Premium, condición de víctima | Escrita | 18 de junio de 2013 | Descriptiva | El abogado Jaime Granados reclamaba ese estatus para los 1 200 inversionistas que tienen embolatados más de cien millones de dólares. La juez 6 penal del circuito negó la tutela a través de la cual la defensa del Fondo Premium de Curazao solicitaba que se le reconociera como víctima del grupo Interbolsa. Esa misma postura jurídica la asumió la Fiscalía que, en la audiencia de imputación contra 17 de los primeros implicados, también pidió que se excluyera del listado de víctimas a los liquidadores de la comisionista y del grupo económico. |
| *El Tiempo* | Los bienes embargados a las cabezas de Interbolsa | Garantizar, pagos | Escrita | 1 de septiembre de 2013 | Descriptiva | Las medidas que la Superintendencia de Sociedades tomó hace un mes para garantizar el pago de los 175 millones de dólares embolatados en Premium, tentáculo en Curazao del quebrado grupo Interbolsa, empezaron a tener efectos. *El Tiempo* estableció que ya están congelados 67 magníficos predios en Cartagena, San Andrés, Bogotá, Medellín, Barú, Tenjo, La Tebaida y Los Llanos, vinculados a Juan Carlos Ortiz y Tomás Jaramillo, gestores y controladores del fondo; y al empresario Víctor Maldonado, principal beneficiario de la millonaria captación. |
| *El Tiempo* | Fracasa imputación de cargos contra altos funcionarios por Interbolsa | Juzgados, víctimas, rechazo, solicitud | Escrita | 6 de septiembre de 2013 | Descriptiva | Por segunda vez, el juzgado rechazó la solicitud de Interbolsa Holding de acreditarse como víctima del descalabro económico de la comisionista de bolsa. La audiencia que estaba programada para este viernes donde se le imputarían cargos a nueve de los presuntos implicados en el caso Interbolsa nuevamente debió ser suspendida por las peticiones de acreditación de las víctimas del descalabro. |
| *El Tiempo* | Fiscalía dividiría imputación de cargos en caso Interbolsa | Vicefiscal, evitar, dilaciones, dividir imputación. | Escrita | 9 de septiembre de 2013 | Descriptiva | El vicefiscal general de la nación, Jorge Perdomo, aseguró que para evitar más dilaciones en el proceso de Interbolsa, la imputación de cargos se dividiría. Perdomo afirmó que la Fiscalía se encuentra preocupada por las dilaciones de Interbolsa y agregó: "Desde hace dos meses y medio se ha intentado hacer una imputación contra diecisiete miembros de Interbolsa, pero por dilaciones tanto de las víctimas (quienes se consideran víctimas) como por la falta de celeridad de la audiencia no se ha podido realizar" |
| *El Tiempo* | Deudas de Premium suman US$ 142 millones y no hay con qué cubrirlas | Listado, acreencias, reconocidas | Escrita | 5 de octubre de 2013 | Descriptiva | Hace algunas horas, Alejandro Revollo, interventor de Premium —brazo de la quebrada Interbolsa en Curazao—, dio a conocer el listado de personas y empresas cuyas acreencias serán reconocidas y pagadas. |
| *El Tiempo* | "El 93 % del dinero de Interbolsa ya fue recuperado": Supersociedades | Recuperación, bienes, títulos | Escrita | 3 de noviembre de 2013 | Descriptiva | Un año después de estallar el mayor descalabro financiero y bursátil en la historia del país, la crisis de Interbolsa, el superintendente de sociedades, Luis Guillermo Vélez, revela que del total de nueve billones de pesos que administraba el holding, solo están hoy en riesgo de no recuperarse 600 000 millones de pesos. Es decir, el 6,6 por ciento. |

## Revista *Semana*

| Medio | Titular | Palabras clave | Tipo de noticia | Fecha | Intencionalidad | Resumen |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Revista *Semana* | La verdad sobre la comisionista Interbolsa | Problemas de liquidez, intervención, falta grave | Escrita | 3 de noviembre de 2012 | Descriptiva | Ocurrió el viernes, cuando la Superintendencia Financiera expidió la resolución para ordenar la toma de posesión de la sociedad comisionista. La decisión se precipitó tras verificar que el día anterior Interbolsa incumplió el pago de una de sus obligaciones con el BBVA por la suma de 20 000 millones de pesos. Para un corredor de bolsa incumplirle a un acreedor es considerado una falta gravísima que amerita intervención inmediata. |
| Revista *Semana* | Santos: Clientes de Interbolsa no perderán inversiones | Clientes, inversiones, presidente | Escrita | 4 de noviembre de 2012 | Descriptiva | El presidente Manuel Santos dijo este sábado que los clientes de la mayor comisionista bursátil del país, de la que el Gobierno tomó posesión porque suspendió el pago de una obligación, no perderán sus inversiones ya que se trasladarán a otra firma. |
| Revista *Semana* | Interbolsa: qué hay detrás | Descalabro, caída, acciones, crisis, Banco de la República | Escrita | 11 de noviembre de 2012 | Descriptiva | La primera conclusión de este descalabro es que llegó la hora de poner en cintura a las llamadas operaciones repos y vigilar los excesivos riesgos que asumen las firmas con este negocio. Queda claro que ninguna autoridad se preocupó por la excesiva concentración que tenía Interbolsa en estas operaciones a pesar de que era fácilmente detectable. "El caso de los repos de Fabricato que tenía la firma debió prender las alarmas en la Bolsa de Valores o en el Autorregulador del Mercado de Valores", señaló un analista del mercado. |
| Revista *Semana* | Procuraduría abrió indagación preliminar contra Interbolsa | Investigación, procuraduría, irregularidades, | Escrita | 11 de noviembre de 2012 | Descriptiva | La Procuraduría también investigará el posible manejo irregular de recursos por parte del entramado empresarial que compone o rodeó al grupo financiero Interbolsa e involucra a sociedades constituidas en el exterior. |
| Revista *Semana* | ¿Dónde está la bolita? | Conflicto de intereses | Escrita | 24 de noviembre de 2012 | Descriptiva | Dos compañías son ahora el centro de atención de las autoridades en la telaraña financiera que se construyó alrededor de Interbolsa y que deja grandes preguntas sobre un posible conflicto de intereses. |
| Revista *Semana* | ¡Nadie vio nada! | Fallas, controles, administradores, organismos | Escrita | 24 de noviembre de 2012 | Descriptiva | Desde las juntas directivas, pasando por los comités de riesgo, contadores, revisores fiscales y auditores, hasta llegar a las autoridades de supervisión y vigilancia —Superintendencia Financiera, Bolsa de Valores, Autorregulador del Mercado de Valores (AMV)— todos tienen algún grado de responsabilidad en lo que pasó. |
| Revista *Semana* | Los últimos días de la comisionista Interbolsa | Escándalo, errores, no liquidez | Escrita | 24 de noviembre de 2012 | Descriptiva | Interbolsa había agotado todas las posibilidades de encontrar dinero para cumplir con los vencimientos de los repos y el crédito de Bancolombia. Rodrigo Jaramillo, creador de la comisionista, intentaba en Brasil buscar un inversionista para Fabricato y movía cielo, mar y tierra por encontrar un comprador para su grupo empresarial. |
| Revista *Semana* | "Equivocaciones muchas, lavado de activos nunca" | Respuestas, cargos | Escrita | 24 de noviembre de 2012 | Entrevista | Rodrigo Jaramillo, presidente de Interbolsa, responde por los cargos que le han formulado en los últimos días. |
| Revista *Semana* | Damnificados del Fondo Premium denuncian a T. Jaramillo, J. C. Ortiz y V. Maldonado | Denuncia, socios, inversionistas, estafa, abuso de confianza, operaciones no autorizadas con accionistas y asociados, manipulación fraudulenta de acciones y concierto para delinquir | Escrita | 30 de noviembre de 2012 | Descriptiva | Las cabezas de este fondo, Tomás Jaramillo Botero, Juan Carlos Ortiz Zárate y Víctor Maldonado Rodríguez, se verán enfrentados a cinco delitos, entre ellos concierto para delinquir. |
| Revista *Semana* | Mucha tela que cortar | Quiebra, Fabricato, acción textilera | Escrita | 1 de diciembre de 2012 | Descriptiva | El capítulo más sonado en la quiebra de Interbolsa es el que se refiere a Fabricato, la otrora poderosa textilera de Antioquia. Se considera que por los repos con la acción de esta compañía (operaciones con pacto de recompra) comenzó a derrumbarse la mayor comisionista del país. |
| Revista *Semana* | El hueco de Interbolsa | Fondo Premium, pérdidas, Curazao | Escrita | 8 de diciembre de 2012 | Descriptiva | Aunque es difícil saber con exactitud a cuánto podrían ascender las pérdidas en este colapso financiero, algunos analistas han estimado que podrían acercarse a quinientos millones de dólares o cerca de un billón de pesos. Dada la compleja organización creada alrededor de Interbolsa, hay damnificados por muchos lados. |
| Revista *Semana* | El gran escándalo | Escándalo, inversionistas | Escrita | 15 de diciembre de 2012 | Descriptiva | El final del año no fue tan tranquilo como se esperaba. La quiebra de Interbolsa hizo recordar las famosas caídas financieras de Wall Street que dejaron millonarias pérdidas y un reguero de damnificados. |
| Revista *Semana* | Los que deben dar explicaciones por caso Interbolsa | Acusados, Fiscalía, comparecer | Escrita | 17 de diciembre de 2012 | Descriptiva | La Fiscalía comenzó a tomar decisiones en el tema de la comisionista Interbolsa. Este lunes se conoció que al menos 32 personas entre naturales y jurídicas deberán comparecer ante un fiscal en las próximas semanas para que expliquen sobre su participación en las operaciones que llevaron a la caída de la comisionista. |
| Revista *Semana* | Interbolsa: Recogiendo los pedazos | Quiebra, problemas con la justicia | Escrita | 21 de diciembre de 2012 | Descriptiva | Con la orden inminente de la Superintendencia de Sociedades de liquidar el Grupo Interbolsa se le da sepultura definitiva a la que se había convertido en una de las historias empresariales más exitosas de los últimos años. Desde hace un mes y medio la columna vertebral de este grupo —la sociedad comisionista de bolsa— está en liquidación, y el Fondo Premium de Curazao, importante vehículo financiero que sirvió para alimentar con millonarios recursos a este conglomerado, entró en proceso de desmonte. |
| Revista *Semana* | Los 14 'pecados' de Interbolsa | Documento, procuraduría irregularidades | Escrita | 17 de enero de 2013 | Descriptiva | Manipulación de acciones, conocimiento de operaciones riesgosas por parte de los socios de la comisionista, información engañosa al público, triangulación de dinero con empresas del sector salud y lavado de activos en comisionistas colombianas son algunos de los hallazgos de la Procuraduría General de la Nación en el caso del descalabro de Interbolsa. |
| Revista *Semana* | Superfinanciero a responder por Interbolsa | Procuraduría, investigación, superintendente | Escrita | 28 de febrero de 2013 | Descriptiva | Luego de la indagación preliminar que realizó la Procuraduría en el caso de Interbolsa, ese organismo decidió abrir una investigación disciplinaria contra el superintendente financiero Gerardo Alfredo Hernández por su presunta responsabilidad en el descalabro financiero de la firma. |
| Revista *Semana* | Cargos en caso Interbolsa | Superfinanciera, pliego de cargos, Alessandro Corridori | Escrita | 29 de marzo de 2013 | Descriptiva | Dentro de la investigación por la quiebra de Interbolsa, la Superintendencia Financiera abrió pliego de cargos contra el inversionista Alessandro Corridori y las firmas Manrique y Manrique y P&P Investments por presunta manipulación en el precio de las acciones de Fabricato. |
| Revista *Semana* | Interbolsa: la caja de Pandora | Investigaciones, indicios, captación ilegal de dinero | Escrita | 13 de abril de 2013 | Descriptiva | Las investigaciones por la quiebra de Interbolsa y el Fondo Premium de Curazao arrojan cada vez más sorpresas. Serios indicios de una posible captación ilegal de dinero le darían un vuelco a este caso. |
| Revista *Semana* | Interbolsa y el dinero de los narcos | EE. UU., investigación, lavado de activos | Escrita | 8 de mayo de 2013 | Descriptiva | La investigación que adelanta la justicia estadounidense, según Gaviria, tiene indicios de que los lavadores de dineros que se encontraban en la llamada 'lista Clinton' operaban con plena impunidad en Interbolsa, la firma comisionista intervenida por el Gobierno. |
| Revista *Semana* | Fiscalía solicita audiencia por Interbolsa | Fiscalía, audiencia de imputación, directivas, asociados | Escrita | 24 de mayo de 2013 | Descriptiva | Este viernes, tal como lo anticipó Semana, la Fiscalía solicitó audiencia de imputación de cargos este 26 de junio a las 9:00 a. m. contra las primeras quince personas implicadas en el escándalo de Interbolsa, entre directivos y personas asociadas con las empresas del italiano Alessandro Corridori. El ente acusador considera que, ante un juez, estas personas, entre ellas cuatro directivos de la firma comisionista, deben responder por los delitos de manipulación de acciones, administración desleal, abuso de confianza y concierto para delinquir. |
| Revista *Semana* | El 'tire y afloje' en la imputación por caso Interbolsa | Comparecer, imputación | Escrita | 24 de junio de 2013 | Descriptiva | El sonado caso de Interbolsa arrancó volando bajo en los estrados judiciales. Cuando se esperaba que la Fiscalía imputara este lunes cargos a diecisiete personas por el llamado descalabro económico del Grupo Interbolsa, terminaron compareciendo solo siete. |
| Revista *Semana* | Congelan bienes de familiares vinculados a Interbolsa | Embargo, acusación, captación ilegal de dinero | Escrita | 31 de julio de 2013 | Descriptiva | Al caso Interbolsa se le abrió en la mañana de este miércoles un inédito y sonoro capítulo con la decisión de la Superintendencia de Sociedades, que ordenó la toma de posesión de veintiséis sociedades y el congelamiento de bienes de veintidós personas naturales. |
| Revista *Semana* | ¿La aceptación de culpas de Rodrigo Jaramillo? | Expresidente de Interbolsa, aceptación, cargos, colaborar, Fiscalía | Escrita | 6 de septiembre de 2013 | Descriptiva | En un principio, cuando se destapó el escándalo de Interbolsa, buena parte de los involucrados aseguraron haber hecho las cosas correctamente. En varias entrevistas, uno de los mayores responsables del descalabro de la comisionista, Rodrigo Jaramillo, aseguró que el colapso de su empresa no fue producto de malos manejos ni de prácticas que rayaban en lo ilegal. La noticia del día con este tema es que Rodrigo Jaramillo, quizá presionado por las pruebas en su contra, reconocerá algunos de los delitos. Así por lo menos dejó entrever su abogado, Jaime Lombana, quien antes de la audiencia le confesó eso a la prensa. |
| Revista *Semana* | La conexión Premium-Interbolsa | Fondo Premium, conexiones internacionales | Escrita | 14 de septiembre de 2013 | Descriptiva | Dentro del caso Interbolsa mucho se ha hablado del Fondo Premium, que resultó ser un entramado de gran complejidad por sus conexiones internacionales. Este vehículo de inversión, creado por Tomás Jaramillo y Juan Carlos Ortiz, resultó tener unos lazos bastante estrechos con las empresas del Grupo Interbolsa, conexiones que han dado más de una sorpresa a las autoridades. |
| Revista *Semana* | "El caso Interbolsa no va a quedar en la impunidad" | Proceso penal, no avance | Escrita | 19 de octubre de 2013 | Descriptiva | *Semana:* Se está cumpliendo un año de la debacle de Interbolsa y aunque el proceso penal que busca castigar a los responsables arrancó a buen ritmo, parece que va a fuego lento. ¿Qué pasa? |

## Referencias


Anitua, G. I. (2011). Medios de comunicación y criminología. *Derecho penal y criminología,* 2, 59-71. Recuperado de https://es.scribd.com/doc/217330420/Anitua-Medios-de-Comunicacion-y-Criminologia-1-pdf

Aniyar de Castro, L. y Codino, R. (2013). *Manual de criminología sociopolítica.* Buenos Aires: Ediar.

Banco de la República. (s. f.). Repos e interbancarios. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/es/buscador-tasas-repos

Baratta, F. (2008). Medios de comunicación y seguridad ciudadana. Entrevista con J. Pontón. *URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana,* 5, 121-126. Recuperado de http://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/121-126/1673

Bauman, Z. (2010). *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores.* Barcelona: Paidós.

Botella Corral, J. y Peres-Neto, L. (2009). La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España. En M. García Arán, y J. Botella Corral (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España* (pp. 43-65). Valencia: Tirant lo Blanch.

Congreso de la República de Colombia. (8 de julio de 2005). Ley 964 de 2005. *DO*: 45.963. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0964_2005.html

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (31 de mayo de 1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. [Ley 84 de 1873]. *DO*: 2867. Recuperado de http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1827111

Donadio, A. (2013). *El cartel de Interbolsa. Crónica de una estafa financiera.* Bogotá: Sílaba.

Fuentes Osorio, J. L. (2005). Los medios de comunicación y el derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 16, 1, 51. Recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf

Geis, G. (s. f.). *El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico.* Recuperado de http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/el_delito_de_cuello_blanco_como_concepto_anlitico_e_ideologico.pdf

Lombroso, C. (1911). *Crime. Its Causes and Remedies.* Londres: William Heinemann. Recuperado de https://archive.org/details/crimeitscausesre00lombiala

Mayorga, D. (8 de noviembre de 2012). Interbolsa, la historia de un desplome. *El Espectador.* Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/economia/Interbolsa-historia-de-un-desplome-articulo-385920

Presidencia de la República de Colombia. (22 de febrero de 1980). Decreto 384 de 1980. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document?obra=legcol&document=legcol_75992041deb9f034e0430a010151f034

Presidencia de la República de Colombia. (10 de diciembre de 1991). Decreto 2739 de 1991. *DO*: 40.212. Recuperado de https://www.redjurista.com/Documents/decreto_2739_de_1991_ministerio_de_hacienda_y_credito_publico.aspx#/

Presidencia de la República de Colombia. (5 de abril de 1993). Decreto 663 de 1993. *DO*: 48.820. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html

Molina Jácome, I. (2014). Miedo al crimen y medios de comunicación: una revisión de la literatura. *Revista Criminalidad, 56*(3), 9-23. Recuperado de https://www.academia.edu/11098866/Miedo_al_crimen_y_medios_de_comunicació _una_revisión _de_la_literatura_

Pozuelo Pérez, L. (2013). *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes.* Madrid: Marcial Pons.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española.* Recuperado de http://dle.rae.es/?id=GXXJSWn|GXb03kR

Reiss, A. J. y Biderman, A. D. (1980). *Data Sources on White-Collar Law-Breaking.* Washington, D. C.: U.S. Dept. of Justice, National Institute of Justice. Recuperado de https://catalog.hathitrust.org/Record/001289199

*Revista Semana.* (19 de octubre de 2013). El caso Interbolsa no va a quedar en la impunidad. Recuperado de http://www.semana.com/economia/articulo/entrevista-vicefiscal-perdomo/361565-3

*Revista Semana.* (25 de noviembre de 2015). La ley por la que luchó Natalia Ponce de León. Recuperado de http://www.semana.com/nacion/articulo/congreso-aprobo-proyecto-de-ley-para-castigas-ataques-con-acido/451207-3

SFC (Superintendencia Financiera de Colombia). (2008). *Conceptos básicos del mercado de valores.* Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/ConsumidorFinanciero/conceptosbasicosmv.pdf

Sutherland, E. H. (1999). *El delito de cuello blanco.* Madrid: Ediciones de La Piqueta.

Valencia, G. (2014). *Interbolsa: la historia de una élite que se creía demasiado grande para caer.* Bogotá: Semana Libros.

Van Dijk, T. A. (1990). *La noticia como discurso. Comprensión, estructura y producción de la información.* Barcelona: Paidós Ibérica.

Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias sobre criminología cautelar.* Buenos Aires: Ediar.

Zúñiga, L. (2012). Culpables, millonarios e impunes: el difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco. *Derecho & Sociedad,* 39, 88-97. Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293242147003

# Derecho administrativo para el posconflicto: hacia una administración transicional*

## *Administrative Law for Post-Conflict. Towards a Transitional Administration*

Semillero de Investigación vinculado al grupo de investigación Derecho Constitucional y Derechos Humanos**

**Michael Javier Quiroga Vega**
Departamento de Derecho
*mjquirogav@unal.edu.co*

**David Gonzalo Muñoz Quetamá**
Departamento de Derecho
*dgmunozq@unal.edu.co*

**Lian Sahir Vargas Neira**
Departamento de Derecho
*lsvargasn@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.º 33532 "Derecho administrativo y paz", dirigido por el profesor Andrés Abel Rodríguez Villabona.

** Los autores exaltan y agradecen la labor de la profesora Aura María Cárdenas Paulsen por su asesoría, dedicación, disposición y aportes al proceso investigativo.

**Resumen:** La implementación de unos acuerdos de paz puede generar un impacto considerable en la actividad administrativa de una nación. Por consiguiente, este trabajo presenta un análisis de las consecuencias sobre el derecho administrativo que infligirá la ejecución de lo pactado en el *Acuerdo Final* —negociado entre el Gobierno colombiano y la guerrilla de las Farc-EP para la terminación del conflicto armado—. El documento incluye una revisión sobre conceptos de administración pública, la definición de una administración en transición y las consecuencias de la implementación en tres áreas puntuales de la administración pública: las normas que la rigen, las condiciones de contratación estatal y las entidades territoriales a las que involucrará. Se destaca la necesidad de ejecutar acciones afirmativas desde la rama ejecutiva que faciliten la integración con los entes territoriales involucrados en la implementación del acuerdo.

**Palabras clave:** posconflicto, administración transicional, derecho administrativo, excepcionalidad, temporalidad, territorialidad

**Abstract:** The full compliance of a peace agreement may have a severe impact on the administrative activity of a nation. Hence, this project seeks to assess the consequences that the implementation of all the points agreed in the Colombian peace accord —made during the negotiation process between the Colombian State and the Farc rebel force in order to put an end to the armed conflict— may have on the national administrative law. This document includes a review on some concepts regarding public administration, the definition of a transitional administration, and the consequences of the agreement implementation in three specific areas of public administration: its own legal regulations, conditions of State recruitment, and the status of territorial entities that are tightly involved with the peace accord. There is an outstanding need for executing affirmative actions that facilitate the integration of the involved local authorities and the State Executive branch.

**Keywords:** post conflict, public administration, administrative law, exceptionality, temporality, territoriality

## Introducción

La firma de unos acuerdos de paz, el inicio de una etapa de posconflicto en el país y el fin de un conflicto armado interno en Colombia, son todos fenómenos que se concretan en el derecho a la paz y que, en los últimos años, han sido de particular relevancia con el fin de pensar un país para el posconflicto.

Así, el conflicto armado inició en Colombia desde la década de los años veinte, cuando surgieron una serie de hechos de diversa índole que marcaron la historia colombiana y abrieron paso a la formación de grupos insurgentes. Durante casi todos los gobiernos se intentó incidir en la desmovilización de dichos grupos y, en cada caso, se tuvo un relativo y paulatino avance. En los últimos periodos presidenciales se intentó adelantar acuerdos de paz no solo con los grupos guerrilleros sino con otros actores armados que se sumaron al conflicto denominados grupos paramilitares. En el primer gobierno de Álvaro Uribe se negoció el *Acuerdo de Santa Fe de Ralito* con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), para lo cual el Congreso de la República expidió la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz como marco jurídico para la desmovilización de los miembros del grupo armado.

En esa misma búsqueda, el 18 de octubre de 2012, durante el primer periodo de gobierno del presidente Juan Manuel Santos (2010-2014), se abrió la mesa de conversaciones con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc-EP), que duró cerca de cuatro años, durante los cuales se llevó a cabo un proceso de negociación. Dicho proceso culminó el 27 de septiembre de 2016 con la firma de las partes del *Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera* (en adelante, *Acuerdo Final*). La refrendación popular por vía de plebiscito, tuvo lugar el 2 de octubre, con un resultado negativo.

Con el fin de dar espacio a las propuestas de los promotores del No en los textos de paz acordados, se abrió una fase de discusión para incluir las propuestas que complementaran el documento. Terminada esta fase, el Estado colombiano decidió la manera en que los acuerdos entraron en vigencia y los mecanismos necesarios para abordar un eventual posconflicto, que ponga fin al enfrentamiento armado interno y permita la construcción de una paz estable y duradera. El nuevo documento, que tuvo en cuenta las críticas y propuestas de los promotores del No, se firmó el 24 de noviembre y fue sometido a aprobación por parte del Senado de Colombia y la Cámara de Representantes.

Así, sin excepción, el proceso de paz colombiano y la ejecución de todos los acuerdos negociados involucran a todas las esferas de la sociedad y permean la estructura estatal en todas sus dimensiones. Este hecho generará profundos debates endógenos —por la delimitación de la responsabilidad de los actores del conflicto— y exógenos —por la expectativa y el ambiente de opinión y análisis que este proceso de paz suscita en la

sociedad civil nacional e internacional—. Los mencionados debates plantean un desafío político y jurídico para el Estado, consistente en buscar y crear los mecanismos idóneos que permitan construir las condiciones óptimas para la anhelada realización del derecho a la paz, a partir de la ejecución durante el posconflicto de los compromisos plasmados en los acuerdos.

El mayor peso de la implementación de los mencionados acuerdos recaerá, entonces, sobre el aparato administrativo estatal, pues corresponde a este la creación de entidades estatales, la proyección de los programas, planes y proyectos establecidos en los acuerdos, así como la prestación de los servicios públicos y demás acciones afirmativas que se deriven de aquellos. Todo ello con el ánimo de superar la situación de guerra que ha agobiado al país durante las últimas décadas.

Para el derecho administrativo colombiano, la implementación de los acuerdos implica, inevitablemente, idear y ajustar una serie de acciones, mecanismos e instituciones que garanticen la materialización de lo acordado. Es por ello que resulta importante analizar y precisar en el escenario nacional cuáles son los retos del derecho administrativo en la transicionalidad. Entre las indagaciones hechas para esta investigación, no fue posible encontrar una literatura profusa en relación con el particular, en gran medida, porque se trata de una experiencia con unas características *sui generis*. Además, a simple vista, no habría una relación directa entre las normas que regulan la actividad de la Administración y la realización eficaz del derecho a la paz.

Para materializar la consolidación de una relación entre la actividad administrativa y la realización del derecho a la paz, que constituye una de las principales herramientas para conseguir el derecho a la paz, es pertinente hablar hoy por hoy de una *administración transicional* que se equipara con la necesidad de adaptación que deberá asumir la Administración pública para cumplir a cabalidad los compromisos estatales, en el marco constitucional de la función administrativa, que surgieron de este proceso de paz.

La metodología que se utilizó en esta investigación fue principalmente deductiva: se tomaron como base los acuerdos existentes, la doctrina que concierne a procesos de paz y al funcionamiento de la administración pública, para aplicarlos al caso colombiano con sus particularidades.

Para estudiar la adaptación del derecho administrativo que deberá adecuarse a la implementación del *Acuerdo Final,* como regulador de la actividad de la Administración durante la transición, este trabajo se dividirá en dos partes. En la primera se analizarán las nociones del derecho administrativo, que deberán ajustarse para asumir el periodo de posconflicto y que determinan los componentes conceptuales de la *administración transicional*. En la segunda parte se analizarán los retos reales de la Administración pública,

que pueden identificarse en la transición bajo el criterio funcional y estructural. Como cierre, se expondrán las conclusiones del trabajo realizado.

## Derecho administrativo y paz

### Impacto del posconflicto en el derecho administrativo

Con el nacimiento del constitucionalismo como eje central y punto de referencia dentro de los sistemas jurídicos, se puede decir que todas las esferas del derecho presentes en un ordenamiento normativo surgirían a partir de este fenómeno. Lo anterior se refleja en la incorporación de valores y principios constitucionales, inherentes a todas las ramas del derecho. Sobre este punto es pertinente mencionar que "ciertas libertades personales, de derechos como la propiedad y las actividades económicas o de índole individual o colectiva" (Vidal, 2005) constituyen bases que posteriormente se encontrarán dentro del derecho civil, penal, administrativo, entre otros; cosa que hace que estos se relacionen entre sí. De igual forma, la Constitución Política (Const., 1991) manifiesta en su artículo 4 que es la norma superior a todas las disposiciones legales y prevalecerá en caso de incompatibilidad de aquellas con esta, con lo que se establece un escenario limitado para la interpretación y aplicación normativa.

Para el caso concreto, es dable afirmar que el derecho administrativo no constituye una excepción a la regla general por cuanto regula la rama ejecutiva del poder público, además de regir el desarrollo de las actividades de algunos organismos autónomos como la Contraloría y la Procuraduría. Jaime Vidal Perdomo (2005) determina, a propósito de este punto, que la proximidad del derecho administrativo con la Constitución se evidencia con la presencia de principios esenciales que versan sobre las mencionadas instituciones y desempeñan un papel importante dentro de la armonización, extendida a todas las ramas del derecho a través de la Constitución. Esto prueba la conexión inseparable entre las disposiciones de orden constitucional, el derecho administrativo y las demás disciplinas jurídicas.

Ahora bien, la importancia de destacar la Constitución Política de 1991, como punto de convergencia de las diferentes ramas del derecho, radica en que esta tendrá la necesidad de adaptarse a la etapa coyuntural que vive el país. Para ser específicos, la implementación de unos acuerdos de paz negociados entre el Gobierno colombiano y las Farc-EP necesariamente suponen la alteración del contenido y la aplicación del derecho sustancial, que forzosamente tendrá repercusiones en la Constitución, o viceversa. Esto quiere decir que la Constitución, como norma vinculante, debe seguir garantizando "el acceso adecuado a servicios y bienes públicos" para las personas (Gobierno nacional y Farc-EP,

2016, p. 23) durante el periodo de posconflicto. Esta necesidad impactará todo el sistema normativo y, como ya veremos, generaría compromisos de desarrollo e implementación que adquiriría el derecho administrativo en este lapso.

Para cumplir a cabalidad con los preceptos constitucionales que atañen al derecho nacional, dentro de las implicaciones del posconflicto, y persiguiendo los fines esenciales del Estado social de derecho, que ejerce una función sociogarantista del desarrollo legal, es necesario servirse de una herramienta que funja como facilitadora de la nueva carga que se le impondrá al Estado colombiano: el derecho administrativo en la transición. Se puede alcanzar a través del desarrollo y fortalecimiento del derecho administrativo, toda vez que el Estado y sus estructuras necesitan desarrollar una gran capacidad de adaptación para garantizar la eficacia de los principios y valores constitucionales en estos tiempos.

De esta manera, el derecho de la administración se vuelve la forma más idónea para gestar los nuevos mandatos que conducirán al fin de la guerra. En este sentido, Vidal (2005) manifiesta que esta rama del derecho se encarga del "estudio de la estructura y de la actividad de la administración" (p. 1); y André de Laubadere, citado por Vidal, dice que:

> Por administración se entiende el conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del Estado moderno y atender los servicios que él presta. Al analizar la definición aparecen un aspecto instrumental y orgánico (por eso se habla de órganos, aunque también de dependencias, entidades, oficinas, agencias, etc.) y otro finalista: el aparato administrativo existe para ejercer la intervención estatal y para atender a la prestación de los servicios a su cargo. Ellos dependen normalmente de la rama ejecutiva o gobierno. (De Laubadere, citado por Vidal Perdomo, 2005, p. 2)

A partir de esto, se infiere que el derecho administrativo es el encargado de estudiar y buscar el pertinente funcionamiento de la Administración pública, por ejemplo, incorporando nuevos órganos u optimizando la prestación de servicios. Al respecto, la Corte Constitucional hace resaltar la función pública cuando expresa "las relaciones entre el Estado y sus servidores" (Rodríguez, 2003 p. 268). Allí determina que, para cumplir con los fines consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política, "la Administración pública requiere de un recurso humano comprometido con los objetivos que a ella se le atribuyen, ajeno a otros intereses, formado y en lo posible especializado para cumplir las funciones que le corresponde desarrollar". (Corte Constitucional, Sala Plena de Revisión, C-1163, 2000).

Lo anterior se vuelve una prueba fehaciente de que el derecho administrativo es el que, por cuenta del Estado, debe asumir la importante tarea de planear y ejecutar gran parte de las labores, tanto nuevas como existentes, que trae la puesta en marcha de los

acuerdos antes mencionados. Lo anterior implica una necesaria afectación al normal transcurso del devenir administrativo.

## La administración en transición

Como se mencionó con anterioridad, el derecho administrativo, por su relación con la Administración, debe desempeñar un papel fundamental a la hora de ejecutar todo lo acordado para el posconflicto. Esto considerando que la función de la Administración pública es compatible con la prestación de nuevos servicios que el Gobierno ofrecerá, al igual que la creación y vigilancia de nuevas instituciones que se incorporarán al organigrama de Estado nacional. De esta manera se entiende que la Administración se verá afectada en múltiples dimensiones ya que, según Jaime Santofimio (2005), estas "emanan de los debates revolucionarios en torno a los fenómenos político, jurídico y social de la distribución o división del poder" (p. 46). Por consiguiente, al reunir estas tres cualidades, la negociación y aplicación de los acuerdos no quedará excluida de modificar e influir sobre lo que hoy se tiene por Administración.

El proceso de paz colombiano pondrá un gravamen a la estructura administrativa. Siendo así, el caso colombiano podría asemejarse a algunos ejemplos de negociaciones que el mundo ya ha contemplado. Verbigracia, en el proceso que se llevó a cabo en Guatemala se reconoce la creación de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), que "fue establecida en el marco del proceso de paz de Guatemala mediante el Acuerdo firmado en Oslo el 23 de junio de 1994. En dicho Acuerdo se establecen el mandato y otros elementos de integración y funcionamiento de la CEH" (Centro de Memoria Histórica de Guatemala, 1999). Entre ellos cabe destacar algunos, tales como:

> [e]sclarecer con toda objetividad, equidad e imparcialidad las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia, [...] [e]laborar informes que contenga los resultados de las investigaciones realizadas y ofrezca elementos objetivos de juicio sobre lo acontecido durante este periodo abarcando a todos los factores, internos y externos. (Centro de Memoria Histórica de Guatemala, 1999, pp. 23-24)

La experiencia guatemalteca ratifica que el derecho administrativo cambiará para beneficiar las disposiciones que traiga el fin de la guerra, ya que la implementación de gran parte de lo negociado hace parte de su competencia.

Esta consecuencia natural nos lleva a pensar en la necesidad de ajustar y planificar estratégicamente el desenvolvimiento de las instituciones administrativas en un proceso integral, armónico, sustentable con el resto de la estructura estatal y pensado para el posconflicto. Esto incluye inexorablemente la adecuación del régimen jurídico administrativo dependiendo de las necesidades que se presenten, bien sea con medidas de carácter

transitorio —como es el caso de la Jurisdicción Especial de Paz, que según los acuerdos de paz (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016) atenderá casos que se hayan cometido dentro y en razón del conflicto armado, cosa que los hace limitados—; o bien, mediante el fortalecimiento permanente de la estructura administrativa. En relación con esto último, Liliana Caballero (2016) sostiene que "finalizado el conflicto, la construcción de la paz pasa necesariamente por el *fortalecimiento de la función pública* en todo el territorio, particularmente a nivel territorial" (p. 4), mientras el *Acuerdo Final* manifiesta que:

> El eje central de la paz es impulsar la presencia y la acción eficaz del Estado en todo el territorio nacional, en especial en múltiples regiones doblegadas hoy por el abandono, por la carencia de una *función pública eficaz,* y por los efectos del mismo conflicto armado interno. (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016, p. 2) (cursivas nuestras)

Con esto vemos como imperante requisito el pensar en una administración que se ocupe de todas las necesidades del posconflicto, permanentes o transitorias, que impliquen la creación de una entidad o que se enfoquen en la prestación de servicios.

Hablamos, entonces, de los componentes de una *administración transicional*. La construcción de una *administración transicional* debe procurar el cumplimiento de "criterios jurídicos determinantes de la administración como objeto del derecho administrativo" (Santofimio, 2005) y considerar las dimensiones *estática* —de los órganos administrativos— y *orgánica* —del ejercicio de la función pública— (Mora y Rivera, 2011, p. 26), que se comprenden en una administración pública de buen desempeño.

Con respecto al elemento *transicional,* el Alto Comisionado para la Paz (2013) sostiene que se deben tener presentes tres componentes esenciales que dan sentido al concepto: la temporalidad, la excepcionalidad y la territorialidad. Estos tres componentes deben aportar un lapso determinado para cumplir con lo acordado; reforzar la actividad del Estado para lograr los fines alcanzados y buscar el fin del conflicto desde las entidades territoriales, respectivamente. Por consiguiente, la existencia de estas tres condiciones hace que la Administración trascienda de su *ser* ordinario para transformarse con el objetivo de "pasar a una fase de construcción de la paz, es decir, a una fase de transición." (Alto Comisionado para la Paz, 2013, p. 9).

Con base en lo anterior, podemos definir la *administración transicional* como el conjunto de instrumentos estatales, bien sea funcionales u orgánicos, dirigidos a satisfacer las necesidades de interés general que surjan como consecuencia del posconflicto. Estas se regirán por unas características especiales de derecho administrativo, que buscan hacer eficaz el derecho a la paz. Como ya se mencionó en el párrafo anterior, debe estar determinado el tiempo durante el cual se va a aplicar este régimen; se deben utilizar diferentes mecanismos de excepción para potenciar la presencia y actuación por parte del

Estado; y por último, se debe buscar la mitigación del conflicto desde su origen, brindando prioridad a las necesidades que se presenten en las zonas más afectadas por este.

