

Jornadas de Investigación en Política y Derecho

**Memorias
Volumen 1**

Editores Académicos

**Luis Fernando Sánchez Huertas
y Nubia Tatiana Vargas-Nieto**



Ediciones
Unibagué

Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Programa de Derecho

**Jornadas Internacionales de Investigación
en Política y Derecho
Memorias**

Editores Académicos
Luis Fernando Sánchez Huertas
y Nubia Tatiana Vargas Nieto

Ibagué, Colombia
2018

340

J82 Jornadas de Investigación en Política y Derecho: Memorias /

Adriana María Ramírez López... /y 14 autores más/; editores
académicos: Luis Fernando Sánchez Huertas, Nubia Tatiana Vargas-Nieto.
Ibagué: Universidad de Ibagué, 2018
240 páginas. 16.5 x 23.5 centímetros

ISSN Impreso 2619-2276

ISSN Digital 2619-2268

Descriptores: Justicia transicional – América Latina; Estado social de derecho – Colombia; Estado constitucional de derechos – Ecuador; Trata de personas; Comercio de arroz – Tolima; Comunidad Muisca – Suba; Ciclovías recreativas – Ciudad de México; Gobernanza y criminalidad en el fútbol; Acceso a la propiedad rural – Colombia; El software y su protección ambivalente; El daño jurídico; La inaplicabilidad del enfoque de género.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Jornadas de Investigación en Política y Derecho

Publicación anual

Volumen 1

Septiembre de 2018

Universidad de Ibagué

© Universidad de Ibagué, 2018

Adriana María Ramírez López, Carolina Lara Delgado, Juan Manuel Rodríguez Acevedo, Natalia Rojas Rodríguez, Oscar Leonardo Barrero Leal, Paola Andrea Sánchez Castañeda, Alison López Rodríguez, Claudia Patricia Barreto Posada, César Andrés Barrera Alvira, César Emilio Torres Reyes, Diana Carolina Arana Franco, Esperanza Castillo Yara, Olga Lucía Troncoso Estrada, Wilman Fernando Gómez Martínez, 2018

Editores Académicos

Luis Fernando Sánchez Huertas y Nubia Tatiana Vargas-Nieto

Cómo citar esta obra: Sánchez Huertas, L.F & Vargas-Nieto, N.T. (Eds.). (2018). *Jornadas de Investigación en Política y Derecho*. Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué

Dirección editorial: Ediciones Unibagué

ediciones.unibague.edu.co

publicaciones@unibague.edu.co

Universidad de Ibagué

Carrera 22, calle 67. Barrio Ambalá

Teléfono: +57 (8) 2760010

Ibagué, Tolima, Colombia.

www.unibague.edu.co

Diseño, diagramación e impresión

León Gráficas SAS. PBX 2630088. Ibagué.

Esta obra no puede reproducirse sin la autorización expresa y por escrito de la Universidad de Ibagué.

Contenido

Presentación	7
Estudiantes de doctorado	9
Las deudas de la justicia transicional en América Latina: Análisis de la precariedad simbólica de los procesos de reparación a las víctimas y construcción de memoria histórica en Guatemala, Perú y Colombia.....	11
Adriana María Ramírez López	
El Estado Social de Derecho Colombiano y el Estado Constitucional de Derechos de Ecuador, frente al marco de garantía al Derecho a la Participación Ciudadana.....	41
Carolina Lara Delgado	
El videojuego como una nueva manifestación de la política	51
Juan Manuel Rodríguez Acevedo	
La trata de personas en un mundo globalizado	65
Natalia Rojas Rodríguez	
Consequences of the Global Rice Trade for the Market of the Tolima Region of Colombia.....	83
Oscar Leonardo Barrero Leal	
The Struggle of Re-Becoming: The Identity Resurgence of the Muisca Community of Suba.....	101
Paola Andrea Sánchez Castañeda	
Estudiantes de maestría	119
Transfer of the program Ciclovía Recreativa to Mexico City.....	121
Alison López Rodríguez	
La inaplicabilidad del enfoque de género	131
Claudia Patricia Barreto Posada	
Gobernanza y criminalidad en el fútbol. Análisis de las atribuciones y límites de la FIFA frente a la prohibición de injerencia de terceros en el fútbol y el desarrollo de dinámicas criminales complejas en su interior como consecuencia	151
César Andrés Barrera Alvira	

Ciberengaño pederasta (grooming), comunicación y poder	161
César Emilio Torres Reyes	
La garantía de acceso a la propiedad rural a través de la prescripción adquisitiva en Colombia: Instrumentos legales y su efectividad	173
Diana Carolina Arana Franco	
La evaluación auténtica de estudiantes: Aproximación a un programa de Derecho	185
Esperanza Castillo Yara	
El software y su protección ambivalente: Posibilidad de doble protección mediante control de cumplimiento internacional	201
Olga Lucía Troncoso Estrada	
El daño jurídico: Determinación de los elementos conceptuales que componen los casos en que el Estado ha ocasionado un detrimento a los administrados en el cumplimiento de sus funciones; revocatoria de las concesiones para exploración y explotación minera de recursos no renovables	223
Wilman Fernando Gómez Martínez	

Presentación

La cooperación lubrica la maquinaria necesaria para hacer las cosas y la coparticipación puede compensar aquello de lo que tal vez carezcamos individualmente. Aunque inserta en nuestros genes, la cooperación no se mantiene viva en la conducta rutinaria; es menester desarrollarla y profundizarla.
(Sennett)

Retos y compromisos

El contexto para el lector de este trabajo sería el siguiente: en esta publicación encontrará escritos preliminares de estudiantes de maestría y doctorado en Derecho y Ciencia Política. Estos serán presentados por sus autores en unas jornadas de investigación en la Universidad de Ibagué del 26 al 28 de septiembre de 2018. Estos escritos (*working papers*) son el avance de futuros trabajos de grado-tesis de sus autores. Es decir, este es un libro que recoge *working papers* de estudiantes de posgrado de varias universidades nacionales e internacionales en el marco de unas Jornadas Internacionales de Investigación en Derecho y Ciencia Política.

Los escritos y las Jornadas nacen de la Maestría en Derecho de nuestra Universidad, con la colaboración entusiasta de la Dirección de Investigaciones. La pretensión de estas Jornadas y de esta publicación es cumplir dos compromisos centrales: el compromiso regional de la Universidad de Ibagué en todos sus programas y lo que representa una maestría desde la perspectiva de la generación del conocimiento.

El compromiso regional de la Universidad, en este caso, implica convocar desde Ibagué a colegas y estudiantes de otras ciudades y otros países a intercambiar conocimientos y crear redes para convertir así a la región en un nodo activo y propositivo. En cuanto a esto, el lector de este escrito y el asistente a estas Jornadas leerá y asistirá a ponencias y clases de in-

vestigadores colombianos que realizan sus estudios en Colombia, Italia, Alemania y Estados Unidos en universidades de primer nivel.

Por otro lado, una forma sencilla de explicar qué representa una maestría es la siguiente: en la maestría se debe dar cuenta del estado del arte de un problema y demostrar en la tesis que se tiene el rigor para recrearlo; es decir, un estudiante de maestría con su trabajo de grado se convierte en magíster, porque mediante dicho trabajo logró demostrar que tiene la habilidad de investigar sobre un tema con criterio y rigor científico. Y esto ya se puede vislumbrar con los presentes escritos, pues un *working paper* es una fase inicial concreta de un trabajo de grado. Sobre este punto es importante agregar que escribir textos académicos implica un esfuerzo que no es menor, sobre todo en un entorno en el que histórica y culturalmente hemos privilegiado la forma oral de abordar temas y nos ha costado asumir la escritura como medio de generación del conocimiento. En Colombia y en la región debemos investigar y escribir más y dejar de leer solo escritos de fuera.

En esta publicación no solo hay escritos de estudiantes de maestría, sino también de estudiantes de doctorado. Esto implica para el lector que podrá acercarse a investigaciones que reconstruyen estados del arte y además proponen hipótesis novedosas; es decir, hay aportes al conocimiento.

Presentamos esta publicación como una prueba clara del compromiso de la Universidad de Ibagué en la generación de nuevo conocimiento en los ámbitos de maestría y doctorado con la convicción de que las universidades no solo deben impartir saberes seculares, sino que también deben construir nuevos conocimientos. En esto radica el compromiso que como Universidad asumimos con la región y con el conocimiento.

Luis Fernando Sánchez Huertas, Ph.D.
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Ibagué
Ibagué, agosto de 2018

Estudiantes de maestría

Las deudas de la justicia transicional en América Latina: Análisis de la precariedad simbólica de los procesos de reparación a las víctimas y construcción de memoria histórica en Guatemala, Perú y Colombia

Adriana María Ramírez López*

Resumen. A partir de una conceptualización sustentada en el trabajo sobre emociones públicas de Martha Nussbaum, este artículo analiza las dinámicas bajo las cuales se han diseñado y construido lugares de memoria en Colombia, Perú y Guatemala como parte del proceso de reparación a las víctimas. Se pretende evidenciar que la manera en la cual estos escenarios particulares son concebidos y abordados dentro de las transiciones incide en la cultura política pública al favorecer la persistencia de dinámicas de exclusión o vergüenza o por el contrario, contribuye a la cultivación de la compasión a partir de la búsqueda y reconstrucción de la verdad histórica.

Palabras claves: Justicia transicional, reparación simbólica, emociones públicas, lugares de memoria.

Introducción

Latinoamérica puede catalogarse como un escenario central en el desarrollo de la Justicia Transicional en el mundo. Al día de hoy se reportan en

* Università degli Studi di Salerno. Adriana María Ramírez López, estudiante de segundo año del currículo histórico/filosófico/político ofrecido por el Doctorado en Jurisprudencia de la Universidad de Salerno, Italia. Profesional en Relaciones Internacionales de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y magíster en Asuntos Internacionales con énfasis en resolución de conflictos de la Universidad Externado de Colombia. Profesora de Metodología de la Investigación a nivel de posgrado e investigadora en las siguientes líneas: recursos naturales y conflicto, justicia transicional y construcción de paz, emociones públicas en escenarios de transición.

la región aproximadamente quince procesos de variadas características, en los cuales se han implementado los mecanismos y las herramientas de este tipo de andamiaje jurídico político, para favorecer el tránsito de regímenes dictatoriales y conflictos internos a procesos de democratización.

La forma en las cuales los gobiernos pre y pos-transicionales, las insurgencias, las víctimas, la sociedad civil y la comunidad internacional, entre otras, interactuaron en cada caso, la visibilidad de cada parte en las negociaciones que sustentan tanto el marco normativo de la transición como su ulterior desarrollo y el papel que juega en la sociedad actual, se constituye en una suerte de referente que permite reflexionar sobre los pros y contras de los elencos jurídicos y políticos seleccionados e implementados en cada caso. De allí que en otras latitudes se haya optado por adoptar modelos similares a los implementados en América Latina.

Sin embargo, no es del todo responsable afirmar que tal reproducibilidad signifique un éxito de la Justicia Transicional en el continente. Por el contrario, un balance a los procesos de transición latinoamericanos arroja un resultado un tanto agridulce, al evidenciar que hoy, veinte o treinta años después del establecimiento de los marcos legales que dieron vida a los acuerdos políticos para la paz, las víctimas siguen luchando por el reconocimiento de sus derechos, por obtener algún tipo de reparación y participar de los procesos de construcción de memoria histórica.

La persistencia de la lucha y resistencia de las víctimas y sobrevivientes de las graves violaciones a los Derechos Humanos que tuvieron lugar en una proporción considerable de países latinoamericanos durante el siglo xx significa no solo que, en muchos casos, los gobiernos postransicionales no lograron llevar a cabo, por ejemplo, aquellas recomendaciones emanadas de mecanismos como las Comisiones de la Verdad, sino que, más allá de la esfera material de la reparación y la reforma institucional, persisten procesos de negación que han procurado la invisibilización de las causas y actores primarios de las atrocidades. Por lo cual, además de la impunidad legal inherente a los procesos de transición de los años 80 y 90 se ha presentado una abierta impunidad histórica. El presente artículo pretende evidenciar a partir de una revisión de los casos de Colombia, Guatemala y Perú tales dinámicas de negación.

Para lograr tal objetivo, en la primera sección se presentarán algunos elementos básicos de la teoría de las emociones públicas de Martha

Nussbaum (2014) y se realizará una propuesta en la cual a un tipo particular de tratamiento de la memoria histórica dentro de la transición le corresponde un ejercicio específico de cultivación de emociones públicas. En la segunda parte del artículo, se realizará un breve examen de los casos seleccionados haciendo especial énfasis en la construcción de lugares de memoria como resultado de recomendaciones emitidas por Comisiones de la Verdad o instancias judiciales y, en la tercera parte, se adelantará un análisis a partir de los elementos conceptuales y empíricos suministrados.

1. Vergüenza y compasión según Martha Nussbaum

Martha Nussbaum (2014) postula la existencia de una conexión entre las emociones públicas, los principios políticos que guían a las naciones a la consecución de determinados objetivos y la cultura política pública. Expone que las emociones públicas son el fundamento de los principios y los proyectos políticos, ya que la materialización y sostenimiento de los mismos solo es viable en la medida en la que cuentan con un compromiso social que les procure estabilidad a lo largo del tiempo.

Ahora, es necesario evidenciar que este tipo de construcciones políticas según la autora, son posibles y deseables en el marco de procesos redistributivos auspiciados por el Estado. En su obra se lee que estos tienen lugar cuando se alteran las dinámicas de exclusión vigentes en una sociedad que tienen a su vez un sustento emocional en el asco proyectivo, comprendido como aquel ejercicio de separación conceptual mediante el cual un grupo dominante clasifica como inferior a otro.

El asco proyectivo es asociado por la autora a dinámicas o procesos de avergonzamiento hostil. Estos implican la instrumentalización de la vergüenza mediante la cual el grupo mayoritario insta a los miembros del grupo o grupos minoritario(s) a avergonzarse de quienes son y de sus circunstancias, generando con ello un estigma, a la luz del cual todo el grupo es caracterizado como vergonzoso (Nussbaum, 2014).

Dado que la exclusión no es una cuestión que se puede modificar solo a partir de una lógica economicista de maximización de beneficios como resultado de la inclusión de X grupo humano, la propuesta de Nussbaum para hacer frente a este tipo de dinámicas de exclusión otorga una relevancia significativa a la compasión dentro del gran abanico de emociones públicas que es importante promover en las sociedades que

aspiran a cierto ideal de justicia y por ende, adelantan procesos de carácter re-distributivo¹.

La autora define la compasión como una “emoción dolorosa orientada hacia el sufrimiento grave de otra criatura o criaturas” (Nussbaum, 2014, p.175). Esta se compone de tres pensamientos o juicios: i.) La gravedad, que implica que otro ser humano está sufriendo de un modo importante y no trivial. ii.) La no culpabilidad, que alude a que el sufrimiento de la otra persona no ha sido escogido por ella misma o ha sido autoinfligido; y, iii.) La similitud de posibilidades, que permite que la persona que siente compasión logre pensar que aquel que sufre se le parece y tiene posibilidades en la vida similares a las suyas.