En ese sentido, la *administración transicional* deberá sortear desde diferentes puntos el fortalecimiento y creación de las nuevas tareas que le correspondan. Por ejemplo, el *Acuerdo Final* (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016) contempla unas medidas de reparación que buscan asegurar la reparación integral de las víctimas. Según el aparte 5.1.1, para escoger el personal al que se encargará esta actividad, se deberá hacer un procedimiento de postulación y selección que ofrezca garantías de legitimidad, imparcialidad e independencia a toda la sociedad colombiana y en particular a las víctimas. Se puede aseverar que esta selección deberá ser similar a la forma de escoger a empleados públicos y trabajadores oficiales sobre la base del derecho administrativo, pero se implementaría en un escenario de transición. Empero, aquello haría parte de la *administración transicional* en su sentido más literal, pues sería errado pensar que el personal estatal, para reparar víctimas, se extienda indefinidamente a lo largo del tiempo: la extensión indefinida del proceso sería insensata por el abuso de recursos que implicaría (gente, tiempo y dinero) y la necesidad de celeridad (las víctimas y sus familias no van a vivir para siempre).

Para fortalecer este argumento se puede proporcionar el ejemplo de una medida de la *administración transicional* en sentido orgánico pero con implicaciones permanentes. El punto 4 del *Acuerdo Final* (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016), relacionado con los cultivos ilícitos, supone realizar actos encaminados a la desarticulación de bandas criminales a través del fortalecimiento de la Policía nacional. Se puede inferir que las actividades que se ejecuten para fortalecer esta institución serán de naturaleza administrativa y específica para los propósitos del posconflicto, aunque este fortalecimiento supone trascender esta etapa, por lo que se convierte en una medida permanente. Como aclaración, vale mencionar la posibilidad de que los conceptos *transitorio* y *permanente* hagan parte del entendido de *administración transicional* funcional u orgánica. Entonces, existirán funciones y organismos que solo serían temporales por los objetivos que pretenden, y otros que requerirán consolidarse permanentemente.

Sumado a los conceptos —ya desarrollados— de transitoriedad y permanencia de las medidas tomadas para el posconflicto, hay que tener presente el desarrollo de los principios de la administración. Estos principios le dan su naturaleza y son el punto de partida para la concepción de la administración transicional, en conjunto con las fuentes del derecho administrativo —de acuerdo con Mora y Rivera (2011)—: la Constitución, la ley, los decretos del presidente de la república, la doctrina y la jurisprudencia.

A continuación, se describirá lo que la puesta en marcha de lo pactado en la mesa de conversaciones de La Habana puede significar, para el derecho administrativo. Por consiguiente, se habla de un impacto real sobre la actividad de la Administración.

## Impacto real sobre la actividad de la Administración

El ejecutar lo pactado en el *Acuerdo Final* implica que la estructura administrativa cambie funcional y orgánicamente, pues esta será la herramienta para alcanzar la anhelada paz. En la parte funcional encontraremos, como centro el orden normativo que nace en el posconflicto, las directrices con las que debe regirse la *administración transicional,* y los objetivos planteados para el posconflicto —que implican que la *Administración* se adecúe para cumplirlos—. Esta parte funcional deberá contar con una herramienta o mecanismo determinante que sirva como medio para cumplir los fines. Así, la herramienta central estará configurada por el contrato estatal, que es la expresión de la voluntad de la Administración y la forma que esta tiene para obligarse con terceros, y que ellos se obliguen, para construir proyectos que impliquen la etapa de posconflicto. Por otro lado, está la parte orgánica por la que se crearían funciones e instituciones nuevas y se transformarían muchas de las ya existentes. Por esto es pertinente tener como centro de cambio a las entidades territoriales, que se reformarían tanto funcional como orgánicamente.

### Orden normativo

La Administración pública está sujeta al principio de legalidad (Santaella, 2014); esto significa que todas las actuaciones que realice deben enmarcarse dentro de un parámetro jurídico que permita motivar el desarrollo de sus actividades. La Administración, en este punto, ya no es dueña de sus actos: los somete al marco de la legalidad para proteger al individuo contra la arbitrariedad del poder, con lo que consigue poner el derecho a su servicio, a pesar de que esta relación sea reciente y frágil (Rivero, 2002). No obstante, el reconocimiento de una esfera de actuación autónoma a la Administración por fuera de los marcos de la legislación conlleva el forzoso reconocimiento de la potestad normativa de la Administración con una habilitación legal previa; no necesariamente con el único fin de asegurar la cumplida ejecución de la ley (Santaella, 2014).

La normatividad que tiene la *administración transicional,* aparte de la Constitución y los principios rectores del derecho administrativo, es toda aquella que está incluida en el documento del *Acuerdo Final,* pues es este el que marca los caminos a seguir de la etapa excepcional que ha comenzado en el país. Su mayoría, planteada en forma de directrices, tendrá que ser reforzada en un futuro cercano por medio de leyes, decretos, y hasta posibles reformas constitucionales. Así pues, el Acto Legislativo para la Paz consagra, en el literal A de su artículo primero, que habrá un *Procedimiento Legislativo especial para la Paz,* que será de iniciativa del Gobierno y cuyo contenido está enfocado en implementar el contenido de los Acuerdo de la Habana. Al mismo tiempo se consagran las facultades legislativas que tiene el presidente, como suprema autoridad administrativa, para dictar

decretos con fuerza de ley para ejecutar dichos acuerdos, previo control de oficio por parte de la Corte Constitucional (Acto Legislativo 01, 2016).

Hay que resaltar que los planes nacionales de desarrollo ocupan un escenario fundamental dentro de este orden, pues estos consagrarán la destinación económica que se dará para los distintos proyectos, programas y planes que surgen como objeto del acuerdo. Es por eso que dice el Acto Legislativo para la Paz:

> El Gobierno nacional durante los próximos veinte años incluirá en el Plan Plurianual de Inversiones del Plan Nacional de Desarrollo, un componente específico para la paz priorizando los ciudadanos y las entidades territoriales más afectadas por la pobreza rural, las economías ilegales, la debilidad institucional y el conflicto armado. Estos recursos serán adicionales a las inversiones ya programadas por las entidades públicas del orden nacional y territorial y se orientarán a cerrar las brechas sociales, económicas e institucionales en dichas entidades territoriales. El gobierno podrá efectuar los ajustes institucionales y normativos necesarios para ejecutar el componente de paz del Plan Plurianual de Inversiones. (Acto Legislativo 01, 2016, art. 3)

Entonces, el cumplimiento de la función administrativa transicional supone al mismo tiempo la materialización de los principios constitucionales que rigen la actividad de la Administración para dar cuenta de la búsqueda efectiva del derecho constitucional a la paz; en especial, si se tiene en cuenta que los acuerdos de paz pueden entrar a formar parte del bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, Sala Plena de Revisión, C-379, 2016). Esto puede interpretarse en dos sentidos: 1) que puede ser un caso que ejemplariza el fenómeno conocido en la doctrina como la *constitucionalización del derecho administrativo,* pues una norma de rango constitucional impone las cargas, deberes y obligaciones que nacen para las entidades estatales en procura de la protección de derechos fundamentales; y 2) que es necesario que guarde armonía con el ordenamiento jurídico permanente pese a la creación de un régimen jurídico administrativo transicional: de todas formas, los eventuales vacíos jurídicos de la transicionalidad pueden llenarse con las normas ordinarias.

El mismo ordenamiento jurídico podrá verse permeado o afectado por la entrada en vigor de un acuerdo de paz constitucional. Cabe decir que este fenómeno se caracteriza por la influencia de la Constitución en el régimen administrativo; en consecuencia, todas las actividades desarrolladas por las autoridades administrativas se conciben como el desarrollo de los mandatos constitucionales (Daza y Quinche, s. f).

Esto puede ser problemático porque supone la intervención del Juez Constitucional a través de los mecanismos ordinarios con que cuenta el ciudadano: la tutela y la acción de

inconstitucionalidad. Esta posibilidad lo habilita para intervenir en las actuaciones que desarrolle la administración transicional para proteger los derechos fundamentales, lo que sería un escenario ideal para la doctrina constitucional porque se sigue asegurando su supremacía.

Para la doctrina del derecho administrativo, no obstante, esto sería perjudicial para el buen desarrollo de la función administrativa: este juez, con el ánimo de proteger derechos, generalmente descuida el impacto económico que traen sus sentencias, lo que erosiona la sostenibilidad fiscal y financiera de la Administración (Ospina, 2014). Hay antecedentes de condenas que, aunque razonables en principio, amenazan la estabilidad del fisco. Por ejemplo, la Corte Constitucional condenó recientemente al pago de las prestaciones laborales a 116 madres comunitarias, lo que podría desembocar en una posible quiebra para el ICBF, la entidad condenada (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, T-018, 2016).

Por eso, siguiendo a Uprimny, se hace necesario que el juez constitucional, en el desarrollo de una administración transicional, deje a un lado su activismo judicial y entienda que se trata de una situación de excepcionalidad para el desarrollo del posconflicto y la construcción de una paz estable y duradera; sin menoscabar que la Corte Constitucional sea la "intérprete auténtica del ordenamiento jurídico" (R. Uprimny, comunicación personal, 15 de agosto de 2016).

En el *Acuerdo Final,* a lo largo de sus seis ejes temáticos, se establecen (en algunos casos a profundidad; en otros, apenas como sugerencia) los dos complementos administrativos: la parte funcional, que como lo dice la doctrina, hace referencia a "toda la gestión ejercida por los órganos del Estado" (Mora y Rivera, 2011, p. 26); y la parte orgánica, que "está relacionada con el órgano u órganos encargados de realizar función administrativa" (Mora y Rivera, 2011, p. 27).

Cabe decir que el marco legal, aquel que envuelva todas las disposiciones que se negociaron, aún no está definido completamente: está intrínseco en el contenido político que tiene el *Acuerdo Final,* que nos puede ofrecer a grandes rasgos cómo y qué lineamientos se deberán seguir por el momento. Es el caso del Estatuto de garantías para el ejercicio de la oposición política, en el que se hace una descripción de la convocatoria que se llevará a cabo. Además, indica que "sobre la base de estos lineamientos el Gobierno nacional elaborará un proyecto de ley con el acompañamiento de delegados y delegadas de la Comisión de partidos y movimientos políticos, que deberá presentarse para su trámite en el Congreso" (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016). La anterior es una muestra de cómo se manejaría el desarrollo normativo que logre hacer realidad los mandatos negociados.

## Contratación estatal

El contrato estatal es uno de los mecanismos por medio de los cuales la Administración expresa su voluntad y se obliga con terceros en una aparente igualdad (Vidal y Molina, 2016). Es un acto jurídico generador de obligaciones en el que una de las partes es una entidad pública cuyo objetivo es satisfacer una necesidad de interés estatal (Ley 80, 1993, art. 32).

Ahora pues, el contrato estatal es uno de los temas centrales para el derecho administrativo, evidentemente impactado por el posconflicto. Ineludiblemente, una administración transicional que propenda por la ejecución de los acuerdos de paz —realizar "programas de acción política que deben contemplar funciones, métodos de aplicación, procedimientos y consensos en la agenda del ejecutivo" (Cuervo, 2016, p. 9) y realizar proyectos que giren en torno a esto— tiene la necesidad de contratar con particulares bajo unas condiciones específicas, que permitan actuar con eficacia y celeridad a las autoridades administrativas en un contexto de transicionalidad.

Surge, entonces, la imperante necesidad de acomodar normas del derecho administrativo —con relación al régimen de contratación pública— a las necesidades que subyacen al posconflicto (Rondinelli, 2006) para que la construcción de la paz permita aplicar al Estado, en procesos de contratación, acciones de discriminación positiva hacia la población vulnerable víctima del conflicto (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016).

Siguiendo el *Acuerdo Final* (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016), se infiere que la prestación de determinadas actividades y servicios públicos deberá hacerse bajo ciertas estipulaciones contractuales según lo decida el Gobierno nacional. Al respecto, se puede concluir que algunos puntos del Acuerdo hacen énfasis en el modo de contratación según las actividades a hacer. Por ejemplo, de acuerdo con el punto 1.1.1 (p. 12) el Gobierno nacional adelantará las gestiones necesarias para facilitar los procedimientos en los contratos de donación al Fondo de Tierras. En el punto 1.1.9 (pp. 15-16) se faculta a los municipios para que apliquen cualquier tipo y proceso de contratación en lo que concierne a la creación de un sistema de información que sirva para la promoción del desarrollo agrario integral.

Asimismo, en virtud del punto 2.1.2.1, la Presidencia de la República será el ente encargado de hacer las respectivas contrataciones para poner en marcha un Sistema de Seguridad para el Ejercicio de la Política y que garantice la articulación, funcionamiento y supervisión del mismo. Adicionalmente, el punto 3.1.4.1 dispone que el Estado debe garantizar la seguridad a los miembros que realicen actividades en Zonas Veredales; para lo que es necesario que haya contratación para asegurar una mayor facilidad de acceso por carretera y disponer de un equipo médico en estas zonas. Por medio de licitación pública, se infiere, se realizará la construcción de obras de infraestructura social de acuerdo al

punto 4.1.3.5. Finalmente, el punto 3.4.11 habla acerca de algunos ajustes normativos que implicarán un control disciplinario y fiscal en la contratación pública.

## Los contratos-paz

La contratación, realizada por las respectivas entidades estatales, representa uno de los puntos claves para el posconflicto: la implementación de gran parte del *Acuerdo Final* requiere que se haga por esta vía. Incluso, ya se ha enunciado una serie de estrategias para ejecutar todos los proyectos que guarden relación con la paz; de acuerdo con Rafael Pardo, el Alto Consejero para el Posconflicto:

> El propósito que se tiene es que haya un solo proceso y un solo documento como resultado de un proceso de negociación que va a ser liderado con los gobernadores y el Gobierno Nacional, que esté en ese documento toda la acción del Ejecutivo relacionada con la paz. (*El Universal,* 6 de mayo de 2016)

Por esa razón la Administración pública colombiana abrió paso a los denominados *contratos-paz*. Estos se entienden como un contrato-plan para el desarrollo y la inversión en regiones que fueron impactadas por el conflicto armado, y con los que se permitirá ejecutar carreteras, acueductos y otras obras prioritarias (Presidencia de la República, 2016).

Estos contratos se enmarcan en la Ley 1454 del 2011, o Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y tienen como objeto conseguir la concertación de esfuerzos del Estado para la planeación del desarrollo integral del territorio con visión prolongada en el tiempo, de acuerdo con el artículo 339 de la Constitución Política, "permitiendo a las entidades u organismos del nivel nacional suscribirlos con las entidades u organismos del nivel territorial y los esquemas asociativos territoriales" (Departamento Nacional de Planeación, 2016, párr. 10). Estos están basados en un esquema tomado de Francia y "basado en la concertación entre los niveles nacional, regional y local, en el cual se garantiza la terminación de los proyectos sin importar los cambios de funcionarios" (Presidencia de la República, 2016, párr. 5). Además, tiene su fundamento en el punto 2.2.5, según el que garantizar la publicidad y transparencia en la implementación del Acuerdo es una tarea que corresponderá realizar a la nación y a las entidades territoriales, como parte de un sistema de rendición de cuentas (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016). Así dijo Simón Gaviria, director del Departamento Nacional de Planeación (DNP), entidad que lidera esta generación de "contratos-paz":

> Con los Contratos Paz se dará lugar a un renacer de comunidades que han estado sumidas en la violencia y el conflicto, haciendo de la inversión pública un instrumento eficiente para la superación de la pobreza y el cierre de brechas entre las regiones del país. (Presidencia de la República, 2016b, párr. 4)

Esta figura se enmarca dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, que los estableció como un instrumento fundamental en el proceso de articulación de recursos y acciones entre los distintos niveles de gobierno. Más adelante, en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, se crea el Fondo Regional para los Contratos (Departamento Nacional de Planeación, 2016), recogido también en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. Dicha ley afirma que los contratos son un buen mecanismo para articular las regiones con la nación (Ley 1454, 2011, arts. 12, 13, 14, 15), pues la fuente de financiación proviene tanto de la nación como de los territorios.

De acuerdo con Santos Alonso Beltrán, el gerente nacional de Contratos Plan del DNP, los Contratos Plan se han venido implementando con éxito en siete territorios —Atrato-Gran Darién, norte del Cauca, sur del Tolima, Arauca, Nariño, Boyacá y Santander— y han logrado movilizar inversiones por más de 10 billones de pesos. Esta es una "especie de contractualización del desarrollo entre los diversos niveles de gobierno que permite armonizar en términos programáticos, financieros e institucionales los compromisos de cada orden en materia de desarrollo regional" (Beltrán, 2016), pues permitirá que los contratos se ejecuten pese a la eventual entrada o salida del poder de ciertos funcionarios. Esto es necesario e importante en una *administración transicional,* pues permitirá que esta haga uso del contrato como un instrumento para ejecutar de manera eficaz los acuerdos de paz, si se tiene en cuenta que este es una herramienta que permite acercar el Estado a los territorios que han sido víctimas del conflicto armado.

## Hacia una discriminación positiva

No solamente los *contratos-paz* constituyen la piedra angular que permitirá hablar del desarrollo de los contratos estatales en el posconflicto: además, es necesario preguntarse quiénes serán los responsables de ejecutar el *Acuerdo Final.* Al respecto, la respuesta es doble: por un lado están los servidores públicos; por el otro, los contratistas de la Administración.

De este modo, uno de los principales retos que tiene la administración transicional es reconsiderar el modo en que los servidores públicos ingresan al servicio civil (Cuervo, 2016): el abuso del ingreso de estos por el contrato de prestación de servicios, que no es un contrato laboral sino uno estatal, imposibilita la debida capacitación y el entrenamiento que deberían tener todos los que ingresan a hacer carrera administrativa (Cuervo, 2016). Es por eso que una administración para el posconflicto debe fortalecer estas capacidades y, además, capacitar a las personas que han participado en el conflicto —en calidad de víctima o victimario— para que, posteriormente, desarrollen la función pública de acuerdo a los puntos 3.1.4.1 y 6.1.4 (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016, p. 62 y p. 198). Adicionalmente, cabe destacar que a los servidores públicos se les garantizarán

condiciones necesarias para el desarrollo de su actividad (punto 3.4.6) (p. 86). De allí que los funcionarios del Estado cobren un papel protagónico en el posconflicto cuyo fin sea reincorporar a la población hacia un Estado en paz.

Por otro lado, se necesita que la construcción de la paz le permita al Estado aplicar acciones de discriminación positiva hacia la población vulnerable, víctima del conflicto, en procesos de contratación. De acuerdo con la Corte Constitucional:

> Con esta expresión [discriminación positiva] se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. (Corte Constitucional, Sala Plena de Revisión, Sentencia C-371. 2000)

La posibilidad de incluir medidas de discriminación positiva como criterios de selección dentro de los procesos de contratación estatal se materializa: a la luz de la igualdad material, se realiza el principio del Estado social de derecho mediante un trato diferenciado que favorece a aquellas personas que han sido sistemáticamente discriminadas por sus condiciones de debilidad manifiesta o por múltiples circunstancias. La Corte Constitucional ha entendido el principio de igualdad, en los casos de contratación estatal, de la siguiente manera:

> En materia de igualdad de acceso a la contratación estatal, además de los postulados generales impuestos por el preámbulo y los artículos 1º y 13 de la Constitución, el artículo 209 superior dispone que la función administrativa debe desarrollarse con fundamento, entre otros, en el principio de igualdad. En tal virtud, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse, entre otras, en las siguientes reglas: 1) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, 2) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, 3) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, 4) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, 5) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados. (Corte Constitucional, Sala Plena de Revisión, C-862, 2008)

A partir de este criterio de igualdad, se puede decir que las medidas de discriminación positiva en procesos de selección de contratistas son un factor importante en una administración transicional, ya que involucran a un grupo poblacional que ha sido víctima del conflicto o ha sido parte de la guerra. En esa misma dirección, la Corte Constitucional ha dicho, además:

> Los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades (artículo 13 de la Constitución). (Corte Constitucional, Sala Plena de Revisión, C-932, 2007)

Esto, además, encuentra su fundamento en los Acuerdos de Paz (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016): por ejemplo, el punto 5.1.1 (p. 130) consagra que, para la escogencia del personal de la Comisión de Verdad, se pondrá en marcha un procedimiento de postulación y selección que ofrezca garantías de legitimidad, imparcialidad e independencia a toda la sociedad colombiana y en particular a las víctimas; en lo que concierne al acompañamiento en zonas marginales, se hará contratación preferencialmente con organizaciones sociales (punto 6.1.4) (p. 198); entre otros.

## Fortalecimiento de las entidades territoriales

Es indispensable revisar la estructura orgánica administrativa en la etapa de posconflicto, teniendo como objetivo esencial el fortalecimiento de las capacidades territoriales; es este, quizá, el factor más importante para construir la paz. Como lo expresa Gehring (2016), "el asunto territorial, ligado tradicionalmente al conflicto en el país, es una de las raíces más profundas" (p. 3). Esto en razón de que las entidades territoriales tienen facultades administrativas: nacen de la descentralización territorial que, en términos de la Corte Constitucional, "significa el traslado de competencias de carácter administrativo a manos de autoridades regionales o locales" (Sala Plena de Revisión, C-216, 1994). Dichas entidades tienen como finalidad tender puentes de acercamiento entre la Administración y los ciudadanos, traduciendo la diversidad de problemáticas que puedan surgir en los diferentes territorios del país.

A partir de la finalidad de las entidades territoriales, se debe visualizar lo que implica una etapa de posconflicto para estas: enfrentarse a subsanar los efectos de años de guerra, el encargo del Gobierno de ejecutar nuevas tareas o asumir un mayor volumen de las que ya tienen —como lo es la promoción del desarrollo comunitario en los municipios—, entre muchas otras. El territorio en el posconflicto es tan importante que de él puede depender el éxito o el fracaso de la búsqueda de la paz. Como lo menciona Jaramillo (2013), "El error histórico ha sido pensar que un proceso se trata simplemente de la desmovilización de unos grupos, sin pensar en transformar los territorios, sin pensar en cambiar radicalmente las condiciones en el terreno" (párr. 24).

Desde ese punto de vista, entonces, la "paz territorial" implica una fuerte carga institucional, que "es una condición necesaria para el progreso" (García y Espinosa, 2013, p. 121). Por ello, en el posconflicto, las entidades territoriales van a ser uno de los ejes de atención, por cuanto "va a ser en los territorios, donde se van a desarrollar todas las acciones de gobierno enfocadas al posconflicto" (Jara, citado por Federación Nacional de Departamentos, 2015, párr. 10). Es por esto que continúa Jaramillo (2013) expresando que:

> Para eso tenemos que lograr una verdadera movilización social en los territorios alrededor de la idea de la construcción de la paz. Más que un acto de fe, necesitamos un acto colectivo de imaginación de lo que sería la transición; la transición con tiempos, con metas y con todos arremangados trabajando para un mismo propósito. (párr. 60)

Igualmente, las nuevas funciones y sobrecargas de las entidades territoriales requieren que se aplique el concepto de *administración transicional*. Como lo dijimos anteriormente, estas implican una ruptura de la tradición administrativa, un nuevo manejo que se adapte a las circunstancias que se enfrentan. Estos nuevos retos están contemplados en el *Acuerdo Final:* a pesar de que muchos no cuentan con una detallada descripción, sí dan muestra de que se requieren cambios sustanciales en el funcionamiento. La territorialidad es transversal a los seis diferentes puntos discutidos, comenzando por la reforma agraria integral. Dicha reforma supone la resolución de conflictos históricos de tenencia y uso de la tierra, donde las entidades territoriales serán las encargadas de ejecutar funciones como la de determinar el tipo de contratación para:

> [...] propiciar el uso adecuado, productivo y sostenible de la tierra, crear un sistema de información que sirva para la promoción del desarrollo agrario integral, incrementar el recaudo efectivo de los municipios y la inversión social, estimular la desconcentración de la propiedad rural improductiva, y en general regularizar con transparencia la propiedad de la tierra [...]. (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016, p. 18)

Además, este eje cuenta con un apartado de programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET). Estos programas, para su ejecución, requieren que las entidades territoriales elaboren un plan de acción de manera participativa "para la transformación regional, que incluye todos los niveles del ordenamiento territorial, concertado con las autoridades locales y las comunidades." (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016, p. 22). Estos planes tendrán como recursos para su ejecución los que el Gobierno nacional disponga, con el concurso de las entidades territoriales, y sus funciones abarcarían la creación o apoyo de mecanismos de evaluación y veedurías ciudadanas, para asegurar su efectividad.

También contarán con el deber de proteger e impulsar el punto número 2 tratado en el *Acuerdo Final,* que se enfoca en cómo debe desarrollarse la participación política: las entidades territoriales deberán, junto al Gobierno nacional, asegurar la publicidad y total claridad en la implementación del *Acuerdo Final* mediante un sistema de rendición de cuentas. Acompañando lo anterior, tendrá que crearse un fuerte control territorial que "incluya la vinculación de los ciudadanos y las ciudadanas en las regiones para coadyuvar en la protección de quienes ejercen la actividad política, en el marco del proceso de construcción de la paz" (Gobierno nacional y Farc-EP, 2016, p. 40).

Sumado a esto, las entidades territoriales tendrán la tarea de realizar una labor social: la promoción y divulgación de una sana convivencia, que es considerada como el valor supremo, precedida por la integración social y la aceptación de diferencias. Lo anterior necesitará una estrategia de cohesión ciudadana, que implica el empleo de campañas educativas —tanto en el sentido de capacitación a los desmovilizados, como campañas al ciudadano para la aceptación de diferencias— y la creación o fortalecimiento de instrumentos de control —como las veedurías ciudadanas, que deberán velar por asegurar la eficiencia y eficacia de los métodos que se ejecuten para promoción y divulgación de la sana convivencia—. Complementando lo antes expresado, la administración transicional deberá desempeñar un papel especial en aquellos municipios involucrados en la etapa de desarme: aunque estos no serán los encargados de realizarla, controlarla o elaborar su planeación logística, que lo harán instituciones internacionales, sí deberán apoyarlas en su ejecución y vigilancia, velando siempre por su cumplimiento y la protección del ciudadano.

Según lo antes dicho, se requiere enfrentar el fenómeno del posconflicto a través de un aparato robusto institucional que dé cuenta de una adecuada descentralización de determinadas funciones y de la desconcentración de otras, ya sean nacional e internacionalmente relevantes. Reforzando esto, plantea Cuervo que "Para avanzar en la estabilidad administrativa, política y territorial es necesario revisar y ajustar el actual sistema de descentralización en Colombia a la luz de los acuerdos logrados en el marco del proceso

de paz" (p. 12). Dicho ajuste debe preservar la complementariedad de las entidades territoriales, pues son ellas las que tendrán la mayor cercanía al ciudadano.

Lo que se debe establecer, en todo caso, es la manera adecuada de convertir las entidades territoriales en capaces y eficientes, lo que implica un nuevo debate. Este, con el fin de concebir una administración eficiente y eficaz, tendrá que resolver variantes como la limitación que existe entre las diferencias culturales, financieras y técnicas entre la administración de municipios y la administración departamental. Es por eso que:

> La planeación del país deberá reconocer y considerar las diferencias existentes en los territorios, a partir del nivel de afectación que les haya ocasionado en el conflicto armado. Esto hará que la planeación sea participativa y apuntalará el éxito en la implementación de programas e iniciativas durante el posconflicto. (Cuervo, 2016, p. 25)

Se podría decir, entonces, que "La paz territorial debe desarrollarse partiendo de las necesidades de las entidades locales que se priorizarán en la transición y con una visión más amplia de la institucionalidad en los territorios, donde no solo se contemplen las competencias sectoriales, sino las particularidades poblacionales y geográficas" (Cuervo, 2016, p. 22).

## Conclusiones

A partir del análisis y las reflexiones planteadas en este artículo, se puede decir que:

1. Se evidencia que el posconflicto plantea grandes retos para el derecho administrativo, que producen unas condiciones de transicionalidad para la Administración pública en el cumplimiento de su función.
2. El concepto de *administración transicional* surge de reunir los elementos básicos de la administración (orgánico y funcional), con las condiciones de transicionalidad que implican un tratamiento jurídico especial y diferencial en la actividad de la Administración: la transitoriedad, la excepcionalidad y la territorialidad.
3. La terminación del conflicto armado debe estar presupuestada en términos cronológicos; por eso, la transitoriedad hace referencia al periodo sobre el que se ha planificado implementar y ejecutar todas las medidas, acciones y proyectos que conducen a la superación del conflicto y el avance en la construcción de la paz. En el caso de Colombia, durante el proceso de negociación con las Farc-EP, se ha estimado la duración de la etapa del posconflicto en un lapso de tiempo considerable, para alcanzar un punto de equilibrio de todas las actividades estatales actuales, la implementación de las nuevas y la reinserción del grupo armado a la vida civil. Sin embargo, esto no ex-

cluye que existan funciones o instituciones que tengan una vocación de permanencia dentro de la función pública o el organigrama estatal.

4. Es claro que más de cincuenta años de conflicto armado interno no se solucionan de la noche a la mañana y con el simple cese al fuego por las partes en conflicto. Por eso, se deben poner en marcha todos los mecanismos amparados por la excepcionalidad, que buscan potenciar el desarrollo de la *administración transicional* para ejercer el derecho a la paz.
5. El contexto de aplicación del marco jurídico especial del posconflicto presupone que las medidas y las acciones estatales van dirigidas a toda la sociedad. De ahí se desprende la necesidad de abarcar la totalidad del territorio nacional. Por eso, la territorialidad se constituye como elemento clave de la superación del conflicto: para cumplir eficazmente la función administrativa del Estado en las entidades territoriales, se materializarán los cambios sociales y la construcción de una paz estable y duradera.
6. Puede decirse que el contrato estatal representa uno de los principales medios por los que se manifiesta la voluntad de la Administración, y que sufrirá grandes transformaciones en el marco de transicionalidad que subyace a esta: inevitablemente, en pro de la ejecución del *Acuerdo Final,* se necesitará de un procedimiento especial de selección de contratistas que permita la vinculación preferencial de víctimas y demás actores que participaron del conflicto armado. Esta figura también servirá como instrumento para articular la nación con las entidades territoriales a través de los contratos-plan.
7. En virtud del principio de legalidad que involucra la actividad de la Administración, se hace necesario construir un marco normativo que permita desarrollar a esta los distintos programas, planes y proyectos. Para esto, por consiguiente, las reformas constitucionales, legales y reglamentarias ocuparán un escenario importante que permitirá actuar con eficacia a la administración transicional. Aun así, se requiere también mermar el activismo judicial de los jueces constitucionales para garantizar el debido cumplimiento de la ejecución de los acuerdos de paz.

## Referencias

Alto Comisionado para la Paz. (14 de mayo de 2013). Transición en Colombia ante el proceso de paz y la justicia. *El Tiempo*. Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12796874

Beltrán Beltrán, S. A. (16 de mayo de 2016). Contratos paz... más allá de los acuerdos de la Habana. *Portafolio*. Recuperado de http://www.portafolio.co/economia/gobierno/contratos-paz-alla-acuerdos-habana-495843

CEH (Centro de Memoria Histórica de Guatemala). (1999). *Guatemala memoria del silencio*. Ciudad de Guatemala: Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS). Recuperado de http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/guatemala-memoria-silencio/guatemala-memoria-del-silencio.pdf

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). Estatuto general de la Contratación Pública. [Ley 80 de 1993]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2008). Ley para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993. [Ley 1150 de 2007]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Congreso de la República de Colombia. (7 de julio de 2016). Acto legislativo para la paz. [Acto 1 de 2016]. Recuperado de http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf

Constitución Política de Colombia. [Const.]. (1991). 34ª Ed. Legis.

Corte Constitucional, Sala Plena de Revisión. (28 de Abril de 1994). Sentencia C-216. [MP Vladimiro Naranjo Mesa]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-216-94.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena de Revisión. (29 de marzo de 2000). Sentencia C-371 de 2000. [MP Carlos Gaviria Díaz]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/C-371-00.ht

Corte Constitucional, Sala Plena de Revisión. (6 de septiembre de 2000). Sentencia C-1163. [MP Fabio Morón]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1163-00.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena de Revisión. (8 de noviembre de 2007). Sentencia C-932 de 2007. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-932-07.htm

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena de Revisión. (3 de septiembre de 2008). Sentencia C-862 de 2008. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-862-08.htm

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (29 de enero de 2016). Sentencia T-018 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-018-16.htm

Corte Constitucional, Sala Plena de Revisión. (18 de julio de 2016). Sentencia C-379. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm

Cuervo Escobar, S. (2016). Reformas de carácter administrativo para el posconflicto y la implementación de los acuerdos de paz en Colombia. *Kas Papers,* 26, 1-48. Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/18578-1442-4-30.pdf

Daza, S. y Quinche, R. (s. f). *Finalidad de los principios y valores constitucionales en el contexto del Estado Social de Derecho en Colombia.* Bogotá: Universidad Libre. Recuperado de http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dc3.pdf

Departamento Nacional de Planeación. (2016). De los contratos plan a los contratos paz. Recuperado de https://www.dnp.gov.co/Contratos-Plan/Paginas/ContratosPlan.aspx

*El Universal.* (6 de mayo de 2016). Todos los proyectos para la paz tendrán un instrumento: El Contrato Paz. Recuperado de http://www.eluniversal.com.co/colombia/todos-los-proyectos-para-la-paz-tendran-un-instrumento-el-contrato-paz-225551

García, M. y Espinosa, R. (2013). *El derecho al Estado; Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia. Colección De Justicia.* Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Gobierno nacional y Farc-EP. (24 de noviembre de 2016). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. [Acuerdo Final].* Recuperado de http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf

Federación Nacional de Departamentos. (6 de noviembre de 2015). Comunicado 083 el papel de las entidades territoriales en el posconflicto, tema central de la cumbre de gobernadores. Recuperado de http://www.fnd.org.co/fnd/prensa-nacional/noticias-fnd/3020-comunicado-083-el-papel-de-las-entidades-territoriales-en-el-posconflicto-tema-central-de-la-cumbre-de-gobernadores.

Jaramillo, S. (9 de mayo de 2013). La Transición en Colombia. *Equipo Paz Gobierno.* Recuperado de http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/prensa/declaraciones/Paginas/transicion-en-colombia-sergio-jaramillo-alto-comisionado-paz-proceso-paz.aspx

Mora, E. y Rivera, A. (2011). *Derecho administrativo y procesal administrativo.* Bogotá: Leyer.

Ospina, E. (2014). ¿Hacia el gobierno de los jueces? Excesos de tutela. En A. Montaña Plata y A. Ospina Garzón, (coords.). *La constitucionalización del Derecho Administrativo.* (p. 537). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (2016). El primer 'contrato-paz' firmado será para el desarrollo y la inversión en los Montes de María, anunció el Presidente Santos.

Recuperado de http://es.presidencia.gov.co/noticia/160614-El-primer-contrato-paz-firmado-sera-para-el-desarrollo-y-la-inversion-en-los-Montes-de-Maria-anuncio-el-Presidente-Santos

Presidencia de la República de Colombia. (2016b). Contratos Plan para la Paz por $14 billones beneficiarán a un centenar de municipios golpeados por el conflicto. Recuperado de http://es.presidencia.gov.co/noticia/160624-Contratos-Plan-para-la-Paz-por-14-billones-beneficiaran-a-un-centenar-de-municipios-golpeados-por-el-conflicto.

Rivero, J. (2002). *Páginas de derecho administrativo.* Bogotá: Temis.

Rodríguez, L. (2003). *Derecho administrativo general y colombiano.* Bogotá: Temis.

Santaella Quintero, H. (2014). Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. En A. Montaña Plata y A. Ospina Garzón, (coords.). *La constitucionalización del Derecho Administrativo.* (pp. 79-116). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio, J. (2005). *Tratado de derecho administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rondinelli, D. (2006). *Reforming public Administration in Postconflict Societies. Implications for international Assistance.* Washington: USAID (U. S. Agency for International Development). Recuperado de http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnadg326.pdf

Vidal Perdomo, J. (2005). *Derecho administrativo.* Bogotá: Legis.

Vidal, Perdomo, J. y Molina Betancur, C. (2016). *Derecho administrativo.* 14º ed. Bogotá: Legis.

# Sección IV

# ¿Por qué TransMilenio en Bogotá está en crisis?*

## *¿Why TransMilenio in Bogotá is in crisis?*

Semillero vinculado al Grupo de Investigación Presidencialismo y Participación**

**Laura Daniela Gómez Rodríguez**
Departamento de Ciencia Política
*ladgomezro@unal.edu.co*

**Ángela María Herrera Puyana**
Departamento de Ciencia Política
*anmherrerapu@unal.edu.co*

**María Fernanda García Fonseca**
Departamento de Ciencia Política
*mfgarciaf@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación identificado con el código 33470 "La crisis de Transmilenio: la disputa por lo público" dirigido por el profesor Miguel Angel Herrera Zgaib.

** Los autores agradecen la colaboración y aportes de David Morales Castaño, estudiante de Ciencia Política.

**Resumen:** La implementación en el año 2000 del sistema de buses de tránsito rápido (BTR) en Bogotá, mediante la creación de la empresa de transporte Tercer Milenio TransMilenio S. A., fue vista en principio como la solución a los problemas de movilidad característicos de las grandes ciudades. Sin embargo, con el paso del tiempo, el sistema TransMilenio presentó varios problemas (alto precio de los pasajes, ineficacia para satisfacer la demanda creciente, protestas, bloqueos, largas filas, problemas de corrupción, entre otros), los cuales se intensificaron y desembocaron en una crisis multidimensional del sistema (financiera, técnica, sociocultural, urbanística y político-administrativa). No obstante, los estudios se han centrado en analizar el problema desde el punto de vista técnico y financiero, dejando de lado la importancia de un análisis desde la ciencia política; es decir, un análisis desde el aspecto político, administrativo y social que evidencie las razones estructurales que tienen hasta hoy en día al sistema de transporte masivo TransMilenio sumergido en una crisis.

**Palabras clave:** sistemas de transporte masivo, buses de tránsito rápido BTR, TransMilenio, monopolio, teorías de la regulación, nueva administración pública, neoinstitucionalismo

**Abstract:** The implementation of a Bus Rapid Transit (BRT) system in 2000 in Bogota, through the setting up of the transport undertaking Tercer Milenio TransMilenio S. A. was seen, at first, as a solution for the mobility problems that characterize big cities. Nonetheless, as the time went by, TransMilenio started to display several problems (high fares, inefficiency to supply the increasing demand, strikes, blockades, large lines to use the system, corruption issues, among others), which increased and led to a multidimensional crisis of the system (a crisis regarding financial, technical, socio-cultural, urbanistic, political and administrative problems). However, most of the studies have focused on the technical or financial side of the problems, disregarding the analysis from a political science point of view, that is to say, an analysis of TransMilenio's crisis based on a political, administrative and social view that highlights the structural reasons that head TransMilenio foundering in a downturn.

**Keywords:** mass transit systems, Bus Rapid Transit BRT, TransMilenio, monopoly, regulation´s theories, new public management, neoinstitutionalism

## Introducción

En la actualidad la mayoría de habitantes de Latinoamérica se concentran en las grandes ciudades[1]. Esto ha llevado a que uno de los problemas de la vida cotidiana esté relacionado con la movilidad. Las administraciones de las ciudades más pobladas del subcontinente, que presentan complejos problemas de movilidad, han implementado distintos sistemas de transporte masivo para intentar solucionarlos. Uno de los sistemas de transporte que se ha generalizado en la región son los conocidos como Buses de Tránsito Rápido (BTR).

Bogotá adoptó este tipo de sistema de transporte con la creación de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio TransMilenio S. A., en el año 2000, convirtiéndose pronto en un referente a nivel mundial. Este sistema se fundamentó en los principios de calidad de vida, respeto al tiempo de los usuarios, costo y sostenibilidad, constituyéndose en una nueva alternativa de movilidad para los habitantes de la ciudad.

El Sistema de Transporte Masivo TransMilenio fue en principio una solución al grave problema de movilidad en Bogotá. Así, se intentó superar el sistema irracional de buses urbanos tradicionales que traía problemas como la "guerra del centavo", la excesiva contaminación, la congestión vehicular, demoras en los tiempos de viaje, altas tasas de accidentalidad, entre otros.

Ahora bien, para entender el funcionamiento de la estructura actual del Sistema de Transporte Masivo TransMilenio (STMT) hay que tener en cuenta los siguientes elementos:

Primero precisemos que en materia de propiedad, TransMilenio S. A. es una sociedad por acciones, bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos, creada en el año 1999 por el Distrito Capital, con presupuesto público-privado.

Para su funcionamiento se articulan cuatro tipos de agentes: los *operadores troncales,* los *operadores alimentadores,* los *operadores de recaudo* y una *fiduciaria*. Los primeros manejan la flota que circula por las troncales y se encargan de su mantenimiento, además de contratar y capacitar a los conductores del sistema. Los segundos se encargan de la flota rodante en rutas alimentadoras y de su mantenimiento. Los terceros se encargan de comprar e instalar los equipos correspondientes y de vender los pasajes del sistema. La última tiene la responsabilidad de administrar los ingresos y de pagarles a todos los operadores del sistema, es decir, administra el Fondo Principal.

1 Estudios desde la academia y organizaciones como la Cepal explican cómo en Latinoamérica, producto de las transformaciones en la forma de producción, se modificó la forma de poblamiento desde mediados de siglo XX, siendo prevalente el poblamiento urbano (Da Cunha y Vignoli, 2009; Herrera y Pecht, 1976). Además, para el caso colombiano, los graves problemas de violencia en las regiones han llevado al desplazamiento de personas hacia las grandes ciudades.

De otra parte, TransMilenio S. A. es el agente de gestión y coordinación de todo el sistema. Entre sus funciones principales se encuentran aplicar las políticas y las tarifas, adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para asegurar la prestación del servicio a su cargo, garantizar que los equipos que se usan para prestar el servicio incorporen tecnología de punta, celebrar los contratos necesarios para prestar el servicio de transporte masivo, entre otras (Concejo de Bogotá, Acuerdo 04 de 1999).

Uno de los componentes característicos del sistema es el subsidio sobre la infraestructura. El modelo económico que funciona en el STMT implica que la infraestructura sea subsidiada, pero que los recursos de operación se cubran autónomamente con la tarifa del pasaje. La licitación, adjudicación y ejecución de las partidas presupuestales provenientes de la nación y del distrito las realiza el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) (García, Oviedo, y Franco, 2006).

No se debe olvidar el fondo de contingencias y el de multas y bonificaciones. El primero fue creado para enfrentar alguna situación que lleve a la inestabilidad del sistema o que lo haga inviable. El segundo fue creado como una forma de "castigar o premiar" los operadores del sistema (González Borrero, 2006, p. 18)[2].

Sin embargo, con el paso del primer quinquenio, el STMT comenzó a presentar problemas que se han intensificado durante los años siguientes, desembocando en una profunda crisis multidimensional del sistema.

Empecemos por examinar la dimensión financiera. La crisis tiene que ver con la insostenibilidad del sistema. El déficit financiero de la entidad pública de planeación y gestión TransMilenio S. A., llegó a los 738 mil millones de pesos, mientras que las arcas de las empresas operadoras crecieron al punto de superar los 2 billones de pesos en 2015. Esta radiografía del estado financiero fue expuesta en el Concejo de Bogotá en marzo de 2016, donde además se denunció que la entidad en el 2015 perdió 16 000 millones de pesos, es decir, en promedio 44,4 millones de pesos cada día (*Semana,* 28 de marzo de 2016).

Desde el punto de vista sociocultural, la crisis se expresa en una baja cultura ciudadana, en un aumento de los "colados", los vendedores ambulantes y la inseguridad dentro del sistema (*CM&,* 14 de mayo de 2015).

Por otro lado, desde una perspectiva técnica, la crisis se manifiesta en la incapacidad del sistema para responder a la creciente demanda (*Dinero,* 3 de abril de 2014), agravada por el mal diseño de las rutas, la demora de los buses, la condición de hacinamiento en que se viaja, la deficiente infraestructura de las vías y en el atraso en las obras contratadas o anunciadas. Según la revista *Semana*

2 Según el mismo autor, sobre la cuestión de los subsidios "existe una regla general que afirma que los transportes masivos necesitan subsidios es decir recursos provenientes de tasas e impuestos para compensar costos mayores a tarifas" (González Borrero, 2006, p. 11).

> el sistema tenía que estar completo para 2016 con 388 kilómetros y más de 20 troncales. Hoy solo hay 109 kilómetros construidos y hace seis años que no se construye una nueva troncal. Además, Bogotá coronó cifras mundiales en términos de hacinamiento en un sistema de transporte y en las horas pico las estaciones están a reventar. (*Semana,* 9 de octubre de 2014)

Desde el punto de vista urbanístico, la explicación de la crisis de TransMilenio tiene que ver con el mal diseño del sistema que, por culpa de la Administración distrital, no tuvo como prioridad el paisaje urbano a la hora de implementar este proyecto, al dejar de lado las consecuencias en cuanto a la redefinición del espacio común. Por ejemplo, en troncales como la avenida Eldorado, la carrera Décima, la avenida Caracas y la avenida NQS, se han identificado alrededor de 64 fachadas inactivas, 43 espacios vacíos y 52 inmuebles abandonados como consecuencia de las obras realizadas para ampliar las vías del sistema (*El Espectador,* 12 de abril de 2016).

Finalmente, desde la perspectiva administrativa, la crisis actual del sistema se debe a la inadecuada gestión de las últimas tres administraciones (Luis Eduardo Garzón, Samuel Moreno y Gustavo Petro) que ocasionó, en efecto, un retraso inexcusable en la construcción de las obras del sistema.

En particular, los problemas en la construcción de la fase III del sistema, lo escándalos de corrupción y las demoras en la unificación de las empresas de recaudo, son muestra inocultable de ello. Como informó *El Espectador,* pocos meses después de empezar su alcaldía, Enrique Peñalosa entregó a los organismos de control el documento denominado el "libro blanco", que muestra las supuestas irregularidades de la administración anterior (*El Espectador,* 3 de abril de 2016).

Específicamente para el caso TransMilenio, nos señala que hay una red de comunicaciones que cuesta 3 500 millones al año cuando en el mercado hay opciones por un valor de 80 % menos; y subraya que el patrimonio de la entidad se redujo en 80 % entre 2014 y 2015, un incremento que cubre el déficit que afronta esta modalidad de transporte público por los problemas en la operación del mismo.

Si bien consideramos que las anteriores formas de abordar y caracterizar la crisis del STMT son importantes, estas son insuficientes para explicar las causas estructurales de la misma, ya que son solo un múltiple "síntoma" de una crisis más profunda, la cual se enraíza en factores políticos, con sus implicaciones sociales y administrativas.

Por consiguiente, evidenciamos la necesidad de que la academia analice esta crisis más allá de lo técnico, porque al quedar reducido el análisis a la ejecución, los estudios, en su gran mayoría, no abordan el carácter político y social de la movilidad. En otras palabras, se requiere de una perspectiva que ubique de forma clara y contundente la pro-

blemática que agrava la situación del sistema desde un aspecto político, administrativo y social.

Este cuadro multicausal está relacionado con la tensión entre el interés privado y la prestación efectiva de un servicio que busque el bienestar social, analizando la posibilidad de que el sistema logre un equilibrio entre ambos elementos mediante una regulación constante, transparente y efectiva.

El trabajo de investigación que presentamos ofrece una respuesta al problema del transporte en Bogotá, visto como una actividad que no puede prescindir de su carácter político para el análisis, donde hay relaciones de poder entre los actores del sistema que condicionan y afectan las ejecutorias del STMT.

En correspondencia con lo afirmado, nuestra inquietud investigativa se resume en dar consecuente respuesta tanto analítica como comprensiva a la siguiente pregunta: *¿por qué el sistema de transporte TransMilenio está en crisis?*

La respuesta inicial a dicha pregunta es que, como resultado de una escasa y deficiente regulación por parte del Estado, en su condición de sujeto político múltiple, para el nivel que le corresponde en un orden político a mitad de camino entre la centralización y la descentralización, el STMT debe su crisis a la consolidación de un monopolio de operadores privados en la prestación del servicio y a la prevalencia del fin de lucro capitalista, sin claros y eficaces controles, sobre la prestación de un servicio de transporte público efectivo.

Para desarrollar la hipótesis que resuelve la pregunta, el presente artículo se dividirá en tres partes. En la primera, se describe por qué el STMT se consolida como un monopolio privado en su operación. En la segunda parte, se evidencian las situaciones problemáticas que rodean el funcionamiento del mismo derivadas del monopolio privado y la prevalencia del fin de lucro sobre la prestación del servicio de transporte público. En la última parte, se explica desde la teoría de la regulación por qué se afirma que el problema del sistema es de escasa y deficiente regulación por parte del Estado. Terminamos nuestro ensayo de síntesis planteando algunas conclusiones relevantes en correspondencia con los hallazgos hechos y probados.

## El STMT como un monopolio capitalista

El desarrollo del Estado moderno ha ido modificando poco a poco la relación existente entre lo público y lo privado. En la actualidad, esta relación ha sido mediada por los fenómenos de globalización, donde es evidente cómo los actores privados empiezan a ser partícipes de forma directa en actividades que el Estado tenía reservadas.

La prestación de servicios públicos y la misma administración del Estado dan muestra de ello. Escuelas como las de la Nueva Administración Pública y el neoinstitucionalismo (CLAD, 1998), han ido desarrollando esa nueva forma de administración de actividades públicas ya no prestadas directamente por el Estado, sino por un conjunto de actores privados que trabajan como apoyo del mismo.

Sin embargo, sería impreciso afirmar que este fenómeno *per se* es un problema. El problema surgiría cuando en esta relación de colaboración se impone el interés privado sobre el bienestar común, como en el caso TransMilenio, pues desde su misma conformación como empresa de pocos, creó los incentivos para la formación de un monopolio de operadores privados frente a la pasividad del régimen político propio de la capital de la república alrededor de la prestación del servicio.

TransMilenio S. A. es una sociedad creada a través del Acuerdo del Concejo Distrital 04 de 1999, "que autorizó al Alcalde Mayor, en representación de Bogotá D. C., para participar conjuntamente con otras entidades del orden distrital en la constitución de la Empresa de Transporte de Tercer Milenio, TransMilenio S. A." (TransMilenio, 2013).

Según el artículo tercero del Acuerdo "TransMilenio S. A. no podrá ser operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por sí mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas". En este sentido TransMilenio S. A. no puede actuar como operador de buses y, por el contrario, esta función solo la pueden asumir empresas privadas. Esto evidencia el interés privatizador del actual alcalde de Bogotá, Enrique Peñalosa, promotor del BTR en Colombia, bajo la creencia de que las empresas privadas son más eficientes que las públicas, bajo una estructura de deficiente competencia entre ellas mismas que, cobijadas por una estructura monopólica frente al actor estatal-local, obran bajo las reglas de un oligopolio afectado de imperfecciones.

Los operadores de las troncales del sistema son diez empresas: SI99 S. A., Conexión Móvil S. A., Sistemas Operativos Móviles S. A. (Somos K. S. A.), Suma S. A. S., Este es Mi Bus, ETIB, Masivo Capital S. A. S., Tranzit S. A. S., Consorcio Express S. A. S. Existen otros operadores de recaudo (Tullave) y publicidad (Publimenio S. A. S., TransMilenio S. A., Publicidad Móvil Transmedia S. A. S., Markety medios comunicaciones S. A., AD Experiences S. A. S. y Publicidad en Movimiento S. A. S.).

Estos operadores fueron escogidos mediante procesos de licitación pública cumpliendo los requisitos financieros, técnicos y legales establecidos por TransMilenio S. A., siendo los responsables de adquirir los vehículos y contratar los conductores, mecánicos, personal administrativo, y demás operarios. La concesión de la operación incluye la administración de los patios de mantenimiento y estacionamiento, provistos por el Estado.

A las empresas operadoras de servicios troncales "se les paga en función de los kilómetros recorridos y la tarifa ofertada, de acuerdo con la programación realizada por TransMilenio S. A." (TransMilenio, 2013). Sin embargo, estas empresas se han apoderado de sus puestos y no están dispuestos a abandonarlos tan fácilmente. Un ejemplo de ello ocurrió en 2011, tras el fallo del Tribunal de Cundinamarca que ordenó renegociar los contratos de TM de la fase I y II. El exalcalde Gustavo Petro inició una negociación con los operadores privados que terminó favoreciéndolos con la prórroga de los contratos de la Fase I y II, sin modernizar la flota de buses sino, por el contrario, alargando la vida útil de los buses por 240 000 kilómetros.

Posteriormente, a finales de 2015, se abrió una licitación de TransMilenio por la avenida Boyacá que permitiría la entrada de 300 buses nuevos; sin embargo, fue revocada por el IDU en enero de 2016 mediante la resolución 7488 del 19 de julio de 2016. Esto llevó a Alexandra Rojas, entonces gerente de TransMilenio, a asegurar la necesidad de una nueva prórroga a los contratos de los operadores de la Fase I del sistema, lo que llevaría a alargar aún más la vida útil de los buses y a perpetuar a los operadores privados en el mismo puesto.

En síntesis, los operadores privados (como grupo de interés) han logrado prolongar sus contratos y han atrasado la posibilidad de una nueva licitación pública a través, según Joseph E. Stiglitz, de incentivos y dinero como instrumentos para "mantener su posición monopólica, paralizar las regulaciones y la competencia y distorsionar el proceso político" (Stiglitz, 1999). Por lo cual, muchas veces el resultado de esta posición dominante de agentes privados sobre, por ejemplo, un servicio como el transporte público, es el sufrimiento y la explotación discrecional, no solamente de los usuarios sino también de los trabajadores responsables de la operación regular del sistema.

Es así como el STMT se ha constituido como un monopolio, lo cual puede explicarse por dos aspectos: por su naturaleza y por su comportamiento. Por un lado la naturaleza de los BTR a nivel mundial impide que exista competencia para prestar este servicio, siendo así un monopolio natural por sus elevados costos. Parte de las condiciones teóricas para que un mercado funcione de manera eficiente es que exista competencia.

Sin embargo, existen bienes y servicios donde la competencia tiene el efecto contrario: hace ineficiente el mercado. El servicio de alcantarillado y agua potable son los ejemplos clásicos de ello. El sistema de transporte BTR es también un tipo de monopolio natural al ser un sistema que por el alto costo de la inversión en infraestructura y las limitaciones que pueden tener la misma por el espacio, hace ineficiente que existan más de un agente que lo maneje. Además, en Bogotá el sistema de buses rápidos es el único sistema de transporte masivo que posee la ciudad.

Por otro lado, se comporta como monopolio en cuanto al poder que han adquirido los operadores privados. De acuerdo con Manuel Ossorio (1984), un monopolio es el "régimen económico derivado de preceptos legales o de circunstancias de hecho, mediante el cual una o varias ramas de la producción se sustraen de la libre competencia, para quedar en manos de una empresa o de un grupo de empresas que se hacen dueñas del mercado. El monopolio puede ser público, cuando se establece en beneficio del Estado, o privado, cuando se ejerce por particulares" (p. 604). A partir de esta definición se puede afirmar que el STMT se ha constituido como un monopolio al estar bajo manos de un grupo de empresas que se encargan de prestar el servicio de transporte en la ciudad.

En conclusión, con la entrada del neoliberalismo se abrió más campo a la participación del sector privado en las actividades que venían siendo propias del Estado como en el caso de la prestación de servicios públicos justificado en que el sector privado es más eficiente. Sin embargo, es cuestionable el pretender que el sector privado *per se* es eficiente. El problema se evidencia cuando prima el interés privado sobre el bienestar común como en el caso de TransMilenio S. A. que desde su creación, dio pie al surgimiento de un monopolio de operadores privados interesados más en el ánimo de lucro que en la prestación eficaz de un servicio público de interés general. Estos operadores privados se han apoderado de sus puestos haciendo todo lo posible para no abandonarlos. Es por lo anterior que el STMT se ha constituido como monopolio, entendido en dos sentidos: por un lado, en la práctica, los operadores privados han logrado mantenerse en sus puestos por el aumento del poder y la influencia que poseen convirtiéndose en un grupo de empresas dueñas del mercado (punto mencionado anteriormente); y por otro lado, debido a su naturaleza como BTR, es imposible que exista competencia en la prestación del servicio convirtiéndose en un monopolio natural. Además, por los altos costos que puede llevar la prestación del servicio, es más eficiente que sea un solo agente se encargue de esta, en este caso, la empresa de TransMilenio S. A.

## Consecuencias de la organización actual del STMT

Pueden evidenciarse dos problemas centrales en la creación y funcionamiento del STMT. Por un lado, está el dilema de evaluar el comportamiento de TransMilenio S. A., como empresa privada o como entidad pública y, por otro lado, el problema altamente criticado en cuanto a las grandes ganancias de los operadores privados y la deficiente prestación del servicio.

En primer lugar, dado que TransMilenio S. A. recibe por su naturaleza aportes públicos, no puede hablarse de este como un ente privado. Mediante la escritura pública

n.° 1528 del 13 de octubre de 1999, de la Notaria 27 de Bogotá, TransMilenio S. A. surge como "sociedad por acciones, constituida entre entidades públicas del orden distrital bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos".

Según lo anterior, la naturaleza de TransMilenio S. A. es de una sociedad anónima que está constituida por entidades públicas distritales. En este sentido, dado que los aportes son de carácter público, sus accionistas son servidores públicos que deben tomar decisiones que deberían orientarse a la búsqueda del interés general. Por otro lado, si bien TransMilenio S. A. está constituida por entidades públicas, está sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, es decir, al régimen del derecho privado (salvo ciertas excepciones).

El problema radica en que esta forma legal de sociedad por acciones crea el imaginario de que la entidad comercializa un servicio privado donde lo que debe primar es el fin de lucro sobre el bienestar común. Frente a esto no debe olvidarse que si bien TransMilenio S. A. está regida por el derecho privado, no se puede negar que por su naturaleza y funciones es una entidad pública y por consiguiente, no debe perder su objetivo de satisfacer el interés general, pues es prestadora de un servicio público. A partir de lo anterior es importante evaluar TransMilenio S. A. como empresa privada (en su funcionamiento) y como entidad pública (en su naturaleza).

El segundo problema, como empresa privada en su funcionamiento, es el enriquecimiento desbordante de los operadores privados del sistema, lo cual no corresponde con la prestación de un buen servicio. Esto confirma lo dicho por Stiglitz (2002), la desmitificación de que lo privado es intrínsecamente mejor que lo público, considerando que si la competencia en el sector privado no está regulada, lo privado puede ser mucho peor, con corrupción y latrocinio desmedido.

Según Stiglitz (2002), para lograr esta eficiencia, el papel del Estado es esencial, ya que los mercados por sí solos no son ni eficientes ni estables y tienden a acumular la riqueza en manos de unos pocos, más que a promover la competencia. Para evitar esto es importante una infraestructura institucional fuerte, es decir, una regulación estatal que logre controlar el monopolio (p. 275).

En síntesis, el primer lugar, TransMilenio S. A. no es por naturaleza un ente privado, sino, por el contrario, es una sociedad anónima por acciones, esto es, una entidad pública, con aportes públicos y constituida por entidades públicas distritales, pero regida por el régimen del derecho privado. Si bien la naturaleza del STMT es de entidad pública, actúa como una empresa privada y se rige por el derecho privado. El problema está cuando, como en el caso de TransMilenio, el enriquecimiento de los operadores privados es muy alto pero no va de la mano con la prestación de un buen servicio.

## Pocos ganan, la ciudadanía pierde

El monopolio creado entre los operadores privados ha ocasionado que se privilegie el fin de lucro sobre la prestación de un buen servicio. Como ya se ha explicado antes, si no existe una regulación fuerte, un monopolio privado puede traducirse en latrocinio desmedido y una explotación de los consumidores. Pese a que la principal función de los agentes privados en torno a TransMilenio es operar y ser responsables de los buses articulados, basta con detenernos sobre un hecho memorable para darnos cuenta de que esa responsabilidad no se está cumpliendo.

En febrero de 2016 el alcalde y defensor del modelo de BTR en Bogotá, Enrique Peñalosa, quedó varado en la mitad del trayecto de un TransMilenio por la troncal de la calle 26 (*Caracol TV,* 4 de febrero de 2016). Esto ocurrió a causa de fallas mecánicas del bus, una situación que lastimosamente no es anómala sino que, por el contrario, se repite todos los meses[3], dejando en evidencia que la vida útil de los articulados está agotada y no puede extenderse más.

En Bogotá los buses de TransMilenio con una vida útil establecida en 800 000 km. seguirán circulando hasta 1 500 000 kilómetros, debido a la polémica decisión tomada este año por el alcalde Peñalosa, la cual amplía la vida útil de estos, pese a que la administración anterior firmó un acuerdo en el cual los operadores se comprometían a que los buses con 1 240 000 kilómetros de recorrido tendrían que ser cambiados. Paradójicamente, la licitación para dicha renovación de la flota hasta el día de hoy no ha ocurrido.

Pese a las continuas fallas mecánicas de los buses, en el último año, según los estados financieros de la empresa TransMilenio, los operadores recibieron 2,3 billones de pesos, correspondientes al 94,4 % del valor de cada pasaje ($2000 COP)[4], mientras que el

3 Según el concejal de Bogotá Juan Carlos Flórez por mes aproximadamente 263 buses de los 773 que ruedan por la Fase I tuvieron problemas técnico-mecánicos (Flórez, 2016).

4 Según los resultados de la "Encuesta de percepción sobre las condiciones, calidad y servicio a los usuarios de Transmilenio, TPC y SITP" realizada por la Cámara de Comercio en el año 2013, aunque el 56,4 % de los usuarios usan el STMT porque llegan más rápido a su destino, siendo este el aspecto positivo que distingue a TransMilenio, se destacan algunos aspectos negativos como el exceso de pasajeros, la incomodidad y la inseguridad (los porcentajes que respaldan esta afirmación corresponden a 27,2 %, 14,2 % y 11,5 % respectivamente), que son indicadores que pueden evidenciar una percepción de baja calidad del servicio. Por otro lado, con referencia al costo del servicio, el 59,3 % de los usuarios afirmaron que es alto para la calidad del servicio que brinda, y se evidencia que en comparación con años anteriores, esta percepción tiende a aumentar progresivamente. Además, la percepción general de calidad se concentra en una calificación de 3 sobre 5 (neutral), siendo las calificaciones acumuladas por debajo y por encima de 3 muy similares, incluso con una leve ventaja de

sistema recaudó únicamente 1,6 billones de pesos. El hueco financiero del sistema es evidente, siendo estos más de 738 000 millones de pesos cubiertos por los ciudadanos, que ven cómo ha empeorado el servicio año tras año, mientras las tarifas se incrementan.

Esta situación demuestra que el modelo de concesión actual garantiza, sí o sí, una rentabilidad desmedida a los operadores privados, a pesar de que el Distrito resulte con pérdidas financieras, evidenciando una distribución altamente desigual de los recursos, pues para el año 2015 "solo el 5,1 % (119 mil millones de pesos) del recaudo le corresponde a la empresa TransMilenio, mientras que los operadores de los buses del sistema reciben el 87 % de la remuneración (2 billones de pesos)" (Flórez, 2016).

Es más, pese a que en teoría los costos por los buses los asumen los operadores privados, Manuel Sarmiento, concejal del Polo Democrático, afirma que los bogotanos hemos pagado dos veces el valor de estos buses (Sarmiento, s. f.; García-Altamar, 2016). Según el contrato, dentro de la tarifa técnica se les paga a los operadores los costos de operación (combustible, neumáticos, lubricantes, salarios, etc.) y además se les reconoce la inversión que hicieron sobre los buses.

A raíz de la extensión de la vida útil de los articulados, el concejal denuncia que aún seguiría habiendo remuneración a los actores privados por la inversión en los buses de la Fase I y II, la cual ya está paga, denotando que la tarifa del sistema está inflada. Al extenderle la vida útil a los articulados, se continúa remunerando a los privados por los mismos buses que siguen circulando sin haber reemplazado la flota durante estos 16 años, por ende, lo esperado sería que la tarifa técnica disminuyera y, de igual manera, los costos (*Dinero,* 16 de septiembre de 2016).

Esta situación además pone en grave riesgo la seguridad de millones de pasajeros diarios. Durante lo que va corrido del año 2016 se han ocasionado diferentes accidentes a causa de fallas mecánicas. En el pasado mes de agosto un bus se quedó sin techo debido a un fuerte viento, varios han experimentado incendios en sus motores y otros se varan en mitad de sus rutas (*El Espectador,* 18 de agosto de 2016).

La accidentalidad se vuelve un factor fundamental para evaluar qué tan conveniente es el aumento de la vida útil de los articulados para la prestación de un servicio óptimo. La figura 1 demuestra cómo después de la prórroga hecha en la alcaldía Petro en el año 2013 la accidentalidad aumentó en un 96 %.

---

las calificaciones de 4 y 5, lo cual puede estar asociado a la inauguración de las troncales de la calle 26 y carrera Décima, y la entrada en operación del SITP el año anterior y la implementación de la tarifa diferencial en horas valle, medida que ya ha sido retirada del sistema.

**Figura 1. Lesionados en transporte público. Tomado de Observatorio de Movilidad con base en datos suministrados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Bogotá, 2014).**

Otro tema que muestra la problemática del sistema, es que hoy los bogotanos gastan más en transporte que ciudadanos de capitales con BTR como Quito y Ciudad de México. De hecho al comparar con estas ciudades, se evidencia que en Bogotá un trabajador normal gasta más en transporte que lo que determina la canasta básica del país y que además pagan una de las tarifas más altas por un pasaje en BTR (Tabla 1).

**Tabla 1. Comparación de tarifas de BTR entre Quito, México y Bogotá**

| Ciudad | Salario mínimo en USD | Gasto mensual en BTR (2 viajes diarios por 22 días) | Porcentaje | Canasta básica |
|---|---|---|---|---|
| Quito | 366 | 20 | 5,4 % | 8,7 % |
| Ciudad de México | 175,5 | 13,6 | 7,7 % | 13,4 % |
| Bogotá | 206,27 | 26,08 | 11,6 % | 11,23 % |

**Fuente:** Elaboración propia.

Además, la continua alza en los pasajes de TransMilenio para intentar sanar el hueco financiero que tiene el sistema afecta continuamente a los ciudadanos. La figura 2 nos muestra cómo la tarifa al usuario ha estado siempre por encima de la inflación desde el 2000.

De igual manera, el aumento en el salario mínimo no refleja el aumento en los pasajes del sistema de transporte más usado por los trabajadores. La última alza en el sistema se produjo en febrero de 2016, cuando pasó de 1800 a 2000 pesos, correspondiendo a un aumento del 11 %, en contraste con el incremento del salario mínimo (del 7 %) para dicho año. De esta forma, se puede afirmar que se está asumiendo un precio muy elevado para la calidad de servicio que se ofrece a la ciudadanía.

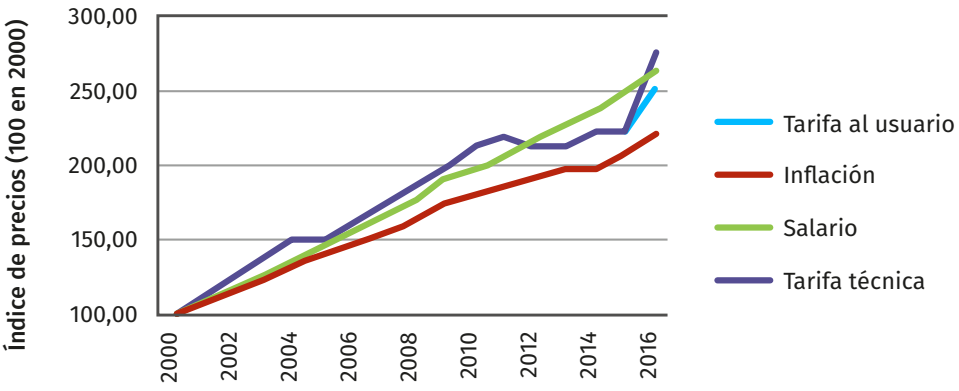



**Figura 2. Evolución de precios, salarios y tarifas en TM. Tomado de Informe TransMilenio-UTL (Sarmiento).**

Queda claro que de nada sirve privatizar si no existe una infraestructura institucional, ya que puede llevar "más a la liquidación de activos que a la creación de riquezas" o a desmejorar la situación de los consumidores, pues "los monopolios privatizados, sin regulación, tienen más capacidad para explotar a los consumidores que los monopolios públicos" (Stiglitz, 2002, p. 275).

La concesión exclusivamente privada del servicio ha producido excesivas ganancias para unos pocos, mientras la ciudadanía se enfrenta a un sistema ineficiente, que afecta la hacienda pública y representa uno de los pasajes más caros de América Latina. La Encuesta de Percepción Ciudadana "Bogotá Cómo Vamos" del año 2015, confirma esta problemática: únicamente el 19 % de los encuestados se sienten satisfechos con TransMilenio y 59 % consideran que el servicio empeoró.

Como se evidenció el sistema de Transporte TransMilenio ha venido atravesando una serie de situaciones que evidencian las razones por las que los usuarios están insatisfechos y por las que se puede poner en duda la mejora de dicho sistema, pues los problemas que presentan son en muchos casos recientes y variados. Es así como consideramos central la apuesta por regular con mayor eficiencia las actuaciones del ente gestor con el ánimo de que todos los actores del sistema salgan beneficiados.

## La apuesta por la regulación

Como se evidenció en los apartados anteriores, el hecho de haberse consolidado un monopolio sobre el sistema de transporte público en la ciudad de Bogotá[5] ha hecho que los operadores cuenten con un poder desmedido y una capacidad de influencia que trae como resultado la prestación de un servicio deficiente, que busca únicamente la eficiencia económica[6], sacrificando el bienestar de los usuarios, y que posiciona al Gobierno distrital simplemente como garante de esta y no como garante del bienestar y los intereses de la ciudadanía.

Esta posición asumida por el Gobierno se evidencia con situaciones como la prolongación de la vida útil de los automotores a expensas del peligro que esto representa para los ciudadanos; la prestación de un servicio que a pesar de presentar diversas fallas conocidas por entes de control, como la Contraloría Distrital, y reiteradas por la percepción negativa del servicio (en encuestas como la realizada por la Cámara de Comercio de Bogotá, entre otras organizaciones), citada unas páginas atrás, sigue siendo de muy baja calidad; o con la adjudicación de contratos que, según se sabe, es un proceso que pasa por la aprobación del IDU, en representación del Distrito, pero que termina siendo manipulado a partir de los intereses de los contratistas, como se verá más adelante.

Teniendo presentes tales factores negativos, consideramos que el vacío estructural del que adolece el STMT es la falta de regulación efectiva del sistema, tanto en variables económicas como políticas, y la insuficiente capacidad de la administración distrital para incidir sobre la negociación de los contratos y contrarrestar el poder de los operadores a través de sanciones efectivas y ejemplarizantes, u otras formas de reducir el poder que tienen los actores privados, como podría ser una mayor incidencia ciudadana en el control del servicio.

---

5 Aunque el sistema está pensado para garantizar la competencia, esta solo se da en la fase de licitación, donde se presentan varios operadores a competir por la concesión. Sin embargo, el servicio luego es prestado por operadores que se dividen responsabilidades diferentes para hacer funcionar el sistema, pero no necesariamente están compitiendo entre sí. Esto, sumado a la deficiente regulación por parte del supuesto ente regulador que es la empresa TransMilenio S. A., es uno de los elementos que influyen en la persistencia del mal servicio.

6 La búsqueda de actores privados que se encarguen de responsabilidades públicas se evidencia, en parte, en la implementación de modelos como la Nueva Gerencia Pública, que es un claro reflejo del pensamiento anglosajón sobre la relación de identidad entre el interés privado y los negocios públicos (Vicher, 2007).

## Tensiones respecto a la privatización y enfoques teóricos sobre la regulación

Cuando se habla de la relación privatización-eficiencia se da por hecho que las empresas públicas son menos eficientes que las privadas, por la naturaleza del sector público que es permeable a presiones políticas de grupos de interés. Se plantea, entonces, la relación *principal-agente,* desde la cual se dice que el *principal* debe encargarse del diseño de mecanismos de monitoreo e incentivos para que la *agencia* sea eficiente y permita al *agente* la maximización de sus beneficios. En este caso la Administración distrital corresponde al *principal* y la Empresa gestora al *agente,* delegatario de acciones que le asigna el primero.

Ocurre, sin embargo, que la creencia en la inherente ineficiencia del sector público para prestar servicios ha llevado a que se recurra a la privatización, se desacrediten las capacidades y se debiliten funciones propias del sector público, como la de regulación[7]. Por ello se plantea en el diseño del sistema que la empresa TransMilenio ejerza funciones de regulación directamente, en vez de dar prioridad a entes públicos de control ya existentes, como la Contraloría Distrital o la Superintendencia de Transporte.

Con la privatización, sin embargo, no se garantiza mayor eficiencia cuando se trata de servicios públicos como el transporte. Frente a esto, Páez y Silva (2010) resaltan que tanto el sector privado como el público obedecen a una misma racionalidad (según la teoría neoclásica), pues el Estado también es un agente económico. En este sentido, "mientras la firma privada maximiza beneficios, la empresa pública tratará de maximizar algún tipo de bienestar social (que es lo que en últimas la diferencia), aun en presencia de un monopolio natural, sin que necesariamente haya pérdidas en términos de eficiencia"[8]. Desde esta argumentación, se evidencia que también se puede esperar la prestación de servicios

7 La Ley 105 de 1993 "Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones", prevé en su artículo 2º, los "Principios rectores del transporte"; en su literal b se establece: 7 Sentencia Nº 05001-23-31-000-1997-2093 01 de Sección 1ª, 26 de agosto de 2004. 9 "De la intervención del Estado: Corresponde al Estado la planeación, el control, la regulación y la vigilancia del transporte y de las actividades a él vinculadas".

8 "Pero la racionalidad pública no persigue un beneficio económico *per se* o los beneficios no son necesariamente de carácter económico como sí lo son para el sector privado. Por el contrario, lo público se supone que persigue la maximización del bienestar social. Al presentarse el cambio en la propiedad por la privatización o la redefinición de los derechos de propiedad, necesariamente se estaría advirtiendo que al ser dos racionalidades diferentes, y al juzgarlas por sus resultados, una es mejor que la otra. Si la propiedad pública se caracteriza por una figura administrativa sin mayores incentivos económicos, es ineficiente" (Páez y Silva, 2010, p. 46).

eficientes desde el sector público o, al menos, que su incidencia para generar mayor bienestar social es determinante.

Uno de los problemas que trae la privatización es que, "en la práctica, aunque a una licitación se presente un gran número de contratistas, el proceso no es transparente, ya que los intereses económicos en juego, en su simbiosis con la política, no favorecen las mejores propuestas, sino aquellas que ofrecen dádivas y la posibilidad de alcanzar o mantener posiciones políticas o la misma administración de una entidad pública" (Páez; Silva, 2010, p. 46). En este mismo sentido, afirma Montero (2015) que las APP (asociaciones público privadas) también pueden fallar como instrumentos de planeación, ya sea por la falta de inclusión de objetivos que beneficien al interés general público, por cuestiones de representación democrática (quiénes sí y quiénes no están representados en las APP) o por la incapacidad de institucionalizar objetivos acordados, entre otras razones (p. 7).

Lo anterior se evidenció en el caso de TransMilenio, en el escenario desafortunado del "carrusel de la contratación", donde los actores privados se alían con la administración, (representada por el IDU), para garantizar su permanencia en la prestación del servicio, a través de acuerdos y para lograr el desfalco multimillonario que resultó de dicha actuación.