La existencia de los tres juicios articula el que la autora denomina como pensamiento *eudemónico*, que es aquel que “sitúa a la persona que sufre entre las partes importantes de la vida de la persona que siente la emoción compasiva” (p.178). Este pensamiento es en última instancia el que logra que la compasión puede extenderse más allá del círculo de interés limitado que normalmente desarrollan los seres humanos (familia, conocidos, colaboradores, amigos) a otros que se encuentran distantes, tanto en términos físicos como conceptuales, debido a las líneas divisorias existentes entre *nosotros* y *ellos*.

Para lograr dicho tránsito, la autora expone que si las dinámicas de exclusión que dieron lugar a la marginalización y deshumanización del “otro” tienen su origen en la imaginación, solo esta puede obrar el cambio necesario para incorporarlo dentro del círculo de interés que constituye la estructura básica de la compasión extensiva. Entonces, el rol de la cultura política es contribuir a la configuración de un espacio potencial en el que el ciudadano pueda probar distintos roles (ponerse en los zapatos del otro) o conocer realidades dolorosas y trágicas. Este espacio lo constituye el mundo de las artes y la cultura.

Los monumentos, parques y obras de arte públicos, las canciones, símbolos, películas y fotografías oficiales, la estructura del sistema educativo, otros tipos de debate colectivo, el uso público del humor y la comedia e incluso del deporte, según la autora, tienen la capacidad de dirigir la atención emocional de los ciudadanos hacia los derechos fundamentales

¹ Según la autora, todo proyecto de este tipo requiere de algún tipo de sacrificio y apoyo emocional por parte de los ciudadanos, con los cuales, de alguna manera estarán modificando conscientemente sus prerrogativas individuales.

y hacia el daño que se ocasiona cuando esos derechos no están presentes, contribuyendo así a la cultivación pública de la compasión (Nussbaum, 2014).

Gracias a la experiencia emocional que el ciudadano puede vivir mediante un acercamiento al mundo cultural en el cual hace suyo el dolor de otro, este puede aprender que hay costos o pérdidas que tienen un carácter netamente indiferenciado; es decir, son inconfundiblemente malos y con ello, se activan los pensamientos de gravedad, no culpabilidad y similitud de posibilidades que, en última instancia, generan una reflexión sobre cómo podría construirse un mundo en el que los ciudadanos tuvieran que vivir tales conflictos o experiencias.

Ya que la experiencia emocional se cristaliza por la vía institucional, es el Estado el que genera emotividad pública apelando a ideas concretas sobre la nación y ligando la compasión a imágenes e instituciones que representen el bienestar de todas las personas. Para que dicha emotividad esté dotada de poder motivacional debe:

Adherirse a lo específico y único de cada contexto, tal como sus particularidades físicas, paisajísticas y las metáforas gráficas que pueden derivarse de ellas; los relatos o narrativas de lucha que impliquen sufrimiento y esperanza y a individuos reconocidos tales como fundadores y héroes que desempeñaron papeles determinantes en la configuración de la nación. (Nussbaum, 2014, p. 364)

De los aportes de Nussbaum se puede colegir que la cultura pública auspiciada por el Estado posee un impacto directo en la gestión de las emociones públicas de una nación. Si la cultura pública refuerza dinámicas de exclusión de grupos minoritarios, no será posible que estos sean integrados en los círculos de interés de los demás ciudadanos, razón por la cual, el compromiso de los mismos con proyectos redistributivos será mínimo o inexistente. Esto, toda vez que no contarán con los recursos culturales para imaginar la situación del “otro” y, dada la fractura del pensamiento eudemónico, no lo considerarán importante para su realización como seres humanos.

Con esto en mente, si se caracteriza la Transición como un proyecto redistributivo, ya que en todos los casos se pretende revertir o transformar un orden de poder instrumentalizado para la exclusión y esto significa un nuevo arreglo social conforme al cual se pretende iniciar un

proceso de democratización, se puede proponer entonces que para lograr un compromiso ciudadano con dicho proyecto, debe haber un cambio en la cultura política pública que integre dentro del nuevo escenario acciones e hitos concretos que reivindicuen la existencia de aquellos antes excluidos, en este tipo de casos, las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos.

2. Una breve reflexión binomial

A la luz de los elementos expuestos, se propone una reflexión empleando como sustento de la misma los binomios negación/ vergüenza y verdad/ compasión. Estos se componen por una acción relativa al abordaje de las violaciones a los derechos humanos en términos de memoria histórica y una emoción cultivada en la cultura pública mediante acciones o intervenciones concretas por parte de las instituciones del Estado.

El primer binomio caracteriza procesos de exclusión que legalmente hablando constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos. Dicha exclusión, que será siempre una negación del otro y su humanidad, constituye en últimas una ruptura del contrato social. Razón por la cual, se pueden asociar a ella no solo procesos materiales de avergonzamiento hostil con los cuales la dignidad de ciertos grupos minoritarios se ve socavada y vulnerada sino una dimensión simbólica por medio de la cual, desde la esfera pública es instrumentalizada la Ley, se diseña y articula la memoria histórica y el mundo cultural obviando deliberadamente la existencia de ese otro, silenciando su voz o alterando el sentido de la misma.

El segundo binomio refiere al escenario antitético en el cual el reconocimiento del otro, es decir, la verdad sobre ese otro, lo que es, ha sido y le ha pasado y su reconocimiento como parte de un proceso que también se reconoce como verdadero en su extensión y complejidad (aludiendo a las violaciones a los derechos humanos) entran a ser parte de la cultura pública. Esto será posible como parte de un proceso político y jurídico en el cual, de forma deliberada, se abre un espacio a la existencia de ese otro tanto de manera simbólica como concreta en términos legales e institucionales, para contribuir así a la configuración de una cultura pública que incluye a la compasión como valor e ideal.

En clave de Justicia Transicional, el binomio negación/vergüenza podría considerarse tanto característico al estadio previo a la transición como una expresión fallida de la misma. Si no se logran articular las pre-

rrogativas de la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición a un proceso de construcción de memoria cultural que dé cuenta de las graves violaciones a los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad histórica y la creación de nuevos hitos materiales y simbólicos en términos de emotividad pública, el proyecto redistributivo no logrará un compromiso amplio y con esto, su sostenibilidad a lo largo del tiempo será cuestionable.

Por otra parte, el binomio verdad/compasión referiría tanto al estado posterior de la Transición como una expresión exitosa de la misma. El reconocimiento de lo que pasó, de sus responsables, sus víctimas, sus consecuencias y su visibilización y cristalización cultural, son vitales, ya que se rompe con las líneas divisorias nosotros/ellos al integrar dentro de lo público aquello que a la luz de las dinámicas de exclusión se había relegado a la esfera de lo privado, lo invisible, lo vergonzoso. La construcción de la memoria cultural a partir de los procesos de búsqueda de la verdad histórica es la base para la edificación de un nuevo *nosotros*, amplio, inclusivo y compasivo.

Para concluir este aparte y a la luz de la propuesta metodológica de este artículo, se propone que los binomios negación/vergüenza y verdad/compasión tienen en las sociedades transicionales expresiones culturales concretas que pueden ser analizadas y dan cuenta de la persistencia o superación de las dinámicas de exclusión características a estos procesos. Es así como para efectos de este ejercicio, se propone realizar un examen que involucra la revisión del proceso de construcción de lugares de memoria expresamente diseñados como una forma de reparación a las víctimas:

2.1. Guatemala

Al aludir a las causas del conflicto armado interno, la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala (CEH) se refiere a las persistentes desigualdades históricas que se remontan a la época de la Colonia, momento en el cual la población indígena comenzó a ser sistemáticamente excluida de la vida política y económica nacional. No obstante, en un abordaje más particular, es 1954 el año que representa un hito dentro de las dinámicas propias de la Guerra Fría en las cuales se encontraba inmerso al país, al presentarse la intervención norteamericana directa a favor de un gobierno militar en cabeza de Carlos Castillo Armas y la consecuente caída del presidente Jacobo Árbenz Guzmán y el desmantelamiento de las

políticas reformistas que tanto él como su antecesor, Juan José Arévalo, habían puesto en marcha.

El conflicto armado propiamente dicho se desarrolló entre 1962 y 1994. Los balances para estos años de violencia según los informes “Guatemala: Nunca más” del Proyecto Interdiocesano “Recuperación de Memoria Histórica” (REMHI) y el ya mencionado de la CEH hablan de 250 000 víctimas entre muertos y desaparecidos. La CEH, a partir de un total de 42 275 víctimas registradas, estimó que 23 671 personas fueron víctimas de ejecuciones arbitrarias y 6159 de desaparición forzada. De ese total, la Comisión concluyó que el 83 % eran mayas y 17 % eran ladinos y que las violaciones de los derechos humanos y hechos de violencia atribuibles a actos del Estado alcanzan el 93 % de los registrados (Guatemala Memoria del Silencio, 1999).

En 1994 comienzan las negociaciones entre la Unión Nacional Revolucionaria UNRG² y el Estado, que después se concretarían en compromisos específicos por parte del mismo para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Estos están contenidos en el Acuerdo Global de Derechos Humanos, el Acuerdo de Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, y el Acuerdo sobre el Establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico.

En 2003 se creó el Programa Nacional de Resarcimiento, pero diferentes consensos señalan que este no ha sido operativo ni ha satisfecho las expectativas de las víctimas al reducir la reparación a la entrega de dinero³. En 2016, la Red Nacional de Víctimas presentó el documento: “Impacto de los Acuerdos de Paz para las Víctimas del Conflicto Armado Interno 1996-2016”, en el cual se afirma que “el Estado no ha cumplido con garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación digna, y tampoco a la búsqueda de los más de 45 000 desaparecidos, de ellos 3000 niños” (Agencia EFE, 2016, noviembre 16, s. p.).

A pesar de que en sus informes de la CEH y del proyecto REMHI incluyeron dentro de sus recomendaciones la construcción de monumentos y

² La Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) nació el 7 de febrero de 1982 y era integrada por el Partido Guatemalteco del Trabajo, Fuerzas Armadas Rebeldes (FAR), Organización del Pueblo en Armas y Ejército Guerrillero de los Pobres.

³ El programa, que sufrió dos reformas: mediante Acuerdo Gubernativo 188-2004 y mediante Acuerdo 619-2005, no logró volverse Ley de la República debido a la falta de voluntad del Congreso en ratificarla.

parques públicos en memoria de las víctimas (Comisión para el Esclarecimiento Histórico en Guatemala, *Guatemala Memoria del Silencio*, 1999) resaltando su importancia como parte de la reparación integral a las mismas; tal como afirma Salamanca Villamizar (2015): “Aunque con algunas excepciones, en el país no se ha producido el despliegue de museos, monumentos y espacios conmemorativos que caracterizaría los contextos de postconflicto una década después en otros países” (p.69).

El caso guatemalteco muestra un interesante rasgo al evidenciar un rol determinante de los lugares religiosos católicos en el proceso aún incipiente de construcción de memoria. Al respecto, cabe resaltar que hoy a más de veinte años de finalizado el conflicto, el Monumento de dignidad a las víctimas inaugurado el 24 de abril de 1999 sigue siendo el hito por excelencia en materia de verdad y memoria en el país. Pero como tal, más que un monumento propiamente dicho, la inscripción de los nombres de las víctimas en las columnas de piedra del exterior de la Catedral Metropolitana en la plaza central de Ciudad de Guatemala, refiere a un acto de intervención para validar los hallazgos de la CEH y especialmente del proyecto REHMI frente al escaso reconocimiento público que recibieron por parte del Estado.

Ahora bien, en las sentencias relativas a los casos de las Dos erres (Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Sentencia en el caso de la masacre de las Dos Erres, Guatemala, 2011) y Sepur Zarco (Unión Nacional de Mujeres Guatemaltecas, Sepur Zarco, 2016) que han sentado importantes precedentes al reiterar la responsabilidad del Estado en las graves violaciones a los Derechos Humanos, se instó al Gobierno nacional y las autoridades locales de Guatemala a elaborar monumentos en honor a las víctimas. En el primer caso se erigieron tres monumentos: el pozo de la vergüenza, la cruz con sus respectivas placas con los nombres de las víctimas y el mausoleo que contiene los osarios donde descansan los restos de más 220 víctimas de aquella masacre. En su diseño y realización intervinieron activamente la Asociación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos de Guatemala (FANDEGUA), la Cruz Roja y la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos COPREDEH. En el segundo caso, dos años después de la sentencia, no se registra la realización del monumento.

Los tres casos reseñados evidencian la generalidad de las dinámicas de reparación simbólica y edificación de lugares de memoria en Guate-

mala. En primer lugar, exponen el rol principal que han tenido las organizaciones de la sociedad civil y la Iglesia católica tanto para exigir la verdad sobre los hechos acontecidos durante el conflicto armado interno como para visibilizarla en favor de los procesos de reparación y dignificación de las víctimas y sus comunidades. En segundo lugar, son indicadores de las dinámicas de negación que aún persisten en la sociedad guatemalteca y que han sido ampliamente amparadas e incluso orquestadas por el Estado, que mediante sucesivas acciones desde los años noventa ha querido tanto limitar el alcance de la búsqueda de la verdad. Y, por último, evidencian que el Estado de la era post-transicional no ha generado un proceso de resignificación de la cultura pública nacional que involucre a las víctimas como ciudadanos en pleno ejercicio de sus derechos y calidades. Así las cosas, podría concluirse que los alcances limitados, fraccionados e incoherentes en materia de justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición en Guatemala, se enmarcan dentro de las lógicas del binomio negación/vergüenza.

2.2. Perú

A pesar de ser un país con marcadas desigualdades sociales y dinámicas de exclusión acusadas en detrimento de la población rural, indígena y afrodescendiente, que se han identificado como causas profundas que subyacen al conflicto armado interno que se presentó durante las dos últimas décadas del siglo xx, el Perú no había presenciado antes de esta fecha un conflicto de estas características y envergadura.

Diferentes consensos apuntan a evidenciar que si bien la precariedad del Estado peruano en materia institucional era una realidad en las últimas décadas del siglo pasado, es el Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, el actor que inaugura como tal el conflicto al realizar una serie de acciones violentas tanto en contra la población como del Estado. A partir de 1992, otros actores, tales como los Comités de las Autodefensas o rondas campesinas, entran a hacer parte del mismo, acrecentando el grado de participación de la sociedad civil en las dinámicas y enfrenamientos (Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, s.f.).

A pesar de la existencia del conflicto armado interno en el Perú, la transición alude principalmente al proceso de democratización adelantado, debido a la crisis institucional y de legitimidad causada por los años

de autoritarismo del régimen de Alberto Fujimori y su destitución por parte del Parlamento. No existieron negociaciones de paz con los grupos armados ilegales del país e incluso se podría afirmar que el Estado peruano “ganó” la guerra contra estos. Sin embargo, la forma en la cual lo hizo, la corrupción del entorno político en el cual se tomaron las decisiones relativas a las actuaciones del Estado en materia de seguridad, la falta de transparencia y la impunidad abiertamente decretada a mediados de los años noventa a favor de los responsables estatales de graves violaciones a los derechos humanos, se sumaron a los ya extensos cuestionamientos sobre el gobierno fujimorista, creando una amalgama de situaciones que debían ser superadas a fin de favorecer el retorno a la democracia en el país.

El entonces presidente del Parlamento, Valentín Paniagua, fue el llamado a tomar las riendas del país y a desarrollar en un periodo de ocho meses un gobierno de transición. Es en ese momento cuando entre muchas otras medidas se recomienda la constitución de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación y se le asigna la responsabilidad de reseñar lo ocurrido durante los veinte años de conflicto armado interno.

La Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) ha recibido reportes de 23 969 peruanos muertos y desaparecidos, pero los cálculos y las estimaciones estadísticas realizadas permiten afirmar que la cifra total de víctimas fatales del conflicto armado interno es de aproximadamente 69 280 personas, otros miles fueron víctimas de tortura, arrestos ilegales, violencia sexual, reclutamiento forzado y desplazamientos masivos (Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, s.f.). De este informe se deriva el reconocimiento de que la mayoría de las víctimas fueron civiles indígenas quechua-hablantes, que vivían en las provincias andinas y amazónicas del país; y la atribución del 53 % de las muertes y desapariciones al PCP- Sendero Luminoso; el 1,5 % al MRTA y el 37 % a agentes del Estado, paramilitares o comités de autodefensa. También se concluyó que durante el conflicto se desarrollaron prácticas sistemáticas que constituyeron crímenes contra la humanidad y transgresiones al derecho internacional humanitario.

La CVR presentó su informe en 2003⁴ y dentro de sus recomendaciones contempló varios puntos relativos a la reparación a las víctimas. Estos se integraron en el Plan Integral de Reparación que fue puesto en

⁴La Comisión de la Verdad y Reconciliación presentó ante el sistema de justicia 47 expedientes sobre igual número de casos emblemáticos que fueron materia de sus investigaciones.

marcha en 2005. Como ente encargado de la coordinación de la política en 2006 se designó a la Comisión Multisectorial de Alto Nivel y se creó un Consejo de Reparaciones con la tarea de elaborar un registro unificado de todas las categorías de víctimas, subdividido en beneficiarios individuales y beneficiarios colectivos.

De acuerdo con el International Center for Transitional Justice (ICTJ) (2013) en su informe “Reparaciones en Perú: El largo camino entre las recomendaciones y la implementación”, los programas originados a partir del Plan Integral de Reparaciones (PIR) “han sufrido demoras, cambios en las políticas y discursos contradictorios” (p.1) sobre el conflicto y sus responsables. Al respecto, es importante resaltar que:

El Consejo incluyó una disposición que no fue parte de las recomendaciones de la CVR donde se excluía a los ‘miembros de las organizaciones subversivas’ de ser definidos como víctimas y de recibir beneficios, incluso si habían sido torturados o si habían sido víctimas de otros crímenes graves. (ICTJ, 2013, p.6)

En la misma línea, “en enero de 2013, se aprobó una Ley que amplió la definición de la exclusión para aquellos acusados de haber cometido crímenes de terrorismo o de apología al terrorismo” (p.7)⁵. Frente a esta situación, los familiares de subversivos que fueron víctimas de agentes del Estado han tenido que acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos para exigir justicia y reparación.

En el mismo documento también se resalta que al día de hoy, solo una de cada cinco víctimas ha recibido la compensación monetaria entregada como un solo pago en efectivo de 10 000 nuevos soles⁶ y que, en otras dimensiones que van desde la atención sanitaria especializada hasta educación para la conmemoración, los programas se han implementado de forma inconsistente y cuentan tanto con atención como financiamiento diferenciados (ICTJ, 2013).

Otra dinámica presente en el caso peruano, de acuerdo con el ICTJ, es la confusión de las comunidades que han sido sujeto de medidas de reparación colectiva (5712 comunidades) frente a las intervenciones por parte del Estado. Por una parte, las víctimas consideran que el desa-

⁵ Ley 29.979, única disposición de reforma que modifica el artículo 4 de la Ley 28.592.

⁶ Suma establecida mediante el Decreto Supremo N° 51-2011-PCM que autoriza las reparaciones económicas individuales con un monto de entre cinco y diez mil nuevos soles.

rollo de proyectos de infraestructura es un deber del Estado y que el hecho de construir o reparar una vía no constituye en sí un acto de reparación, tal como los diferentes gobiernos lo han querido presentar. Por otra parte, a esta cuestión de fondo, se suma a nivel formal, la escasa o nula información y solemnidad que ha acompañado los actos de entrega de las obras o el inicio de las mismas, en los cuales muchas veces no se ha hecho referencia a la reparación como tal o solo se ha aludido de manera superficial a que la obra pretende reparar un daño causado por el terrorismo.

Entre las medias de reparación simbólicas implementadas en el caso peruano se encuentran la realización de actos públicos en los cuales se han ofrecido disculpas a las víctimas, eventos para difundir el informe de la CVR, cambio de nombre a lugares donde tuvieron lugar hechos relativos a la violación de derechos humanos y otros espacios tales como calles, plazas y puentes, la entrega de restos a familiares sobrevivientes de las víctimas, y la declaración del 28 de agosto como el Día del Homenaje a todas las víctimas de la Violencia.

No obstante la realización de este tipo de actos, no es posible afirmar que Perú cuenta con una política nacional global en materia de memoria colectiva. Por el contrario, aun hoy persiste la tensión entre aquellos que apoyan y legitiman el informe de la CVR y con ello la existencia de víctimas tanto en el frente subversivo como en el civil y estatal y, aquellos que consideran que las acciones contra el terrorismo estaban justificadas y, por ende, no se debe reconocer la calidad de víctimas a los insurgentes ni realizar ningún esfuerzo adicional por desenmarañar las causas de su accionar. Este último discurso minimiza la importancia y relevancia de las iniciativas de construcción de la memoria histórica y aboga por una política de borrón y cuenta nueva.

Frente a esta postura, que cabe mencionar, ha sido adoptada por diferentes gobiernos hasta el día de hoy, el papel de las víctimas ha sido determinante en el desarrollo de iniciativas en la materia. Sin su concurso y empuje y sin la presión que han ejercido al Estado peruano, por ejemplo, al acudir ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para que así este se vea obligado a reconocer su responsabilidad, no existirían muchos de los monumentos erigidos en todo el país, y proyectos tales como la Alameda de la Memoria y el Lugar de la Memoria, la Tolerancia y la Inclusión Social del Perú, no hubieran sido posibles.

Las iniciativas mencionadas tuvieron su génesis después de la publicación del informe de la CVR cuando se realizó una exposición fotográfica denominada *Yuyanapaq* (Para recordar). Su impacto fue tal, que de esta iniciativa se desprendieron tanto el ofrecimiento original de recursos realizado por el Gobierno alemán para la construcción de un Museo de la Memoria en el Perú, como la propuesta inicial de la Alameda de la Memoria, diseñada por el arquitecto Luis Longhi que (además de albergar esta muestra de manera permanente en un museo) contaría con el denominado *Quipu de la Memoria* que nunca fue llevado a cabo y la escultura conmemorativa *El Ojo que llora* realizada por Lika Mutal y abierta al público en 2005. Esta obra es descrita como:

Una escultura de piedra de donde brota agua de un agujero a manera de lágrima. La roca central está en el centro de un camino laberíntico, con once círculos formados por bandas de piedras de río (cantos rodados). Hay 32 000 de estas piedras en la alameda y casi todas tienen grabadas el nombre, la edad, la fecha y lugar de la muerte o desaparición de la víctima. Todos los nombres y datos corresponden a información proporcionada por la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR), así como la Defensoría del Pueblo (La República, 2007, enero 4).

Cabe resaltar de lo anterior tres cuestiones relevantes. En primer lugar, que la Alameda de la Memoria se desarrolló como una iniciativa privada, financiada con recursos privados e impulsada desde la sociedad civil, y tales condiciones le concedieron un carácter independiente y legitimador de lo expuesto por la CVR. Con esto, se podría decir que se materializó la línea divisoria entre aquellos *creyentes* y *no creyentes* de la Comisión y con ello se evidenció el enfrentamiento entre dos versiones del pasado que hasta hoy compiten por ser difundidos y validados.

En segundo lugar, que *El Ojo que llora*, dada su singularidad y en ausencia de otras iniciativas similares, se convirtió en el epicentro de las luchas simbólicas derivadas de la posturas divergentes que abogan por la existencia y reconocimiento o no de varios tipos de víctimas en el país. Muy representativa de esta dinámica fue la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷, que pretendía que el Estado peruano interviniera la obra para incluir dentro de ella los nombres de los sen-

⁷ La CIDH ordenó al Estado desagrar a las víctimas, con una retribución económica a sus parientes y familiares, además de realizar el acto simbólico mencionado.

deristas torturados y asesinados en el penal limeño de Castro Castro, en 1992. Esto desató una oleada de manifestaciones que cuestionaban a la obra, a la artista que la había realizado, a la Corte Interamericana por su injerencia y al Estado por su pasividad. Al saberse que dichos nombres ya se encontraban incluidos, toda vez que Lika Mutal se sirvió de los registros oficiales de víctimas para realizar el proceso de gravado de los nombres en las piedras que rodean a la escultura central, la obra sufrió una serie de ataques que vulneraron su integridad. Hoy tiene acceso restringido al público y solo se puede visitar previa solicitud especial.

En tercer lugar, tal como se enunció, dado que la Alameda de la Memoria en toda su extensión y potencialidad solo estuvo abierta al público entre 2005 y 2008 y tal hecho constituía un duro golpe para las diversas asociaciones de la sociedad civil que por más de diez años han liderado la lucha por la reparación a las víctimas y la construcción de la memoria histórica, estas volvieron a alinearse junto a intelectuales y otros personajes del mundo del arte, a fin de presionar al gobierno del entonces presidente Alan García para que aceptara la donación ofrecida por el Gobierno alemán que, apresuradamente tanto él como su entonces ministro de Defensa Antero Flores Aráoz, habían rechazado al manifestar que “un museo no es necesario para el país” (Larrea, 2014, s. p.).

Todo el proceso entorno a la concepción, diseño, construcción y puesta en marcha de Lugar de la Memoria, Tolerancia e Inclusión Social (LUM) ha estado caracterizado por el enfrentamiento entre esas dos versiones dicotómicas del conflicto armado interno peruano que ya se habían evidenciado en La Alameda, solo que, dada la relativa *oficialidad* de esta iniciativa y la ausencia de otros espacios de similar magnitud que generen un diálogo en materia de memoria, su voz se está imponiendo en el silencio de la negación y el olvido, inscribiendo también al Perú en el binomio negación/vergüenza.

2.3. Colombia

El denominado *conflicto armado interno* colombiano que se ha desarrollado por más de cincuenta años en el país involucrando en diferentes momentos a actores armados ilegales auspiciados por los partidos políticos tradicionales, de carácter insurgente, contrainsurgente y narcoterrorista, las fuerzas militares del Estado y la población civil, no puede describirse

de manera lineal y bajo una lógica unívoca que establezca responsables y causas concretas (Sánchez, 2007).

No obstante, y para efectos de este análisis, es posible singularizar en este escenario complejo el proceso de negociación político entre el Gobierno nacional de Colombia y las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), y el posterior diseño e implementación jurídica e institucional de mecanismos de justicia transicional⁸.

La articulación del fenómeno paramilitar en Colombia tiene como hito importante la creación del Movimiento Muerte a Secuestradores en 1981 por parte de los narcotraficantes del Cartel de Medellín, en respuesta a una serie de secuestros ejecutados por el grupo guerrillero M-19. Posteriormente, procurarían articular un discurso de carácter contrainsurgente y justificarían sus acciones en la incompetencia del Estado y el Ejército de hacer frente a las guerrillas de izquierda. No obstante, su expansión durante los años noventa desde el Magdalena Medio, Urabá, Córdoba y el Oriente del país hacia la Costa Caribe y otras áreas estratégicas, evidenció que su avance representaba el crecimiento mismo del narcotráfico a lo largo y ancho del país, mientras que no siempre significaba una reducción militar de los enclaves insurgentes.

De acuerdo al informe *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad* presentado por el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) (2013), los paramilitares estructuraron e implementaron un repertorio de violencia basado en los asesinatos selectivos, las masacres, las desapariciones forzadas, las torturas y la sevicia, las amenazas, los desplazamientos forzados masivos, los bloqueos económicos y la violencia sexual, y son responsables del 60 % de las masacres y de casi 40 % de los asesinatos selectivos sobre los cuales hay registro de responsabilidad (Centro Nacional de Memoria Histórica, s.f.). Se les atribuye en particular 8902 asesinatos selectivos, 1166 masacres con 7160 muertos, 371 casos de tortura y sevicia, más de 1000 niños reclutados y despojo o abandono de cerca de 800 000 hectáreas de tierra (Centro Nacional de Memoria Histórica, s.f.).

En 2002, el presidente Álvaro Uribe Vélez sancionó la Ley 782 mediante la cual fue facultado para iniciar negociaciones de paz con cual-

⁸ En anteriores procesos de paz nunca se juzgaron crímenes de lesa humanidad, nunca se obligó a los victimarios a confesar la verdad de sus crímenes, ni se tuvieron en cuenta las víctimas y sus derechos. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el Auto 12/03/09 conceptúa que "Antes de Justicia y Paz no se había introducido la conceptualización de la Justicia de Transición en el país".

quier grupo armado, así este careciera de estatus político. El 15 de julio de 2003, mediante el Acuerdo de Santa Fe de Ralito, se formalizó el inicio de las negociaciones entre el Gobierno y las AUC y un mes después el Gobierno radicó el proyecto de Ley sobre alternatividad penal, que buscaba ser la base jurídica del proceso de desmovilización. No obstante, este proyecto fue severamente criticado por las víctimas, organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos y algunos grupos políticos, de manera tal que el Gobierno se vio forzado a retirarlo y proponer un nuevo marco jurídico (Fiscalía General de la Nación, 2017, agosto 9, citado en López, 2017, septiembre 19).

Como resultado del proceso, el Gobierno informó que entre 2005 y 2006 “se desmovilizaron 31 671 combatientes y se entregaron 18 051 armas en un total de 38 actos de desmovilización” (Indepaz, 2013, p.2). Después del desarme los jefes paramilitares desmovilizados fueron reclusos en un centro especial en el municipio de La Ceja, Antioquia y, posteriormente, fueron trasladados a la cárcel de máxima seguridad de Itagüí y luego extraditados a Estados Unidos por el incumplimiento a lo acordado con el Gobierno (Indepaz, 2013).

De acuerdo con estadísticas de la Fiscalía General de la Nación, con corte al mes de agosto de 2017, bajo el procedimiento de la Ley de Justicia y Paz se han dictado 55 sentencias. Se han imputado 82 563 hechos victimizantes, los cuales cobijan 211 013 víctimas y 1399 postulados (Fiscalía General de la Nación, 2017, agosto 9, citada por López, 2017, septiembre 19). También:

Se han dictado 8116 sentencias condenatorias, pero con fundamento en la Ley 1424 de 2010. Tales sentencias guardan relación con desmovilizados de rango bajo ‘que hubieran incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos.’ (Fiscalía General de la Nación, 2017, agosto 9, citada en López, 2017, septiembre 19)

En cuanto a la verdad dentro del proceso, el consenso parece apuntar a una insatisfacción generalizada de las víctimas, organizaciones defensoras de Derechos Humanos y la Academia, frente a la información que ha sido revelada. Esto, porque las víctimas tuvieron una muy limi-

tada participación, el acceso a las audiencias fue restringido y su contenido fue declarado reserva sumarial y la extradición de los principales jefes paramilitares negó la posibilidad de conocer su versión, no solo de hechos puntuales sino también de la configuración del fenómeno político-militar que protagonizaron y, claro está, sus nexos con diversos estamentos del Estado. Por otra parte, en este proceso no se consideró la creación de una Comisión de la Verdad y el componente de verdad fue equiparado al de Memoria Histórica. No obstante la creación del Centro Nacional de Memoria Histórica y la valerosa labor que ha desarrollado esta entidad, se ha encontrado con grandes obstáculos formales y jurídicos para que no se reconozca públicamente la responsabilidad estatal en la génesis y desarrollo del fenómeno paramilitar en el país (Lecombe, 2010).