La familia Nule, que se dedicaba a la contratación con la administración pública, estuvo involucrada en este escándalo. Según las declaraciones de la familia Nule, Iván Moreno Rojas, senador de la república por el Polo Democrático, y Samuel Moreno, entonces candidato a la Alcaldía Mayor, recibieron sobornos por medio de Germán Olano para evitar que la licitación del Grupo IV se declarara desierta y para que fuera Transvial el contratista que resultara adjudicatario (Achury Ricaurte, 2011, p. 10).

Otro ejemplo es que, según el *Informe de evaluación de los resultados de la gestión fiscal y del plan de desarrollo de la Administración Distrital,* a TransMilenio se le configuraron 42 hallazgos administrativos[9] producto de irregularidades que van desde vulneraciones al principio de planeación y economía, a la realización de mayores pagos por liquidación y pago para la operación no troncal dentro del esquema SITP, equivalentes a $6 631 350 332 millones de pesos (Contraloría de Bogotá, 2015, p. 16).

## Enfoques teóricos sobre la regulación

En la búsqueda de enfoques teóricos que respalden la apuesta por la regulación estatal para reducir los efectos indeseados de la privatización desregulada, se ha podido encontrar que la teoría de la regulación se ha visto desde tres enfoques: las teorías del interés

9 Un hallazgo administrativo es un "Hecho que demuestra que la gestión fiscal de un Sujeto de Control no se está desarrollando de acuerdo con los principios generales establecidos" (Contraloría de Bogotá, s. f., p. 2).

público[10], las teorías del interés privado y la nueva economía de la regulación desde la Nueva Economía Institucional (NEI) (Páez y Silva, 2010, p. 40)[11].

La NEI es un cuerpo amplio de teorías centrado en el estudio de las instituciones de segundo nivel, es decir, del entorno institucional, que incluyen normas, leyes, etc. y las de tercer orden, donde toman importancia las relaciones contractuales[12]; además de sus implicaciones económicas, reconoce la existencia de costes de transacción y su consiguiente impacto económico, así como la importancia de la estructura y la gobernanza de las empresas, que es un elemento dinámico difícilmente explicable con las herramientas de la economía neoclásica[13]. Así, el problema de la regulación se relaciona con los costos de transacción, con los problemas de economía política y con información incompleta.

Desde la teoría de la NEI, partiendo de los postulados de Ronald Coase, se dice que el *principal* debe encargarse del diseño de mecanismos de monitoreo e incentivos para que la *agencia* sea eficiente y permita al *agente* la maximización de sus beneficios. En el caso de TransMilenio S. A., la regulación es una de las funciones de la empresa TransMilenio S. A.[14]. Esta es un ente privado, prestando un servicio público, que no tiene miembros re-

10 Las teorías del interés público, desde el enfoque normativo y a partir de los fallos de mercado, proponen una articulación entre la racionalidad económica, la regulación y un patrón de intervención pública en una economía de mercado (Páez y Silva, 2010, p. 39).

11 Como lo demostró Karl Polanyi, el libre mercado es, en su esencia, una máquina para la creación y reproducción de la desigualdad. La riqueza que crea tiende a fluir hacia arriba, exacerbando las preexistentes diferencias de clase, a menos que se le controle por medio de una regulación deliberada (Portes y Roberts, 2005, p. 46).

12 Según Williamson hay cuatro niveles de análisis social. La NEI se sitúa en el segundo y tercer nivel. El primero es el de inserción, donde operan instituciones informales y el cuarto correspondiente a la asignación de recursos y empleo (Carrasco y Castaño, 2012, p. 46).

13 Las instituciones son las "reglas de juego", el modo de hacer las cosas en una sociedad, en una empresa, en un momento y espacio concreto. Estas deben: a) proteger los derechos de propiedad de la mayor parte de la sociedad, pues el hecho de asegurar la propiedad hace que los agentes económicos tengan más incentivos para invertir. b) establecer restricciones sobre las actuaciones de algunos grupos de presión, élites y políticos, que pudieran perjudicar a los derechos de propiedad. c) incentivar la existencia de iguales oportunidades para grandes segmentos de la sociedad, permitiendo de esta forma que un mayor número de personas puedan llevar a cabo actividades económicas (Carrasco y Castaño, 2012, p. 51).

14 Transmilenio S. A. es el agente de gestión y coordinación de todo el sistema. Desde el comienzo, tal y como se desprende del Conpes 3093 (DNP 2000, p. 4), a TMSA le compete "la gestión, planificación, regulación y control del Sistema de Transporte Público Masivo Urbano de Pasajeros (STPM)" (García, Oviedo, y Franco, 2006).

presentantes del Gobierno distrital como veedores del servicio en su junta directiva[15]. Es el mismo ente siendo juez y parte de su propia actividad.

En este orden de ideas, el Distrito (en este caso el principal), tiene capacidad de negociación con esta empresa. Esta, sin embargo, es una relación que se entabla exclusivamente cuando se renegocian los contratos o cuando se busca establecer acuerdos en los cuales se vean beneficiados sus funcionarios, como en el caso del "carrusel de la contratación" (que será expuesto y ampliado brevemente más adelante), pero no para monitorear. Su desempeño como ente gestor es insuficiente, posición que incluso la Contraloría afirma.[16]

Además del Distrito, la Superintendencia de Transporte y la Contraloría de Bogotá también son competentes para la verificación de la prestación del servicio. Aún así, la única sanción emitida se realizó con respecto a la unificación de las tarjetas y la falta de servicio sanitario para los empleados del sistema, lo que podría demostrar que la función de vigilancia sobre el servicio es escasa, puesto que este reporta sobrecostos; o el uso de su flota que excede los tiempos de vida útil. A lo que se suma la ausencia de soluciones ante los problemas denunciados por la Contraloría sobre el uso ineficiente de los recursos, incumplimientos en los contratos, la presentación incompleta de la información de gestión ambiental, la falta de integración completa del medio de pago o la falta de garantía del uso de adecuado de recursos públicos. Frente a ninguna de estas problemáticas ha habido sanciones o medidas correctivas.

Por ejemplo, en el informe correspondiente a la vigencia 2014 se denuncian las fallas mencionadas anteriormente (Contraloría de Bogotá, 2015). En el informe de octubre de 2015, que analiza el periodo auditado 2012-2015 se denuncian fallas como la insuficiente integración del recaudo, tema sobre el que hubo mejoría pero no se cumplió la meta propuesta[17]. Sin embargo, los temas sobre los que se hace control cambian de una a otra

15 Según el Acuerdo 002 de 2011 de la Junta Directiva de TransMilenio S. A., la organización interna de la empresa está estructurada en tres ámbitos de gestión: Alta Gerencia, Gerencia de la Integración, Dirección y Control de la Operación (Organigrama de TransMilenio).

16 La Contraloría de Bogotá evidencia que TransMilenio S. A. como Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público, para la vigencia del 2014, no ha cumplido con eficiencia, eficacia y economía su responsabilidad de la planeación, gestión y control, toda vez que a pesar de la importante gestión contractual adelantada, no se ha conseguido efectuar la integración operacional y tarifaria del sistema de transporte público, racionalizar su oferta, integrar la operación de recaudo, control de la operación de transporte e información y servicio al usuario, que facilite la conectividad, la consolidación de la información, la información y servicio al usuario del Sistema Integrado de Transporte Público-SITP. (Contraloría de Bogotá, 2015).

17 Según el ente gestor la integración debía estar operativa para los usuarios de todas las estaciones el 29 de octubre de 2013 y en su totalidad del sistema SITP el 29 de noviembre de 2013, y que

auditoría, con lo que es difícil hacer un seguimiento sobre los fallos de servicio y gestión denunciados en primera instancia.

El diseño adecuado de los contratos es central en la NEI. En este sentido, se dice que "un diseño inadecuado puede generar relaciones inconvenientes entre el principal y el agente, que se pueden traducir en una asignación indeseable de los recursos que produzca pérdida de eficiencia, costos de transacción elevados que se asocian con el monitoreo de los contratos, y estructuras de incentivos inadecuadas que no estimulan un desempeño eficiente del agente" (Páez y Silva, p. 42).

En el caso del STMT, la asignación irregular de recursos está dada por la primacía de interés de lucro en el arreglo institucional, haciendo que se incurra en sobrecostos y no se entreguen los resultados deseados a los usuarios y generando una pérdida de eficiencia. También hay estructuras de incentivos inadecuadas, es decir, actitudes ilegales que conducen a reducir la eficiencia del sistema. Ejemplo de esto es la pretensión de usar la misma flota por más años de los acordados o de no administrar el dinero adecuadamente porque se tiene un fondo de contingencias apalancado en las arcas distritales.

Al respecto se denunció en los medios que se trasladaron recursos del presupuesto del Distrito al Fondo de Contingencias del sistema masivo de transporte por valor de 65 mil millones de pesos con el objetivo de cubrir un déficit tarifario[18] (Castillo, 7 de febrero de 2012). Además, según el informe de la Contraloría para la vigencia 2014, en el sector movilidad la empresa con peor calificación en el control fiscal fue TransMilenio, producto del incumplimiento parcial del plan de mejoramiento, del incumplimiento en los manuales de contratación y de la ausencia de un control por parte de los funcionarios que realizan labores de monitoreo e interventoría (Contraloría de Bogotá D.C., 2015, p. 21).

---

en caso de no ser así se sometería a una multa. La multa fue impuesta por la Superintendencia de Puertos y Transporte, pero al final mediante Resolución 19021 de noviembre 24 de 2014, se suspende el cobro de las multas sucesivas. "El consejo de Estado afirma que, según el Estatuto Orgánico del Presupuesto, toda erogación económica realizada por una entidad pública; verbigracia, TransMilenio S. A. por concepto de multa a un organismo de inspección y vigilancia del orden nacional, como es en efecto la Superintendencia de Puertos y Transporte, constituye un diáfano detrimento al erario público distrital" (Contraloría, 2015, p. 71-76).

18 Por su parte los hallazgos de la Contraloría respaldan esta afirmación, pues en su informe de 2010 evidenció que las vigencias 2008 y 2009 el Distrito ha realizado aportes al Fondo de Contingencias por $15 mil millones y $20 mil millones respectivamente, con el fin de soportar el diferencial tarifario negativo, indicando que contrario a los planteamientos de política pública el sistema ha requerido subsidios externos para garantizar su sostenibilidad.

La negociación de contratos hace parte de los costos de transacción[19] desde la economía institucional. En el caso aquí analizado, sería un costo de transacción que valdría la pena asumir si se tuviera como principio claro e inviolable la primacía del interés público y la transparencia. Se ha vuelto una constante que la negociación contractual en el STMT esté atravesada por prácticas ilegales, siendo esta otra razón para su constante seguimiento.

De hecho, uno de los contratos que se reconoce por recurrir a ciertas prácticas ilegales para modificar a su favor los resultados de la licitación pública, es la adjudicación de parte de la Troncal Calle 26 de TransMilenio a la Unión Temporal Transvial (Ricaurte, 2011). Si se hiciera una negociación sobre los contratos que sea justa para la ciudadanía, rentable para los privados y regulada, se evitaría la ya frecuente ampliación de los montos requeridos para su ejecución y la ampliación de los plazos para la entrega de las obras, como afirma la Contraloría de Bogotá[20].

Para reducir los costos de transacción (como el de la negociación contractual) se plantea el fortalecimiento de las instituciones. En consecuencia, si se tuvieran criterios claramente establecidos respecto a los contratos entre públicos y privados para la prestación del servicio del transporte, en los que se privilegie el interés público y el respeto por los recursos públicos, la negociación contractual sería más eficiente en términos de tiempos y ganancia. Esto genera beneficios tanto al distrito, como a la ciudadanía y a los agentes privados.

Al respecto, es pertinente plantear que las condiciones de regulación para los servicios deberían depender del carácter del mismo. Es decir, la regulación que recibe una empresa que presta un servicio como el transporte, el suministro de agua o de electricidad, no ha de ser la misma para una empresa que presta cualquier otro servicio privado. Esto debido a que las condiciones en las que funciona un servicio privado son diferentes. Por lo tanto su administración y vigilancia deben corresponder a la naturaleza de cada uno.

Por otro lado, otra perspectiva desarrollada dentro del pensamiento neoinstitucionalista es la conocida como *industrial governance,* la cual critica la teoría de costes de transacción por su economicismo y por ignorar la perspectiva estratégica de los agentes económicos y el poder, afirmando que el mercado también sería un sistema de relaciones

19 Los costos de transacción forman parte central en la negociación contractual. Williamson afirma que las transacciones necesitan de un cierto mecanismo de gobernanza para proteger a las partes implicadas en el intercambio de cualquier eventualidad asociada al mismo (Carrasco y Castaño, 2012, p. 47).

20 "La Contraloría de Bogotá advirtió consecuencias gravísimas si no se impide, de alguna manera, el retraso de la construcción de la fase tres de TransMilenio por la calle 26. Los trabajos podrían tardar un año más de lo previsto debido al incumplimiento de la firma Transvial que tiene a cargo dos importantes tramos de la obra" (*Caracol Radio,* 22 de enero de 2010). En efecto, dichos retrasos ocurrieron en la fase III.

de poder y, por tanto, no se encaminaría necesariamente al equilibrio[21], por lo cual, la distribución del poder sería más importante que los precios en la regulación del intercambio económico[22] (Carrasco y Castaño, 2012, p. 48).

En el caso de TransMilenio se necesitan instituciones para regular la distribución de poder, que vayan más allá de las normas existentes en el entramado legal colombiano. Por ejemplo, la Ley 80 de 1993 establece las etapas y reglas bajo las cuales se debe llevar a cabo una licitación pública, pero de poco sirvió su existencia en el caso de la contratación de la Fase III, pues al respecto se sabe de la existencia de presiones o intimidaciones sobre el IDU para aceptar la cesión del contrato de una firma a otra, opción que había sido descartada anteriormente (Achury Ricaurte, 2011. p. 4).

Así, dándole un tinte más político a la cuestión de la regulación, vale la pena resaltar el concepto de *metagobernanza* concebido por Bob Jessop. Bajo esta noción se puede entender un proceso que permite supervisar y regular los posibles traspiés de la regulación. La idea de la metagobernanza reintroduce al Estado en la teoría de la gobernanza y concibe a políticos y administradores públicos no como un participante más en la mesa de negociación sino como los garantes de que los sistemas de gobernanza funcionen para lo que fueron diseñados (Montero, 2015, p. 8). Por tanto en ella operan la negociación y mayor cooperación entre actores privados y públicos (Vásquez, 2014, p. 38).

Al respecto, se evidencia que en el caso de TransMilenio la cooperación entre actores privados y públicos se da más en la búsqueda de obtener ganancias particulares, aunque esto implique pasar por encima de la ley y del interés general, y no de con la intención de monitorear el servicio y a la vez generar beneficios económicos razonables.

Para finalizar, es importante evidenciar que los mecanismos de regulación respecto a TransMilenio no se han pensado en ningún momento desde la ciudadanía. Esta perspectiva sería fundamental ya que es esta la protagonista y quien más se afecta por la ineficiencia del sistema. No existe una organización de usuarios[23] que busque hacer seguimiento a la prestación del servicio, y que podría complementar la falta de regulación

21 North (1990) habla de "costes de transacción políticos", pues la adecuación o no de las estructuras políticas y niveles de decisión puede ser un elemento de dinamismo o de parálisis del cambio institucional.

22 Según este enfoque, las instituciones son sistemas de reglas que definen el control sobre los medios de producción, el acceso a los recursos, a la información y su control estratégico. Además, la definición de las leyes se refleja en las luchas por el poder (Carrasco y Castaño, 2012).

23 Casos de privatizaciones de servicios públicos, aunque domiciliarios, como el de Argentina y Brasil son ejemplo de la importancia que cobran las organizaciones de usuarios en el control de las privatizaciones. Véase Botto (2007).

efectiva existente.[24] Queda, entonces abierta la investigación sobre las posibilidades y efectos que tendría explorar la vía de la participación y control desde la ciudadanía para el caso de TransMilenio.

## Conclusiones

Es necesario que exista una regulación en la prestación de un servicio público por parte del Estado para que el servicio funcione. Esta regulación ha de ser suficiente (cuantitativamente) y eficiente (cualitativamente). Sobre todo, teniendo en cuenta que en esta caso el servicio de transporte público se caracteriza por ser un monopolio natural prestado por operados privados (TransMilenio). De lo contrario, los operadores privados terminarán tomando el control del sistema, estableciendo sus propias reglas, basadas en el fin de lucro y no en la prestación misma del servicio, lo que lleva a una crisis como la del STMT.

Más allá de plantear si es más conveniente que el servicio de transporte público como el STMT sea prestado solamente por los agentes privados o por el Estado, lo importante es observar que estos deben ser regulados por el Estado. De lo contrario, con base en un monopolio natural, se crea un monopolio entre los privados que hacen que este le imponga las condiciones al Estado, haciendo que el interés de ganancia sobrepase el interés general de prestación efectiva del servicio.

Con lo anterior, queda claro que el STMT nació no con el fin de la prestación de un servicio público de manera eficiente, sino para, ante todo, generar un negocio. Ello se evidencia con prohibiciones como la del Acuerdo de constitución de la empresa TransMilenio S. A., donde proscribe que una entidad pública pueda entrar a participar en las licitaciones públicas para la operación del servicio y en las denuncias sobre sobrecostos o licitaciones arregladas por debajo de cuerda.

En la relación entre TransMilenio y el distrito es evidente que se privilegia la función de generar incentivos para los privados o el beneficio personal de funcionarios del Gobierno, lo cual deteriora y hace precaria la función de monitorear. Evidencia de ello son las pocas sanciones que ha recibido el sistema, en comparación con las múltiples denuncias que se le ha hecho a este y a sus operadores por sobrecostos, incumplimiento de plazos y mal servicio. A lo que se adiciona la estructura permisiva de la administración local de la capital y la precariedad de los instrumentos jurídicos y administrativos sancionatorios.

24 La Contraloría reporta que los usuarios del SITP, continúan sin contar con un defensor del usuario, que los represente y defienda sus derechos, actuando de manera autónoma e independiente en cumplimiento de las funciones que le asiste.

## Referencias


Achury Ricaurte, F. (2011). *Análisis del incumplimiento del estatuto contractual en la adjudicación de la Troncal Calle 26 de la Fase III de Transmilenio.* (Tesis de pregrado). Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

Alcaldía Mayor de Bogotá. (2014). *Estudios de preinversión*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá.

Ardila, A. (2005). Cinco cuestionamientos y una recomendación a los autores del artículo "Una evaluación económica del Sistema TransMilenio". *Revista de Ingeniería,* (22), 140-148.

Betancur, J. J. (2002). La ciudad global y la política. Reestructuración urbana en la sociedad global. En P. R. Salazar y O. A. Alfonso, *La ciudad: Transformaciones, retos y posibilidades* (pp. 6-31). Bogotá: Centro Editorial Javeriano.

Bocarejo, P. (2001). *Mejoramiento del sistema de transporte público complementario al TransMilenio de Bogotá*. Bogotá: Consorcio Pablo Bocarejo-Ingenieros Euroestudios-ETT.

Bogotá Cómo Vamos. (2015). *Encuesta de percepción ciudadana 2015*. Recuperado de http://www.bogotacomovamos.org/documentos/encuesta-de-percepcion-ciudadana-2015/

Botto, A. (2007). *¿Quién defiende a los consumidores?* Buenos Aires, Prometeo Libros.

*Caracol Radio*. (22 de enero de 2010). Contraloría pide acciones inmediatas para evitar graves retrasos en obras viales de Bogotá. Recuperado de http://caracol.com.co/radio/2010/01/22/bogota/1264162260_942301.html

*Caracol TV*. (4 de febrero de 2016). Día agridulce para Peñalosa: abucheado en la séptima y varado en Transmilenio. Recuperado de http://noticias.caracoltv.com/colombia/dia-agridulce-para-penalosa-abucheado-en-la-septima-y-varado-en-transmilenio

Carrasco, I. y Castaño, S. (2012). La nueva economía institucional. *Nuevas Corrientes de Pensamiento Económico. Revista Económica de ICE,* 865, 43-53. Recuperado de http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_865_43-54__5BCB3F74AF28A440DCF8EF9FFFBA0496.pdf

Carrero, A. (2003). *Estudio del impacto del nuevo sistema de transporte masivo Transmilenio sobre el tejido de urbano de Bogotá.* (Resumen de tesis de doctorado). Universidad Politécnica de Cataluña, Barcelona, España.

Castillo, P. (7 de febrero de 2012). Transmilenio cubrió déficit tarifario de $65 mil millones con dineros públicos. *El Espectador.* Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/bogota/transmilenio-cubrio-deficit-tarifario-de-65-mil-millone-articulo-325140

Chaparro, I. (2002). *Evaluación del impacto socioeconómico del transporte urbano en la ciudad de Bogotá. El caso del sistema de transporte masivo, Transmilenio.* Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Cepal.

CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo). (1998). *Una nueva gestión pública para América Latina.* Caracas: CLAD.

*CM&*. (14 de mayo de 2015). Delincuencia en TransMilenio aumentó 104 % en los últimos 3 años. Recuperado de http://amp.cmi.com.co/bogota/delincuencia-en-transmilenio-aumento-en-los-ultimos-anos/306303/

Concejo de Bogotá. (4 de febrero de 1999). *Acuerdo No. 04 de 1999.* Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=892

Congreso de la República. (30 de diciembre de 1993). Ley 105 de 1993. *DO*: 41.158. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0105_1993.html

Contraloría General de la República. (2010). *Sistemas integrados de transporte masivo en Colombia: avances, retos y perspectivas en el marco de la política nacional de transporte urbano.* Bogotá: Contraloría General de la República.

Contraloría de Bogotá. (s. f.) *Procedimiento para concluir el hallazgo de auditoria NTC ISO 9001: 2000.* Recuperado de http://www.contraloriabogota.gov.co/intranet/contenido/Normatividad/Resoluciones/2003/RR_004%20-%20Proceso%20Micro/HALLAZGO1.pdf

Contraloría de Bogotá. (2014a). *Informe de Auditoría. Empresa de transporte del Tercer Milenio-Transmilenio S. A. Periodo auditado 2013.* Bogotá: Contraloría de Bogotá. Recuperado de http://www.contraloriabogota.gov.co/intranet/contenido/informes/AuditoriaGubernamental/Movilidad/PAD_2014/Regular/Ciclo%20ENERO-MAYO/AGEIMR_TRANSMILENIO.pdf

Contraloría de Bogotá. (2014b). I*nforme de auditoría de regularidad. Empresa de transporte del Tercer Milenio-Transmilenio S. A. Periodo auditado 2014.* Bogotá: Contraloría de Bogotá. Recuperado de http://docplayer.es/22008286-Informe-de-auditoria-de-regularidad-codigo-108-empresa-de-transporte-del-tercer-milenio-transmilenio-s-a-periodo-auditado-2014-pad-2015.html

Contraloría de Bogotá. (2014c). *Informe de auditoría de desempeño. Secretaria de movilidad y Empresa de transporte del Tercer Milenio-Transmilenio S. A. Periodo auditado 2012-2015.* Bogotá: Contraloría de Bogotá. Recuperado de http://www.contraloriabogota.gov.co/intranet/contenido/informes/AuditoriaGubernamental/Movilidad/PAD_2015/JL-DC/Desempe%C3%B1o/D_SDM_Y_TM.pdf

Contraloría de Bogotá. (2015). *Informe de evaluación de los resultados de la gestión fiscal y del plan de desarrollo de la administración distrital.* Bogotá: Contraloría de Bogotá.

Recuperado de http://www.transmilenio.gov.co/loader.php?lServicio=Publicaciones&lTipo=WFactionA&lFuncion=visualizar&id=13762&bd=m

Conpes (Consejo Nacional de Política Económica y Social). (2000). *Sistema de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros de Bogotá–Seguimiento– (Documento 3093)*. Bogotá: DNP-Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Recuperado de https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3093.pdf

Cunill, N. (2011, noviembre). *¿Qué ha pasado con lo público en los últimos 30 años? Balances y perspectivas*. Ponencia presentada en XVI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Asunción, Paraguay.

Currie, L. (1965). *Una política urbana para los países en desarrollo*. Bogotá: Tercer Mundo.

Da Cunha, J. y Vignoli, J. (2009). Crecimiento urbano y movilidad en América Latina. *Revista Latinoamericana de Población, 3*(4-5), 27-64.

Díaz, N. (2016). Paisaje residual en Bogotá: análisis del deterioro urbano. *Revista Ciudades, Estados y Política, 3*(1), 9-24.

*Dinero*. (16 de septiembre de 2016). ¿Quién gana y quién pierde con los buses viejos de Transmilenio? Recuperado de http://www.dinero.com/pais/articulo/quien-gana-y-quien-pierde-con-los-buses-viejos-de-transmilenio/231990

*Dinero*. (3 de abril de 2014). Transmilenio no da más. Recuperado de http://www.dinero.com/pais/articulo/transmilenio-colapso/192817

Echeverry, J. C., Ibáñez, A. M., y Moya, A. (2005). Evaluación económica del sistema TransMilenio. *Revista de Ingeniería,* 21, 68-77.

*El Espectador*. (3 de abril de 2016). "El libro blanco" y los posibles líos que dejó la administración Petro. Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/bogota/el-libro-blanco-y-los-posibles-lios-dejo-administracion-articulo-625192?page=1

*El Espectador*. (12 de abril de 2016). Transmilenio ha deteriorado paisaje urbano de Bogotá, según estudio. Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/bogota/transmilenio-ha-deteriorado-paisaje-urbano-de-bogota-se-articulo-626620

*El Espectador*. (18 de agosto de 2016). Fuertes vientos en Bogotá levantaron hasta techo de bus de Transmilenio. Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/bogota/fuertes-vientos-bogota-levantaron-hasta-techo-de-bus-de-articulo-649729

Engel, E. y Galetovic, A. (2014). Urban Transport: Can Public-Private Partnerships Work? *Policy Research working paper,* (6873), Recuperado de http://documents.worldbank.org/curated/en/566251468153289708/pdf/WPS6873.pdf

Flechas, A. (2003, octubre). *Propuesta de un nuevo modelo para la organización del transporte masivo de pasajeros en Colombia*. Ponencia presentada en el XII Congreso Latinoamericano de Transporte Público y Urbano, Bogotá, Colombia.

Flórez, J. C. (2016). ¿Transmilenio rumbo a la bancarrota? [Entrada de blog] Recuperado de http://juancarlosflorezrindecuentas.blogspot.com.co/2016/03/transmilenio-rumbo-la-bancarrota.html

García-Altamar, F. (28 de marzo de 2016). Bogotanos están pagando dos veces por buses de TransMilenio que ya cumplieron vida útil. *El Espectador.* Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/bogota/bogotanos-estan-pagando-dos-veces-buses-de-transmilenio-articulo-624303

García, N., Oviedo, M. y Franco, A. (2006). Evaluación de la viabilidad Económica y Financiera de Transmilenio S. A. En J. I. Borrero, *La concesión de transmilenio y su sostenibilidad financiera* (pp. 40-75). Bogotá: Facultad de Ciencias Económicas-Universidad Nacional de Colombia.

Garzón, K. y Mogollón, A. (2009). *Aproximaciones conceptuales entorno a lo público.* Bogotá: Universidad del Rosario.

Giraldo, F. (2002). Ciudad y Política. En P. R. Salazar y O. A. Alfonso, *La ciudad: transformaciones, retos y posibilidades.* Bogotá: Centro Editorial Javeriano.

González, J. I. (2006). *La concesión de Transmilenio y su sostenibilidad financiera.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Ciencias Económicas.

Hernández, M. (2014). *Asociaciones público-privadas. Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia.* Bogotá: Universidad del Rosario.

Herrera, L. y Pecht, W. (1976). *Crecimiento urbano de América Latina.* Santiago de Chile: Centro Latinoamericano de Demografía.

Hidalgo, D. (2010). *Modernización del transporte público.* Washington: World Resources Institute. Recuperado de http://pdf.wri.org/modernizing_public_transportation_es.pdf

*HSB Noticias.* (4 de febrero de 2016). Servicio en Transmilenio y SITP que dejó Petro ya era insostenible: concejal. Recuperado de http://hsbnoticias.com/noticias/bogota/servicio-en-transmilenio-y-sitp-que-dejo-petro-ya-era-insost-184336

Hurtado, A., Torres, A. y Miranda, L. (2010). El programa de sistemas integrados de transporte masivo en Colombia; ¿un ejemplo de recentralización de la gestión de las ciudades? *Territorios,* 25, 95-120.

ITDP (Institute for Transportation & Development Policy). (s. f.). *Bus Rapid Transit Management and Public Private Partnership: Lessons for International Experience.* New York: ITDP.

Lima, B. O. (2001). *La evolución de la gestión pública: la nueva gestión pública.* Madrid: Prentice Hall.

Molino Giraldo, J. M. (2009). *Democracia en Colombia y poder público.* Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.

Montero, S. (2015). Planeación y gobernanza regional en América Latina. *Estudios Jaliscienses,* 101, 6-19. Recuperado de https://www.academia.edu/19252966/Gobernanza_y_Planeaci%C3%B3n_Regional_en_Am%C3%A9rica_Latina

North, D. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance.* Cambridge: University Press.

Ossorio, M. (1984). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.* Buenos Aires: Heliasta.

Páez, P. N. y Silva, J. (2010). Las teorías de la regulación y privatización de los servicios públicos. *Administración y Desarrollo, 52*(38), 39-56.

Pezoa, C. (25 de febrero de 2014). La crisis de Transmilenio, el sistema que inspiró el Transantiago. *La Tercera.* Recuperado de http://www.latercera.com/noticia/la-crisis-de-transmilenio-el-sistema-que-inspiro-al-transantiago/

Portes, A. y Roberts, B. R. (2005). *Ciudades latinoamericanas. Un análisis comparativo en el umbral del nuevo siglo.* Buenos Aires: Prometeo Libros.

Ramírez, G. (2012). *¿Por qué no funciona TransMilenio?* Bogotá: Barquitodepapel.

Ramírez, G. (25 de abril de 2014). La propuesta de un ciudadano que podría revolucionar TransMilenio. *El Tiempo.* Recuperado de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13884302

Rozas, P., Jaimurzina, A. y Pérez, G. (2015). *Políticas de logística y movilidad: propuestas para una política de movilidad urbana eficiente, integrada y sostenible.* Santiago de Chile: Cepal (Comisión Económica para América Latina y el Caribe).

Sarmiento, M. (s. f.). TransMilenio necesita un operado público. Recuperado de http://manuelsarmiento.com/transmilenio-necesita-un-operador-publico/

Sassen, S. (2007). La ciudad global: emplazamiento estratégico, nueva frontera. En M. Laguillo (ed.), *Barcelona: 1978-1997* (pp. 36-45). Barcelona: Macba.

*Semana.* (22 de febrero de 2013). TM: ¿pasará lo mismo que con las basuras? Recuperado de http://www.semana.com/nacion/articulo/tm-pasara-mismo-basuras/334266-3

*Semana.* (9 de octubre de 2014). Atorados en el trancón. Recuperado de http://www.semana.com/bogota/multimedia/carros-en-bogota-crean-caos-en-el-trafico-historias-de-las-victimas/405667-3

*Semana.* (28 de marzo de 2016). En el 2015 Transmilenio perdió $44,4 millones cada día. Recuperado de http://www.semana.com/on-line/nacion/articulo/bogota-en-2015-transmilenio-perdio-millonarias-sumas-por-dia/467051

Stiglitz, J. E. (1999). *Promoting competition and regulatory policy: with examples from network industries.* Beijing: Research Center for Regulation and Competition.

Stiglitz, J. E. (2002). *El malestar en la globalización.* Madrid: Taurus.

TransMilenio S. A. (2013). *Organigrama.* Recuperado de http://www.transmilenio.gov.co/Publicaciones/la_entidad/estructura_organizacional/Organigrama

Tovar, C. A. y García, J. J. (2011). *Suelo urbano y vivienda social en Bogotá: la primacía del mercado y el sacrificio del interés general, 1990-2010.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Vargas-Hernández, J. (2016). Cuestionamientos a la estructura y a la actual cultura del paradigma de la nueva gestión o gerencia pública. *Revista Ciudades, Estados y Política, 3*(1), 95-116. Recuperado de http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/revcep/article/view/56189

Vásquez, A. (2014). *Gobernanza y metagobernanza en políticas públicas de regeneración urbana: el caso de la ciudad de Medellín (Colombia), 2004-2011.* (Tesis de doctorado). Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España.

Vianed, C. y Sierra, C. (2014). *Sostenibilidad del Sistema Integrado de Transporte en Bogotá.* Bogotá: Cesa (Colegio de Estudios Superiores de Administración).

Vicher, D. (2007) La reforma neogerencial en Nueva Zelanda. *Revista Convergencia,* 45, 163-186. Recuperado de convergencia.uaemex.mx/article/download/1361/1037

Weber, M. (s. f.). *¿Qué es la burocracia?* Buenos Aires: Ediciones Tauro.

# Impactos económicos, políticos y jurídicos de la crisis de la caída de los precios del petróleo desde 2014 en Colombia, Argentina y Venezuela*

## *Economic, political and legal impacts of the falling oil prices crisis since 2014 in Colombia, Argentina and Venezuela*

Semillero de investigación vinculado al Grupo de Investigación
Grupo de Estudio Economía Digna (Geed)**

**Santiago Sotelo Ardila**
Departamento de Derecho
*ssoteloa@unal.edu.co*

**María José Sánchez Sánchez**
Departamento de Derecho
*mjsanchezs@unal.edu.co*

**Daniela Velásquez Sarmiento**
Departamento de Derecho
*davelasquezsa@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33460 "Transformaciones sociales, políticas y económicas en la actual crisis en América Latina. Colombia, Argentina y Venezuela", dirigido por el profesor Daniel Alberto Libreros Caicedo.

** Los autores agradecen la colaboración y aportes de los estudiantes John Freddy Gómez Celi del programa de pregrado de Ciencia Política, Camila Andrea Galindo Martínez del programa de pregrado de Derecho y del profesor Daniel Alberto Libreros, docente del área curricular de Derecho.

**Resumen:** Colombia, Venezuela y Argentina son países con modelos político-económicos antagónicos, que comparten un eje en común: la dependencia de sus ingresos fiscales al mercado de los hidrocarburos, en especial, la producción del petróleo. Desde 2014 se ha dado la crisis de la caída de los precios del petróleo que han disminuido en más del 50 %. Esta relación de dependencia ha generado repercusiones diversas en los países bajo estudio. El objetivo de esta investigación es analizar el impacto de la crisis en los sectores político, económico y judicial, a partir del estudio de variables de estos sectores en el periodo previo y posterior de la crisis, es decir, el periodo 2012-2016.

**Palabras clave:** América Latina, crisis de los precios del petróleo, reformas constitucionales, PIB, progresismo, neoliberalismo

**Abstract:** Colombia, Venezuela and Argentina are countries with antagonistic political-economic models that share a common axis: the dependence of their fiscal revenues on the hydricarbons market, and specially to oil production. Since 2014 there has been the crisis of the fall in oil prices wich fell by more than 50 %. This relationship of dependence has generated different repercussions in the countries under study. The objective of this research is to analyze the impact of this crisis on the political, economic and judicial sectors from the study of variables of these sectors in the period before and after the crisis, the 2012-2016 period.

**Keywords:** Latin America, crisis in the prices of oil, constitutional reforms, GDP, progressivism, neoliberalism

## Introducción

Desde 2014 se puede observar un drástico desplome de los precios del petróleo, que pasó de un valor de USD 110 el barril, a fluctuar en la barrera entre los USD 40 y USD 50 el barril a finales de ese año e, incluso, llegó a precios tan bajos como de USD 28,9 en el 2016 (Galindo y Gómez, 6 de enero de 2016). Este escenario, conocido como "la crisis de los precios del petróleo", ha sido consecuencia de diferentes eventos, dentro de los cuales se deben retomar los siguientes: 1) la desaceleración de la economía mundial, en especial el freno parcial del crecimiento de la economía de China; 2) el aumento de la oferta de hidrocarburos en razón del auge e intensificación de las explotaciones no convencionales como el *fracking* (Galindo, Gómez y Libreros, 2014).

En años anteriores, entre 2009 y 2014, países como Colombia, Venezuela y Argentina sostuvieron dinámicas de dependencia a los altos precios del petróleo en relación con sus ingresos fiscales. Luego del desplome de los precios, a finales de 2014, estos tres países sufrieron una caída en los términos internacionales de intercambio, debido a que los hidrocarburos y otras materias primas representan la gran masa de exportaciones de estos Estados y por ende son una importante fuente de ingresos (Sánchez, 11 de diciembre de 2014).

En este marco, se observa una crisis económica[1] latente que hace urgente un análisis sobre las consecuencias de dicha situación para estos países dependientes de los hidrocarburos. A partir de esta situación surge la siguiente cuestión: ¿cuál ha sido el impacto económico, político y jurídico de la caída de los precios del petróleo, desde el año 2014, hasta la actualidad en Colombia, Argentina y Venezuela?

El objetivo general de esta investigación fue identificar el impacto de la caída de los precios del petróleo desde 2014, en los sectores económico, político y jurídico; para establecer un diagnóstico sobre la coyuntura de nuestro país en relación con el contexto regional. Para ello, se tomaron como casos de análisis a Colombia, Venezuela y Argentina. Aparte de Colombia, las razones de escogencia de los países restantes se pueden condensar de la siguiente manera: Venezuela, debido a que se ha caracterizado como uno de los Estados con mayor producción de petróleo en Latinoamérica y, por ende, con mayor dependencia económica de este recurso —además de su distinción por su avance en los pro-

1 La crisis económica puede ser explicada como una barrera a la reproducción del sistema económico en razón a sus contradicciones intrínsecas, las cuales generan un límite a las formas de reproducción del sistema, superadas por medio de destrucción de capital y/o de mayores formas de expoliación de tiempo de vida y de derechos sociales (Pronto y Fontes, 2012).

cesos progresistas en su intento por fortalecer la soberanía nacional—; y Argentina, en donde también se ha llegado a un alto nivel de dependencia al mercado de los hidrocarburos, razón por la cual ha implementado ampliamente la explotación a través del método del *fracking* —que también ha sido caracterizado como un proceso progresista, aunque no tan audaz como el de Venezuela, en cambio de un tinte más conservador o moderado— (Mazzeo, 2016; Galindo y Gómez, 6 de enero de 2016.).

Frente a la pregunta de investigación se plantea que, debido a la dependencia económica de estos países al petróleo —y a pesar de las diferencias en sus modelos político-económicos—, la crisis de la caída de los precios del petróleo que se ha dado desde 2014 ha tenido impacto en los sectores político, económico y judicial que se hacen evidentes por medio de reformas legislativas y constitucionales.

Para el desarrollo de esta investigación se utilizó una metodología de análisis cuantitativo y cualitativo de datos, a partir de la elaboración de matrices que examinaban los principales aspectos económicos, las variaciones legislativas y reformas constitucionales, así como los cambios sociopolíticos en cada uno de los países *sub examine*.

La teoría de la dependencia, la teoría marxista de las crisis económicas, la del posneoliberalismo, y la relacionada con la crisis de los gobiernos progresistas fueron los planteamientos teóricos que sirvieron como marco teórico de la investigación.

La teoría de la dependencia sienta su crítica en la división internacional del trabajo. Esta genera una subordinación directa entre los centros económicos, las metrópolis y las periferias económicas. Esta división del trabajo genera una especificidad productiva para los estados periféricos, que determina en última instancia los procesos económicos, políticos y jurídicos de estos países (Marini, 2008).

La teoría marxista de la crisis —en particular la escuela francesa de François Chesnais y Michel Husson— fundamenta su estudio en las contradicciones intrínsecas del sistema socioeconómico capitalista y sus crisis cíclicas debido a la caída tendencial de la tasa de ganancia, anudado al proceso del capitalismo tardío que ocasiona la intensificación y preponderancia de capitales ficticios o especulativos (Pronto y Fontes, 2012; Chesnais *et al.*, 2002; Husson y Louçã, 2013).

La teoría del posneoliberalismo plantea el proceso de articulación entre la relación y dinámica de legitimación democrática y la perpetuación del neoliberalismo, como fuente de transformaciones de los procesos políticos, económicos, culturales y jurídicos en América Latina. Es necesario observar que esta legitimación está atada a la intensificación del individualismo en la sociedad, de los subsidios focalizados y de los constantes procesos democráticos desde arriba (Stolowicz, 2007).

Los estudios del progresismo en América Latina tienen su base en la comprensión de las diferencias y similitudes de este proceso en los diferentes países de la región, dando como resultado una estandarización entre gobiernos de baja, media y alta intensidad. Este estudio sirve como forma de particularizar cada proceso socioeconómico en la región y propiciar la diferenciación de cada uno (Mazzeo, 2016).

Los análisis de la crisis de los gobiernos progresistas observan el fin del ciclo de transformaciones políticas, económicas y jurídicas en este tipo de gobiernos, evidenciando la estandarización de estos con relación a los procesos de globalización neoliberal y la implementación e intensificación de las políticas neoliberales, debido a su alta tasa de dependencia de los países desarrollados (Gaudichaud, 2016).

Los resultados presentados en este artículo evidencian el desarrollo de los objetivos específicos de la investigación. Estos fueron: 1) describir las condiciones de los países en los años previos a la crisis; 2) evidenciar las variaciones en los sectores a examinar —económico, político y legal—que se han observado desde el 2014; y 3) analizar cuáles de esas variaciones pueden ser consideradas como impactos consecuentes de la crisis.

El texto se estructura en dos capítulos. El primero se titula "La dependencia hacia la economía de los hidrocarburos: presente tanto en su momento de auge y la bonanza, como en su declive", en este se realizará —por medio de acápites por países— la presentación tanto del contexto previo a la crisis, como de los cambios posteriores a 2014. En el segundo capítulo, "Las reformas estructurales como respuesta de la crisis", se analizan las transformaciones que constituyen el impacto de la crisis en los sectores objeto de estudio. Se finaliza con un apartado en donde se plasman las conclusiones a las que se llegó tras el proceso de investigación.

## La dependencia hacia la economía de los hidrocarburos: presente tanto en su momento de auge y bonanza, como en su declive

Colombia, Argentina y Venezuela implementaron el modelo exportador de materias primas posterior al declive del modelo de industrialización por sustitución de importaciones. Esto, significó un aumento de su dependencia al mercado de los hidrocarburos, en especial a la extracción, producción y exportación de petróleo, para lo cual se requirieron infraestructuras y adaptaciones territoriales.

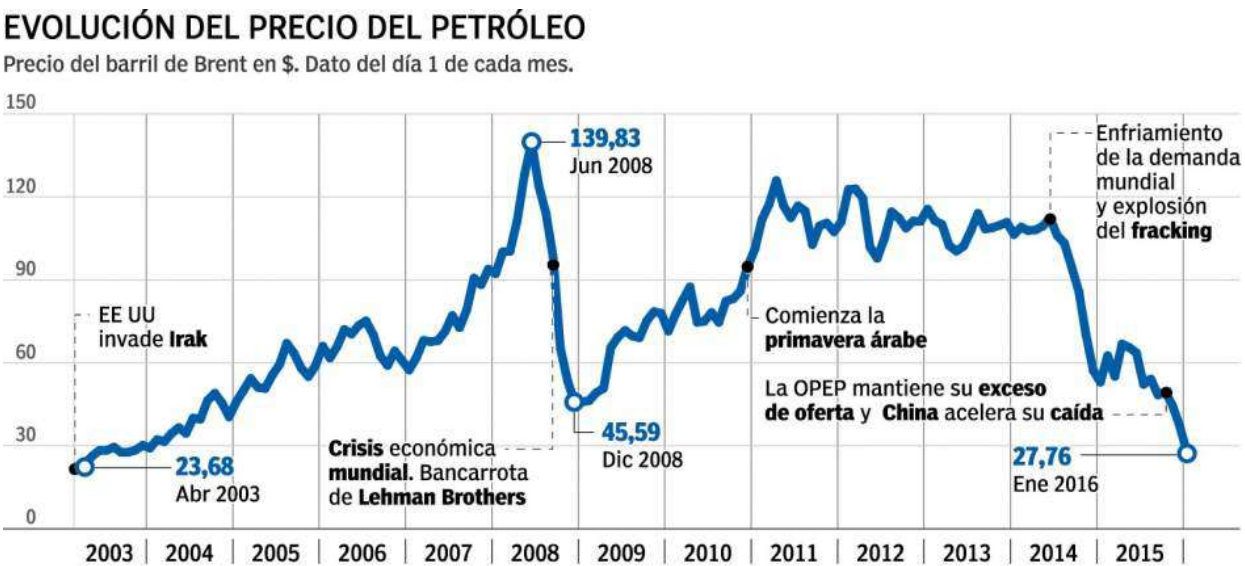



Figura 1. Evolución del precio del petróleo 2003-2016 (en dólares). Tomado de Garrido, 2016.

Como se puede observar en la figura 1, el petróleo ha sido un producto que tiene constantes fluctuaciones en sus precios. La crisis de 2014 no ha sido la primera o la única, pues la antecedieron las de 1973, 1979 y 2008. Desde mediados de 2012 se mantuvo una variable de fluctuación corta, lo que brindó una cierta estabilidad y por lo cual los países objeto de estudio mantuvieron parcialmente un crecimiento económico sostenido.

Esta dinámica de dependencia ha llevado a que en un nuevo contexto de precios bajos se evidencien impactos en las distintas variables macroeconómicas, tales como el Producto Interno Bruto (PIB), la balanza de pagos, el Presupuesto General de la Nación (PGN), la balanza comercial, las tasas de interés y la devaluación de la moneda. Se evidencia así el deterioro de la economía, ocasionando el menoscabo de las condiciones socioeconómicas de las poblaciones de estos tres países.

## Colombia: implementación de políticas neoliberales en la legislación

En Colombia se implementó la política neoliberal desde la década de los 90 del siglo XX y se perfeccionó durante las primeras dos décadas del siglo XXI. Este modelo económico se impulsó debido a las exigencias de las Instituciones Financieras Internacionales (IFI) —por medio de los llamados acuerdos extendidos con el Fondo Monetario Internacional (FMI) y por los múltiples contratos celebrados con el Banco Mundial (BM) y la Organización Mundial del Comercio (OMC)— (Giraldo, 2007; Estrada, 2005). Dentro de la herencia de las intervenciones de las IFI se deben resaltar las siguientes planteadas por César Giraldo (2007) y Jairo Estrada (2005):

* El cambio de la banca especializada hacia una banca múltiple, previo requisito de aumentar el monto inicial de la inversión de capital conforme a las exigencias de estándares internacionales (Acuerdos de Basilea). Esto produjo una alta concentración de capital en el sector.
* Fin del control de capitales por parte del Estado (Nuevo Estatuto Cambiario-Ley 9 de 1991), con la consecuente pérdida del control sobre la tasa de cambio y la exposición de la economía a los flujos internacionales de capital.
* Políticas basadas en la "seguridad jurídica" para la Inversión Extranjera Directa (IED), como fuente de desarrollo, lo que incluyó la libre remisión de utilidades.
* Privatización de los entes públicos, bajo el criterio de obtener "una fuente de ingresos" para invertir en infraestructura y una supuesta expansión de los gastos sociales.
* Aumento de los impuestos regresivos e indirectos como fuente de apalancamiento de la política fiscal.

* Establecimiento de una autonomía del Banco Central con relación a las tres ramas del poder público (artículo 113 de la Constitución Política de Colombia), lo cual propició la creación de una tecnocracia con una discrecionalidad subordinada y determinada por el mercado internacional. Dado que con estas modificaciones el Gobierno perdió la posibilidad de emitir contra gasto público, el incremento de la deuda pública ha sido considerable.
* Ajuste fiscal basado en la reducción de los presupuestos asociados a los derechos económicos, sociales y culturales de los colombianos.
* Reducción del empleo público y las instituciones gubernamentales reguladoras, lo que generó la transferencia de este papel al mercado o al sector privado.

En el marco de la legislación neoliberal, Colombia se ha caracterizado por las políticas de privatización de servicios públicos, cada vez mayores y que se llevan a cabo dentro del marco normativo consolidado con la Constitución de 1991. Dentro de este entramado normativo se destacan normas, como la Ley 142 de 1994[2], que permitió la privatización de las empresas de carácter público que operan con los principios de "eficiencia económica y suficiencia financiera" (Estrada, 2006).

Esta *dinámica de eficiencia* deja de lado los derechos sociales de los ciudadanos al plantear que el mercado es la forma más democrática de acceder a servicios como salud, educación, protección social, entre otros; en contraposición a las prerrogativas garantizadas por el Estado mismo.

De este modo, muchas empresas públicas han pasado a ser parte del sector privado en las últimas dos décadas, entre ellas ISA y, recientemente, Isagén. A pesar de que dichas ventas de acciones desataron la indignación de muchos colombianos, el Gobierno se ha mantenido firme en sus decisiones y ha defendido firmemente la conveniencia de estas (Galindo y Gómez, 19 de enero de 2016).

A principios de enero del año 2016 se llevó a cabo la venta del 57,6 % de la empresa Isagén, con el argumento de generar recursos al Gobierno nacional para hacer frente a la crisis económica. El Gobierno nacional, particularmente el Ministerio de Hacienda, mantuvo la política de privatización, en contra de la opinión de la población colombiana, del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, manifestando así el autoritarismo del poder ejecutivo (Galindo, Gómez y Libreros, 25 de junio de 2016).

No obstante, dicha utilidad no se ha visto reflejada en el precio que los habitantes del país asumen por los servicios públicos domiciliarios, y cada vez son mayores los incrementos a los mismos. Un ejemplo reciente de este fenómeno es el aumento de tarifas de

2 Congreso de la República. (11 de junio de 1994). Régimen de los servicios públicos domiciliarios [Ley 142 de 1994]. DO: 41433.

acueducto, determinado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) —entidad dependiente del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio—, que, según empresas prestadoras del servicio de agua como Triple A, ha correspondido al 40 % sobre la tarifa actual, superando así el índice de la inflación (*El Tiempo,* 11 de julio de 2016).

Adicionalmente, se observa la intensificación de políticas privatizadoras de empresas del sector público. En noviembre de 2015 el Gobierno nacional, a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social, emitió el Documento Conpes 3851-*Política General de Propiedad de Empresas Estatales de Orden Nacional,* que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) solicitó como requisito para el ingreso de Colombia a esa organización. En ese documento se establece que el Gobierno no debe ser propietario de activos cuyos rendimientos sean bajos, negativos, o que no cumplan con los objetivos de la propiedad estatal. Por lo tanto, la participación que el Estado tiene en 111 empresas, principalmente en sectores de petróleo y gas, transporte y telecomunicaciones y energía (que representan el 32 % del PIB tomadas en su conjunto), podría disminuir, debido a una nueva era de privatizaciones emprendida por el Gobierno nacional (Cedetrabajo, 16 de mayo de 2016).

Estas políticas de privatización se han visto fortalecidas debido a la desaceleración de la economía colombiana. La apertura económica se dio en Colombia a través del Consenso de Washington en 1989, el cual ha forjado una liberalización del mercado y una importante reducción de la intervención estatal (Libreros y Sarmiento, 2009). Una de las muestras más representativas de la apertura económica en el país la encontramos con la gran cantidad de Tratados de Libre Comercio (TLC) que Colombia ha firmado con grandes potencias económicas, como Estados Unidos y Corea del Sur; así como acuerdos de amplio alcance, como la Alianza del Pacífico (con Chile, México y Perú), que muestran los grandes saltos que intenta dar el Gobierno en materia de apertura a mercados internacionales.

Sin embargo, los impactos que estos TLC han traído a los colombianos no son siempre los mejores. Como evidencia de ello se tiene el aumento desmesurado de las importaciones en el país, las cuales van desde productos tecnológicos hasta alimentos como pescado o lácteos (*Portafolio,* 29 de mayo de 2012). Según datos del Dane, en el año 2015 Colombia importó 54 057 millones de dólares en diferentes productos, mientras las exportaciones correspondieron a 35 690 millones de dólares, implicando así un desequilibrio considerable en la balanza de pagos de la nación, ejemplificando el deterioro de la economía colombiana tras los TLC.

Hay que anotar que existe una alta tendencia a las importaciones en Colombia en los últimos años. En estos casos, los altos precios del dólar frente al peso, a partir del 2014,

han elevado los costos de distintos productos que, en muchos casos hacen parte de la canasta familiar de los colombianos, como los alimentos enlatados exportados, entre otros (*El País,* 4 de agosto de 2015).

El neoliberalismo permeó los diversos sectores del Gobierno, lo que implicó una reconfiguración del sistema político, económico, social y cultural del país. Como consecuencia, se mercantilizó cada aspecto de la vida humana, y de sus múltiples relaciones, como se evidencia con la implementación de la figura de utilidad pública.

> La figura de utilidad pública, que tiene rango constitucional, resulta de extrema importancia para la realización de los proyectos de interés nacional y estratégico, pues es la que permite la expropiación de los derechos de propiedad sobre las tierras que son necesarias para desarrollar dichos proyectos. El gobierno actual y los anteriores son conscientes de ello, por lo que desde hace tiempo han venido promoviendo la utilización de esta figura de manera ligera e ilimitada para favorecer intereses de las grandes empresas que están detrás de estos negocios y no los de la ciudadanía. (Castilla, 18 de abril de 2015, párr. 4)

Esta aplicación de la utilidad pública se evidencia en uno de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2014-2018 "Todos por un nuevo país", el cual consiste en incentivar la inversión privada en sectores como el minero. A través de este Plan se han implementado iniciativas como los Proyectos Estratégicos de Interés Nacional (Pines), con el fin de dotar a las empresas privadas de condiciones especiales varias[3]. Un ejemplo de esta situación es la imposibilidad para las personas que fueron desplazadas, con ocasión del conflicto armado, de retornar a sus tierras despojadas si ya estas habían sido otorgadas en concesión a un Pine. Con esto se configura una aberrante legitimación de la desposesión (Galindo y Gómez, 21 de marzo de 2016). No obstante, la declaratoria de inexequibilidad —por parte de la Corte Constitucional (Sentencia C-035 de 2016)— de dichas disposiciones legales, la inclusión de las Pines dentro del

3 Proyectos de Interés Nacional Estratégico (Pines): son aquellos proyectos que por su dimensión y características generan un alto impacto en el desarrollo económico y social del país. Estos proyectos, por su naturaleza, involucran la participación de múltiples actores, incluyendo el sector privado y, dada su prioridad para los objetivos de desarrollo del país dentro del periodo de gobierno, exigen un alto nivel de coordinación de acciones con el fin de garantizar su ejecución en los tiempos previstos. Por su naturaleza, estos proyectos deben cumplir con los criterios establecidos en el Conpes 3762 y deben ser aprobados por la Comisión Intersectorial de Infraestructura y Proyectos Estratégicos (Ciipe) (DNP, 2015, p. 1015).

Plan Nacional de Desarrollo evidencia la clara influencia neoliberal de estas medidas en las políticas estatales.

El neoliberalismo no solo ha permeado el sistema económico, también lo ha hecho en el sistema político y cultural. Desde el año 2012 se pueden evidenciar distintas medidas de represión política que estuvieron encaminadas con base en la Ley 1453 de 2011, de seguridad ciudadana, que entró en vigencia el 24 de junio de 2011. Esta ley posibilitó una mayor criminalización de la protesta social. En este año fueron comunes los casos de presos políticos a los que se les negó asistencia médica, y la constante represión a movimientos sociales, como los sindicalistas. Dicha represión se manifestó en ocasiones como la Semana de la Indignación (4 al 12 de octubre de 2012), en la que el Esmad (Escuadrón Móvil Antidisturbios) y la Fuerza Pública se desplegaron en torno a las movilizaciones, dejando un saldo de 71 personas arrestadas por disturbios. De la misma manera, en el año 2013 la protesta fue criminalizada y se presentaron múltiples atropellos por parte de las autoridades. Dentro de los casos más representativos está el Paro Agrario de 2013 donde fueron asesinadas 19 personas, 85 personas fueron mutiladas, y aproximadamente 600 fueron privadas de la libertad, entre ellas el director de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT), Húbert Ballesteros, a quien se le negaron muchas de las garantías procesales indispensables (Cinep-Programa por la Paz, 2012).

En 2014, la represión del Gobierno continuó y entre los afectados se encontraron agricultores, trabajadores, estudiantes, indígenas y productores nacionales. Tal ejercicio coactivo se manifestó de distintas maneras, y no solo consistió en hacer desistir de manera violenta a quienes pretendían reclamar sus derechos, sino también en ignorar la importancia de la opinión de los habitantes. Ejemplo de esto es el caso de los ciudadanos de La Boquilla (Cartagena), que fueron reprimidos cuando intentaron reclamar por la construcción de la doble calzada del Consorcio Vía al Mar y por su derecho a la consulta previa (*El Universal,* 4 de febrero de 2014). Ahora, si bien en 2015 aumentaron significativamente los asesinatos de líderes sociales, militantes de partidos políticos y sindicalistas (en un 35 %, frente al 2014); fue en 2016 donde se abrió la polémica sobre el impacto del nuevo Código de Policía en el ámbito nacional. Bajo esta normativa se limita el derecho a la protesta, al hacer que su legalidad dependa del permiso de las autoridades, y dota a la Policía Nacional de inmensurables facultades, con el fin de fortalecer la seguridad ciudadana (Rodríguez, 1 de noviembre de 2013).

La tabla 1 presenta un listado de reformas realizadas desde el primer gobierno de Juan Manuel Santos. Estas hacen parte de otra de las fases de profundización del neoliberalismo, tras su implementación a los inicios de la década de los noventa, y de aquellas reformas exigidas por el Acuerdo Extendido con el FMI en 1999.

**Tabla 1. Reformas legislativas realizadas durante los periodos de gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014/2014-2018)**

| | |
|---|---|
| Acto Legislativo n.º 03 de 2011-Sostenibilidad Fiscal | Este acto subordinó la efectiva garantía de los derechos culturales, sociales y económicos de la sociedad colombiana, con la introducción del concepto de *sostenibilidad fiscal.* Este impuso unas finanzas "eficientes" de corte neoclásico, en donde se propende por la reducción de inversión en derechos sociales a favor de cumplir anualmente con los límites del déficit fiscal. |
| Acto Legislativo n.º 05 de 2011-Sistema General de Regalías | La llamada reforma del Sistema General de Regalías (SGR) es una política basada en la recentralización de facultades antes descentralizadas. Así el Gobierno asume la responsabilidad de la adjudicación discrecional de la inversión en los entes descentralizados, ocasionando directa o indirectamente la corrupción latente en el país. |
| Ley 1720 de 2014-TLC con Japón | Esta ley pone en marcha la liberalización, promoción y protección de inversión, manifestando la subordinación del derecho nacional al derecho trasnacional (representado en el Ciadi, que propende por los derechos de las entidades privadas sobre los derechos de las sociedades). Este mecanismo abre la puerta a que la protección de la inversión esté por encima de las leyes internas, afectando la soberanía nacional en materia legislativa. |
| Leyes 1721 y 1746 de 2014, y Ley 1749 de 2015-Alianza del Pacífico | Estas leyes ponen en marcha un megatratado de libre comercio que plantea integrar y liberalizar la economía entre Perú, Chile, Colombia y México. Una de las implicaciones es la afectación directa de las condiciones laborales de los trabajadores y se inserta al país en una competencia entre desiguales. |
| Ley 1739 de 2014-Reforma Tributaria | Con esta reforma se crearon nuevas reglas para el tratamiento tributario de los gastos laborales de los empresarios y se impusieron cargas a personas con ingresos y patrimonios inferiores a los que eran considerados generadores de renta antes de 2015. Una consecuencia negativa es el hecho de que, mediante el Cree (Sobretasa al impuesto sobre la renta para la equidad), la mayoría de los fondos dejan de destinar recursos para el sistema de salud, educación, y protección social. |
| Ley 1753 de 2015-PND 2014-2018 | No son muchos los cambios que el PND incluye en el modelo de desarrollo, pero sí muchas las desventajas que preocupan a la gran mayoría de expertos en el tema. Muchas de las normas de este Plan atentan contra el bienestar de los colombianos y los recursos naturales del país. Por esta razón, la Corte Constitucional declaró inexequibles (Sentencias C-035 y C-298 de 2016) diversos apartes de la ley, por considerar que van en contravía de principios constitucionales y del interés general. |
| Ley 1776 de 2016-Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (Zidres). | A pesar de los objetivos de la ley —la promoción de la inclusión social del trabajador agrario, el aumento de la productividad sostenible de la tierra, la promoción del desarrollo social y económico de la zona, el mejoramiento de las condiciones agrológicas del suelo, incentivos a la conservación del medio ambiente, la promoción al acceso y la regularización de la propiedad de la tierra a los trabajadores agrarios y del empleo rural y la seguridad alimentaria—, las críticas hacia ella no han sido menores y tanto los opositores del Gobierno como los expertos en el tema rechazaron profundamente la reforma. (*La FM*., 2016; *Oxfam,* 2016) |

**Fuente:** Elaboración propia

## Argentina: la transición de un Gobierno progresista de baja intensidad a un Gobierno neoliberal

El contexto reciente de Argentina ha estado marcado por el aumento a niveles preocupantes de su deuda pública. De los hechos que han tomado relevancia, cabe retomar el "corralito", acontecido en 2001, en donde los montos de deuda llegaron a niveles estrambóticos, motivando la reducción de los presupuestos destinados al funcionamiento e inversión de las entidades públicas (Katz, 2007).

El "corralito" sumió a la economía argentina en una crisis estructural, debido a la alta tasa de inflación aunada a la devaluación de la moneda con relación a las divisas de intercambio internacional. Esto impuso a la sociedad argentina las mayores penurias, por lo cual, los Gobiernos posteriores al "corralito" buscaron una salida a esta crisis económica que al mismo tiempo conllevaba una crisis multidimensional (Katz, 2007). Aunque los Gobiernos posteriores a esta crisis se alejaron de la ortodoxia neoliberal, mantuvieron algunos rasgos de este sistema económico, como lo evidencia Claudio Katz:

> El ensayo neo-desarrollista preserva la regresividad social de su precedente neoliberal. Pero le ha quitado protagonismo a la especulación financiera, que signó la dinámica económica desde Martínez de Hoz hasta Cavallo. El desmoronamiento del 2001 recreó la prudencia bancaria en desmedro de los negocios fáciles y el endeudamiento de corto plazo. También ha perdido relevancia la oleada importadora y la primacía de los servicios. El esquema en gestación se perfila como una configuración novedosa asociada con las transformaciones que se procesan en la elite capitalista. (2007, p. 17)

Los Kirchner —Néstor Kirchner, entre los años 2003 y 2007, y Cristina Fernández de Kirchner, entre el 2007 y el 2015— gobernaron el país por cerca de doce años. Durante este tiempo se generó una relativa estabilidad económica basada en los altos precios de las materias primas, sin romper con las dinámicas de subordinación al mercado internacional, particularmente a la IED (Mazzeo, 2016; Gambina, 6 de agosto de 2014).

En la figura 2 se evidencia la caída del PIB argentino en el año 2014, pasando de 614 millones de dólares a 537 millones de dólares en ese año, después, en 2015, el PIB se estabiliza y en 2016 (parcial) se sostiene con un saldo de 578 millones de dólares. Este desplome del PIB manifiesta el impacto de la crisis económica internacional —caída de los precios de las materias primas—, la cual representaría varios impactos en aspectos tanto puramente económicos como socioeconómicos.

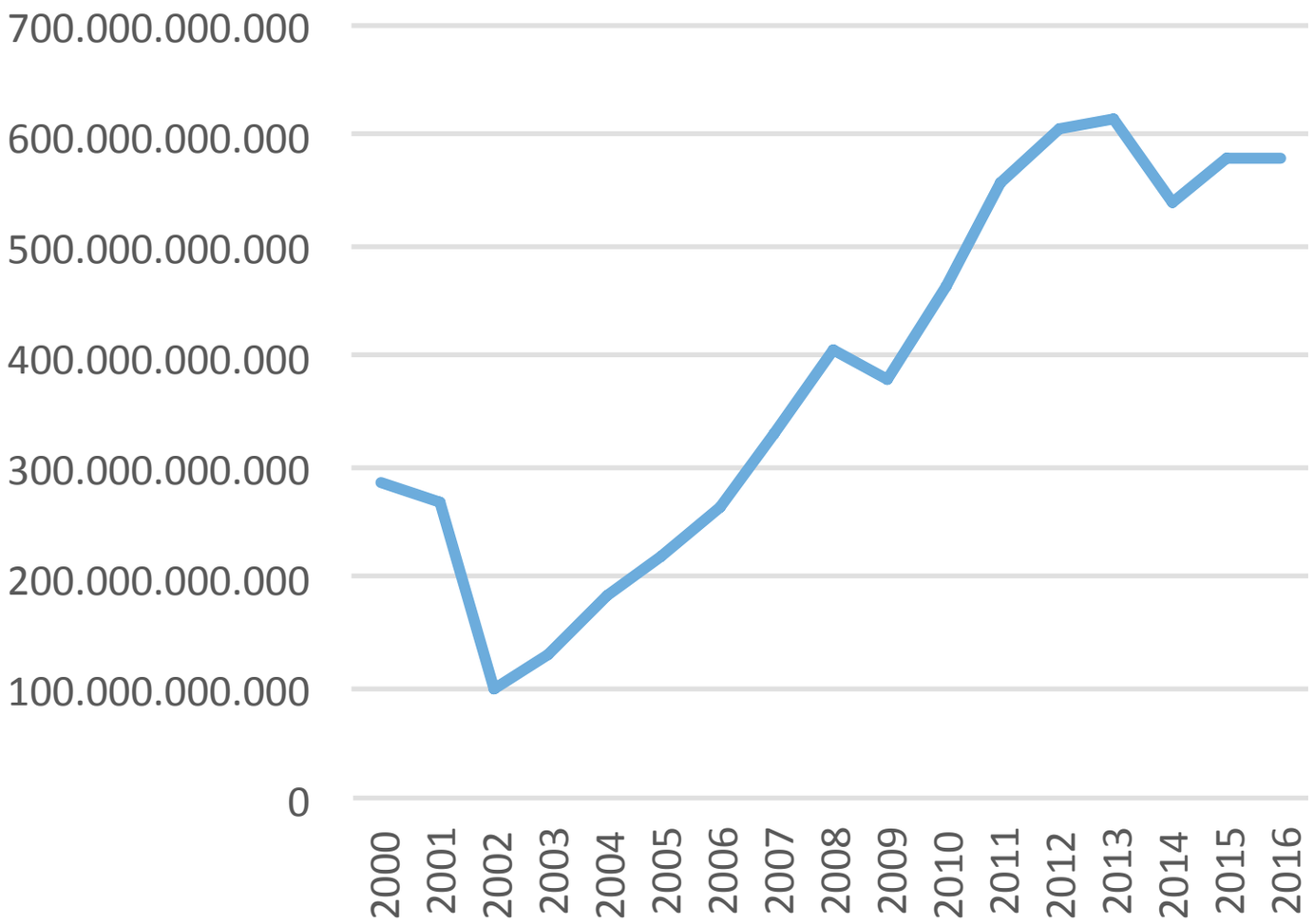



**Figura 2. Producto Interno Bruto entre los años 2000-2016 en Argentina, en (dólares). (Elaboración propia a partir de los datos de Banco Mundial, 2016a)**

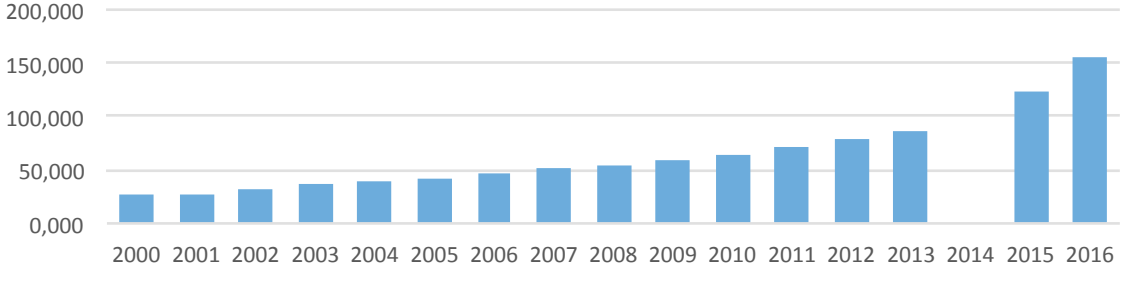



**Figura 3. Inflación en Argentina entre 2008 a 2016 (%). (Elaboración propia a partir de los datos extraídos de FMI [Fondo Monetario Internacional], 2016.)**

La emisión de deuda pública a partir de 2013, en el gobierno de Fernández de Kirchner, se convierte en una lógica de financiamiento a las políticas públicas como fuente de aceptación social, tanto para ella como para su plataforma política. Esta dinámica evidencia la necesidad del Gobierno argentino de un acrecentamiento de dichos pasivos como fuente de ingresos. Esta situación se convierte en un círculo vicioso, debido a que, en la necesidad de reducir el déficit fiscal del Estado —que en parte se debe al pago del servicio de la deuda pública—, se emite aún más deuda, materializando así la ilegalidad, la ilegitimidad y la odiosidad de la deuda pública.

> El nuevo endeudamiento presiona sobre los recursos fiscales compitiendo con demandas sociales de gasto público en salarios, salud, educación, seguridad o promoción de las economías regionales y una política productiva y de desarrollo para satisfacer necesidades de otro modelo y patrón de producción y consumo. (Gambina, 30 de diciembre de 2014, párr. 17)

Esta dinámica de financiación llevó al gobierno de Fernández de Kirchner al debilitamiento progresivo de la economía argentina y a la pérdida del poder gubernamental de su partido político a finales del año 2015, cuando se enfrentó con Mauricio Macri en las elecciones presidenciales del 25 de octubre.

La figura 3 exhibe el aumento desmesurado de la inflación en Argentina, que pasa del 87 % en el año 2013 al 155 % en el año 2016. Tal aumento afectó directamente las condiciones de vida y el poder adquisitivo de la sociedad argentina, al golpear en el aspecto interno de forma especial a los sectores con menores recursos. Esto implicó el desplazamiento de grandes masas de población hacia la pobreza y a la pobreza extrema. En este orden de ideas, en el campo internacional, la inflación se convierte en un mecanismo de absorción de capital como forma de acumulación, como lo expone Julio Gambina (30 de diciembre de 2014):

> Sin perjuicio de lo dicho, el carácter nacional de la política y por ende del Estado, favorece una redistribución del poder global en el orden local, y eso explica las transferencias de ingresos al interior de cada país, siendo la inflación interna el mecanismo de redistribución regresiva del ingreso a escala interna, local. Es un ejercicio del poder, de quienes pueden subir precios y encontrar su realización en el mercado. (párr. 5)

Las políticas autoritarias han aumentado a partir del año 2013 hasta el 2016, tanto en los gobiernos progresistas de baja intensidad de los Kirchner, como en el gobierno de

corte neoliberal de Mauricio Macri, entendiendo que existen diferencias marcadas entre los dos tipos de gobiernos. Por ejemplo, en el gobierno de los Kirchner, por su tipología política, se mantuvo una cierta comunicación con varios sectores sociales, lo cual no se presenta en el gobierno de Mauricio Macri, por lo que se ha dado un aumento de las manifestaciones en el país que han sido manejadas por el gobierno mediante la persecución judicial de la protesta social (Gambina, 6 de agosto de 2016).

Estas dinámicas de persecución a la protesta social se han visto potencializadas desde el 2016, debido a las políticas del gobierno Macri, y a la profundización de la crisis social, fortalecida por las posturas de saneamiento de las cuentas gubernamentales en detrimento de los derechos sociales, económicos y culturales. Las siguientes son algunas de las políticas impulsadas por Mauricio Macri:

* Se pone fin el denominado "Cepo Bancario", que tuvo como tarea la contención de los flujos de capital como política de soberanía ante los reflujos del mercado internacional (Katz, 7 de julio de 2016; Sozzo, 2016; *TeleSur,* 16 de diciembre de 2015).
* Se llegó a una negociación con los "fondos buitres", los cuales albergaban el interés del cobro de una deuda espuria. Este pago de la deuda con estos fondos manifestó el interés del Gobierno por reconciliar el país con el capital financiero especulativo (Katz, 7 de julio de 2016).
* Se estableció un aumento en las tarifas de los servicios básicos, afectando directamente a la sociedad con menor poder adquisitivo (Katz, 7 de julio de 2016; Sozzo, 2016; *TeleSur,* 30 de diciembre de 2015).
* Se impuso la Ley 26.552 de Servicios de Comunicación Audiovisual, conocida como ley de medios, que los devuelve a las grandes compañías transnacionales, lesionando directamente a las canales comunales y suprimiendo de la onda de televisión a canales de izquierda en la región como *TeleSur* (Katz, 2013).
* Se han llevado a cabo despidos masivos de trabajadores estatales, como política impulsada por el Banco Mundial que propicia una reducción del papel del Estado en todos los aspectos sociales. (Sozzo, 2016)

Entre 2014 y 2016 se observa la retoma de políticas de corte neoliberal, que serán implementadas tanto por el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner como por Mauricio Macri. Algunas de ellas son:

**Tabla 2. Legislación de Corte Neoliberal en Argentina (2014-2016)**

| | |
|---|---|
| Ley 27263 (13 de julio de 2016)-Fortalecimiento del autopartismo del país. | Otorga un bono electrónico de crédito fiscal, que podrá ser cedido a terceros, para el pago de impuestos nacionales, por un monto equivalente a un porcentaje del valor ex fábrica de las autopartes nacionales, con el fin de incentivar la industria automotriz. |
| Ley 27249 (1 de abril-de 2016)-Deroga las leyes relacionadas con la regulación del pago de deuda. | Autoriza al Poder Ejecutivo nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, a proseguir con la normalización de los servicios de la deuda. Faculta al Poder Ejecutivo nacional para continuar con las negociaciones y realizar todos aquellos actos necesarios para su conclusión. |
| Ley 27243 (21 de diciembre de 2015) y Ley 27245 (22 de de diciembre de 2015) | Acuerdo de cooperación científica con la República Eslovaca y cooperación económica con la República de Croacia. |
| Ley 27207 (10 de noviembre de 2015)-Reestructuración de deuda | Establece los principios para la reestructuración de la deuda soberana:<br>1. Un Estado soberano tiene derecho, en el ejercicio de su facultad discrecional, a elaborar sus políticas macroeconómicas, incluida la reestructuración de su deuda soberana, derecho que no debe verse frustrado ni obstaculizado por medidas abusivas. La reestructuración debe hacerse como último recurso, preservando desde el inicio los derechos de los acreedores.<br>2. El principio de que el deudor soberano y todos sus acreedores deben actuar de buena fe implica su participación en negociaciones constructivas de reestructuración de la deuda soberana y en otras etapas del proceso con el propósito de restablecer la sostenibilidad de la deuda y el servicio de la deuda de manera rápida y duradera y de obtener el apoyo de una masa crítica de acreedores mediante un diálogo constructivo acerca de las condiciones de la reestructuración. |
| Ley 27182 (07 de octubre de 2015) | Aprueba "el Tratado Internacional sobre los Recursos Filogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, adoptado por la conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), en su 31° periodo de sesiones". |
| Ley 27181 (6 de octubre de 2015) | Declara "de interés público la protección de las participaciones sociales del Estado nacional que integran la cartera de inversiones del fondo de garantía de sustentabilidad del sistema integrado previsional argentino [...] y de las participaciones accionarias o de capital de empresas donde el Estado nacional sea socio minoritario o donde el ministerio de economía y finanzas públicas posea tenencias accionarias o de capital". |
| Ley 27133 (28 de mayo de 2015) | Reconoce por parte del Estado nacional una indemnización a favor de los exagentes de Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. (YFP), sus herederos o derechohabientes. |
| Ley 27122 (5 de marzo de 2015) | Aprobación del Convenio Marco de Cooperación en Materia Económica y de Inversiones entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China. |
| Ley 27007 (31 de octubre de 2014) | Fija nuevos plazos para las concesiones, ampliados y diferenciados según el tipo de explotación de hidrocarburos. |
| Ley 26982 (25 de septiembre de 2014) | Modifica la ley de impuesto al valor agregado de diarios, revistas y publicaciones periódicas. |

**Fuente:** Elaboración propia

## Venezuela: entre el neoliberalismo económico o la reforma social

La economía venezolana, en la década de los 80 y 90, vivió una de sus más grandes crisis bajo los gobiernos de Carlos Andrés Pérez y de Rafael Caldera, jefes gubernamentales que sumieron al país en las más fuertes convulsiones sociales y económicas. Esta crisis estuvo determinada por la caída de los precios internacionales de los hidrocarburos, debido a la dependencia del país de la explotación de los mismos; en Venezuela, este sector económico se impuso y se potencializó a partir de la década de los 40 del siglo xx.