En cuanto a reforma institucional como parte del proceso, se creó la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), pero su mandato resultó confuso, pues el componente de garantías de no repetición fue asimilado al proceso de Desarme, Desmovilización y Reinserción. Así, se abolieron las distinciones entre víctimas y victimarios y la reintegración exitosa de los desmovilizados y la reconciliación fueron presentados como vitales en detrimento de la justicia, la verdad y la reparación (F. Gómez, 2010).

Los alcances en cuanto a las reparaciones han sido también limitados. En primer lugar, porque a pesar de haber creado el denominado “incidente de reparación”, está sujeta a los bienes que los desmovilizados aportan a un fondo y dicho trámite ha sido un fracaso, tal como lo muestra el hecho de que 2017 solo el 6,8 % de los de 54 000 millones de pesos pagados a las víctimas provienen de esta fuente de recursos (Verdadabierta.com., 2014, septiembre 15). Además, porque en 2011 se sancionó la Ley 1448, que en su artículo 10 establece que cuando el Estado es condenado de forma subsidiaria, solo debe responder hasta los topes ya fijados por la Unidad de Víctimas en lo que se conoce como reparación administrativa, la suma asignada a la víctima no debe superar los 40 salarios mínimos, es decir, cerca de 26 millones de pesos.

Por otra parte, a pesar de que con Justicia y Paz se establecieron por primera vez medidas de satisfacción y reparación simbólica en Colombia, la definieron como:

Toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general, que tiende a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos victimizantes, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas. (Ley 975 de 2005. Capítulo I. Principios y definiciones. Artículo 8. Derecho a la reparación)

Las órdenes de reparación y no repetición han sido presentadas a manera de exhortos que muchas veces no logran ser concretados al presentarse una confusión de competencias entre entidades de diversos niveles territoriales y alegarse la carencia de recursos. De manera tal que el componente simbólico de todo el proceso, que en teoría debería ayudar a las víctimas y a todo el país a comprender lo que pasó y no olvidar su impacto y consecuencias, podría catalogarse como residual.

Ejemplo de lo anterior, lo constituye la Sentencia 34547 contra Edward Cobos Téllez, alias Diego Vecino y Uber Banquez Martínez, alias Juancho Dique⁹, ordenada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se contemplaba la construcción y entrega mediante un acto simbólico de un monumento en conmemoración a las víctimas asesinadas en Mampuján y Las Brisas. En el diseño de la obra intervino la comunidad y esta fue realizada con recursos Cobos Téllez, bajo la coordinación previa de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.

La escultura *12 campesinos* muestra a un campesino en un mulo cargado con productos tradicionales de la región. Busca reivindicar la imagen del hombre del campo que fue alterada por los paramilitares al catalogar a los pobladores de la zona como guerrilleros y bajo esta etiqueta, justificar su asesinato y el desplazamiento de las comunidades. En su base están los nombres de las doce personas asesinadas en esta masacre y, al lado, una frase propuesta por alias Diego Vecino: “Eterna la memoria, sagrada la vida, divino el perdón”. Frente a esta obra, las víctimas tienen visiones encontradas. Algunas han expuesto que el hecho de que fuera el propio victimario quien se ofreciera a dar los recursos y que su nombre fuera incluido junto al de las víctimas, es un acto simbólico de reconciliación que los ha impulsado a perdonar. Otras opinan que el ofrecimiento del desmovilizado fue muy conveniente para él y lo puso en el centro de

⁹Integrantes del Bloque Héroes de los Montes de María de las Autodefensas que lideraron en marzo de 2000 un ataque contra poblaciones vecinas en el departamento de Bolívar.

los actos realizados en detrimento de la memoria de las víctimas (Montaño, 2013, octubre 31).

Otro ejemplo lo constituye la sentencia condenatoria a Édgar Ignacio Fierro, alias Don Antonio emitida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Cundinamarca, en la cual se ordenó la reparación integral y colectiva de casi 600 víctimas directas del Frente José Pablo Díaz, que se encontraba bajo su mando en los departamentos de Atlántico y Magdalena. Como en el caso anterior, adicional a la reparación económica individual, la sentencia ordenó la aplicación de medidas de reparación simbólica. En esta sentencia los responsables de realizar tales medidas son los municipios afectados por el citado Frente y se les exhorta a construir paseos peatonales, placas o monumentos en conmemoración a las víctimas.

La administración departamental aportó 50 millones de pesos para realizar estas acciones en las poblaciones de Puerto Colombia, Santo Tomás, Malambo y Sabanagrande. Al día de hoy se registra la realización de un monumento del escultor tomasino Gonzalo Jinete de la Rosa en Santo Tomás, levantado a la entrada del Cementerio municipal y un paseo peatonal en la vía que conduce de la vereda de Pita a Cienaguita. Las víctimas y sobrevivientes en su mayoría consideran estas iniciativas como insuficientes y han manifestado que no cumplen con ninguna función que les permita superar su trauma. De acuerdo a un líder comunitario, ellos recuerdan sus muertos y nunca podrán olvidarlos, pero ¿qué pasa con el resto del país que nunca viajará a esa distante región para ver la escultura o la placa? ¿Alguna vez sabrá lo que pasó allí? (El Heraldo, 2016, enero5).

Por otras parte, la realización de monumentos en el municipio de Soledad, un mural emblemático en la Casa de Cultura de Sabanagrande, la restauración de una placa conmemorativa ubicada en Malambo y el apoyo de las obras simbólicas en Puerto Colombia, que son iniciativas concertadas con las víctimas a la luz de lo determinado por la sentencia, no han sido realizadas al día de hoy.

En suma, Colombia evidencia también dinámicas de reparación compartimentadas, en las cuales lo jurídico y lo simbólico no se articulan de manera coherente en favor de las víctimas y la construcción de la memoria histórica del país. A pesar de que dentro de los más de 70 informes independientes que ha realizado el CNMH se documenta la colaboración e incluso connivencia entre agentes estatales y grupos armados ilegales, espacialmente grupos paramilitares, las Fuerzas Militares y la Derecha

ideológica del país han logrado validar la hipótesis de la agresión terrorista para justificar sus acciones y posicionar a las guerrillas de izquierda como los enemigos por excelencia del país. Tal lógica, que aún persiste, incluso después de los acuerdos de La Habana, favorece la caracterización de Colombia dentro del binomio negación/vergüenza.

3. Consideraciones finales

Los lugares de memoria no se configuran de manera espontánea y por ello denotan una voluntad deliberada por recordar (Allier Montaño, 2014). Qué se recuerda, cómo se recuerda, quiénes recuerdan e intervienen en el proceso de construcción simbólica y material de aquellos elementos del pasado vinculados con graves violaciones a los Derechos Humanos, son elementos que intervienen de manera trascendental en los procesos de recomposición social, que en últimas, deben ser los objetivos primordiales de cualquier proceso de transición que pretende ser favorable a la democratización.

La memoria necesita anclarse conceptual y materialmente en objetivaciones externas a fin de trascender el ámbito de lo privado y hacer parte de la que se conoce como *memoria cultural*. En otras palabras, para que la anécdota personal de la tragedia pueda ser integrada dentro de un relato comprensivo de un pasado violento, debe contar con un medio que le permita instalarse en ámbitos colectivos de carácter institucional. Si dicho tránsito no se concreta, la historia de la víctima permanece en el ámbito de la memoria privada y comunicativa, orgánica, no estructurada, informal y vinculada al presente y, con ello, no logra superar el horizonte temporal para hacer parte de la historia de la nación, entendida como una construcción abstracta (Mendlovic, 2014).

La revisión adelantada ha permitido evidenciar que las dinámicas de reparación a las víctimas en Guatemala, Perú y Colombia se caracterizan por su inscripción dentro del binomio negación/vergüenza descrito en el primer aparte de este artículo. Es decir que en los tres casos puede observarse la oficialización de un discurso que falsea y distorsiona lo ocurrido en los conflictos armados internos, caracterizada a su vez por la falta de reconocimiento público a aquello que las Comisiones de la Verdad (primeros dos casos) han divulgado o a la limitación en el mandato de entes encargados de reconstruir la memoria histórica, tal como sucede con el CNMH colombiano.

En la misma línea, en los tres casos fue reseñado que las víctimas, en su enorme mayoría campesinos, sufrieron y aún sufren dinámicas de exclusión y su condición como demandantes de justicia no ha contribuido a alterar dicho estadio sino que, por el contrario, los ha integrado a un nuevo ciclo de avergonzamiento hostil, cuando a la hora de ser sujetos de reparación integral, muchas veces solo han recibido irrisorias sumas de dinero que han sido establecidas mediante procedimientos administrativos que han devaluado el contenido sustantivo de sus derechos.

También se observó que en los tres escenarios, el componente de reparación simbólica que debe ser central a la reparación integral y a las garantías de no repetición y que en últimas busca la dignificación de las víctimas y con ello, en términos de Nussbaum (2014), la cultivación de la compasión en el resto de la población, ha sido atendido como un aspecto residual. Razón por la cual, aquellas obras y monumentos reseñados no han logrado impactar la cultura política pública y han tenido un efecto mínimo en la transformación de las relaciones sociales que sustentaron las dinámicas de exclusión que facilitaron la violación de los derechos humanos.

Retomando a Nussbaum (2014) podría afirmarse que esto ha sido así, ya que, tal como se describió, los monumentos reseñados son solo de carácter contemplativo y adolecen de lo que la autora denomina como “forma socrática de funcionamiento”; es decir, que no han sido concebidos ni funcionan para permitir la reflexión tanto individual como colectiva. Para que un monumento o lugar de memoria logre tal efecto, debe evocar emociones de gran fuerza, dar lugar a preguntas sobre los sucesos ligados a esas emociones y permitir que las personas que lo visitan reflexionen sobre sus propias vidas al mismo tiempo que se interrogan sobre cómo aquello que pasó impacta a la nación como un todo del cual hacen parte. De manera tal que del contacto entre el observador y la obra se deriva no solo una experiencia personal sino también una serie de preguntas políticas que en últimas atienden a cuestionamientos básicos sobre los derechos fundamentales, y es de allí que se deriva la capacidad que tiene el observador de integrar a la víctima dentro de su universo, dentro de su círculo de interés y formular la pregunta: ¿Qué puedo hacer yo como ciudadano para que este tipo de situaciones no vuelvan a presentarse y ningún otro ser humano deba sufrir esta clase de dolor?

Si tal como se observó en algunos de los casos analizados, por ejemplo, los relativos al Perú, las iniciativas artísticas que favorecen el desarro-

llo de lugares de memoria provienen de las víctimas, la función de la obra de arte puede catalogarse como de resistencia y denuncia frente a una visión dominante del pasado que pretende consolidarse y, dadas las características de financiación y divulgación de la misma, no es posible afirmar que estas sean determinantes dentro de la cultura política pública, ya que continúan ancladas a las dinámicas de la esfera privada, de la memoria por ende privada, alternativa, comunicativa e informal.

Por otra parte, en aquellos casos en los que las obras han sido ordenadas por un juez o autoridad competente como mecanismo de reparación integral, como lo muestran algunos de los ejemplos en los casos guatemalteco y colombiano, si bien es loable el hecho de que se haya integrado al arte dentro del repertorio de la justicia, cabe cuestionar la casi inexistente sinergia con otros actos concretos en materia de justicia, verdad y garantías de no repetición, que si bien deben tener a las víctimas como eje y centro, deben cumplir con una función social mucho más amplia.

El breve examen en torno a los lugares de memoria es útil, pues para observar cómo interactúan lo jurídico y lo político en torno a la reparación a las víctimas en clave material y de emotividad pública. Aquello determinado y recomendado por una Comisión de la Verdad o un juez en materia de graves violaciones a los derechos humanos no implica solamente el desarrollo de un procedimiento administrativo, sino que tiene detrás todo el peso de un acto de justicia que en últimas busca dar los elementos para que la víctima pueda depositar nuevamente su confianza en el contrato social que ha sido alterado por la violencia, especialmente en aquellos casos en que la ruptura al mismo fue causada directamente por el Estado o con su complicidad. De ese acto de justicia y su potencial simbólico depende en últimas la capacidad de las víctimas para gestionar su trauma, por medio de la dignificación de su condición de ciudadanos y tal es un ejercicio en el cual estas no se insertan en la sociedad como resultado de una presión unilateralmente ejercida, sino como resultado de la apertura de un espacio público que reconoce su existencia y avala su integración. En los tres casos estudiados, esta tarea sigue pendiente.

Referencias

Agencia EFE. (2016). Las víctimas del conflicto reclaman al Estado de Guatemala cumplir los Acuerdos de Paz, Recuperado de <https://www.efe.com/efe/america/politica/las-victimas-del-conflicto-reclaman-al-estado-de-guatemala-cumplir-los-acuerdos-paz/20000035-3098849>

- Allier Montaño, E. (2008). Los Lieux de Mémoire: Una propuesta historiográfica para el análisis de la memoria. *Historia y Geografía*. Núm. 31, p. 165-192. Recuperado de <http://studylib.es/doc/7051197/los-lieux-de-m%C3%A9moire--una-propuesta-historiogr%C3%A1fica-para-el>
- Centro de Memoria Histórica (CMH) (2012). *Justicia y Paz: ¿verdad judicial o verdad histórica?* Taurus.
- Centro Nacional de Memoria Histórica-CNMH. (2013); *Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Recuperado de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>
- Centro Nacional de Memoria Histórica (s. f.). *Estadísticas del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/estadisticas.html> [05/12/2017]
- El Heraldo (2016, enero5). Develan monumento en honor a víctimas de ‘Don Antonio’ en Santo Tomás. Recuperado de <https://www.elheraldo.co/barranquilla/develan-monumento-en-honor-victimas-de-don-antonio-en-santo-tomas-188080>
- Guatemala Memoria del Silencio (1999) Comisión para el Esclarecimiento Histórico en Guatemala. 1.ª edición. Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS). Guatemala. Recuperado de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/guatemala-memoria-silencio/guatemala-memoria-del-silencio.pdf>
- Gómez Isa, F. (2010). Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: El caso de Colombia. En Reed, M & Rivera, M. (Ed). *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*. Bogotá, Colombia: Centro Internacional para la Justicia Transicional, p.188-210.
- Indepaz. (2013). *Proceso de paz con las Autodefensas Unidas de Colombia*. Recuperado de: http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/04/Proceso_de_paz_con_las_Autodefensas.pdf
- Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (s.f.). Los factores que hicieron posible la Violencia. Recuperado de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110893/2008-%20Informe%20Final%20de%20la%20CVR%20%28Fasc%C3%ADculo%201%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- International Center for Transitional Justice-ICTJ (2013). *Reparaciones en Perú: El largo camino entre las recomendaciones y la implementación*. Recuperado de: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Report-Peru-Reparations-Spanish-2013.pdf>

- La República (2007, enero 4). El ojo que llora. Un rincón contra el olvido [Redacción]. Recuperado de <https://larepublica.pe/archivo/259910-el-ojo-que-llora-un-rincon-contra-el-olvido>
- Larrea, E. (2014, junio 16). La memoria del lugar. Recuperado de <https://redaccion.lamula.pe/2014/06/16/el-lugar-de-la-memoria-y-la-discordia/enrique-larrea/>
- Lecombe, D. (2010). Una paz conflictiva: Luchas epistémicas en torno a la definición de la justicia transicional en Colombia. En Reed, M. & Rivera, M. (Ed). *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*. Bogotá, Colombia: Centro Internacional para la Justicia Transicional, p.211-224). Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Transiciones-en-contienda-2010.pdf>
- López, J. H. (2017, septiembre 19). Ley de Justicia y Paz el vergonzoso espejo de la JEP. *Revista Sur*. Recuperado de https://www.sur.org.co/ley-justicia-paz-vergonzoso-espejo-la-jep/#_ftn1
- Mendlovic, B. (2014). ¿Hacia una “nueva época” en los estudios de memoria social?, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. Volumen 59. N° 221, p. 291-316. Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcpys/article/view/47710/42900>
- Montaño, J. (2013, octubre 31) Monumento recuerda a mártires de masacre de ‘Las Brisas’. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/cms-13152941>
- Nussbaum, M. (2014). *Emociones públicas ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Barcelona España: Paidós.
- Red Nacional de Víctimas Guatemala (2016, noviembre 16). *Impacto de los acuerdos de paz para las víctimas del conflicto armado interno 1996-2016. Demandas de verdad, justicia y reparación digna*. Consejo Nacional de Víctimas Movimiento Nacional de Víctimas Q’anil Tinamit [Guatemala]. Recuperado de <http://memoriavirtualguatemala.org:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/261/Impactos%20de%20los%20Acuerdos%20de%20Paz%20para%20las%20v%C3%ADctimas%2c%20documento%20pol%C3%ADtico.docx%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Salamanca, C. (2006). Los lugares de la memoria y de la acción política en Guatemala. Justicia transicional, políticas del reconocimiento y ficciones de secularismo, *Revista de Estudios Sociales*, 51(51), p. 62-75. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/276927604_Los_lugares_de_la_memoria_y_de_la_accion_politica_en_Guatemala_Justicia_transicional_politicas_del_reconocimiento_y_ficciones_de_secularismo
- Sánchez, F. (2007). *Las cuentas de la violencia*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Norma. Recuperado de https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/LAS_CUENTAS_DE_LA_VIOLENCIA_FABIO_SANCHEZ2.pdf

Tribunal Primero de Sentencia Penal. Guatemala (2011). Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, Sentencia en el caso de la masacre de las Dos Erres. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/2erres12.html>

Unión Nacional de Mujeres Guatemaltecas, Sepur Zarco: El camino de las mujeres hacia la justicia, Guatemala, p.6. (2016, agosto). Recuperado de http://unamg.org/sites/default/files/publicaciones/SEPARATA%20A%20SEIS%20MESES%20DE%20DICTADA%20LA%20SENTENCIA%20_0.pdf

Verdadabierta.com. (2014, septiembre 15). Solo el 6,8 % de reparación a víctimas se ha pagado con dineros de desmovilizados. Recuperado de <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/reparaciones-a-victimas/5438-solo-el-6-8-de-reparacion-a-victimas-se-ha-pagado-con-dineros-de-desmovilizados>

Bibliografía recomendada

- Assman, J. & Czaplicka J. (1995). Collective Memory and Cultural Identity. *New German Critique*. Nº 65, p. 125-133.
- Alija Fernández, R. (2009). La multidimensionalidad de la justicia transicional: Un balance entre los límites jurídicos internacionales y los límites de lo jurídico. En Bonet Pérez, J. & Alija Fernández, R. (Ed.). *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos: Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Bilbao, Portugal: Universidad de Deusto, p. 93-162. Recuperado de <http://corteidh.or.cr/tablas/26041.pdf>
- Aguilar, P. (2008). *Políticas de la memoria, memorias de la política*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas (2005). Promoción y protección de los derechos humanos. Impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1. Recuperado de <http://www.idhc.org/esp/documents/PpiosImpunidad.pdf>
- Cohen, S. (2001). *States of Denial: Knowing About Atrocities and Suffering*. Cambridge, Cambridge Polity Press.
- De Greiff, P. (2009). Una concepción normativa de la justicia transicional. En: Rangel A. (Ed.), *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá, Colombia: Intermedio Editores, p.15-37.
- Dulitzky, A. (2004). Alcances de las obligaciones internacionales en derechos humanos. En: Martín, C., Rodríguez Pinzón, D. & Guevara, J. (Ed). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ciudad de México, México: Editorial Fontamara, p. 20-35.
- Elster, J. (2006). *Rendición de cuentas, la justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires Argentina: Katz Editores.

- Halbwachs, M. (2004). *La memoria colectiva*. Zaragoza, España: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Halbwachs, M. (1968). Memoria Colectiva, Memoria Histórica. *Reis*. 65/95, p.209-219.
- Huysen, A. (2002). Finding Meaning in Memory: A Methodological Critique of Colective Memory Studies, *History and Theory*, Vol. 41, p. 179-197.
- International Center for Transitional Justice (ICTJ). (2003). *Ensayos sobre la justicia transicional*. New York, International Center for Transitional Justice.
- Jelin, E. (2002). *Los trabajos de la memoria*. Madrid, España: Siglo Veintiuno Editores.
- Kansteiner, W. (2002). Finding Meaning in Memory: A Methodological Critique of Collective Memory Studies. *History and Theory*. N° 41, Wesleyan University.
- Márquez, Á. (2010). *La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa*. Bogotá, Colombia. Grupo Editorial Ibáñez.
- Pierre, N. (1989). Between Memory and History: Les Lieux de Mémoire. *Representations*. Vol. 26, p. 7-24.
- Nussbaum, M. (2010a). *Not for profit. Why democracy needs the humanities*. Princeton: Princeton University Press.
- Nussbaum, M. (2007) [2006]. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona, España: Paidós.
- Nussbaum, M. (2004). *Hiding from humanity. Disgust, Shame and the law*. Princeton: Princeton University Press.
- Nussbaum, M. (2003a). Compassion and terror. *Daedalus*. 132 (1), p.10-26.
- Nussbaum, M. (2003b). Cultivating humanity in legal education. *The University of Chicago Law Review*. 70 (1). Centennial Tribute Essays, p. 265-279.
- Nussbaum, M. 2001 [1997]. *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*. Barcelona, España: Andrés Bello.
- Nussbaum, M. (1995a) [1986]. *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*. Madrid, España: Visor.
- Reed Hurtado, M. (2010). Justicia transicional bajo fuego: Cinco reflexiones marginales sobre el caso colombiano. En Reed, M y Rivera, M. (Ed). *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*. Bogotá, Colombia: Centro Internacional para la Justicia Transicional, p.87-113.
- Rodríguez, G. (2004). Normas de responsabilidad internacional de los Estados. En: Martín, C., Rodríguez Pinzón, D. & Guevara, J. (Ed). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ciudad de México, México: Editorial Fontamara, p. 56 -78.

- Rojas, S. (2004). *Las medidas aflictivas y la reparación del daño bajo el sistema de protección jurisdiccional internacional de los derechos fundamentales*. Ciudad de México, México, Editorial Porrúa-Universidad Iberoamericana.
- Teitel, R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 16, p. 69-94.
- Winter, J. (2000). The Generation of Memory: Reflections on the “Memory Boom”. *Contemporary Historical Studies. GHI Bulletin*. n.º 27, p. 24.

Notas: _____

El Estado Social de Derecho Colombiano y el Estado Constitucional de Derechos de Ecuador, frente al marco de garantía al Derecho a la Participación Ciudadana*

Carolina Lara Delgado**

Resumen. El proyecto de investigación que se adelanta para el Doctorado en Ciencias Políticas de la Université Paris-Est Marne-la-Vallée, analiza el Derecho a la Participación Ciudadana y Social consagrado en las constituciones políticas de Colombia y Ecuador, a la luz del desarrollo jurisprudencial y del diseño institucional de dichas cortes, pero también en la lectura de la ciudadanía a través de una Investigación Acción Participativa (IAP), para determinar la efectiva garantía o no de dicha consagración constitucional, al tener en cuenta que los dos países contemplaron la *Participación* como un derecho fundamental, en el marco de un Estado de Derecho, ambos democráticos, unitarios, organizados como República, en un momento clave en el que las instituciones han perdido credibilidad, legitimidad y confianza de la ciudadanía, que afectan aún más la soberanía, amenazada constantemente por los poderes económicos y políticos, ajenos a la ciudadanía.

Palabras claves: Participación ciudadana, Derecho a la participación,

* Texto parcialmente inédito. Hace parte del documento: “Esperanza Democrática, 25 años de presupuesto participativo” (*Esperanza democrática 25 años de orçamento*) y Ponencia en Action Research Network of the Americas (ARNA): Participación y Democratización del Conocimiento: Nuevas Convergencias para la Reconciliación. Cartagena de Indias, Colombia, junio 12 al 16, 2017.

** Carolina Lara Delgado: Université Paris-Est Marne-la-Vallée. Paris (Francia). Abogada de la Universidad de los Andes, Bogotá (2008). Becaria del proyecto de Formación de la Unión Europea “PARLOCAL- Escuelas de formación en participación ciudadana”, Uruguay- República Dominicana. (2010-2012). En curso de Especialización de Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario, Bogotá (2017-2018). Becaria de la Fundación Ciudadano Inteligente, “Escuela de Innovación Política LAB-CIVICO”, Bogotá (2017). Correo electrónico: Calara.d@gmail.com

Constitución Colombia, Constitución Ecuador, presupuesto participativo.

1. Introducción

En el contexto latinoamericano de una nueva idea de constitucionalismo, en la cual existe un proceso constituyente de naturaleza participativa que propone no solo la posibilidad de garantizar los derechos humanos, parece favorecer la democracia en la construcción del Estado y la consecuente organización del poder, se promulgan las constituciones de Ecuador y Colombia en 2008 y 1991, respectivamente.

Colombia se constituyó como un Estado Social de Derecho y Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos, clara diferenciación conceptual de los Estados, con sus correspondientes apuestas y visiones, así como de las Asambleas Constituyentes para ambos casos, con el fin de analizar el enfoque que tendrá el Estado frente al sujeto social y en consecuencia el derecho a la participación que garantizarían.

La lectura de los derechos humanos tiene como fundamento el reconocimiento de la dignidad de la persona humana en ambas constituciones, aunque Ecuador también reconoce como sujeto de derecho a la naturaleza. La participación en ese marco, más allá de verse como un tema de modernización estatal o de globalización, es vista no solo como uno de los derechos individuales que permiten alcanzar el logro de otros derechos y, en sí mismo, la realización del ser humano, sino como un derecho que logra su realización dentro de una colectividad. Esto, en cuanto aporta a la construcción o transformación de una cultura e identidad particular, como sucede en el caso de estudio que se presentará en las Jornadas de Investigación de los pueblos andinos y de unos mínimos que fueron violados en los procesos colonizadores, los cuales después de la lucha y resistencia, se concertaron como acuerdos que permitirían una “dignidad” mínima común, cuya responsabilidad se dejó en cabeza del Estado.

En este orden de ideas, el derecho a la participación puede tener un análisis como derecho fundamental individual, desarrollado por la persona particular y en su propio beneficio y, al tiempo, tiene la potencialidad de pensarse en la acción colectiva y el impacto social que tiene la participación, la movilización ciudadana, que apunta a la esencia misma de un Estado de Derecho, plurinacional, diverso, multicultural, que se construye sobre el bien común.

Fue preciso estudiar qué significa la *garantía efectiva* del Derecho en cada Estado, entendiéndose en general que ella se realiza cuando los habitantes de los dos países *gozan* de su derecho a participar. Sin embargo, es fundamental alinear esta *garantía efectiva* o no, con la visión política de cada Estado, encontrado en el análisis del marco contextual constitucional mencionado.

Al contemplar que la responsabilidad por la garantía del derecho a participar le corresponde a cada Estado, se revisa el diseño institucional que asumieron Colombia y Ecuador para proteger y garantizar dicho derecho a participar, en los ámbitos nacional, regional y local, en términos individuales y colectivos; así como también se hace necesario revisar el papel de las instituciones que deben guardar el cumplimiento de la Constitución, como es la Corte Constitucional en cada país y su correspondiente jurisprudencia con los impactos en lo público.

En conexión con lo anterior, se presentará el análisis no solo del aparato estatal, Ejecutivo y Judicial, con la mirada de confianza total como el Leviatán que señalaba T. Hobbes (1961), sino que se debe prestar atención también a la realización de la participación desde abajo, desde las mismas comunidades.

La participación ciudadana permite acercarnos a una nueva noción del ciudadano, el cual pasa de ser objeto de la *caridad estatal* hacia un sujeto *poseedor de derechos*. Ese poseedor de derechos es también quien da origen al poder, entendiendo así la soberanía en sentido amplio de la concepción rousseauiana, en el cual el soberano es ahora la colectividad o pueblo.

En este contexto, es el concepto amplio del derecho a participar el que permite a hombres y mujeres observarse como sujetos de derecho dentro de una sociedad, quienes podrán exigir y contribuir a la garantía, protección y restitución del mismo, para ellos y sus conciudadanos, pero a la vez, como el instrumento que moviliza voluntades para el logro del bienestar colectivo y de la justicia social.

2. Discusión

La participación ciudadana en este nuevo marco constitucional tanto en Colombia como en Ecuador, pretendió la transferencia de poder a la comunidad, para que ella pueda decidir o al menos incidir en las decisiones del gobierno que afecten su vida. En este sentido, la participación

ampliaría sus alcances y lograría democratizar y legitimar las decisiones estatales, generando una responsabilidad compartida en las acciones que se emprendieren.

A continuación, se presenta una propuesta de modelo de participación ciudadana que parte del reconocimiento del Derecho en diversos instrumentos jurídicos de orden internacional y nacional, así como de la naturaleza de los llamados sociales, que corresponden a necesidades comunitarias o particulares de los seres humanos.

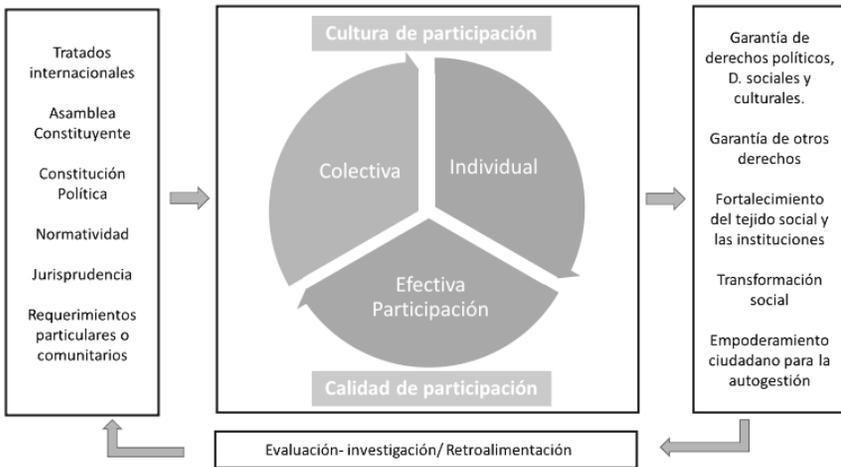
Es así como esta normatividad y necesidades reales, buscan el desarrollo de la participación, que será efectiva siempre y cuando se realice con calidad, entendida como una participación tendiente a decidir en los asuntos que le corresponda, en cuanto particular o colectivo en ejercicio de sus derechos. La cultura de la participación se alimenta de este círculo virtuoso que permite, como se muestra en el centro de la siguiente figura mediante el espiral, profundizar cuanto sea necesario para mejorar la calidad de la participación, al tiempo que gestiona y fortalece una cultura participante.