> A raíz de la crisis del modelo rentista, se pusieron en marcha procesos de reestructuración del sector público, como la privatización de empresas públicas, la reforma fiscal y tributaria, la liberación de las tasas de interés, la unificación del mercado cambiario y la desregulación de la política comercial. *El Gran Viraje,* programa de transformación estructural propuesto por el gobierno del Presidente Pérez, intentó la redefinición de las prioridades, mecanismos y reglas de la acción estatal. Los nuevos lineamientos también afectaron a la industria petrolera, a través de la política de *apertura,* mediante la cual se procedió a incorporar capitales privados, locales y extranjeros, en diversas fases del negocio petrolero. (Kornblith, 1997, p. 10)

Ante este complejo contexto (descrito en el apartado anterior), se pone de manifiesto la desestabilización política, social y económica, que fue capitalizada por Hugo Chávez —quien ganó las elecciones presidenciales en el año 1998 y estuvo en el poder durante 14 años—. El intento de golpe de Estado en 2002 es ejemplo de las grandes convulsiones que el país atravesó, así como varios intentos de desestabilización en el transcurso de su mandato, como Carosio, López y Bracamonte (2015) apuntan:

> Hasta la fecha, el gobierno chavista ha pasado por cinco etapas, cada una con diferentes prioridades: 1999-2000, caracterizada por políticas económicas moderadas y un discurso moderado; 2001-2004, cuya característica sobresaliente fue la legislación anti-neoliberal; 2005-2006, con el surgimiento del perfil de un nuevo modelo económico basado en la redefinición de la propiedad privada y un discurso a favor del socialismo; 2007-2008, marcada por la nacionalización de la industria básica; 2009-2012, cuando el gobierno expropió un gran número de compañías por diversas razones, siendo la más importante la de competir con el sector privado.

En el transcurso del mandato de Chávez se dio un traspaso de ideas de centro-izquierda, categorizadas como reformas tímidas al sistema neoliberal, hacia políticas de ruptura con dicho esquema, que integraron también discursos en contra del sistema de

acumulación capitalista. Sus políticas giraron en torno a la redistribución de los excedentes petroleros —gracias a los altos precios del crudo—, como fuente de políticas públicas de inclusión social y de ruptura con el modelo de apertura económica. De igual forma, se establecieron políticas a favor de los más damnificados por el sistema económico; se instauró un sistema de educación, salud y protección social; se implementó una legislación a favor de los trabajadores; y se nacionalizaron empresas de interés económico y estratégico, entre otras dinámicas que ampliaban el fisco estatal y manifestaban su apoyo a las conquistas sociales mínimas (Sozzo, 2016).

Estas políticas se deterioraron a partir de 2013, tras de la muerte de Chávez el 5 de marzo de 2013. Lo anterior se suma a la desaceleración de la economía mundial y a la caída de los precios de los hidrocarburos a mitad del año 2014.

En las figuras 4 y 5 se evidencia la caída del Producto Interno Bruto (PIB) en Venezuela a partir del año 2013 y su profundización en adelante. Y aunque el Banco Mundial no presenta información oficial consolidada del PIB para los años 2015 y 2016, las dinámicas de crisis económica se hacen evidentes, en especial en las variables económicas:

> La situación económica del país es extremadamente grave. La inflación más alta del mundo (140 %), déficit fiscal de dos dígitos (por quinto año consecutivo), caída del 75 % de los precios del petróleo, el riesgo país a la inversión internacional más alto del globo (JP Embi+ 4145 puntos), la estrepitosa caída del PIB (-7,1 % al tercer trimestre de 2015), la cantidad de reservas internacionales más baja del decenio y una tremebunda escasez de toda clase de bienes y servicios. A ello se le suma la fuga de capitales más elevada del planeta. (Sutherland, 18 de febrero de 2016)

A esta crisis se suma una de las más altas tasas de inflación de la región, que para 2015 se consolidó en un 109 % (como se observa en la figura 6), debido a la caída de las condiciones internacionales de intercambio y por la fuga de capitales. Las políticas de liberalización de la economía que se mantuvieron en el Gobierno venezolano hicieron que la rentabilidad de la explotación de hidrocarburos ya no representara expectativas atractivas para los inversores.

Venezuela, con la inflación más alta en la región, ha experimentado una reducción drástica del poder adquisitivo, volcando a grandes masas de población a la pobreza en el país. La inflación pasó en menos de dos años de 40,6 % en 2013 a 121,7 % en 2015, evidenciando empíricamente la salida de capitales desde Venezuela hacia las metrópolis económicas:

> [...] la sumatoria de las salidas anuales de capitales, alcanzaron la pavorosa cifra de 295 mil millones de dólares, más o menos el 70 % del PIB de un buen y reciente año petrolero o el equivalente a 20 veces la totalidad de nuestras Reservas Internacionales en la actualidad. (Sutherland, 18 de febrero de 2016, párr. 1)

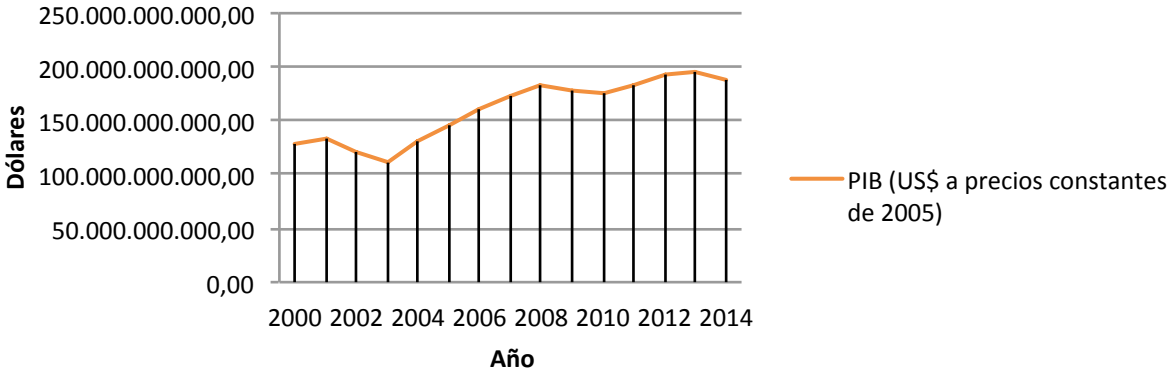



**Figura 4. Producto Interno Bruto (PIB) en Venezuela entre 2010 y 2014 (en dólares). (Elaboración propia a partir de Banco Mundial, 2016b).**

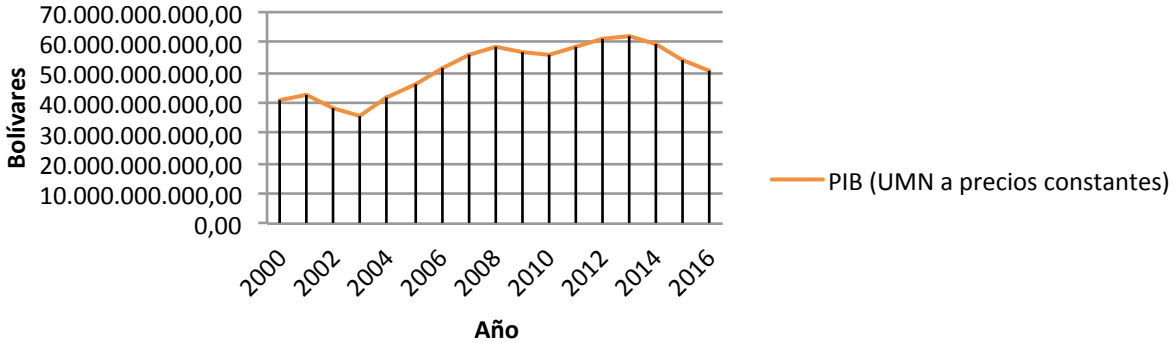



**Figura 5. Producto Interno Bruto (PIB) en Venezuela entre 2010 y 2014 (en bolívares). (Elaboración propia a partir de Banco Mundial, 2016b).**

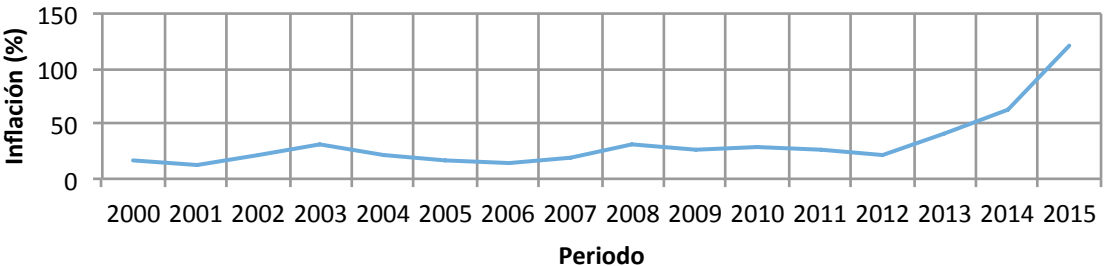



**Figura 6. Inflación en Venezuela entre 2008 y 2015 (%). (Elaboración propia a partir de los datos extraídos de Banco Mundial, 2016).**

A comienzos de 2014 no solo crecía la crisis humanitaria por desabastecimiento —en paralelo a la ola de protestas más grande que haya visto el país—, sino también la acumulación de poder en manos del Ejecutivo desde distintos ámbitos. Este patrón se ha venido repitiendo hasta la actualidad y actualmente se vive una situación tensa (*Semana,* 16 de febrero de 2014).

De este año también se debe destacar la aplicación de la Ley Habilitante del 19 de noviembre del 2013; la cual dio un lapso de doce meses al presidente de la república Nicolás Maduro para dictar decretos con fuerza de ley. De este modo se generó la concentración de poder en el Ejecutivo, otorgándole la capacidad de dictar o reformar normas en los ámbitos de la lucha contra la corrupción y de la defensa de la economía nacional. En aplicación de esta facultad, la Asamblea Nacional expidió en el 2014 el Decreto 1424 —o Ley Orgánica de la Administración Pública— y el Decreto 1406 —o Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular—.

El Decreto 1395 del 13 de noviembre de 2014 es de especial importancia dentro del grupo de normas expedidas por el presidente en este periodo. A través de este se reservaron al Estado "las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a estas"; aunque en el pasado ya se hubiera realizado el mismo procedimiento por medio del Decreto 8413 de 2011, durante el gobierno de Hugo Chávez.

Dos años después de la elección de Maduro como presidente, la Asamblea Nacional expidió en marzo de 2015 una nueva ley habilitante titulada como *Ley Habilitante Antiimperialista para la Paz*. Esta norma nuevamente dio poder a Maduro para decretar o reformar normas de distinta índole, esta vez con el fin de proteger al país de la injerencia económica o bélica de parte de Estados extranjeros —a lo cual hace alusión su epígrafe y en relación especialmente con Estados Unidos tras las sanciones impuestas a Venezuela—; así como para crear y fortalecer lazos de cooperación con naciones a nivel local en busca de este mismo objetivo (*TeleSur,* 9 de marzo de 2015).

Pocos meses después, en agosto de 2015, el presidente Maduro procedió a decretar el estado de excepción en varios municipios del estado de Táchira, en la frontera con la República de Colombia, por una vigencia de sesenta días. El Decreto 1950 pretendió combatir los problemas de contrabando y paramilitarismo en esta área, especialmente después de que se presentaran conflictos entre la Fuerza Pública venezolana y miembros de estas bandas delincuenciales, por lo que se tomó la decisión de cerrar el paso fronterizo. Para ello se autorizó la inspección y revisión de recintos privados por parte de las autoridades, la restricción de tránsito de personas y mercancías, la suspensión de porte de armas, la prohibición de reuniones y manifestaciones sin permiso previo y la delegación de poderes a los ministerios y a la gobernación de Táchira para manejar desde la administración el estado de excepción decretado (*BBC,* 22 de agosto de 2015).

Conforme a lo establecido en la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, el Decreto de agosto de 2015 fue prorrogado por un periodo de sesenta días más mediante Decreto 2054 de octubre del mismo año, argumentando que subsistían los motivos que originaron el estado de excepción en los municipios fronterizos, caracterizados por una coyuntura violenta que amenazaba los derechos de la población, la medida prolongó la vigencia de las órdenes dadas dos meses antes con el fin de disminuir especialmente los niveles de contrabando y de criminalidad en la zona (*BBC,* 20 de enero de 2015).

Poco después, a finales de diciembre de 2015, el Gobierno expidió el Decreto 2165, por medio del cual reafirmó la reserva al Estado de "las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos", de manera muy similar al Decreto 1395 de 2014, el cual quedó derogado. El nuevo decreto dispuso principalmente una ampliación de los minerales sobre los que el Estado venezolano se reserva la exploración y explotación, abriendo la posibilidad de que el presidente de la república establezca los minerales estratégicos a los que se hace referencia. Adicionalmente, se ordena que toda la extracción aurífera y, en general, toda la actividad minera venda su producción al Banco Central de Venezuela (BCV), pero se excluyen de esta regulación a las actividades conexas y auxiliares a estas labores —que sí estaban consagradas en el Decreto 1395 de 2014—.

Solo unas semanas después, a mediados de enero del 2016, el presidente Maduro decretó el estado de emergencia económica en todo el territorio nacional mediante Decreto 2184, con el fin de hacer frente a la situación crítica que comenzaba a salirse de las manos del Gobierno. La "guerra económica" sería la culpable, según el Gobierno, de generar desabastecimiento y un desbalance colosal de los indicadores económicos en el país. El decreto autorizó al Ejecutivo, durante sesenta días, para tomar medidas para estas problemáticas, especialmente en lo referente a la garantía del acceso a alimentos y servicios básicos a la población. Como lo resaltó la Asamblea Nacional, pocos días después de la expedición del decreto, el articulado de este solo profundizó el modelo económico que conllevó la crisis venezolana, ya que ordena la continuación y fortalecimiento de los programas y misiones sociales que el Gobierno había venido adelantando desde hace tiempo. El Tribunal Supremo de Justicia no tuvo en cuenta esto, declarando constitucional la norma (*BBC,* 22 de enero de 2016).

Días antes de terminar la vigencia del Decreto 2184, Maduro decretó su prórroga mediante el Decreto 2270 del 11 de marzo del 2016. La prórroga permitió la continuación de las ya mencionadas medidas halladas en el Decreto 2184, admitiendo una crisis del modelo rentista que ha caracterizado al país, en razón de la drástica disminución de los precios del petróleo en los bimestres anteriores. Para lograr esto, el Gobierno argumentó la persistencia de los motivos que originaron el estado de emergencia. Nuevamente

la Asamblea Nacional, de mayoría opositora, rechazó la decisión (Asamblea Nacional de Venezuela, 13 de mayo de 2016).

En razón a los cuestionamientos realizados por la Asamblea Nacional, respecto a los estados de excepción decretados, el presidente Maduro fue un poco más lejos y tomó medidas más drásticas en contra del Legislativo. Días antes de terminar la vigencia de la prórroga, Maduro decidió, mediante el Decreto 2309, restringir y diferir la potestad que constitucionalmente posee la Asamblea Nacional de realizar mociones de censura contra ministros del ramo y contra el vicepresidente ejecutivo, esto mientras continuara en vigencia la prórroga al estado de excepción decretado. La medida acusó a la Asamblea Nacional de haber pretendido generar un proceso de desestabilización del país, y otorgó así todavía más poder al Ejecutivo durante este lapso de tiempo (El Universal, 4 de mayo de 2016).

Finalizada la vigencia de la mencionada prórroga, Maduro decretó un nuevo estado de excepción en mayo de 2016, mediante Decreto 2323. El Presidente acusó de nuevo a la Asamblea Nacional de desconocer los poderes públicos venezolanos; se refirió de nuevo a las "medidas injerencistas" tomadas por Estados Unidos contra Venezuela —rechazadas igualmente por el TSJ (Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela-Sala Constitucional, 20 de febrero de 2017)— y a los sectores privados de la economía respecto a la crisis que continuó agravándose en el país (Sentencia n.° 100, 2015). De nuevo, se ordenó tomar medidas por sesenta días para combatir el desabastecimiento, estimular la producción nacional y obtener recursos económicos para frenar estas problemáticas (Mata, 13 de marzo de 2016).

## Las reformas estructurales como respuesta de la crisis

A continuación, se entrará a analizar en detalle cuáles de las variaciones ocurridas tras el estallido de la crisis de la caída de los precios de las materias primas han sido causadas por esta.

Uno de los impactos más evidentes se ha podido ver a nivel económico en cuanto a la variable del PIB. Sin embargo, se debe mencionar que el discurso utilizado por las élites de la hegemonía económica y política para la legitimación de las políticas antes mencionadas, ha sido el del crecimiento económico como fuente de desarrollo de las condiciones sociales. Entre estas políticas legitimadas se perciben las privatizaciones, la inclusión de la sostenibilidad fiscal dentro del margen constitucional, la profudización de los proyectos extractivistas, el otrogamiento de beneficios a las empresas privadas para incentivar la inversión, entre otros, ha sido el del crecimiento. Así, desde esta perspectiva, el

PIB se ha tomado como referencia. Aún así, este no puede ser un índice idóneo en economías abiertas, puesto que los flujos de capital no son controlados ni regulados por los Estados, lo que ocasiona que los réditos de la inversión de capital no sean reinvertidos en el país, sino que migren hacia los países de origen de la inversión o hacia paraísos fiscales. Por ello, "el indicador clave para examinar el desempeño agregado de la economía es el Producto Nacional Bruto o PNB" (Moreno, 8 de octubre de 2012).

Haciendo esta claridad —y aceptando el indicador del PIB—, pueden evidenciarse las oscilaciones en la economía interna colombiana asociadas al contexto internacional. Efectivamente, el PIB tuvo un crecimiento sostenido en el lapso 2000-2014, y luego, un punto de inflexión en el año 2015, retrocediendo a niveles de nueve años atrás, como se observa en la figura 7.

Esta inflexión del PIB en el 2015 obedeció a la caída de la Inversión Extranjera Directa (IED) en el país, la cual pasó de 16 324,50 millones de dólares en el año 2014 a 12 107,60 millones de dólares en el año 2015 (Banco de la Republica, 13 de junio de 2016). Este flujo fue desestimulado por la baja en los precios internacionales de las materias primas y, en especial, del petróleo (Galindo y Gómez, 19 de enero de 2016).

Al bajo ingreso de divisas causado por la reducción de las exportaciones petroleras siguió el deterioro de las variables macroeconómicas (aumento en el déficit cambiario y el déficit fiscal). Esto llevó a una fuga de capitales, aumentada por la amenaza recurrente de la Reserva Federal Norteamericana (FED) de subir las tasas de interés. Tomado en su conjunto, esto ha terminado por oficializar una crisis económica en el país (Galindo y Gómez, 6 de enero de 2016).

En la figura 8 se observa cómo la caída de la IED se presenta en todos los subsectores económicos en el país, con excepción de 1) construcción y comercio; 2) restaurantes y hoteles y 3) servicios financieros. De los. 4217 millones de dólares en los que se reduce la IED, entre los años 2013 a 2015, el sector petrolero aporta 1669 millones de dólares, lo que corrobora la dependencia que este combustible ejerce sobre la inversión extranjera.

La baja en la IED aumenta los riesgos de una balanza comercial desfavorable que se viene dando en el país desde hace años y obliga, según la ortodoxia neoliberal, a la realización de ajustes fiscales, bajo el criterio de que la reducción del gasto público contrae la demanda agregada, reduciendo de paso las importaciones. El Ministerio de Hacienda afirma que "este mayor desbalance externo se explica por un mayor déficit del Gobierno General, en particular del GNC cuyo déficit pasó de -2,4 % a -3,0 % del PIB entre 2014 y 2015" (Ministerio de Hacienda, 2016a).

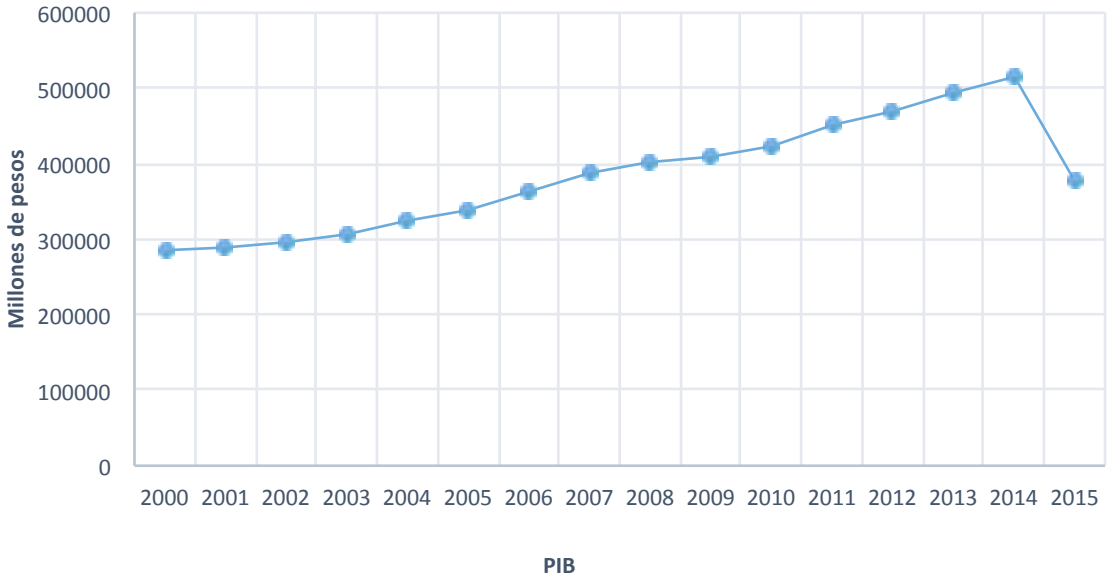



**Figura 7. PIB de Colombia 2000-2015. (Elaboración propia a partir de la información extraída de Banco de la Republica, 2016).**

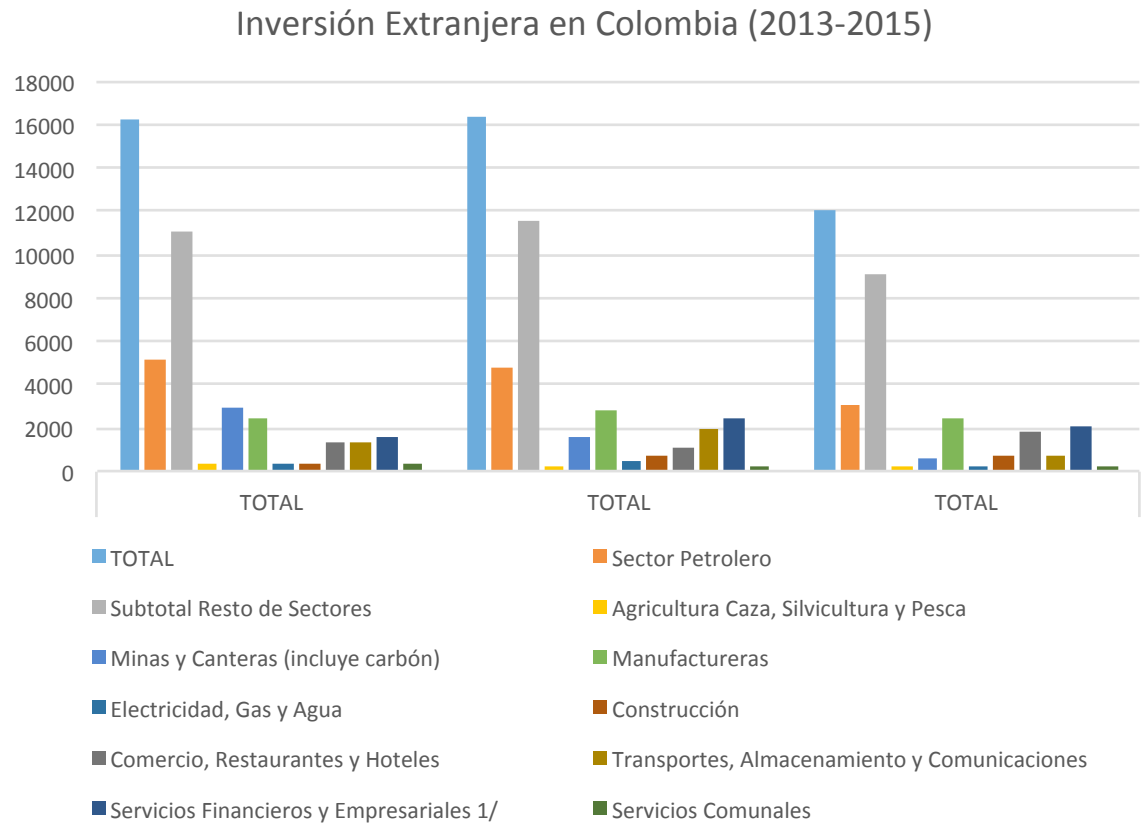



**Figura 8. Inversión Extranjera Directa (IED) en Colombia en algunos sectores económicos entre los años 2013-2015 (en millones de dólares). (Elaboración propia a partir de los datos del Banco de la República, Subgerencia de Estudios Económicos-Balanza de Pagos).**

Esta caracterización conllevó un proceso de ajuste fiscal en el gasto social, que se evidencia en el crecimiento de los rubros presupuestales destinados a este tipo de gasto por debajo de la inflación. A manera de ejemplo, la inflación al consumidor en el país en el año 2014 fue del 3,6 %, mientras que el crecimiento del presupuesto de salud se redujo aproximadamente en 1 %, en ese mismo año (Ministerio de Hacienda, 2016b). La crisis económica obliga a una reducción en los ingresos fiscales de la nación, como se observa en la figura 9.

Esta crisis económica se ha gestionado mediante una política de austeridad que afecta a la mayoría de los colombianos (Galindo, Gómez y Libreros, 25 de junio de 2016). Resaltamos algunas de las medidas allí incluidas:

* Las reducciones y aplazamientos de grandes montos del Presupuesto General de la Nación (PGN) que se realizarán a partir del 2016.
* La privatización de empresas públicas, como por ejemplo la de Isagén en el primer semestre del año 2016 y la posible privatización de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB).
* El aumento de impuestos regresivos e indirectos como el IVA, concretados en la probable reforma tributaria que afectará a las poblaciones con menor poder adquisitivo.
* Aumento de los créditos internos y externos que implican la reducción de los presupuestos dirigidos a la inversión social, debido al pago del cada vez más creciente Servicio de la Deuda Pública en los presupuestos generales de la nación.

Asimismo, tras la crisis económica generada por la caída de las materias primas, hemos evidenciado la profundización de la liberalización del comercio con tratados y mega tratados de libre comercio, los cuales profundizan las diferentes formas de opresión social, explotación laboral y despojo de territorios y comunidades; dando como resultado la perpetuación de las formas de subordinación internacional en la cual Colombia es productor de materias primas de corte extractivo (Cedetrabajo, 16 de mayo de 2016; Galindo y Gómez, 19 de enero de 2016).

Estas formas de subordinación internacional han sido el punto de inicio para que países como Colombia y Argentina adoptaran la matriz de producción de petróleo, aunque su geografía no tiene esta vocación. Sin embargo, no se limita a la matriz productiva, pues hoy en día se hace aún más evidente por medio de la imposición de planes de ajuste estructural.

Así como se observaba en Colombia, la caída del PIB en Argentina es implicación directa de la baja tasa de inversión, dinámica de los países dependientes de los flujos de capital. La caída del PIB manifiesta la caída de la Inversión Extranjera Directa en el país, que para 2014 fue de 6.055 millones de dólares, un retroceso con relación a 2013 de aproximadamente 2.850 millones de dólares (Banco Mundial, 2016a).

Como se observa, el deterioro de las condiciones internacionales de intercambio entre 2013 y 2015 ocasionó una crisis fiscal de gran envergadura, que implicó que la deuda pública haya retomado un papel fundamental en la forma de financiamiento del Estado (Gambina, 30 de diciembre de 2014).

Con la grave crisis económica de mediados del 2013, aunada a la caída de los precios de las materias primas en el año 2014, se dio paso la disputa por el poder gubernamental que había reposado por más de una década en la familia Kirchner —un gobierno catalogado como progresista debido a su alta inversión social—. Este régimen fue entonces reemplazado por Mauricio Macri, un tecnócrata con políticas de corte neoliberal. En su gobierno se han implementado varias reformas como el aumento de las tarifas de los servicios sociales, el pago de la deuda ilegítima, y la reducción tanto de salarios como de los derechos laborales, entre otras políticas totalmente lesivas para la sociedad, como plantea Katz:

> Seis meses de gestión confirman que Macri implementa un ajuste neoliberal para transferir ingresos de los trabajadores a los capitalistas. Esta agresión genera resistencias populares y crecientes desequilibrios, en un marco económico adverso que induce al Gobierno a ensayar virajes. Mientras prioriza la aprobación de leyes regresivas, retoma el gasto público, convalida el déficit fiscal y atenúa el apriete recesivo. (7 de julio de 2016, p. 1)

En el breve recorrido sobre la economía argentina, se pone de manifiesto cómo el gobierno progresista de baja intensidad no desarrolló una autonomía con respecto a los flujos y reflujos internacionales del mercad. Como resultado se propició una dependencia, cada vez más marcada, a la Inversión Extranjera Directa, vulnerando la sostenibilidad de apuestas políticas fuera del neoliberalismo. Con ello, la crisis de las materias primas trajo consigo la retoma del poder gubernamental en manos de Mauricio Macri, quien ha implementado, en menos de un año, varias reformas a favor de la liberalización de la economía, política abiertamente neoliberal (Katz, 7 de julio de 2016).

Es importante observar en la figura 11 cómo la violencia sociopolítica ha aumentado en los últimos años. Aunque esta solo muestre hasta el año 2013 y parcialmente el año 2014, deja percibir un crecimiento del descontento social en el país. En Argentina, durante los últimos dos gobiernos—el de Mauricio Macri mucho más que el de los Kirchner—se ha generado un contexto de la violencia sociopolítica, la cual se ha intensificado debido al deterioro de las condiciones económicas de la sociedad y la crisis fiscal del Estado —a partir del año 2013 y profundizada en el año 2014—, el cual, al no poder responder con sus obligaciones en las prestaciones de derechos sociales, recurre a la violencia social y política, ante las manifestaciones sociales (Fraga, 15 de febrero de 2015).

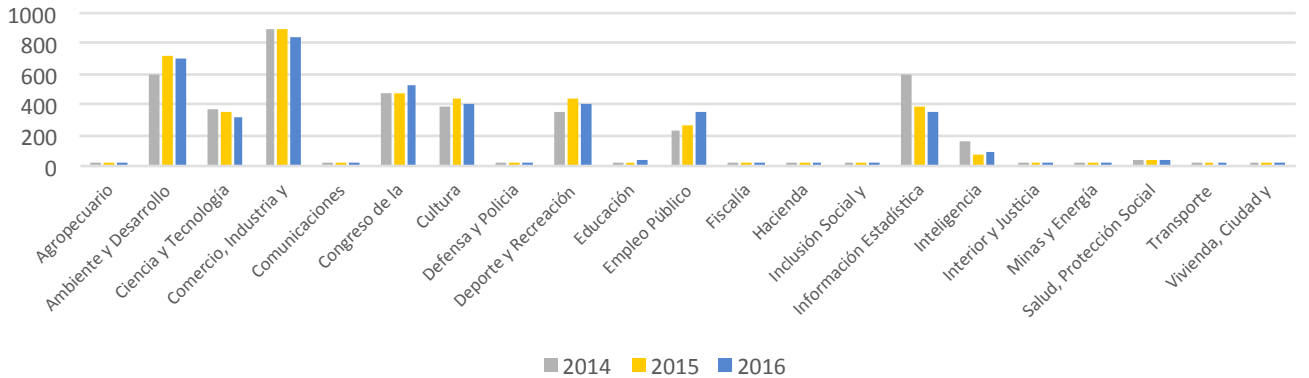



**Figura 9. Presupuesto general de la nación, 2014-2016 en Colombia para los sectores escogidos (en miles de millones de dólares). (Elaboración propia a partir de los datos extraídos de: Ministerio de Hacienda, 2016).**

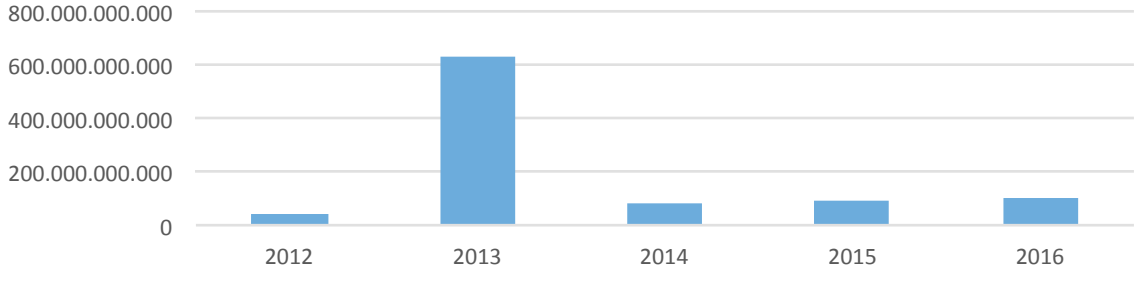
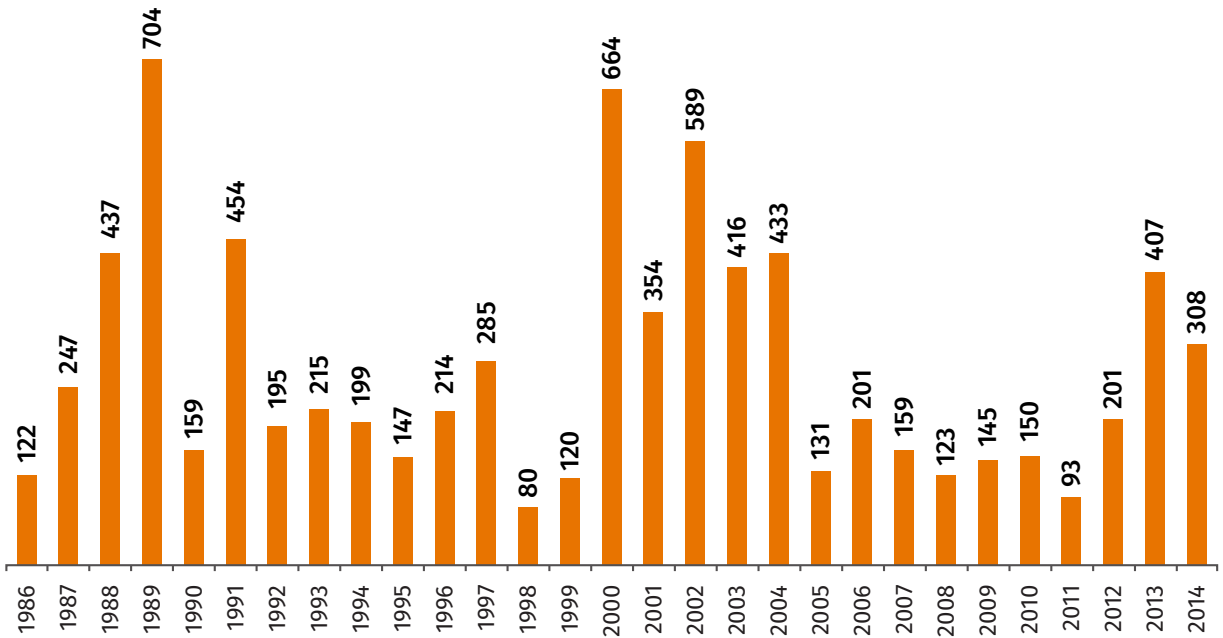



**Figura 10. Emisión de deuda pública en Argentina entre 2012-2016, en moneda nacional. (Elaboración propia a partir de los datos extraídos de Datos Macro, *Expansión*, 2016).**




Total hechos de violencia sociopolítica: 7.952 casos

**Centro de Estudios Nueva Mayoría**

**Figura 11. Índice de violencia sociopolítica en Argentina entre 1986-2014. Tomado de Fraga, 2015, p. 4.**

En la figura 11 se observa cómo la violencia sociopolítica ha aumentado en los últimos años, rememorando los tiempos de la crisis del "corralito", entre los años 2000 y 2003. En el año 2013 se contabilizan 407 actos de violencia social y política en Argentina, volviendo a la situación del 2001 cuando se vivía en el país una de las crisis más fuertes de la historia.