El objetivo de este proceso empieza por reconocer y garantizar el derecho a participar, un derecho político por excelencia, pero un derecho social y cultural a la vez, y adicionalmente, un derecho que activa el cumplimiento de otros derechos al tener como misión, denunciar y hacer seguimiento a las acciones del poder público, al realizar la democracia participativa.

El empoderamiento de las comunidades, mediante la realización de la participación, implica no solo que la ciudadanía conozca sus derechos, sino que los reclame en su cumplimiento y, adicionalmente, se hace necesario gestionar el conocimiento y obtener la información necesaria para lograr transformaciones importantes sociales e institucionales, para fortalecer los tejidos sociales y la estructura estatal.

En consecuencia, se identifican los distintos niveles de realización de la participación: asistencia, consulta, deliberación o decisión; cabe indagar también los mecanismos efectivos de la participación individual y colectiva, dispuestos en cada país para el uso de los ciudadanos.

Figura 1. Esquema del derecho a la participación en su dimensión particular y comunitaria



Fuente: Modelo propuesto por Carolina Lara (2018)

El estudio de la ciudadanía fue fundamental para el desarrollo de la tesis, por cuanto aporta en el enfoque de sujeto social que tiene cada Estado; en la Carta ecuatoriana a diferencia de la Carta colombiana, se reconoce que todas personas nacidas en Ecuador tienen ciudadanía, quienes gozarán de los derechos constitucionales, entendiéndose ello desde el momento en que nacen. Por su parte, la Carta de Colombia señala que la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años; en este sentido se interpretaría que los menores de edad no son ciudadanos, cuya implicación solamente indica el derecho de votar, pero le reconoce sus derechos desde el nacimiento, al igual que en Ecuador.

Así las cosas, la presentación contará con un análisis de la jurisprudencia constitucional desde la promulgación de las Cartas, al tener en cuenta que la Constitución colombiana es de 1991 y la Constitución ecuatoriana fue promulgada en 2008, adicionalmente al estudio de diseño institucional adoptado por cada Estado, focalizándose no solo en herramientas dispuestas sino en diseños en los ámbitos local, regional y nacional.

Se mostrará el avance en la comparación de las estructuras del Estado, que pretenden garantizar el derecho a la participación ciudadana

en cada país e identificar la efectividad de las mismas en el goce real del derecho.

Si bien la investigación pretende generar un postulado de aprendizaje que pueda llevar a construir un lenguaje político y constitucional de la participación ciudadana para la región andino-americana, dicho producto no se tendrá listo para este año 2018.

3. Sobre la metodología de la tesis

En la construcción del marco conceptual y de contexto, se revisó el momento histórico en el que se crearon las constituciones de cada país, para entender el sentido político y la visión de los constituyentes, y se avanzó en el análisis de la aplicabilidad de los postulados del derecho a participar.

En este sentido, fue fundamental acudir a los documentación sobre la Asamblea Constituyente de 1991 y de Montecristi, en Colombia y Ecuador, respectivamente; a entrevistas estructuradas, a bibliografía de los dos países, para dar cuenta del momento histórico que acompañó a cada Constitución como un marco contextual y en la aplicabilidad; se avanzó en la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y ecuatoriana frente a la participación, como fuente auxiliar o vinculante del derecho. Así mismo, se avanzó en la documentación de los contenidos legales y reglamentarios que inciden en los diseños institucionales y en los mecanismos de participación, para el efectivo goce del derecho.

La segunda parte de la investigación sobre el derecho a la participación en Colombia y Ecuador, no se planteó solamente desde el análisis documental y entrevistas estructuradas, sino que se ha considerado la necesidad de incluir un caso de estudio sobre el proceso de presupuesto participativo, en tanto desarrolla o no una investigación acción participativa en dos ciudades que comparten un contexto cultural similar, como son: Pasto (Colombia) y Cuenca (Ecuador).

Sobre la Investigación Acción Participativa, se toma el concepto estructurado por el sociólogo colombiano Orlando Fals Borda, para quien la investigación no debe ser vista como un “campo de diversiones para ninguna élite académica”, sino que debería ser verdaderamente democrática, en la cual el investigador: “No monopolice su conocimiento ni imponga arrogantemente sus técnicas, más bien respete y combine sus

habilidades con el conocimiento de las comunidades investigadas o de base, teniéndolos como socios en pleno derecho y co-investigadores”¹ (Conferencia ARNA, 2017, s. p.). La Investigación Acción Participativa puede ser un enfoque o una metodología.

Como enfoque se refiere a una orientación teórica (filosofía, marco teórico) en torno a cómo investigar. Como metodología hace referencia a procedimientos específicos para llevar adelante una investigación-estudio científico diferente a la investigación tradicional; es una manera concreta de llevar adelante los pasos de la investigación científica de acuerdo con su enfoque. (Blog-Tesis de Investigación, 2011, s. p.)

Es en este sentido que se presentará el avance de la investigación, en el análisis comparativo de las metodologías utilizadas por los dos procesos de presupuesto participativo utilizado por los últimos periodos de gobierno de Pasto y Cuenca, permitiendo determinar el grado de incidencia que existe en estas dos ciudades por parte de las comunidades, en las decisiones de los gobiernos, a partir de sus metodologías.

Adicionalmente, se revisarán plataformas de operación de los presupuestos participativos, como el caso colombiano, en donde existe la Red Nacional de Planeación Local y Presupuesto Participativo como una iniciativa que articula ejercicios de planeación y presupuesto participativo de distintos municipios y departamentos, promovidos tanto por organizaciones sociales como por autoridades gubernamentales. Es una forma de institucionalización informal de la planeación local y la participación participativa en el país.

La articulación en red facilita no solo las comunicaciones y la organización horizontal, sino la generación de conocimiento colectivo sobre la acción participativa en cada territorio y aprender de sus propias lecciones, movilizandando una agenda política común.

4. Conclusiones

La participación no se puede conceptualizar de una única manera, menos aún desde la perspectiva del Derecho, toda vez que el alcance de la participación dependerá del contexto social, político y económico del momento en que se analice, para el caso los espacios de las Asambleas Constituyentes (1991 en Colombia y 2008 en Ecuador); pero sin dejar de lado que la

¹ Abril 1995, Conferencia de sociólogos del Sur en Atlanta.

participación también contiene la doble posibilidad de realizar derechos particulares y colectivos, siendo ejercido el derecho por una o varias personas.

Analizar los documentos de las constituciones políticas no es suficiente, sin hacer la lectura de los momentos históricos cuando se desarrollaron, pero es fundamental revisar en la actualidad qué tanto se consolida y garantiza el derecho a participar, desde la mirada comunitaria, el grado de apropiación de la ciudadanía por su Constitución, como lo señala Alberto Acosta (2010); y en el análisis de la estructura del Estado y la organización del poder, cabe preguntarse por las diversas ramas: Ejecutiva, Legislativa y Judicial, revisando el aporte de cada una de ellas; por ejemplo: las cortes constitucionales, en la creación de líneas jurisprudenciales que tiendan a garantizar la participación ciudadana en diversos ámbitos; el Legislativo en la creación de normatividad en ambos países; y el Ejecutivo en la realización y garantía efectiva del derecho.

Esa participación se encuentra bajo la perspectiva de la construcción de un sujeto social, así como en el ejercicio de una soberanía y la relación de ella con el mercado, aportando en el fortalecimiento y la realización de un deber ser de la democracia.

Referencias

- Acosta, A. (2010). Entrevista al doctor Alberto Acosta, en el marco del Encuentro de IAP en Cuenca, 2010 [Sin más datos].
- Blog-Tesis de Investigación (2011, junio 7). Investigación Acción Participativa. *Tesis de Investigación* [Blog]. Recuperado de <http://tesisdeinvestig.blogspot.com/2011/06/investigacion-accion-participativa.html>
- Conferencia ARNA (2017). "Participación y Democratización del Conocimiento: Nuevas Convergencias para la Reconciliación". Cartagena de Indias. Colombia. Junio 12 al 16. Recuperado de <http://www.arna2017.unal.edu.co/>
- Ortiz, M. & Borjas, B. (2008, octubre-diciembre). La Investigación Acción Participativa: Aporte de Fals Borda a la educación popular. *Espacio Abierto*, vol. 17, n° 4, p. 615-627
- Hobbes, Thomas. (1961). *Leviatán*. Biblioteca del Político. INEP. AC- Recuperado de [http://oer2go.org/mods/es-bibliofilo/content/Hobbes,%20Thomas%20\(1588-1679\)/Hobbes,%20Thomas%20-%20Leviat%C3%A1n.pdf](http://oer2go.org/mods/es-bibliofilo/content/Hobbes,%20Thomas%20(1588-1679)/Hobbes,%20Thomas%20-%20Leviat%C3%A1n.pdf)

El videojuego como una nueva manifestación de la política

Juan Manuel Rodríguez Acevedo*

Resumen. Con la globalización al acecho, tanto el Estado como la política tal y como los conocíamos, se han venido reconfigurando. Día tras día surgen nuevas tecnologías que pretenden facilitar la vida de las personas al lograr acercarlos y sorprenderlos.

El caso del entretenimiento no ha sido ajeno a esto. Temas como el cine, la televisión y música emitida en directo y los juegos de video, entre otros, han ingresado de forma acelerada a los hogares de millones de personas en el mundo, convirtiéndose en algo cotidiano. El juego de video como herramienta de entretenimiento se ha introducido de manera amplia en hogares de millones de habitantes del globo terráqueo y aquello que en un principio suponía una situación encausada en el mero entretenimiento ha empezado a tener tal relevancia que ha logrado que se dé la movilización del aparato estatal, evidenciada en la regulación y censura, o en la utilización de los mismos para la difusión de la acción estatal; también ha llevado a que los particulares empiecen a ganar espacios que deberían ser propios del Estado.

Como se menciona, a través de la regulación estatal en la que temas como los contenidos de sexo, violencia y propaganda política en los juegos de video, así como las cajas de recompensa, ponen de presente el papel político del juego de video y la necesidad de la acción del Estado regulador que debe tomar medidas que procuren dar solución a estas problemáticas. A partir de estos aspectos, se hace necesario revisar la figura de la política en relación con la aplicación de los juegos de video.

* Juan Manuel Rodríguez Acevedo es abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Magíster en Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana, estudiante de Doctorado en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia.

Palabras claves: Videojuego, juego, política, Estado.

1. Introducción

Uno de los principales aspectos que ha traído consigo la globalización es la creación de diferentes herramientas tecnológicas cuyo objetivo es buscar facilidades para el desarrollo de las distintas actividades que el individuo realiza. Salud, trabajo, desplazamientos, comunicaciones, son aspectos que han tratado de ser facilitados a partir de las tecnologías que se crean.

Pero no son las únicas actividades que se ven beneficiadas a raíz de las tecnologías. Temas como el ocio y el entretenimiento han visto su crecimiento a partir de los adelantos tecnológicos que cada día llevan a una sofisticación mayor en cuanto a sus contenidos y su forma de difusión. Es así que se empieza a hablar de las tecnologías del entretenimiento, las cuales permiten que esos espacios de diversión, relajación y tiempo libre, puedan llegar de manera mucho más fácil a las audiencias.

Las formas en las que la gente ve el cine y la televisión han cambiado y hacen que se vean de una forma más fácil y mucho más abierta para el público en general. De igual manera, se debe revisar el caso de los juegos de video, tecnología de entretenimiento que hace ya más de cuarenta años hace parte de esta y que pese a tener un origen netamente lúdico se ha transformado en una herramienta de difusión de contenidos de orden militar, político y económico, entre otros.

Precisamente, esa difusión de contenidos ha traído consigo una serie de ventajas y problemáticas para el Estado, pues desde las distintas aplicaciones que se les ha dado a los juegos de video se pueden evidenciar situaciones en las que se ponen de presente aspectos de carácter político, como una manifestación de la política. A partir de esos planteamientos de orden político, los Estados han visto la necesidad de que se dinamice el aparato estatal, y es a partir de allí que se manifiestan dos posibilidades.

La primera de ellas, como una oportunidad para lograr evidenciar la acción estatal, en la que para llegar a sus ciudadanos se emplean los juegos de video; de ahí que se utilicen los mismos como mecanismos para entrenamiento militar, participación democrática, concientización de problemas de la comunidad, entre otros, y a través de los cuales el Estado se ajusta a las nuevas tecnologías como medio de difusión de su acción.

La segunda, las cuestiones alrededor de los juegos de video no solo deben verse desde una perspectiva positiva, sino que se encuentra una

serie de problemáticas que han surgido en torno a los juegos de video, pues se ha considerado que estos han contribuido presuntamente a generar influencia entre jóvenes videojugadores (juegos violentos, ideologías políticas, contenidos que atentan contra la moral y las buenas costumbres), quienes, aparentemente, han realizado conductas que atentan no solo contra la vida de otras personas, sino contra los bienes públicos y privados.

A partir de estas situaciones, los Estados entran a jugar un papel importante al buscar formas de regulación y censura en los juegos de video; con ello se pretende establecer unos controles frente a los contenidos que los videojugadores reciben. Sin embargo, el papel del Estado frente a este tipo de controles no ha sido el mejor, pues en muchas oportunidades no regulan, o cuando lo hacen, regulan mal y queda en entredicho el papel del Estado.

Así mismo, algunos Estados logran realizar una regulación que se ajustaría a los requerimientos de la sociedad, pero que en primer lugar empiezan a controvertir los derechos mismos de sus ciudadanos a través de la censura, y que, en segundo lugar, se ven cortos, debido al desbordamiento de las fronteras y a la imposibilidad de los Estados de lograr cubrir las distintas aristas que se pueden presentar fuera de estos. Al ver que el Estado no puede operar de manera apropiada, entonces los particulares plantean focos de poder a partir de la creación de sistemas de autorregulación en el que definen cuál es la clasificación por edades para que los niños puedan adquirir los juegos de video. Al tener en cuenta estos elementos, se podría pensar en esas manifestaciones de política que se derivan de los juegos de video.

2. Discusión

El primer aspecto al cual hay que hacer alusión en relación a este tema, es tratar de identificar cuál es el concepto de la política y para ello es necesario revisar de manera breve algunas concepciones existentes en relación con la política. En primer lugar, se debe tener en cuenta la definición presentada por Nicolás Maquiavelo (1994), quien parte de la base de analizar que el hombre tiene dos fases: una, del hombre frente a la sociedad y dos, el hombre político, *zoon politikon*, y lo político en este contexto significa que el hombre se transforma. De igual manera, debe tenerse en cuenta la concepción de política de Hannah Arendt, citada por Govea (2010),

quien considera que esta figura es "...la forma de organización del poder legítimo en una determinada comunidad humana (*koinonía*). Legítimo va a significar en esta pensadora que dicho poder no es producto ni surge de la violencia y menos se mantiene por aquélla" (p.6). Si se observa esta definición, se encuentra que a partir de la misma también se analiza el concepto de poder. Weber (2014) considera que la política es una circunstancia de poder y lucha. Por su parte, Norberto Bobbio, et al. (1998) definen la política a partir de sus medios y no por sus fines, por tal razón la política sería la fuerza que se basa principalmente en la obtención de los instrumentos mediante los cuales se puede hacer efectiva la fuerza.

De igual manera, deben revisarse los conceptos de otros autores como Duverger o Dahl. Duverger (1970) presenta una doble concepción acerca de la política. Por una parte, él considera que la política es una lucha entre individuos o grupos, que tienen como objetivo fundamental la conquista del poder, lo cual trae consigo una desventaja para quienes son vencidos. Por otra parte, se considera que la política es un esfuerzo que se realiza para la obtención de un orden social. Dahl (2002) hace un análisis a partir del concepto del sistema político, en el que se encuentra un sistema de personas que se derivan en tres aspectos específicos: gobierno, autoridad y poder. A partir de esta base, se definen los distintos aspectos de la política. Si bien estos no son los únicos conceptos de poder existentes entre los diferentes autores de la ciencia política, sí es de destacar que tienen relevancia para definir un aspecto general de este concepto que puede tener relación con los juegos de video.

Para continuar en la discusión frente a los juegos de video como una manifestación de la política y antes de hablar específicamente acerca del videojuego, es necesario hacer referencia al juego en sí mismo, situación que se ve evidenciada principalmente en el análisis de dos autores: Joseph Huizinga y Roger Caillois.

En primer lugar, es necesario revisar la obra de Johan Huizinga (2007), *Homo Ludens*. En esta, Huizinga parte de la base de considerar que el juego es concomitante a la cultura humana.

El juego es una acción que se desarrolla dentro de ciertos límites de lugar, de tiempo, y de voluntad, siguiendo ciertas reglas libremente consentidas, y por fuera de lo que podría considerarse como de una utilidad o necesidad inmediata. Durante el juego reina el entusiasmo y la emotividad, ya sea que se trate de una simple fiesta, de un momento de diversión, o de una instan-

cia más orientada a la competencia. La acción por momentos se acompaña de tensión, aunque también conlleva alegría y distensión. (Huizinga, 2007, p.45)

A partir de este concepto, se hace una revisión de la relevancia que tiene el juego para la construcción de la sociedad y de la cultura. No solo Huizinga revisó el concepto de juego, también Roger Caillois partió de lo analizado por este autor para examinar las implicaciones que tiene el juego en la sociedad. En su obra *Los juegos y los hombres, la máscara y el vértigo* analiza nuevamente el concepto del juego, y establece que este es "...una ocupación separada, cuidadosamente aislada del resto de la existencia y realizada por lo general dentro de límites precisos de tiempo y lugar" (Caillois, 1986, p.32).

Además de esto, el trabajo presentado por Caillois es importante, pues nos ofrece una clasificación de los juegos al establecer que los mismos pueden ser *Agon* (competencia), *Alea* (azar), *mimicry* (simulacro) e *Ilinx* (vértigo). Aunado a estos autores, se deben analizar los trabajos de otros más contemporáneos, quienes también han desarrollado sus estudios y análisis en torno al juego.

En ese sentido, vale la pena hacer un estudio de la obra de Morton Avedon, et al, (1971), quienes en su libro *The study of games* hacen una revisión de los juegos, el por qué la gente los juega y cómo es la historia de estos, además es relevante porque en este libro se realiza por primera vez un análisis de los juegos frente a la Ciencia Política, la Economía y la Sociología. En el mismo contexto y al seguir con el análisis del juego, debe hacerse una revisión del libro *Rules of play: Game design fundamentals* escrito por Katie Salen y Erick Zimmermann (2003), en el que los autores examinan el juego desde la perspectiva de las reglas y la influencia que el mismo tiene en la cultura.

Como se puede observar, el juego es relevante para la sociedad, y a medida que se desarrollan las nuevas tecnologías también, por ende, el juego de video empieza a tener una importancia superlativa en el trasfondo de la sociedad, tanto así que se ha tornado en un objeto de análisis por parte de distintos académicos, por esto la literatura sobre el tema es variopinta e incluye análisis desde distintas perspectivas.

El juego de video hasta el momento no ha tenido el espacio que otros mecanismos de entretenimiento (cine, música, literatura, pintura, etc.) han llegado a tener, más aún desde la perspectiva política, dado que el

juego de video puede tener distintas dimensiones en cuanto a lo político. Por ende, también es necesario revisar un poco el contexto del juego de video, en ese sentido vale la pena mencionar el artículo “A short and simple definition of what a videogame is” escrito por Nicolás Esposito en el año 2005. En el mismo contexto, el libro *Understanding videogames: The essential introduction* de Egenfeldt-Nielsen, S., Heide Smith, J. y Pajares Tosca, S. (2016). De igual manera, examinar las obras de autores que han considerado la relevancia de los juegos de video en la sociedad y que en sus planteamientos brindan algunos aportes a la importancia que los mismos pueden llegar a tener para la política.

También es importante hacer mención del libro de Jane McGonigal (2013): *¿Por qué los videojuegos pueden mejorar tu vida y cambiar el mundo?*, en el que la autora considera que a través de este tipo de juegos se puede llegar a generar un cambio en el mundo mediante la utilización de los incentivos y los beneficios que se pueden obtener a partir de este. Además de Jane McGonigal, se deben revisar las obras planteadas por Ian Bogost (2007; 2011; 2016) que hace referencia a los juegos de video desde distintas perspectivas. En *Persuasive games: The expressive power of videogames* dedica un capítulo entero a la perspectiva de los aspectos de carácter político a partir de los juegos de video. Pero este no es el único libro de Bogost al cual hay que hacer alusión, también es necesario estudiar *Play anything: The pleasure of limits, the uses of boredom, and the secret of games*, en el que también examina el papel de los videojuegos en la sociedad. De igual manera, se debe hacer un examen del libro *How to do things with videogames*, en el que retoma el papel de los juegos de video en espacios distintos al simple entretenimiento.

Además, es importante analizar algunos de los escritos de Gonzalo Frasca (2001), quien ha realizado su trabajo académico desde la perspectiva de los juegos. En su tesis de maestría, titulada: *Videogames of oppressed: Videogames as a means for critical thinking and debate* hace una revisión del concepto de juego planteado por Huizinga y Caillois y estudia los juegos de video desde una perspectiva constructivista fundamentado en los planteamiento de Jean Piaget. Pero Frasca (2007) no solo trabajó este tema en su tesis de maestría, sino que lo continuó en su tesis doctoral que se tituló *Play the message. Play, game and videogame rethoric*, en la que trata de dar una nueva definición del juego, a partir de su examen de los autores que principalmente han hecho alusión a ese tema.

3. La manifestación de la política

Como se mencionó, el juego de video empieza a tener tal relevancia que se vuelve un objeto de análisis desde distintas perspectivas. Ya se ha planteado que el juego de video tiene tal preeminencia en el ámbito mundial que genera una especie de ruido en el ambiente, que de algún modo u otro implica la actuación del Estado.

En primera instancia, el juego de video supone, de acuerdo con los Estados, una serie de problemas que afectan a los individuos. Por esta razón, es necesario analizar el papel regulador del Estado, que ha tratado de controlar sin éxito los temas relacionados con los juegos de video; sin embargo, este ha tomado algunas medidas muy impopulares que evidencian esa concepción de la política en relación con el videojuego.

El primer tema que hay que mencionar y que ha sido reiterado por la mayoría de los Estados, es aquel que gira en torno a la violencia derivada de los contenidos promovidos por los juegos de video. Por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos, cada vez que hay una matanza en alguna de las escuelas de este país, las autoridades buscan culpables que siempre son los juegos de video, pues afirman que los contenidos de los mismos son sumamente violentos y logran que los menores lleguen a tener conductas agresivas. Juegos como *Grand Theft Auto*, *Call of Duty*, *Medal of Honor*, entre otros, están en el ojo del huracán por sus contenidos violentos. Incluso en meses anteriores y poco después de una de esas matanzas que se presentaron en una escuela, el presidente de los Estados Unidos de América, Donald Trump, convocó a una reunión a los representantes de los desarrolladores de juegos de video; en esta mostró su preocupación por los contenidos de los mismos, que se estaban entregando a los jóvenes, razón por la cual pidió un mayor control en la venta de estos. Incluso, es de destacar que algunos de los Estados pertenecientes a los Estados Unidos de América ya han desarrollado una serie de políticas públicas encaminadas a tratar los temas relacionados con la dependencia de los niños y jóvenes a los juegos de video, así como otras que pretenden tratar de evitar los efectos de los juegos violentos.

Otro caso para tener en cuenta frente a la regulación estatal, es el que se ha derivado de los últimos años en relación con las *Loot boxes*, también conocidas como *cajas de botín*. Esta figura consiste básicamente en que el videojugador paga, a través de una microtransacción, el acceso a una *caja de botín*, la que una vez él abra le permitirá obtener un premio

para el videojuego que ha adquirido. Puede ser que obtenga un arma que no tiene o también no obtener nada, razón por la cual algunos lo han llegado a catalogar como un juego de azar.

Ya son varios los casos que se han presentado en los que un menor de edad empieza a adquirir cajas de botín de manera indiscriminada y luego a sus padres les llega deudas prácticamente impagables; precisamente, por esa razón algunos Estados se han visto obligados a regular estos para impedir que se realicen esas microtransacciones. Sin embargo, el problema es cómo pueden controlar esto si muchos de los servidores se encuentran fuera del país, siendo esta una de las principales razones por las cuales los Estados se quedan cortos para definir las acciones al respecto.

A partir de lo anterior, surgen otras inquietudes y son aquellas derivadas de si el Estado se queda corto para poder regular estos aspectos, entonces ¿quién será el llamado a regularlos?, razón por la cual entra a jugar un papel de importancia la autorregulación por parte de la industria, y es a partir de ello que se destacan las iniciativas que se han realizado en dos continentes. En el caso de Estados Unidos, primer continente, se ha utilizado el Entertainment Software Rating Board (ESRB) como el mecanismo para clasificar los juegos de video y permitir su venta de acuerdo al público al que pretende llegar. Es de destacar que este se utiliza no solo en los Estados Unidos, sino en Canadá y México. Los demás países de América quedan a la deriva o bajo normativas propias que no tienen ningún tipo de aplicación o utilidad.

En el caso de Europa, segundo continente, encontramos la otra iniciativa de autorregulación, que es la Pan European Game Information (PEGI) y que no solo ha tenido aplicación para los Estados parte de la Unión Europea, sino también para los no miembros. No significa que estas sean las únicas iniciativas de autorregulación, pero sí las más relevantes. Y precisamente, estas iniciativas de la industria terminan siendo una manifestación de la política, pues el poder no puede ser ejercido por parte del Estado y llega a ser necesario que los particulares tomen medidas para dar cumplimiento a esto. Si funcionan de manera idónea o no, sería un tema que puede ser objeto de análisis.

Un tercer aspecto que debe ser tenido en cuenta, es aquel relacionado con la manifestación de la acción política a través de los juegos de video, y es que los Estados han visto en los juegos de video un mecanismo idóneo para poder difundir su propaganda o para realizar actividades. Desde esta

perspectiva debemos destacar tres casos: El primero de ellos, Japón con la implementación de la escuela *Sim City*. En este país existe gran preocupación, dado que los jóvenes no desean participar en política, razón por la cual se ha visto la necesidad de buscar mecanismos que lleguen a los jóvenes de manera fácil. Por ende, se ha establecido esta escuela en donde los jóvenes a partir de la utilización de *Sim City* van aprendiendo un poco más acerca de la forma de gobernar. La escuela también implica la participación de las principales figuras políticas del país.

Un segundo ejemplo de esto, es aquel que se observa en el ayuntamiento de Madrid, que ha empezado a utilizar *Minecraft* como una herramienta para definir, junto a los ciudadanos, los presupuestos participativos; es decir, la manera cómo van a priorizar los recursos en favor de la comunidad.

Otro ejemplo importante es la utilización de los juegos de video como un mecanismo para el entrenamiento militar; por ejemplo, Estados Unidos ha implementado un juego que se llama *America's army* que busca no solo servir como un medio para entrenamiento a lo largo de la vida militar, sino como un medio de reclutamiento, dado que el juego no es exclusivo de las fuerzas militares, sino que se ha permitido su uso libre por parte de los particulares.

4. Conclusiones parciales

Del corto análisis realizado en las anteriores páginas, se puede observar que el juego de video empieza a tener una gran importancia en el desarrollo mismo de la sociedad y a la par que se han dado estas situaciones surge una serie de problemáticas que suponen la actividad estatal, ya sea a través de la censura y la regulación de los juegos de video, o que el Estado, al verse imposibilitado, transfiere a la industria los mecanismos de autorregulación o utiliza dichos juegos para lograr la difusión de su actividad estatal. Como se ha observado en las definiciones de la política, este es un asunto de poder, al igual que en los casos de los juegos de video que también suponen dicho poder.

Referencias

Bobbio, N., Matteucci, N. & Pasquino, G. (1998). *Diccionario de política*. 11.ª ed. Madrid, España: Siglo Veintiuno.

- Bogost, I. (2007). *Persuasive games: The expressive power of videogames*. The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England. Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org/c660/45e159874e0679d81eaff726c0344fc4db3b.pdf>
- Bogost, I. (2011). *How to do things with videogames*. University of Minnesota Press Recuperado de http://graysonearle.com/edu/gamepro/readings/bogost_video_games.pdf
- Bogost, I. (2016). *Play anything: The pleasure of limits, the uses of boredom, and the secret of games* New York: Basic Books
- Caillois, R. (1986). *Los juegos y los hombres, la máscara y el vértigo*. México. Fondo de Cultura Económica
- Dahl (2002). *La poliarquía: Participación y posición*. Madrid. España: Editorial Tecnos.
- Duverger (1970). *Introducción a la política*. Barcelona. España: Editorial Ariel.
- Egenfeldt-Nielsen, S., Smith, J. H., & Tosca, S. P. (2016). *Understanding video games: The essential introduction*. Routledge. Recuperado de https://is.muni.cz/el/1421/podzim2016/1M082/Simon_Egenfeldt-Nielsen__Jonas_Heide_Smith__Susana_Pajares_Tosca_Understanding_Video_Games_The_Essential_Introduction_2008.pdf
- Esposito, N. (2005). A short and simple definition of what a videogame is. Conference: Digital Games Research Conference 2005, Changing Views: Worlds in Play, June 16-20, Vancouver, British Columbia, Canadá. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/221217421_A_Short_and_Simple_Definition_of_What_a_Videogame_Is
- Frasca, G. (2001). *Videogames of oppressed: Videogames as a means for critical thinking and debate* [Tesis de Maestría] Georgia Institute of Technology. Recuperado de <http://www.ludology.org/articles/thesis/FrascaThesisVideogames.pdf>
- Frasca, G. (2007) *Play the message. Play, game and videogame rethoric* [Tesis de Doctorado] University of Copenhagen. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/166729593/Frasca-Play-the-Message-PhD>
- Govea Cabrera, J. (2010). Visión de la política en Hannah Arendt. *Frónesis*, 17(2), p. 217-240. Recuperado de http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682010000200006&lng=es&tlng=es.
- Huizinga, J. (2007). *Homo Ludens*. Madrid, España: Alianza Editorial-Emecé Editores.
- Maquiavelo (1994) *El príncipe*. Bogotá, Colombia: Ediciones Orión.
- McGonigal, J. (2013): *¿Por qué los videojuegos pueden mejorar tu vida y cambiar el mundo? Un encuentro entre lo virtual y el mundo real en el que las personas salen favorecidas*. México: Siglo XXI Editores.