Para finalizar, también se ha analizado a Venezuela que, debido a su capacidad de producción de petróleo, sostuvo altos niveles de inversión en políticas públicas durante el periodo de estabilidad y altos precios de los hidrocarburos. Sin embargo, también se ha caracterizado como uno de los países más golpeados por la crisis, en donde no solo se evidencia un desequilibrio económico, sino también una convulsión social y política.

En Venezuela se está viviendo una de las crisis más agudas de su historia con tasas de devaluación de su moneda en menos de 4 años a más del 140 %, la devaluación ha pasado, a mediados del 2012, de 4,4 bolívares por dólar a 9,8, a mediados del 2016 (Banco Mundial, 2016b). Lo anterior se suma a una alta estanflación de la economía, un déficit fiscal del 70 % del PIB (Sutherland, 18 de febrero de 2016), entre otras dinámicas económicas desastrosas, para la sociedad venezolana.

Esta crisis es resultado directo de la caída de los precios internacionales del petróleo Brent, lo cual manifiesta las políticas débiles del Gobierno en vías de la soberanía de corte estructural, que lleva a que las distorsiones del mercado internacional afecten sobremanera a la economía y por ende a la sociedad.

Ahora bien, la mencionada crisis tocó de igual forma al ámbito minero. Dada la crisis del modelo rentista petrolero, y en la búsqueda de diversificar la economía y cumplir con los objetivos del Plan de la Patria, Maduro expidió el Decreto 2248 del 24 de febrero de 2016, mediante el cual se creó la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional "Arco Minero del Orinoco". Como indica su nombre, se trata de una extensa área con forma de arco ubicada al norte del estado de Bolívar de más de 111 843 kilómetros cuadrados (cuyas coordenadas se hallan minuciosamente detalladas en el decreto 2248), dividida internamente en cuatro áreas para su administración.

La manera en que se adelanta este proyecto —el más importante en materia minera en lo últimos lustros—, implica la intervención activa del ecosistema para la extracción de los minerales que allí se encuentran, poniendo en peligro la diversidad biológica y la sostenibilidad ambiental dentro de esta zona. Además, aunque múltiples comunidades indígenas fueron vinculadas a este proyecto, para procurar su consentimiento y participación en las actividades que se lleven a cabo, algunas de ellas se han pronunciado en contra arguyendo las inconstitucionales omisiones que ella implica. No obstante, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela se pronunció en febrero del 2016 en contra de las pretensiones de una de estas comunidades indígenas, desestimando la acción de amparo que

alegaba que la ejecución del proyecto viola su derecho a la consulta previa (*Aporrea,* 4 de agosto de 2016; Fernández, 6 de agosto de 2016).

## Conclusión

Luego de analizar los periodos previos al estallido de la crisis en 2014, cuando se manejaba un nivel de precios estable, se observan las consecuencias que se presentan en los tres casos estudiados, a pesar de los antagónicos modelos político-económicos de estos países:

* Una mayor y diversa explotación para la producción del territorio, utilizando formas no convencionales como el *fracking* y en nuevas zonas antes protegidas como el caso del Arco Minero en Venezuela y, en general con las plataformas marítimas.
* La financiación a través de la deuda para sopesar los impactos en los ingresos que ha traído la caída de los precios. Los tres casos estudiados mantienen relaciones con las Instituciones Financieras Internacionales (IFI) y han realizado ajustes en sus presupuestos nacionales con el objetivo de dar pago cumplido a sus acreencias, además de seguir adquiriendo nuevos empréstitos.
* Las reformas estructurales con afectaciones directas a los servicios esenciales, ya sea que impliquen privatizaciones, aumento de tarifas o reformas tributarias, entre otras.

La alta dependencia al mercado del petróleo es la causa central de los impactos acontecidos tras la crisis económica en los casos bajo estudio. Por esto, se hace necesario para estudios posteriores examinar el origen de esta dependencia y, a su vez, plantear alternativas que permitan una autonomía de las naciones frente a estas crisis de especulación, que afectan no solo a los Estados menos desarrollados sino también a sus poblaciones más vulnerables —que no solo se enfrentan a una crisis económica sino de coyuntura social, política y humanitaria—.

## Referencias

*Aporrea.* (4 de agosto de 2016). Unas 180 comunidades indígenas participarán en desarrollo del "Arco Minero del Orinoco". Recuperado de http://www.aporrea.org/poderpopular/n294873.html

Asamblea Nacional de Venezuela. (13 de mayo de 2016). Acuerdo sobre el Decreto de Estado de excepción y de emergencia económica. [Decreto n.° 2.323]. *Gaceta Oficial,* 6227.

Recuperado de http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_1fd3c0c2aa81722d977e73a79a3f42b9398d71b9.pdf

Banco de la Republica de Colombia. (13 de junio de 2016). *Boletín de Indicadores Económicos*. Recuperado de http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/paginas/bie.pdf

Banco Mundial. (2016a). *Datos Argentina*. Recuperado de http://www.bancomundial.org/es/country/argentina

Banco Mundial. (2016b). *Datos Venezuela*. Recuperado de http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?end=2013&locations=VE&start=1987&view=chart

BBC. (20 de enero de 2015). Venezuela prorroga estado de excepción en la frontera con Colombia. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151020_venezuela_colombia_frontera_prorroga_dp

BBC. (22 de agosto de 2015). Venezuela: Maduro decreta el estado de excepción en una parte de la frontera con Colombia. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150821_venezuela_estado_excepcion_colombia_ep

BBC. (22 de enero de 2016). La Asamblea Nacional de Venezuela rechaza el decreto de emergencia económica de Nicolás Maduro. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160122_venezuela_asamblea_emergencia_economica_rechaza_dp

Carosio, A., López, A. y Bracamonte, L. (coords.). (2015). *Antología del pensamiento crítico venezolano contemporáneo*. Buenos Aires: Clacso (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales). Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20151026020541/AntologiaVenezuela.pdf

Castilla, A. (18 de abril de 2015). ¿Plan Nacional de Desalojo? *Polo Democrático Alternativo*. Recuperado de http://www.polodemocratico.net/blogs/alberto-castilla/8177-plan-nacional-de-desalojo

Cedetrabajo (Centro de Estudios de Trabajo). (16 de mayo de 2016). OCDE prepara nueva oleada de privatizaciones en Colombia. *Observatorio TLC*. Recuperado de http://cedetrabajo.org/observatoriotlc/ocde-prepara-nueva-oleada-de-privatizaciones-en-colombia-2/

Chesnais, F., Duménil, G., Lévy, D. y Wallerstein, I. (2002). *La globalización y sus crisis. Interpretaciones desde la economía crítica*. Madrid: Catarata.

Cinep (Centro de Investigación y Educación Popular), Programa por la Paz. (2012). *Minería, conflictos sociales y violación a los derechos humanos en Colombia*. Bogotá: Cinep. Recuperado de http://www.jesuitas.org.co/documentos/45.pdf

Congreso de la Nación, Argentina. (10 de noviembre de 2015). Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana. Declaración. [Ley 27207]. *Boletín Oficial de la República Argentina* CXXIII (33 253). Recuperado de https://

www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/102119/123344/F-457195129/DECRETO%202266%202015%20ARGENTINA.pdf

DNP (Departamento Nacional de Planeación). (2015). Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país", Tomos I y II. Bogotá: DPN.

*El País*. (4 de agosto de 2015). Aumento en el precio del dólar empieza a afectar costo de vida de los colombianos. Recuperado de http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/aumento-precio-dolar-empieza-afectar-costo-vida-colombianos

*El Tiempo*. (11 de julio de 2016). En agosto suben las tarifas del agua, ¿por qué? Recuperado de http://www.eltiempo.com/economia/sectores/por-que-aumentan-tarifas-de-agua-en-agosto/16640724

*El Universal*. (4 de febrero de 2014). Protesta en la Vía del Mar a la altura de La Boquilla. Recuperado de http://www.eluniversal.com.co/cartagena/protesta-en-la-del-mar-la-altura-de-la-boquilla-150559

*El Universal*. (4 de mayo de 2016). Maduro dicta decreto para diferir remociones de ministros desde la AN. Recuperado de http://www.eluniversal.com/noticias/politica/maduro-dicta-decreto-para-diferir-remociones-ministros-desde_308020

Estrada, J. (ed.). (2005). *Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Estrada, J. (2006). Las reformas estructurales y la construcción del orden neoliberal en Colombia. En A. E. Ceceña (ed.), *Los desafíos de las emancipaciones en un contexto militarizado* (pp. 247-284). Buenos Aires: Clacso. Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsdl/collect/clacso/index/assoc/D2818.dir/cecena42.pdf

*Expansión*. (2016). Deuda Publica en Argentina. Recuperado de http://www.datosmacro.com/deuda/argentina

Fernández, M. (6 de agosto de 2016). Pueblos indígenas se oponen a explotación del Arco Minero. *La Nación*. Recuperado de http://lanacionweb.com/nacional/pueblos-indigenas-se-oponen-a-explotacion-del-arco-minero/

FMI (Fondo Monetario Internacional). (2016). *Datos Inflación en Argentina*. Recuperado de https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2015/02/weodata/weorept.aspx?sy=2000&ey=2016&scsm=1&ssd=1&sort=country&ds=.&br=1&pr1.x=57&pr1.y=13&c=213&s=PCPI%2CPCPIPCH%2CPCPIE%2CPCPIEPCH&grp=0&a=#download

Fraga, R. (15 de febrero de 2015). Indicadores de conflictividad social (1980-2014). *Nueva Mayoría*. Recuperado de http://www.nuevamayoria.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4598&Itemid=1

Galindo, C. y Gómez, J. F. (6 de enero de 2016). La deuda en Colombia como factor de consolidación y acumulación del sistema socio-económico. *CADTM (Comité para*

*la abolición de las deudas ilegitimas)*. Recuperado de http://www.cadtm.org/La-deuda-en-Colombia-como-factor

Galindo, C. y Gómez, J. F. (19 de enero de 2016). Crisis climática y energética, y recrudecimiento de la irracionalidad gubernamental. *CADTM (Comité para la abolición de las deudas ilegitimas)*. Recuperado de http://www.cadtm.org/Crisis-climatica-y-energetica-y

Galindo, C. y Gómez, J. F. (21 de marzo de 2016). Correlación de fuerzas y perspectivas del paro del 17 de marzo. *CADTM (Comité para la abolición de las deudas ilegitimas)*. Recuperado de http://www.cadtm.org/Correlacion-de-fuerzas-y

Galindo, C., Gómez, J. F. y Libreros, D. (2014). La caída de los precios del petróleo, la devaluación del peso y el aumento de la deuda pública. *Revista Kavilando, 7*(1), 53-62. Recuperado de https://kavilando.org/revista/index.php/kavilando/article/view/77

Galindo, C., Gómez, J. F. y Libreros, D. (25 de junio de 2016). Crisis del capitalismo periférico y la bancarrota del extractivismo. *CADTM (Comité para la abolición de las deudas ilegitimas)*. Recuperado de http://www.cadtm.org/Crisis-del-capitalismo-periferico

Gambina, J. (30 de diciembre de 2014). La dependencia del ingreso de capitales define al capitalismo argentino. *CADTM (Comité para la abolición de las deudas ilegitimas)*. Recuperado de http://www.cadtm.org/La-dependencia-del-ingreso-de

Gambina, J. (6 de agosto de 2016). Crece el conflicto social ante la recesión y la inflación. *CADTM (Comité para la abolición de las deudas ilegitimas)*. Recuperado de http://www.cadtm.org/Crece-el-conflicto-social-ante-la

Garrido, H. M. (26 de enero de 2016). Las 5 causas y 10 efectos de la crisis del petróleo: ¿quién gana, ¿quién pierde y cómo nos afecta? *20 minutos*. Recuperado de http://www.20minutos.es/noticia/2653191/0/causas-efectos/crisis-petroleo-barato/perjudicados-beneficiados/

Gaudichaud, F. (5 de noviembre de 2016). ¿Fin de ciclo? Los movimientos populares, la crisis de los "progresismos" gubernamentales y las alternativas ecosocialistas. *CADTM (Comité para la abolición de las deudas ilegitimas)*. Recuperado de http://www.cadtm.org/Fin-de-ciclo-Los-movimientos

Giraldo, C. (2007). *¿Protección o desprotección social?* Bogotá: Ediciones Desde Abajo. Recuperado de https://www.academia.edu/19775934/_Protecci%C3%B3n_o_desprotecci%C3%B3n_social

Husson, M. y Louçã, F. (2013). Capitalismo tardío y neoliberalismo, una perspectiva de la actual fase de la onda larga del desarrollo capitalista. *Sin Permiso: República y Socialismo también para el Siglo XXI,* 12, 81-95.

Katz, C. (2007). El giro de la economía argentina. *Textos de Economía, 10*(1), 100-132. Recuperado de https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/view/2277/1930

Katz, C. (2013). Anatomía del Kirchnerismo. *Revista Espacio Crítico,* 17, 50-66. Recuperado de http://www.espaciocritico.com/sites/all/files/revista/recrt17/n17_a06.pdf

Katz, C. (7 de julio de 2016). La economía de Macri. *CADTM (Comité para la abolición de las deudas ilegitimas).* Recuperado de http://www.cadtm.org/La-economia-de-Macri

Kornblith, M. (1997, abril). *Crisis y transformación del sistema político venezolano: nuevas y viejas reglas de juego.* Ponencia presentada en Latin American Studies Association, XX International Congress, Guadalajara, México. Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20130702011124/kornblith.pdf

*La FM.* (15 de septiembre de 2016). Desde el Congreso lanzan fuertes críticas a Ley Zidres. Recuperado de http://www.lafm.com.co/noticias/desde-el-congreso-lanzan-fuertes-criticas-a-ley-zidres/

Libreros, D. y Sarmiento, L. (2009). La crisis estructural del sistema mundo capitalista. En J. Estrada y J. Gualdrón (ed.), *Crisis capitalista. Economía, politica y movimiento* (pp. 248-269). Bogotá: Espacio Crítico, Centro de estudios.

Marini, R. M. (2008). Dialéctica de la dependencia (1973). En *América Latina, dependencia y globalización*. (pp. 107-149). Buenos Aires: Clacso.

Mata, M. (13 de marzo de 2016). AN negó prórroga de Decreto de Emergencia Económica. *Asamblea Nacional de Venezuela.* Recuperado de http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/14709.

Mazzeo, M. (2016). Las aporías del progresismo. *Revista Herramienta,* 58, 17-24. Recuperado de http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-58/las-aporias-del-progresismo

Ministerio de Hacienda. (2016a). *Bitácora. Cifras presupuestales.* Recuperado de http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/content/conn/OCS/path/Contribution%20Folders/SitioWeb/Home/presupuestogeneraldelanacion/cifrasHistoricas/Bit%C3%A1cora%20Cifras%20Prespuestales%20Actualizada%20(22112016)%20noviembre.pdf;jsessionid=RRKVipfndj_yVBB_wIurGC-pUNmiTTy6IFxvfBidT_cWIBKSt7Xv!1201366289

Ministerio de Hacienda. (2016b). *Marco Fiscal de Mediano Plazo 2016.* Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Recuperado de http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-059110%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Moreno, Á. (8 de octubre de 2012). Economía colombiana: no tan bien como la pintan. *Razón Pública*. Recuperado de http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/3318-economiacolombiana-no-tan-bien-como-la-pintan-.html

*Oxfam* (Oxford Committee for Famine Relief). (2016). Colombia: las falacias detrás de Zidres, una ley de "subdesarrollo rural". Recuperado de https://www.oxfam.org/es/colombia-las-falacias-detras-de-zidres-una-ley-de-subdesarrollo-rural

*Portafolio*. (29 de mayo de 2012). Por los TLC, importación de alimentos aumentó más de 50 %. Recuperado de http://www.portafolio.co/negocios/empresas/tlc-importacion-alimentos-aumento-50-114456

Pronto, M. y Fontes, V. (2012). Entrevista: François Chesnais. En *Trabalho, Educação e Saúde, 10*(3), 553-559. Recuperado de http://www.scielo.br/pdf/tes/v10n3/a12v10n3.pdf

Rodríguez, E. C. (1 de noviembre de 2013). La protesta social: protagonista del gobierno Santos (agosto 2010-agosto 2013). *Desde Abajo*. Recuperado de https://www.desdeabajo.info/blogs/item/23033-la-protesta-social-protagonista-del-gobierno-santos-agosto-2010-agosto-2013.html

Sánchez, M. E. (11 de diciembre de 2014). ¿Quién gana y quién pierde en América Latina con la caída del precio del petróleo? *BBC*. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/12/141211_economia_precios_petroleo_impacto_america_mes

Semana. (16 de febrero de 2014). Venezuela sin salida. Recuperado de http://www.semana.com/mundo/articulo/venezuela-en-la-sin-salida/377279-3

Sozzo, M. (comp.). (2016). *Postneoliberalismos y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: Clacso (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales). Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20160404115404/Postneoliberalismo_penalidad.pdf

Sutherland, M. (18 de febrero de 2016). La peor de las crisis económicas en Venezuela; causas, medidas y crónica de una ruina anunciada. *Aporrea*. Recuperado de https://www.aporrea.org/ideologia/a223089.html

Stolowicz, B. (2007). La izquierda que gobierna en América Latina: elementos para un balance político. En B. Stolowicz (ed.), *Gobiernos de izquierda en América Latina: un balance político* (pp. 341-374). Bogotá: Aurora.

*TeleSur*. (9 de marzo de 2015). Obama implementa sanciones contra Venezuela. Recuperado de http://www.telesurtv.net/news/Obama-implementa-sanciones-contra-Venezuela-20150309-0029.html

*TeleSur*. (30 de noviembre de 2015). Argentina: ratifican aumento de tarifas en sector eléctrico. Recuperado de http://www.telesurtv.net/news/Argentina-ratifican-aumento-de-tarifas-en-sector-electrico-20151230-0024.html

*TeleSur*. (16 de diciembre de 2015). Fin del cepo cambiario en Argentina ¿qué significa?. Recuperado de http://www.telesurtv.net/news/Fin-del-cepo-cambiario-en-Argentina-que-significa-20151216-0053.html

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela-Sala Constitucional. (20 de febrero de 2017). Sentencia n.° 100-Expediente n. ° 15-0142. [P. Gladys María Gutiérrez].

# Diagnóstico de implementación del *Código País de Mejores Prácticas Corporativas:* el mejoramiento de la arquitectura de control y el problema de la agencia en las juntas directivas*

## *Diagnosis of implementation of the Código País de mejores prácticas corporativas: the improvement of the control architecture and the problem of the agency in the boards of directors*

Semillero de investigación vinculado al grupo de investigación Arbitraje Nacional e Internacional (ANI)**

**María Paula Herrera Duque**
Departamento de Derecho
*mpherrerad@unal.edu.co*

**Luisa Fernanda Valderrama**
Departamento de Derecho
*lfvalderramac@unal.edu.co*

* Artículo resultado del proyecto de investigación n.° 33530 "Diagnóstico de implementación del Código País sobre buenas prácticas de gobierno corporativo en las principales instituciones financieras de Colombia", dirigido por el profesor Fredy Andréi Herrera Osorio.

** Los autores agradecen la colaboración de Cristian Andrey Urrego y Diego Mauricio Manrique Chaves.

**Resumen:** En el presente artículo se realiza un diagnóstico de la implementación de las medidas recomendadas por el Código de Mejores Prácticas Corporativas Colombia (Código País) en las entidades emisoras de valores. Para ello, la investigación se concentra en las medidas más implementadas, relacionadas con la arquitectura de control, y las medidas menos implementadas, relacionadas con la junta directiva, la remuneración de sus miembros y los conflictos de interés. Las medidas relacionadas con la arquitectura de control se estudian a partir del análisis de los modelos de control de riesgos del Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) y del modelo marco de apetito de riesgo (MAR), con el fin de formular propuestas para el mejoramiento del Código País respecto a este tema. Las medidas relacionadas con las juntas directivas se estudian a partir de la teoría de la agencia y se explican las consecuencias de que los emisores de valores sean reticentes en su aplicación.

**Palabras clave:** gobierno corporativo, Superintendencia Financiera de Colombia, Código País, Código de Mejores Prácticas Corporativas, arquitectura de control, juntas directivas, marco de apetito de riesgo (MAR), sociedades de familia, teoría de la agencia

**Abstract:** This article makes a diagnosis of the implementation of the measures recommended by the Código de Mejores Prácticas Corporativas Colombia (Código País) in the entities issuing securities. To this end, the research focuses on the most implemented measures, related to the control architecture, and the less implemented measures, related to the board of directors, the remuneration of its members and conflicts of interest. The measures related to the control architecture are studied from the analysis of the risk control models of the Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) and of the model risk appetite framework (RAF), in order to formulate Proposals for the improvement of the Código País in this area. Measures related to boards of directors are studied from the theory of the agency and explain the consequences of the issuers of securities being reluctant in their application.

**Keywords:** corporate governance, SIC, Código de Mejores Prácticas Corporativas Colombia, Código País, control architecture, boards of directors, risk appetite framework (RAF), family societies, agency theory

## Introducción

El gobierno corporativo se presenta como uno de los mecanismos de autorregulación más importantes para las sociedades emisoras de valores, en la medida en que permite el equilibrio entre los órganos sociales de la compañía y ofrece la garantía de una buena administración. De esta manera, beneficia a la propia compañía, a los inversionistas y agentes interesados en la estabilidad de la firma en el marco de un mercado de capitales y, en conjunto, al sistema, en la medida en que garantiza una menor propensión a la crisis.

Esto justifica que la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) se haya encargado de incentivar el gobierno corporativo en las sociedades emisoras de valores, a través de herramientas como el Código de Mejores Prácticas Corporativas Colombia (en adelante Código País) y un reporte de la aplicación de este código por parte de las compañías emisoras de valores.

El Código País, de acuerdo con la SFC (s. f.) "es una compilación de recomendaciones de mejores prácticas de gobierno corporativo para emisores del sector real y financiero". Este código

> Está integrado por 33 medidas, las cuales agrupan hasta 148 recomendaciones que pueden ser adoptadas por los emisores de valores en materia de: 1) derechos y trato equitativo de los accionistas, 2) asamblea general de accionistas, 3) junta directiva, 4) arquitectura de control, y 5) transparencia e información financiera y no financiera. (Superintendencia Financiera de Colombia [SFC], 2014, p. 1[1])

Las entidades emisoras de valores deben diligenciar un reporte de implementación de mejores prácticas corporativas en los términos de la Circular Externa 028 de 2014 (SFC, 2014). Aunque este reporte suministra información estadística valiosa a la SFC, no existen investigaciones que la analicen proporcionen un diagnóstico de la implementación del Código País.

Por lo tanto, en la medida en que no es suficiente suministrar información estadística acerca de la implementación del Código País, resulta necesario elaborar análisis conceptuales integrales, con el fin de lograr desarrollos en el gobierno corporativo. Esta investigación tiene como objetivos determinar las razones y consecuencias de que los emisores de valores en Colombia implementen medidas de gobierno corporativo, así como elaborar

1 El *Código de Mejores Prácticas Corporativas,* denominado Código País, fue publicado por la Superintendencia Financiera de Colombia en 2007 y actualizado mediante la Circular 028 de 2014.

propuestas orientadas a consolidar el Código País y el gobierno corporativo en Colombia, con el fin de mejorar la estabilidad y el buen funcionamiento del sistema financiero.

La metodología para alcanzar estos fines consiste en utilizar de manera comparativa los marcos conceptuales propuestos por el modelo de control de riesgos COSO y el modelo MAR, con el fin de obtener propuestas para mejorar el Código País en cuanto a las medidas relacionadas con estos temas: arquitectura de control y junta directiva. Asimismo, se utiliza la teoría de la agencia y el marco conceptual del conflicto de interés, con el fin de determinar las principales consecuencias tanto de aplicar las medidas propuestas por el código como de no hacerlo.

La estructura de esta investigación es la siguiente: en primer lugar, se presenta la noción de gobierno corporativo construida a partir de las crisis financieras, y se observa la adopción de esta iniciativa de regulación por el Gobierno colombiano a través del Código País y el reporte de implementación de la SFC. En segundo lugar, se indica el sustrato estadístico de esta investigación, obtenido a partir del informe anual expedido por la SFC (2015), que proporciona las bases estadísticas para identificar las medidas de mayor aplicación y las de menor aplicación. En tercer lugar, se analiza el fundamento teórico de la arquitectura de control a partir del modelo COSO, y se procura encontrar insumos para el mejoramiento del sistema de control de riesgos del Código País a partir del modelo MAR. Por último, se analiza el capítulo que se refiere a la junta directiva a partir del marco conceptual de la teoría de la agencia, lo que permite determinar las principales consecuencias de que las medidas correspondientes a este tema sean las menos aplicadas en Colombia, y observar cómo influye en esta situación la naturaleza del mercado colombiano.

## El gobierno corporativo como fenómeno de regulación en los mercados de capitales contemporáneos

El gobierno corporativo se define como la regulación de crisis. De esta forma lo plantean Michel Aglietta y Antoine Rebérioux (2009), quienes citan algunas de las crisis más relevantes en Estados Unidos que fueron catalizadoras de nuevas estrategias de regulación, como las denominadas Enron (2001), Lehman Brothers (2008) y Bear Stears (2008). Por otra parte, en un estudio periodístico de Alberto Donadio (2013) se refieren fraudes que han ocurrido en el mercado de valores colombiano y las nuevas regulaciones que se han planteado; por ejemplo, el caso del Grupo Grancolombiano en los años ochenta y, más recientemente, el caso de Proyectar Valores e Interbolsa.

Xavier Vives (2010) reseña que la explosión de la burbuja inmobiliaria en Estados Unidos a partir de los préstamos *subprime* en 2007, que culmina con la caída de Lehman Brothers, refleja que el mercado de capitales es susceptible a las fallas del mercado clásico, ya que en la quiebra de una entidad intervienen diferentes externalidades que se extienden de forma masiva a todo el mercado. Además, esto pone de relieve los problemas de agencia o conflicto de interés entre accionistas y administradores, por lo que la regulación resulta vital para paliar los efectos de estos fallos.

Vives (2010) afirma que el proceso de liberación en la banca ha estado sustentado en la confianza en los modelos internos de supervisión para el control del riesgo, y concluye que este esquema de regulación ha robustecido los modelos de gobierno corporativo y los requisitos mínimos de capital y supervisión de operaciones, que han derivado en las propuestas del marco regulador internacional para bancos (Basilea I, II y III).

Respecto a la necesidad de prevenir posibles crisis financieras desde el análisis de los principios rectores del gobierno corporativo, cabe resaltar que Olivencia, en entrevista con Júlia Fortea (2010), clasifica como esencial la función del consejo de administración en "la supervisión, que incluye el control de las instancias de gestión, mediante el seguimiento de los sistemas internos y de información adecuados a tal fin" (p. 56), junto con la aplicación de principios como la transparencia y la responsabilidad.

Estas circunstancias han motivado una tendencia hacia la autorregulación, que se define como "una alternativa que genera un balance entre la excesiva intervención del Estado que puede ser muy nociva y la ausencia absoluta de regulación en sistemas" (Rosillo, 2008, p. 6). En esta iniciativa de autorregulación se encuentra el nacimiento del gobierno corporativo, comprendido como un sistema de regulación que integra elementos para la creación de buenas conductas respecto a la interacción de los órganos sociales, basado en la idea de pesos y contrapesos, que implica que la propia sociedad regule sus actividades sin la necesidad de intervención del Estado (Navarro, 2012).

## El gobierno corporativo de Colombia

Esta iniciativa de regulación ha evolucionado de la mano de instituciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que la ha promovido como mecanismo útil e indispensable para lograr el desarrollo de las economías de las naciones y ha elaborado documentos para orientar su adopción: los *Principios de gobierno corporativo de la OCDE* (OCDE 2004) y las *Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas* (OCDE, 2011).

Por otro lado, son destacables los aportes de la Corporación Andina de Fomento (CAF) mediante documentos conceptuales como los *Lineamientos para un código andino*

*de gobierno corporativo* (CAF, 2012), así como los documentos que han sido el sustrato conceptual de los desarrollos de gobierno corporativo en Colombia, a saber, la *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*" (Superintendencia de Sociedades, 2009), el *Documento conceptual de gobierno corporativo* (SFC, 2010) y el *Código País* (SFC, 2007).

Además de la importancia del gobierno corporativo para la gobernabilidad de las compañías y la adopción de mejores prácticas, en especial en las empresas que cotizan en mercados de capitales —en las que son necesarios mínimos de gobierno que garanticen a los inversionistas la estabilidad de las compañías (Vélez, 2007)—, el gobierno corporativo estimula la confianza en la inversión y el aumento de la competitividad (Morales, 2007). Sumado a ello, el gobierno corporativo se ha fomentado en Colombia porque este es uno de los requisitos definidos por la OCDE para admitir al país en calidad de miembro. El Gobierno nacional ha buscado, en las últimas administraciones, su incorporación a la OCDE. Esta organización se compone de 35 países que trabajan conjuntamente en desafíos económicos, sociales y de gobernanza en el marco de la globalización (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], s. f.).

El 30 de mayo de 2013 Colombia fue oficialmente invitada a comenzar un proceso de adhesión a la OCDE. Dentro del proceso de aprobación se fijó la hoja de ruta (Roadmap) con los pasos que debe cumplir el país para ser aceptado en la organización (Presidencia de la República, s. f.). De los veintitrés comités creados conjuntamente por el Gobierno nacional y la OCDE para lograr la admisión del país, en abril de 2016 Colombia logró la aprobación del comité n.° 15, relacionado con gobierno corporativo.

Por otro lado, la SFC elaboró en el año 2007 un documento denominado Código País, que contiene recomendaciones sobre buenas prácticas de gobierno corporativo y promueve su implementación en las compañías colombianas en el marco de la profundización del mercado de capitales, lo que contribuye a consolidar la confianza de los accionistas (Gaitán, 2009).

El Código País se concibe como un marco de *soft law* para las compañías, por lo que su implementación no es obligatoria. Sin embargo, es importante anotar que muchas de las recomendaciones que se sugieren en este código están consagradas en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995 como auténticos deberes legales (Gaitán, 2009).

Asimismo, la SFC creó el reporte de implementación de mejores prácticas corporativas, una encuesta que debe ser diligenciada por las entidades supervisadas y entró en vigor con la Circular Externa 028 de 2014 de la SFC. Esta circular establece que las instituciones del sector real y los emisores de valores estaban obligados a transmitir el reporte de implementación de mejores prácticas corporativas hasta el 31 de diciembre de 2015.

El análisis del grado de implementación del Código País se realiza en el Informe Código País emitido por la SFC. En el último informe disponible (2015) se suministra información estadística acerca del grado de implementación de las medidas sugeridas para ese año; en este informe se presentan datos sobre el grado de implementación del código por parte de las 135 entidades emisoras de valores que estaban obligadas a transmitir el reporte de implementación de mejores prácticas corporativas.

Debido a esto, es necesario conocer de forma general el contenido del Código País para luego, a partir de la información estadística suministrada, llevar a cabo un análisis que permita formular un diagnóstico acerca de las consecuencias que representa la adopción o no de determinadas recomendaciones.

## Código País sobre mejores prácticas corporativas

El Código País (SFC, 2014) se compone de cinco áreas principales: 1) derechos y trato equitativo de accionistas, 2) asamblea general de accionistas, 3) junta directiva, 4) arquitectura de control y 5) transparencia e información financiera y no financiera. Dentro de cada área, se proponen una serie de medidas que se dividen en recomendaciones; de esta manera, se ofrecen pautas para el debido funcionamiento de las sociedades y la interacción entre sus órganos sociales.

**Tabla 1. Aréas del Código País**

| Área | Medidas[a] | Recomendaciones[b] |
|---|---|---|
| Derechos y trato equitativo de accionistas | 7 | 14 |
| Asamblea general de accionistas | 5 | 19 |
| Junta directiva | 12 | 73 |
| Arquitectura de control | 5 | 29 |
| Transparencia e información financiera y no financiera | 4 | 13 |

a Medidas: son aspectos clave de gobierno corporativo.

b Recomendaciones: son prácticas concretas de gobierno corporativo que permiten materializar el alcance de los lineamientos.

**Fuente:** elaboración propia.

En el área de derechos y trato equitativo de los accionistas, se reconocen los derechos de los accionistas y los mecanismos para ejercerlos; en la medida en que la administración y la gestión societaria son actividades complejas, se justifica que la administración sea delegada en la junta directiva, que a su vez delega en los miembros de la alta gerencia de la sociedad.

En relación con la asamblea general de accionistas se afirma que este es un órgano soberano y supremo de gobierno, que constituye el principal mecanismo de suministro de información y de control de los accionistas sobre la marcha de la sociedad. En esta área, el código pretende lograr un tránsito de la apatía al activismo, que conlleva el control efectivo de los accionistas sobre los órganos de gobierno de la sociedad. También se resalta el uso de nuevas tecnologías para lograr estos propósitos.

Por otra parte, la junta directiva se define como un órgano colegiado de administración de reunión periódica y con delegación de funciones, que regula su propia conformación con base en la independencia de sus miembros, en su profesionalización y en el modelo de junta directiva que haya escogido la compañía. En este sentido, el Código País no opta por ninguno de los sistemas de juntas directivas reseñados en la doctrina y deja esta decisión al arbitrio de las compañías. Adams y Ferreira (2007) señalan la existencia de dos modelos: uno de junta directiva única, en el cual la junta asume las tareas de asesoría y supervisión, como sucede en Estados Unidos o Colombia, y otro de junta directiva dual, en el cual las juntas directivas se dividen en gerencia y supervisión, sistema presente en varios países europeos (Adams y Ferreira, 2007, citados por Trujillo, Guzmán, Vázquez y Prada, 2014, p. 136).

La arquitectura de control se reconoce como un tema especial, que comprende el ambiente de control, la gestión de riesgos y los sistemas de control interno, de cumplimiento, y de información y monitoreo.

Por último, en relación con la transparencia en la revelación de información, el código establece una política integral para la revelación de información, en la cual sugiere la creación de un departamento administrativo especial, dentro de la sociedad responsable de esta función, y determina el tipo de información sujeta a revelación. Es importante agregar que dentro del código se encuentran varias disposiciones relacionadas directamente con los conglomerados y grupos de sociedades, que son características especiales del mercado colombiano, debido a que es necesario proteger a los terceros con respecto a la veracidad de la información del grupo.

## Información estadística acerca del grado de implementación del Código País

En relación con las 148 recomendaciones que contiene en total este código, estructuradas en 33 medidas propuestas, el Informe Código País de 2015 establece que existe un nivel de adopción del 59,153 %.

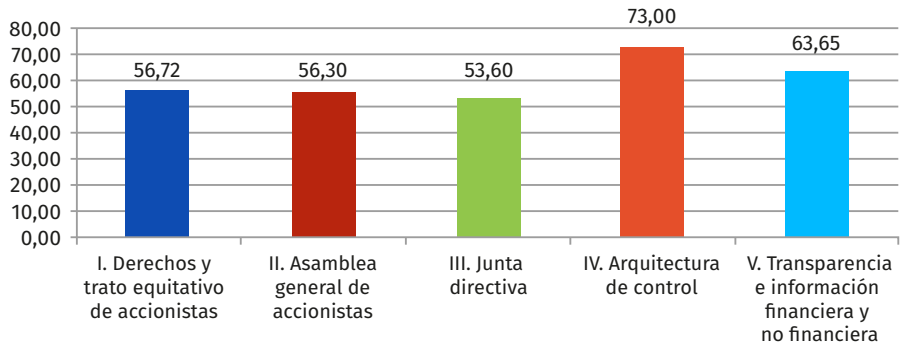



**Figura 1. Adopción por áreas del Código País. Tomado de: SFC (2015, p. 22).**

Como se puede observar en la figura 1, entre las medidas más adoptadas se encuentran las de arquitectura de control y de transparencia e información financiera y no financiera. Por otra parte, las medidas menos implementadas corresponden a la junta directiva. De esta manera, se obtienen los dos temas que se analizan en esta investigación: por un lado, las medidas propuestas sobre arquitectura de control, y por otro, las medidas sugeridas sobre junta directiva.

Las medidas principales que se refieren de forma directa o indirecta a la arquitectura de control son las siguientes. La medida 27 se relaciona con la supervisión, por parte de la junta directiva, de la existencia de un adecuado sistema de control interno. La medida 25 se refiere a la existencia de un ambiente de control. La medida 28 está relacionada con la información y comunicación de la filosofía y las políticas de riesgos, y con la existencia de sistemas *whistleblowers* que ofrecen la posibilidad de que los empleados comuniquen conductas ilegales o antiéticas (SFC, 2015).

Por otra parte, las medidas relacionadas con la junta directiva comprenden principalmente las siguientes. La recomendación 16,5 consiste en que la sociedad adopte una definición de independencia más rigurosa que la de la Ley 964 de 2005. La medida 23 sugiere la definición de políticas de remuneración de la junta directiva que identifiquen todos los componentes retributivos que efectivamente se pueden satisfacer. La medida 21 trata sobre conflictos de interés y la necesidad de diferenciar si son esporádicos o permanentes. La medida 24 está relacionada con la adopción de políticas de remuneración para el presidente de la sociedad y los miembros de la alta gerencia. La recomendación 5,1 exige que los miembros de la junta directiva y la alta gerencia se comprometan expresamente en sus contratos a cumplir periodos sin negociar de forma directa o indirecta cuando tengan conocimiento de una oferta pública de adquisición (OPA) u otras operaciones relevantes como fusiones o escisiones.

A continuación, se profundiza en las dos áreas escogidas: la arquitectura de control y la junta directiva. En cada uno de los casos se explica su fundamento teórico, las claves de su implementación y las consecuencias teóricas de la adopción de este tipo de medidas.

## Fundamentos conceptuales de la arquitectura de control a partir del modelo coso

Como lo reseña María Luisa Chiappe (2003), el riesgo es un elemento inherente a la actividad financiera; por ello, las entidades que son intermediarias de recursos deben asignar mayor prioridad a las prácticas relacionadas con su administración. Por este motivo, las autoridades de regulación imponen límites a los niveles de riesgo por vía legal, de modo que no resulta extraño que el marco legal de la actividad financiera contenga innumerables disposiciones que limitan los riesgos en esta actividad, por ejemplo, los riesgos de crédito, de mercado y operacional.

En este punto, Chiappe (2003) sostiene que es natural que se dé prioridad a los riesgos que afrontan la cartera y las inversiones. Sin embargo, en los últimos años se han revelado problemas en los sistemas de supervisión y gestión internos como consecuencia de quiebras en establecimientos financieros (se cita el ejemplo del Banco Barings, en donde se presentaron atribuciones desproporcionadas en cabeza de un funcionario para asumir riesgos a nombre del banco), y se ha demostrado la importancia del manejo de los riesgos de administración y gestión. Por esta razón, el gobierno corporativo ha abarcado estos asuntos de manera específica.

En este sentido, Eduardo García (2014) sostiene que una de las lecciones principales derivadas de la crisis financiera de 2008 es que algunas entidades habían asumido un riesgo agregado mayor del que podían soportar según su capital y capacidad para gestionar el riesgo. En consecuencia, tanto los reguladores como las entidades han repensado el papel del riesgo en una entidad de manera global.

A nivel global, la reacción frente a estos hechos fue promover la creación de organismos tanto consultivos como reguladores, con el objetivo de ejercer mayor control sobre los riesgos financieros y no financieros de las entidades. García (2014) refiere como ejemplos de esta proliferación de organismos supranacionales el *Bank for International Settlements* (BIS), el European Banking Authority (EBA), y el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, y afirma que, a pesar de la gran cantidad de documentos con recomendaciones sobre las mejores prácticas, los reguladores apenas han adoptado medidas enfocadas en algunos problemas como la medición del apetito o la forma de evaluar la gestión.

Acerca de la importancia de implementar este tipo de recomendaciones o modelos para la gestión de riesgos, Alba Carvajal y María Escobar (2013) sostienen que el control interno se refiere a la comprobación, inspección y monitoreo de los procesos de una empresa, lo que les permite adquirir el nivel competitivo y sólido que facilita el acceso y la actuación rápida frente al crecimiento del ambiente de negocios.

Carvajal y Escobar (2013) afirman que las empresas que aplican procesos de administración de riesgos crean ventaja competitiva porque están en capacidad de coordinar el nivel de riesgo con la estrategia de la empresa, lo que les permite lograr el crecimiento de la compañía. De igual forma, las empresas están en la capacidad de proveer respuestas integradas a riesgos múltiples, en caso de que el desarrollo de los negocios esté sujeto a riesgos inherentes que no se puedan reducir a cero, pero sí se puedan mitigar. Asimismo, una compañía que administra sus riesgos está en la capacidad de racionalizar el uso de recursos, apreciar las necesidades de capital y mejorar su distribución.

En Colombia, las entidades reguladoras han promovido de forma institucional dos modelos de gestión de riesgos: uno enfocado en los riesgos de cartera, el sistema de administración de riesgo crediticio (SARC), y otro enfocado en sistemas de gestión, administración y control de riesgos, como el que trae el Código País en relación con la arquitectura de control. Esto confirma que en Colombia los modelos relacionados con la gestión de riesgos administrativos han venido evolucionando.

La arquitectura de control, como se explicó, parte de la gestión y el reconocimiento de los riesgos a los que están expuestas las compañías, mediante la adopción de recomendaciones que propugnen por una visión integral del control. Así, el control se basa en la gestión de riesgos y se concreta en sistemas de control interno, cumplimiento, información y monitoreo (auditoria interna y externa).

Para este fin, el código promueve los modelos COSO I, II y III. Estos modelos son definidos como el "desarrollo de marcos generales y orientaciones sobre la gestión del riesgo, control interno y disuasión del fraude, diseñado para mejorar el desempeño organizacional y reducir el alcance del fraude en las organizaciones" (COSO, s. f.). Desde su publicación —el primero en 1992 y el tercero en 2013— se han adoptado internacionalmente estos modelos incluyen principios de control operados de forma conjunta relacionados con la rendición de cuentas, la prevención del fraude, el nivel de competencia de los funcionarios, la relevancia de los sistemas de información y la mitigación de los riesgos, y entre ellos se establecen estándares de conducta y se crean sistemas de autoridad y responsabilidad.

El modelo COSO es aplicado a cualquier sector económico; en esto se diferencia de otros tipos de modelos que son aplicados con preferencia al sector financiero, como el

(MAP) de la Financial Stability Board. Su función es fijar estrategias para el manejo de los riesgos a partir de la planificación de la compañía y la evaluación interna y externa de sus operaciones, así como establecer relaciones claras entre los distintos órganos sociales de la compañía, con el fin de lograr un trabajo articulado en torno a la gestión de los riesgos y tener en cuenta componentes especiales de compañías financieras.

En primer lugar, el modelo COSO I señala tres tipos de objetivos concretos a cumplir por el control interno: operacionales, de información financiera y de cumplimiento. Los primeros se relacionan con la utilización eficaz y eficiente de los recursos de la entidad; los de información financiera se refieren a la preparación y publicación de estados financieros fiables, y los de cumplimiento se orientan a que la entidad cumpla las leyes y normas que le sean aplicables (Bertani, Polesello, Sánchez y Troila 2014).

En este modelo, se puede considerar como novedad la concepción del control de riesgo como un proceso que constituye una de las actividades básicas de planificación, ejecución y supervisión de la entidad. Este proceso es llevado a cabo por personas de diferentes niveles, quienes establecen los objetivos de la organización e implementan los mecanismos de control y, por lo tanto, buscan un grado razonable de seguridad para alcanzar los objetivos propuestos por la organización.

En segundo lugar, se encuentra el modelo COSO II (denominado Enterprise Risk Management [ERP] o administración del riesgo empresarial), publicado en septiembre de 2004, en el cual se incluye un marco global para la administración de los riesgos integrales de la empresa. De este modo, se propone como un nuevo enfoque de marco de control de riesgo, que se complementa con los postulados de COSO I y permite a las compañías mejorar sus prácticas de control interno o decidir encaminarse hacia un proceso más completo de gestión de riesgo (Bertani *et al.,* 2014).

El modelo COSO II se sustenta en la premisa de que las entidades operan en ambientes donde factores como la globalización, la tecnología y la competencia crean incertidumbres. Estas se concretan en eventos que generan riesgos, pero al mismo tiempo generan oportunidades; de esta forma, la administración de riesgos corporativos permite manejar la incertidumbre, manejar su riesgo y la oportunidad asociada y, a partir de ello, ampliar la capacidad de la empresa para incrementar su valor.

La administración de riesgos corporativos es un proceso efectuado por el directorio, la administración y el personal de la empresa; fue diseñado para identificar eventos potenciales que puedan afectar a la compañía y para administrar los riesgos con el propósito de proveer una seguridad razonable respecto del logro de los objetivos de la empresa.

Entre los beneficios que puede traer la implementación del gobierno corporativo están los siguientes: mejora las decisiones de respuesta al riesgo, reduce las sorpresas y las

pérdidas operativas, identifica y gestiona la diversidad de riesgo de la empresa y, por último, permite aprovechar las oportunidades. Los aspectos fundamentales contemplados por COSO II son estos: ambiente interno, establecimiento de objetivos, identificación de eventos, evaluación de riesgos, respuesta a los riesgos, actividades de control, información y comunicación, y supervisión (Bertani *et al.*, 2014).

Con respecto a la última versión del modelo (COSO III), es necesario afirmar que este nuevo marco integrado permite una mayor cobertura de los riesgos a los que se enfrentan actualmente las organizaciones. Este nuevo modelo presta atención al mejoramiento del control interno y el gobierno corporativo, y responde a la presión pública para el mejoramiento de los recursos tanto públicos como privados en cualquier entidad, a raíz de la ocurrencia de varios fraudes financieros (Auditool, 2014).

El marco integrado de control abarca los diferentes aspectos a tener en cuenta en una entidad, agrupados en cinco componentes que deben actuar en conjunto para minimizar al máximo el riesgo, a saber, entorno de control, evaluación de riesgo, actividades de control, información y comunicación y, finalmente, supervisión. Es responsabilidad de la administración y la alta dirección establecer los objetivos con anterioridad al diseño e implementación del control interno, a fin de mitigar los riesgos que puedan afectar dichos objetivos (González, 2014).

En Colombia la aplicación del modelo COSO no es algo novedoso para las entidades emisoras de valores —en especial para aquellas que cotizan en bolsas de valores internacionales, como la Bolsa de Valores de Nueva York (NYSE)— puesto que la Ley Sarbanes-Oxley exige a las entidades inscritas en la Bolsa de Valores de Nueva York establecer la efectividad del sistema de control interno a partir del modelo COSO. Esta actividad es supervisada mediante la obligación de diligenciar la forma 20-F de la Comisión de Bolsa y Valores (*Securities and Exchange Commission* [SEC]). En consecuencia, por lo menos las siguientes firmas tienen experiencia en sistemas de control de riesgos como el COSO: Bancolombia, Avianca, Ecopetrol, Cementos Argos, ISA, Grupo Sura, Isagen, Corficol, Nutresa, Éxito y Tecnoglass (Bustamante, 2014). Debido a esta razón, las medidas relacionadas con la arquitectura de control de riesgos basadas en el modelo COSO tienen buena aceptación y aplicación por las compañías emisoras de valores.

A continuación, se describe el modelo MAR de la Financial Stability Board (FSB), que a diferencia de COSO se aplica principalmente a entidades financieras con el objetivo de suministrar aportes en la arquitectura del riesgo. El modelo MAR presenta ventajas particulares para las entidades financieras, como propender por el mejoramiento en la administración, la gestión y el control de riesgos.

## El modelo de la Financial Stability Board: Risk Appetite Framework o Marco de Apetito de Riegos (MAR)

El documento *Principles for an effective Risk Appetite Framework,* publicado por la Financial Stability Board (FSB) en noviembre de 2013, da a conocer al sector financiero los principios fundamentales que son la base del marco de apetito de riesgo (MAR) de las entidades. Según García (2014), el MAR es el nivel de riesgo que las entidades están dispuestas a asumir en el desarrollo de su actividad para cumplir con los objetivos fijados. Por lo tanto, constituye un regulador de las actividades de riesgo realizadas por las instituciones financieras sobre la base del conjunto de la empresa.

Las compañías implementan sistemas para gestionar sus riesgos optimizando el binomio riesgo-rentabilidad, de suerte que el objetivo del marco es suministrar un conjunto común de principios y medidas que se expresen en términos de capital, liquidez, u otras métricas apropiadas, como crecimiento o volatilidad.

Así las cosas, las definiciones cualitativas (gobierno y organización) deben complementar las medidas cuantitativas (identificación, medición, cálculo y métricas del riesgo), enfocar la toma de riesgos de la entidad o conglomerado financiero y articular claramente las motivaciones para asumir o evitar ciertos tipos de riesgos (Financial Stability Board, 2013).

Ahora, si bien es cierto que el MAR es necesario para la evaluación de los riesgos por parte de la alta gerencia y las juntas directivas, es importante resaltar que para lograr una implementación eficaz el MAR debe ser comunicado y promovido entre todos los miembros de la organización, a fin de que sea incorporado en el proceso de toma de decisiones y en el marco de gestión de riesgos; por lo tanto, debe ser fácil de comunicar y de entender por los interesados.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que en cualquier proceso de configuración de un MAR existen ciertos límites. Los límites a los riesgos son las asignaciones de riesgo de agregado de las entidades financieras, bien sea por líneas de negocio, como es el caso de las entidades individuales, o por categorías de riesgos específicos, concentraciones u otros casos, dependiendo del tamaño y complejidad de la entidad. Estos límites deben ser específicos y corresponder a la forma de los portafolios reales, así como contener especificaciones de la empresa que resulten determinantes y no contengan conceptos vagos, ambiguos o demasiado complicados (KPMG, 2011). Asimismo, para establecerlo se debe tener en cuenta la interacción entre los riesgos en las diferentes líneas de negocio.

Como se ha expresado, la construcción del MAR juega un papel importante en la gestión operativa y las funciones de control de la institución o conglomerado financiero, por lo que es indispensable que reúna en su diseño las estrategias corporativas, de capital y financiación, de gestión de los riesgos y operativa.

De esta manera, la interacción del marco de apetito de riesgos y la arquitectura de control enriquece el gobierno corporativo, en especial cuando se resalta que para el desarrollo de estos sistemas de control es importante la asignación de roles y responsabilidades empresariales. Cada una de estas demandas tiene impacto sobre las otras, por lo cual es responsabilidad del comité ejecutivo y el director de la junta lograr la armonía entre ellas. A continuación, se presenta la forma en que interactúan la estrategia corporativa, los órganos sociales y el MAR.

## Estrategia corporativa en el modelo MAR: enseñanzas para el modelo de arquitectura de riesgos y propuesta de introducción en el Código País

La estrategia corporativa en el MAR trata de la responsabilidad de los comités ejecutivos y la presidencia o junta directiva en la ejecución del marco de riesgos en la institución financiera. En primer lugar, los comités ejecutivos deben considerar indispensable el establecimiento de estrategias coherentes que permitan lograr estabilidad, solvencia y crecimiento sostenible, puesto que es prioritario resolver las contingencias relacionadas con riesgos, finanzas y funciones operacionales.

De esta manera, una clave para la junta directiva y el comité ejecutivo es balancear la tensión natural entre crecimiento y objetivos de riesgo. En orden a lograr esto, al comité ejecutivo se le asigna como función principal la creación de un plan estratégico, con sus respectivas líneas de negocio, finanzas y otros servicios (Institute of International Finance, 2011).

En el modelo societario colombiano (inspirado en el modelo estadounidense) la creación de un plan estratégico es función de la alta gerencia; sin embargo, esta función debe ser aprobada expresamente por la junta directiva. En el Código País se trata en la medida 13,1 sobre la aprobación y seguimiento periódico del plan estratégico, el plan de negocios, objetivos de gestión y los presupuestos anuales de la sociedad.

Sin embargo, respecto a este punto el modelo de control de riesgos MAR está mejor desarrollado que el modelo de arquitectura de riesgos, expuesto en el Código País. Aquel prevé que se debe establecer una relación entre los riesgos y el crecimiento, ya que el crecimiento puede ser mayor cuando se realizan operaciones que implican riesgos más grandes, sobre todo tratándose de actividades de intermediación. No obstante, en el Código País esta relación no se encuentra clara, ni tampoco se especifica la necesidad de que el plan estratégico lo contemple; por tanto, esta es otra de las contribuciones que se pueden realizar para el mejoramiento del Código País.

En este sentido, el modelo MAR sostiene que el plan estratégico describe la filosofía de la entidad frente al manejo de riesgos y debe ser actualizado periódicamente; asimismo,

debe resolver aquellos objetivos que resulten confusos, contradictorios y riesgosos entre este y el apetito de riesgo elaborado por el departamento de manejo de riesgos.

En conclusión, el Código País debería incluir este último apartado del modelo MAR, ya que permite que el comité de riesgos, la alta gerencia y la junta directiva desarrollen un acápite del plan estratégico orientado a calcular los riesgos en los que incurre la compañía con su plan estratégico. Del mismo modo, al tener en cuenta este apartado se facilita la resolución de las contradicciones y confusiones que surgen entre el logro de los objetivos y la gestión de los riesgos que implican.

## La cultura del riesgo, insumo del MAR para la arquitectura de control

En el modelo MAR, los altos gerentes de las firmas suelen recopilar el elemento del riesgo para establecer la estrategia del apetito de riesgo. Del mismo modo, la gestión del riesgo requiere que las funciones de los negocios y las finanzas guíen a la compañía en la cultura del riesgo, basada en procesos de estrategias y establecimiento de objetivos de negocio.

Los bancos líderes del mercado pueden tener un desarrollo exitoso en los documentos de marcos de riesgos y planes estratégicos en la medida en que asignan una mirada funcional por parte de los comités ejecutivos frente a los planes estratégicos y manejan racionalmente el límite de riesgos (KPMG, 2011).

En orden a lograr la armonía que presenta el modelo MAR entre los marcos de riesgos y los planes estratégicos del Código País es pertinente proponer que se establezca una medida que trate de la interacción entre los distintos comités de riesgo, la alta gerencia y la junta directiva o, en su defecto, se cree un comité especial que se encargue de la interacción entre el plan estratégico y los riesgos que representa este plan.

En suma, se requiere la creación de una cultura de riesgo, y la asignación de competencias directas al presidente de la junta directiva para su supervisión. Esta función se encuentra expresamente asignada en la recomendación 25,1 del Código País así: "consideren los riesgos que se derivan de la definición estratégica de la sociedad y de los procesos del negocio para realizar un adecuado seguimiento, evaluación y gestión de los mismos" (SFC, 2014); sin embargo, no se contempla claramente la posibilidad de concertar un diálogo entre los órganos de la empresa cuando no exista consistencia entre los planes estratégicos de negocio y los riesgos asumidos.

Por otro lado, la cultura del riesgo ha sido definida como "las normas o tradiciones de comportamiento de individuos o grupos, que determinan la manera en que ellos identifican, entienden, discuten y actúan sobre los riesgos que la organización debe enfrentar y los riesgos que debe tomar" (Institute of International Finance, 2011, p. 23) (traducción propia). La gestión de riesgos se basa en el establecimiento organizado de los niveles de riesgo, lo que exige planear y dialogar las decisiones sobre las unidades de negocio. Por

lo tanto, quienes aprueban estas decisiones deben tener un entendimiento claro sobre por qué esos límites deben ser lo que son. En apoyo de esto, en el ámbito internacional las empresas que más han avanzado en el establecimiento del MAR reportan que efectivamente existe una interconexión necesaria e indivisible entre el MAR y la cultura de riesgo (figura 2).

**Figura 2. Estructura de la gestión del riesgo. Tomado de: Scotiabank (2014, p. 1)**

A partir de lo expuesto, es pertinente que el Código País propenda por el establecimiento de relaciones institucionales acompañadas de un alto nivel de gestión. Esto permitirá que todos los órganos sociales, directores, administradores y el conjunto de la sociedad sean incentivados a cumplir los parámetros impuestos en el control de riesgos, de manera que no exista falta de claridad en la comunicación por parte de la administración. De esta manera, se genera una autentica cultura de riesgo, en la que incluso después de la asimilación y transformación es necesario mantener controles y límites. En consecuencia, es importante desarrollar indicadores de cumplimiento de las normas de gestión de riesgos que puedan formar una base sólida para la promoción y remuneración (Institute of International Finance, 2011, p.23) (traducción propia).

Esta labor requiere una intervención más rigurosa de la SFC, en la medida en que implica exigir no solo que se complete el requerimiento de aplicación sino también que se evalúe con detenimiento la estructura de control de riesgos de la compañía. Aunque es deseable que las instituciones gubernamentales adopten una visión como la planteada, en la práctica resulta difícil diseñar una interacción tan estrecha entre la entidad reguladora y la propia compañía sobre la forma en que esta maneja sus riesgos. En particular, este se ve limitado por los recursos y por la relevancia que se le da a este tema, que representa un valor agregado importante con el fin de evitar crisis en las instituciones financieras.

## La teoría de la agencia y las implicaciones en el tema de junta directiva

El problema de la agencia ha sido reseñado en diversos estudios sobre economía. Henry Mane, por ejemplo, detectó que los problemas derivados de la discrepancia de los intereses entre accionistas y administradores se neutralizaban en buena medida por la existencia de un verdadero mercado en el que el bien enajenado era el control sobre las compañías (Mane, citado por Villamizar, 2009). Debido a esto, el tema de la administración desleal de los órganos societarios es un riesgo latente en la gobernabilidad de las empresas, por lo que el gobierno corporativo representa un avance notable en la administración desleal de los órganos societarios.

Por otro lado, Carlos Gómez-Jara (2014), sostiene que

> La administración desleal de los órganos societarios goza de una notable actualidad. Basta echar un vistazo a los procesos penales espaciados a los escándalos empresariales desatados a comienzos del siglo XXI para comprobar que, en la mayoría de casos, el tipo de conducta que se reputaba delictivo giraba en torno a la administración desleal societaria. (p. 96)

Asimismo, Gómez-Jara presenta en su obra una recopilación de casos sobre administración desleal caracterizados por el abuso y la infidelidad en los órganos societarios. Estos casos se relacionan con lo encontrado en el Informe del Código País, en la medida en que la no adopción de una política de remuneración (medida 23) implica que se pueda optar por remuneraciones desproporcionadas, exentas de control y con el beneplácito de los órganos sociales. Por lo tanto, resulta preocupante que las compañías asociadas a entidad principal, aun teniendo en cuenta los riesgos crecientes de no adoptar límites a las remuneraciones ni establecer controles eficaces a los administradores, sigan optando por dejar al libre albedrío la remuneración de sus altos directivos, como se ocurrió en el caso Interbolsa.

Gómez-Jara (2014) afirma que "las cuestiones tanto teóricas como prácticas que se plantean en estos supuestos son demasiado complejas y difícilmente pueden abordarse sin tener en mente el insoslayable movimiento de gobierno corporativo" (p. 25). Por lo tanto, el gobierno corporativo es una herramienta eficaz para controlar el problema de la agencia; sin embargo, la falta de voluntad empresarial complejiza este asunto y pone en riesgo a todo el sistema financiero. En consecuencia, resulta preocupante que asuntos medulares en el gobierno corporativo de las compañías, como los relacionados con la remuneración de los directivos, aún no sean lo suficientemente interiorizados por las instituciones financieras colombianas.

## La junta directiva como órgano que reduce el problema de la agencia

El gobierno corporativo da cuenta del tratamiento eficaz del fenómeno de la agencia mediante el establecimiento de órganos colegiados para su tratamiento. En un importante estudio sobre las juntas directivas en el gobierno corporativo, Trujillo, Guzmán, Vázquez y Prada (2014) reconocen los riesgos para la administración que se derivan de la posibilidad de que los gerentes puedan dedicarse al consumo de prebendas que sean excesivas, y sostienen que es necesaria la creación de una junta directiva encargada del control y la toma de decisiones adecuadas.

Fama y Jensen (1983) describen las características generales de un sistema de control en las empresas. En primer lugar, mencionan el establecimiento de jerarquías para la toma de decisiones; en segundo lugar, referencian los sistemas de supervisión mutuos y, en tercer lugar, las juntas directivas. Estos órganos supervisan las decisiones importantes y seleccionan, despiden y recompensan a la alta gerencia, como forma de prevenir los riesgos inherentes a la administración (Fama y Jensen, 1983, citados por Trujillo, Guzmán, Vázquez y Prada, 2014).

En este sentido, es importante resaltar que uno de los beneficios que otorga el gobierno corporativo es controlar la dilución de capital por parte de los administradores, proceso indispensable para lograr la mayor generación y aprovechamiento de la riqueza. Respecto a esto, Michael Jensen (1986) ilustró ejemplos claros de compañías petroleras cuyos gerentes, que disponían de grandes flujos de capital libres desperdiciaron estos recursos excedentes al invertirlos en proyectos de bajo valor presente neto. Luego de ofrecer varios ejemplos concluye que estos desperdicios que caracterizaron la economía estadounidense a finales de los ochenta fueron contenidos mediante el mercado de control corporativo, mecanismos de control corporativo como las juntas directivas, organismos de alta gerencia y el establecimiento de comités.

Como lo ilustra el ejemplo referido, es preocupante observar que el hecho de que no se establezcan límites a las remuneraciones puede conducir a que la riqueza de los

agentes, propietarios o controlantes del capital sea desperdiciada. De este modo, recursos que podrían utilizarse de forma provechosa para la generación de más riqueza se diluyen por cuenta de remuneraciones excesivas o no ajustadas.

Por otra parte, es relevante citar el estudio de Leora Klapper e Inessa Love (2002), quienes estudiaron catorce países en desarrollo y encontraron una fuerte relación entre el indicador de gobierno corporativo y el desempeño operacional de la compañía. Klapper y Love (2002) concluyeron que las empresas podían compensar marcos regulatorios débiles o ineficientes con buenos sistemas de gobierno corporativo dentro de las compañías.

## El incumplimiento de la medida 21 del Código País acerca de los conflictos de interés

En el Informe Código País 2015 se observa un alto incumplimiento de la medida 21, en relación con la declaración de conflictos de interés, la distinción entre los que son ocasionales, permanentes y la carencia en la publicación de esta información. En este sentido, el Decreto único 2555 de 2010 define el conflicto de interés como

> La situación en virtud de la cual una persona en razón de su actividad se enfrenta a distintas alternativas de conducta con relación a intereses incompatibles, ninguno de los cuales puede privilegiar en atención a sus obligaciones legales o contractuales. (Decreto único 2555, 2010, art. 2.11.4.2.1)

Por otro lado, el Consejo de Estado propone definirlo como:

> Un problema de carácter ético dado por el manejo de una información específica que coloca a tales entidades en una situación de privilegio que se produce, de un lado, por la obtención de un beneficio para sí misma, y de otro, por los efectos generados respecto de los intereses de otros individuos. (Consejo de Estado, citado por Buitrago, 2015, p. 54)

En conjunto, según las definiciones citadas el conflicto de interés se da cuando una persona puede beneficiarse o beneficiar a un tercero a partir de las decisiones que toma.

De acuerdo con Buitrago (2015), existen dos decisiones en las cuales se ha sancionado a entidades por cuenta del conflicto de interés que han tenido sus altos gerentes o la sociedad misma en representación de estos, a saber, la Resolución 0337 de 2001 y la Resolución 1504 de 2009 de la SFC. En la Resolución 0337 de 2001 se sancionó a una comisionista de bolsa dentro de un proceso de estructuración y ejecución de un *swap* en el cual se actuó a partir del conflicto de interés, mientras que en la Resolución 1504 de

2009 se sancionó a una comisionista de bolsa por privilegiar los intereses de un cliente suyo en relación con otros.

Por último, es pertinente citar la sanción contra la comisionista de bolsa Interbolsa S. A. debido a que se constituyó en precedente en el sistema financiero colombiano. En esta sanción, el ente regulador:

> Profiere una decisión para su presidente, los miembros de la Junta Directiva y del Comité de Riesgos, quienes debieron abstenerse de actuar frente a una situación de conflicto de interés en atención a sus deberes legales y contractuales. En este sentido el Tribunal evidenció que la sociedad comisionista privilegió sus intereses y los de un grupo de clientes, denominados como Grupo Corridori. (Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia [AMV], citado por Buitrago, 2015, p. 60)

Los anteriores ejemplos permiten ver la profunda importancia de seguir actuaciones que no conlleven conflictos de interés, de forma institucional y de forma particular, en los cargos de alta gerencia. En este caso, como se recalcó desde el comienzo de este artículo, se da un fenómeno legal regulado de forma vinculante por las disposiciones legales reseñadas, sometidas a la jurisdicción disciplinaria del mercado de valores y al Código País, lo que refleja la suma importancia de este asunto.

Así, las consecuencias de la falta de adopción de disposiciones referentes a conflictos de interés son delicadas para la propia sociedad, porque pueden incluir sanciones administrativas o representar un gran riesgo para la existencia de la sociedad, como refleja el caso Interbolsa. Por esto, resulta preocupante que esta medida no sea aplicada por las instituciones financieras. En las circunstancias propias del sistema financiero colombiano se observa la falta de conciencia de las entidades, y que el sistema se caracteriza por estar inclinado hacia la maximización de las utilidades, de modo que está mucho más próximo al modelo estadounidense, en donde se realizan actuaciones no reguladas con el fin de obtener los máximos resultados posibles (Aglietta y Rebérioux, 2009).

## Conclusiones

Respecto al mejoramiento de la arquitectura de control, se obtienen varias conclusiones. En primer lugar, la aplicación del modelo COSO no es algo novedoso para las entidades emisoras de valores, en especial aquellas que cotizan en bolsas de valores internacionales, ya que la Ley Sarbanes-Oxley exige a las entidades inscritas en la NYSE que establezcan, mantengan y valoren la efectividad del sistema de control interno para la

presentación de reportes financieros a partir del modelo COSO. Esta es una de las razones que explican por qué existe alta aplicación de las medidas de arquitectura de control.

En segundo lugar, el modelo de control de riesgos MAR está más desarrollado que el modelo de arquitectura de riesgos expuesto en el Código País, puesto que prevé que se debe establecer una relación entre los riesgos y el crecimiento. El Código País no cuenta con una medida especifica que contemple la necesidad de elaborar el plan de crecimiento en conjunto con el plan de riesgos generados. Por lo tanto, el Código País debería exigir una labor de cooperación entre el comité de riesgos, la alta gerencia y la junta directiva en la elaboración y desarrollo del plan estratégico de la compañía; esto permitirá desarrollar un mecanismo para calcular los riesgos en que incurre la compañía con su plan estratégico, y resolver las contradicciones que surgen entre cómo lograr los objetivos y cómo sanear los riesgos que implican.

En tercer lugar, resulta imperioso que el Código País genere un compromiso mediante el cual todos los órganos sociales, directores, administradores y el conjunto de la sociedad sean incentivados a cumplir los parámetros impuestos en el control de riesgos. Así se podría eliminar la falta de claridad en la comunicación por parte de la administración y se generaría una autentica cultura de riesgo, que se profundice con la extensión de las funciones del presidente de la junta directiva, en relación con la gestión del sistema de control de riesgos.

Asimismo, es necesario incentivar la interacción entre los distintos comités de riesgo, la alta gerencia y la junta directiva, o en su defecto, se debe crear un comité especial que se encargue de la interacción entre el plan estratégico y los riesgos que representa su ejecución.

La adopción de estas propuestas para el mejoramiento de la estructura de control implica una intervención mucho más rigurosa de la SFC para exigir no solo que se complete el requerimiento de aplicación sino también que se evalúe con detenimiento la estructura de control de riesgos de la compañía.

Por otro lado, en relación con el problema de la agencia que se manifiesta en la falta de adopción de medidas relacionadas con la junta directiva, como la conformación de un comité de retribución y la definición de políticas frente al conflicto de interés, se pueden extraer estas conclusiones. En primer lugar, el hecho de que no se establezcan límites a las remuneraciones puede implicar que la riqueza de los agentes, propietarios o controlantes del capital se desperdicie. Si esto sucede, los recursos que podrían utilizarse de forma provechosa para la generación de más riqueza se diluyen por cuenta de remuneraciones excesivas; o por lo menos no ajustadas.

Asimismo, las consecuencias que puede tener la falta de adopción de disposiciones referentes a conflictos de interés se extienden a aspectos cruciales, ya que pueden acarrear sanciones administrativas, pero también implican un gran riesgo para la existencia

de la propia sociedad. Por lo tanto, resulta preocupante que esta medida no sea aplicada por las instituciones financieras.

A partir de las circunstancias propias del sistema financiero colombiano se puede observar la falta de conciencia de las entidades; así como la naturaleza del sistema, que está orientado hacia la maximización de las utilidades con el fin de obtener los máximos resultados posibles. La solución de este problema debe enfocarse en el aumento de la conciencia de las instituciones financieras sobre la importancia de evitar conflictos de interés dentro de las compañías, mediante la adopción de disposiciones como las relacionadas en las medidas propuestas por el Código País.

## Referencias


Aglietta, M. y Rebérioux. A. (2009). *El capital financiero a la deriva. El debate sobre el gobierno de empresa.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Auditool. (2014). *Modelo COSO III-Marco integrado de control interno.* Recuperado de https://www.auditool.org/blog/control-interno/3340-implementacion-del-marco-integrado-de-control-interno-coso-iii

Bertani, E. A., Polesello, M. F., Sánchez, M. M. y Troila, J. A. (2014). *COSO I y COSO II Una propuesta integrada.* (Trabajo de investigación). Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Recuperado de http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/6694/bertanipolesellosancheztroila-tesisfce.pdf

Buitrago J. P. (2015). *Regulación de los conflictos de interés en las actividades de intermediación de valores.* (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Recuperado de https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/16745

Bustamante, C. (21 de enero del 2014). Este es el club de firmas colombianas en Wall Street. *Portafolio.* Recuperado de http://www.portafolio.co/economia/finanzas/club-firmas-colombianas-wall-street-63802

Carvajal, A. R. y Escobar, M. E. (2013). *Herramienta integrada de control interno y administración de riesgos, enmarcada en buen gobierno corporativo para pequeñas y medianas empresas en Colombia.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Chiappe, M. L. (2003). *El riesgo en la actividad financiera.* Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/ComunicadosyPublicaciones/80web/archivos/MariaLuisaChiape.pdf

COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission). (s. f.). About Us. Recuperado de https://www.coso.org/Pages/aboutus.aspx

Corporación Andina de Fomento. (2012). *Lineamientos para un Código andino de gobierno corporativo*. Recuperado de https://www.caf.com/media/3266/linea6abril100dpi.pdf

Donadio, A. (2013). *El cartel de Interbolsa. Crónica de una estafa financiera.* Bogotá: Sílaba.

Financial Stability Board. (18 de noviembre del 2013). *Principles for an effective risk appetite framework.* Recuperado de http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_131118.pdf?page_moved=1

Fortea, J. (2010). Hay un desajuste en el gobierno mundial. Entrevista con M. Olivencia. *Consejeros: la Revista del Buen Gobierno y la Responsabilidad Corporativa,* 56, 56-61.

Gaitán, S. (2009). Gobierno corporativo en Colombia. Tendencias actuales. *AD-minister,* 15, 137-153. Recuperado de http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/administer/article/viewFile/207/258

García, E. (2014). *Apetito al riesgo.* (Proyecto de investigación) Universidad Pontificia Comillas de Madrid ICAI-ICADE, Madrid, España. Recuperado de https://www.iit.comillas.edu/pfc/resumenes/53918313c47f9.pdf

Gómez-Jara, C. (2014). *La administración desleal de los órganos societarios.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

González, R. (2014). *Marco integrado de control interno. Modelo COSO III.* Recuperado de https://www.ofstlaxcala.gob.mx/doc/material/27.pdf

Institute of International Finance. (2011). *Implementing robust risk appetite frameworks to strengthen financial institutions.* Recuperado de https://www.iif.com/file/7075/download?token=NOwe4NwK

Jensen, M. (1986). Agency Cost of Free Cash Flow, Corporate Finance, and Takeovers *American Economic Review, 76*(2), 323-329. Recuperado de https://www.jstor.org/stable/1818789

Klapper, L. F. y Love I. (2002). Corporate Governance, Investor Protection and Performance in Emerging Markets. *Policy Research Working Paper,* 2818, 1-35. Recuperado de https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/14319

KPMG Internacional. (2011). *Developing a strong risk appetite program. Challenges and solutions.* Recuperado de https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2013/11/risk-appetite-v2.pdf

Morales, A. M. (2007). *Gobierno corporativo. Principales desarrollos en las empresas que cotizan en la Bolsa de Valores de Colombia.* Medellín: Universidad de Medellín.

Navarro, F. (2012). *Responsabilidad social corporativa: teoría y práctica.* Madrid: ESIC Editorial.

OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). (s. f.). Acerca de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Recuperado de http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/

OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). (2004). *Principios de gobierno corporativo de la OCDE*. Recuperado de https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf

OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). (2011). *Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas*. Recuperado de https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf

Presidencia de la República. (s. f.). *Proceso de adhesión Colombia*. Recuperado de http://wsp.presidencia.gov.co/ocde/ocde/Paginas/proceso-adhesion-colombia.aspx

Presidente de la República de Colombia. (15 de julio del 2010). Decreto único 2555 de 2010. Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10083580

Rosillo, M. (2008). La autorregulación en el mercado de valores. *Revista de Derecho Privado,* 30, 3-34. Recuperado de http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033187001.pdf

Scotiabank. (2014). *Gestión de riesgos*. Recuperado de http://media.scotiabank.com/AR/2014/files/2814/2247/8501/SP_Risk_Management_Jan28.pdf

SFC (Superintendencia Financiera de Colombia). (2007). *Código de mejores prácticas corporativas*. Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Codigopais/textos/codigopias.pdf

SFC (Superintendencia Financiera de Colombia). (2010). *Documento conceptual de gobierno corporativo*. Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/GobiernoCorporativo/doccongb200810pub.pdf

SFC (Superintendencia Financiera de Colombia). (30 de septiembre de 2014). Circular Externa 028 de 2014. Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10082461

SFC (Superintendencia Financiera de Colombia). (2015). *Informe Código País 2015*. Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10782

SFC (Superintendencia Financiera de Colombia). (s. f.). ¿Qué es el Código País? Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Codigopais/queescp.html

Superintendencia de Sociedades. (2009). *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*. Recuperado de http://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/3037/8229_guiacolgobcorporativo.pdf?sequence=1

Vélez. F. (2007). Aproximaciones al gobierno corporativo en Colombia. Incursión y desarrollos actuales. *Criterio Jurídico, 1*(7). 367-402. Recuperado de http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/286

**Semilleros de Investigación**
**2016 n.º 30**

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. El texto de las páginas interiores fue compuesto en caracteres de las familias tipográficas Fira y Gandhi Serif.

Plantear reflexiones que permitan dialogar con las teorías sociales, políticas y jurídicas es uno de los propósitos principales de la academia. Sin embargo, también deben fomentarse modos en que estos preceptos sean cuestionados, debatidos e incluso replanteados. En esta vía se han escrito los artículos que componen esta publicación, que reune trabajos de semilleros de investigación conformados por estudiantes de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

Esta publicación se divide en cuatro secciones temáticas: 1) investigaciones sobre el posconflicto, desde sus multiples matices; 2) conflictividades y derechos ambientales con estudios de caso en diversos puntos de la geografía nacional; 3) asuntos sociojurídicos referente a temáticas propias de nuestra realidad social; y 4) análisis de problemáticas del país y de las regiones desde la perspectiva política y de las políticas públicas.