- Morton Avedon, E., Sutton-Smith, B. & Brewster, P. G. (1971). *The study of games*. Ishi Press International. United States
- Salen, K. & Zimmerman, E. (2003). *Rules of play: Game design fundamentals*. The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England.
- Weber (2014). *Economía y Sociedad*. México. Fondo de Cultura Económica.

Bibliografía recomendada

- Bauman, Z., & Bordoni, C. (2016). *Estado de crisis*. Barcelona, España: Paidós.
- Castells, M. (2009). *Comunicación y poder*. Barcelona, España: Alianza Editorial.
- Chang, J. (2009). Rates M for Mature: Violent Video Game Legislation and the Obscenity Standard. *John's J. Legal Comment.*, 24, p.697-730. Recuperado de <https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1024&context=jcred>
- Christiansen, P. (2014). Thanatogaming: Death, Videogames, and the Biopolitical State. In *DiGRA*. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/277132764_Thanatogaming_Death_Videogames_and_the_Biopolitical_State
- Dunkelberger, J. (2011). The New Resident Evil-State Regulation of Violent Video Games and the First Amendment. *BYU L. Rev.*, p.1659-1694. Recuperado de <https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2837&context=lawreview>
- Dwyer, T., & Stockbridge, S. (1999). Putting violence to work in new media policies: Trends in Australian internet, computer game and video regulation. *New Media & Society*, 1(2), p.227-249.
- Innerarity, D. & Champeau, S. (2012). *Internet y el futuro de la democracia*. Madrid, España: Grupo Planeta.
- Jenkins, H. (2009). *Fans, blogueros y videojuegos: La cultura de la colaboración* (Vol. 180). Barcelona, España: Grupo Planeta (GBS).
- Jiménez B., W. G. (2012, junio). El concepto de política y sus implicaciones en la ética pública: Reflexiones a partir de Carl Schmitt y Norbert Lechner. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo Caracas, Venezuela. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. N° 53, p.215-238. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3575/357533685008.pdf>
- Jöckel, S. & Dogruel, L. (2008). The appeal of unsuitable video games: An exploratory study on video game regulations in an international context and media preferences of children in Germany. In: *DIGAREC Lectures 2008/09 – Vorträge am Zentrum für Computerspielforschung mit Wissenschaftsforum der Deutschen Gamestage | Quo Vadis 2008 und 2009*, ed. by Stephan Günzel, Michael Liebe and Dieter Mersch, Potsdam: University Press 2009, p.148-178. Recuperado de https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/3595/file/digarec02_S148_178.pdf

- Joseph, D. (2011). State Intervention. Videogames & The Public Sphere: A Critical Political Economic Analysis.[Tesis de Master] Ryerson University and York University Toronto, Ontario Canadá Recuperado de http://digital.library.ryerson.ca/islandora/object/RULA:1136/datastream/OBJ/download/State_Intervention__Videogames_and_The_Public_Sphere__a_Critical_Political_Economic_Analysis.pdf.
- Mac Síthigh, D. (2010). The regulation of video games: past, present and future. *Entertainment Law Review*, 21(8), p.298-303.
- Ríos Espinosa, M. C. (2008). Johan Huizinga (1872-1945): Ideal Caballeresco, juego y cultura. *Casa del Tiempo* (9, iv) p.71-80. Recuperado de http://www.uam.mx/difusion/casadel tiempo/09_iv_jul_2008/casa_del_tiempo_erv_num09_71_80.pdf
- Salamanca, P. E. (2005). Video Games as a Protected Form of Expression. *Georgia Law Review*. Vol. 40, N° 1, p.153-206. Recuperado de https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1082&context=law_facpub
- Sassen, S. (2007). *Una sociología de la globalización*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Katz.
- Ziegler Jr., E. H. (1982). Regulating Videogames: Mixed Results in the Courts. *Land Use Law & Zoning Digest*, 34(4), p.4-8.

Notas: _____

La trata de personas en un mundo globalizado*

Natalia Rojas Rodríguez**

Resumen. La trata de personas es un delito que se ha expandido rápidamente, no solo por razones de orden demográfico, político, económico, social, familiar y cultural, sino porque la globalización y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) han incidido también en las actividades de estas organizaciones delictivas. Los *tratantes* están prestos a adaptar su *modus operandi* a las variables del presente. Este hecho, aparte de facilitar las acciones de los delincuentes, permite que estos se aprovechen de las lagunas de los sistemas jurídicos que no pueden anticiparse a la novedad y sofisticación de sus métodos. Por ello, estudiar el fenómeno de la trata de personas desde el uso de las TIC y de la responsabilidad de los Estados para su erradicación, torna la investigación en necesaria y pertinente.

Palabras claves: Globalización, derechos humanos, víctimas, trata de personas, delito transnacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esclavitud.

Introducción

La Trata de Personas es una práctica criminal que consiste en la circulación clandestina de seres humanos comprados y vendidos como mano de obra esclava o servil con destino al mercado negro, sea este laboral,

* Texto que hace parte del proyecto de investigación doctoral, Universidad del Rosario.

** Natalia Rojas Rodríguez: abogada costarricense. Profesora cátedra de la Universidad del Rosario desde el año 2016. Estudiante de doctorado en Derecho por la Universidad del Rosario, Colombia. Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Magíster en Derechos Fundamentales, ambos por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España. Diplomada del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Miembro del Grupo de Investigación en DDHH de la Universidad del Rosario, Colombia. Correos electrónicos: natalia.rojas@urosario.edu.co nataliarojas.r@gmail.com

sexual, venta de órganos, entre otros. Es una forma moderna de esclavitud, en la que confluyen distintos factores, entre ellos, económicos, políticos, sociales, familiares, tecnológicos y culturales. En el año 2000, con la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como la Convención de Palermo, se creó el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños; su artículo 3 señala:

3. a) Por 'trata de personas' se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Que en pleno siglo XXI se siga presentando tan flagrante violación a los derechos humanos, demuestra la falta de compromiso y la insuficiencia de las medidas tomadas por la sociedad y los propios Estados para erradicarla (pese a las obligaciones internacionales adquiridas en este sentido).

En desarrollo de los compromisos esperados de Colombia, a partir de la ratificación del Protocolo de Palermo, el país asumió el reto de armonizar su legislación nacional a las nuevas disposiciones de la política internacional. Debido a esto, en 2003 y por medio de la Ley 800 aprobó la Convención de Palermo. En 2005 expidió la Ley 985, en la que adoptó medidas de prevención, protección y asistencia necesarias para garantizar el respeto de los DDHH de las víctimas. Ley que modificó el tipo penal del artículo 188A del Código Penal, e hizo más grave la situación para las organizaciones criminales dedicadas a la trata de personas a través del aumento de penas.

Pese a estos avances normativos, la trata de personas aún es preocupante¹. Por eso entendemos que este fenómeno debe ser comprendido no solo desde la óptica del delito sino como parte del contexto social y económico de la globalización. En este sentido, Castells señala que:

¹ Véase en este sentido la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana número T-1078/12. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Las actividades delictivas y las organizaciones mafiosas del mundo también se han hecho globales e informacionales, proporcionando los medios para la estimulación de la hiperactividad mental y el deseo prohibido, junto con toda forma de comercio ilícito demandada por nuestras sociedades, del armamento sofisticado a los cuerpos humanos.

[Añade que] el aumento en el número de casos, así como su expansión en áreas que anteriormente no parecían verse tan afectadas, responde en parte a factores como la globalización y su impacto en la Sociedad de la Información. [Así] las redes informáticas crecen de manera exponencial, creando nuevas formas y canales de comunicación, y dando forma a la vida de la vez que esta les da forma a ellas (Castells, 2002, p.28).

Uno de los grandes retos al que se enfrenta cualquier esfuerzo para erradicar la ejecución de delitos transnacionales como la trata de personas es el de la utilización de las nuevas tecnologías por parte del crimen organizado transnacional. Este hecho, aparte de facilitar las acciones de los delincuentes para poder hacer sus cometidos, permite que estos se aprovechen de las lagunas que suelen dejar los sistemas jurídicos ante la novedad y sofisticación de sus métodos. Respecto a esto, la Asamblea General de Naciones Unidas hace expresa su preocupación por el uso de las nuevas tecnologías de la información, entre ellas, la internet, como instrumento para la explotación de la prostitución ajena, la trata de mujeres con fines matrimoniales, el turismo sexual con fines de explotación de mujeres y niños y la pornografía infantil, la pedofilia y otras formas de explotación sexual de niños².

No hay que perder de vista que la trata de personas es un lucrativo negocio que mueve más de 150 000 millones de dólares al año (OIT, 2014), y que los denominados “traficantes”, con tal de no perder tan jugosas ganancias, están prestos a adaptar su *modus operandi* a las variables condiciones del presente. Esto comprueba, desgraciadamente, que la trata sigue siendo, hoy por hoy, una de las más graves violaciones a los derechos individuales y una de las principales amenazas a la seguridad de los Estados. Que los resultados alcanzados en la lucha contra la trata de personas estén lejos de ser satisfactorios tiene que ver, principalmente, con la incapacidad de los Estados para adaptar tanto sus estrategias como sus herramientas de acción a las realidades cambiantes de la globalización.

² Véase la Resolución A/RES/65/190 de la Asamblea General de Naciones Unidas. 11 de marzo de 2011, preámbulo, p. 17.

Sassen (2015) delimita la relación entre el Estado y la globalización en cuatro posturas. La primera, consiste en que la globalización victimiza a los Estados y disminuye su importancia; la segunda, alude a que es poco el cambio que se da; por ello, los Estados van a continuar haciendo lo que habían estado haciendo; la tercera, “sostiene que el Estado se adapta e incluso puede verse transformado por la globalización, con lo que se asegura que seguirá siendo un actor fundamental y que no perderá poder” (Sassen, 2015. p. 61). Sostiene que todas estas posturas coinciden en que “lo nacional y lo global se excluyen mutuamente” (p. 61), y la cuarta posición, refiere a que “el Estado no solo no excluye lo global, sino que es uno de los dominios institucionales estratégicos donde se realizan las labores esenciales para el crecimiento de la globalización” (p. 62). Explica que en el Estado se dan modificaciones de base que interfieren en la relación entre lo público y privado. La autora hace hincapié sobre la desnacionalización que supone este cuarto proceso en cuanto a las formas de autoridad estatal; ello, al presentarse, aun de manera parcial, el fenómeno global “en los órdenes institucionales de lo nacional” (p. 63). Es así como a medida que “los Estados-nación se transforman en el espacio institucional para algunas dinámicas centrales de la globalización, sufren modificaciones que resulta difícil designar o incluso advertir” (p. 68), considera además que el Estado va a conservar su capacidad, aunque sujeta a transformaciones, aun cuando pierda cierta autonomía (Sassen, 2015).

En sentido similar, Castells (2002) señala que “debido precisamente a la interdependencia y apertura de la economía internacional, estos [los Estados] han de comprometerse a fomentar estrategias de desarrollo en beneficio de sus electorados económicos” (Castells, 2002, p.117). Justifica lo anterior en el sentido que las políticas económicas tradicionales delimitadas por fronteras nacionales son cada vez menos efectivas, precisamente porque ahora son dependientes de los movimientos globales factores como la política monetaria, los tipos de interés y la innovación tecnológica. Para el autor, si los Estados quieren aumentar la riqueza y el poder de sus naciones deben entrar al escenario de la competencia internacional y direccionar sus políticas hacia el aumento de la competitividad de las empresas y la calidad de los factores de producción dentro de sus fronteras. Considera que, la desregularización y la privatización pueden ser parte de su estrategia de desarrollo como Estados y dependiendo del contenido de éstas y de su intervención positiva, dependerá su crecimen-

to económico (Castells, 2002). Así, en este mundo globalizado, las nuevas tecnologías de la información “actúan en todos los dominios de la actividad humana y hacen posible establecer conexiones infinitas entre diferentes dominios, así como entre los elementos y agentes de tales actividades” (Castells, 2002, p. 94).

Sin embargo, la existencia de un tejido digital mundial, en el cual opera un gran mercado de flujos de distinto tipo de información, también implica graves riesgos, pues, así como, por ejemplo, se valoran positivamente las nuevas posibilidades de acceso al conocimiento que brinda la Internet³, se abren también un sinnúmero de oportunidades que han sabido aprovechar las redes criminales que controlan la trata de personas. Así, pues, y al menos en lo que respecta a la lucha contra dicho delito, una de las consecuencias perversas de la globalización es que ha facilitado el encuentro entre víctima y victimario (Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, 2011).

El delito que nos ocupa es un fenómeno mucho más complejo de lo que podemos imaginar, se proyecta en el ámbito jurídico por las deficiencias en la elaboración y aplicación de las leyes; en el económico, por los enormes montos que recauda la explotación de las personas; en el educativo, porque aprovechan la oscuridad de la ignorancia de sus víctimas; en el digital, en razón que hace uso de las nuevas tecnologías para dar alcance a sus cometidos y captar mayor cantidad de víctimas y en el social, por la apatía, menosprecio y falta de sensibilidad que existe sobre este tema.

Por ello, un enfoque integral proyectado hacia el estudio de la trata de personas exige, entonces, abordar, como mínimo, factores como las nuevas tecnologías, los flujos migratorios, la delincuencia organizada transnacional, la responsabilidad internacional de los Estados que previamente se han comprometido a ello. Este fenómeno debe ser comprendido de manera global con múltiples causas, en el que la libre circulación de personas es una de las libertades sobre las que ha girado la conformación

³ Sassen explica que, si bien Internet en muchos sentidos puede eludir o superar la mayoría de las jurisdicciones convencionales, ello no significa que no exista regulación, porque, precisamente, es inadecuada una representación de Internet que escape a todo tipo de autoridad. Considera también que es posible la existencia de un proceso de gestión de Internet. De modo que la autora apuesta por un gobierno justo que garantice el desarrollo de Internet que incida en el interés público. Propone como una opción para regular diversas dimensiones de la interconexión en la red, una serie de leyes emergentes descentralizadas que, a largo plazo, convergen en conjunto de normas comunes para la coordinación mutua (Sassen, 2015).

del fenómeno de la globalización y su relación con el delito de trata de personas es innegable.

La metodología propuesta para este estudio se estructura en relación con la justificación del tema propuesto y las características del objeto de investigación. Así, se parte de considerar aportes de autores como: Saskia Sassen (2015), Manuel Castells (1995, 2002), Ulrich Bech (2007), Zigmunt Bauman (2017), Luigi Ferrajoli (1997, 2000, 2006), Gregorio Peces-Barba, et al, (2000), Fernando Mariño (2012), Villar Borda (1998), Villar Borda y Rosales (2005), Uprimny Yepes, et al, (2006). Por consiguiente, se presentan los siguientes lineamientos metodológicos que orientan la investigación.

Se pretende hacer una investigación teórica, en la que se realice una descripción macro que dé cuenta de los principales efectos de la globalización, concretamente las TIC, y cómo esto se refleja en el aumento de la trata de personas, además ahondar sobre las obligaciones y compromisos internacionales existentes para que los Estados luchen por su erradicación, y así defiendan los derechos humanos de las víctimas de este flagelo.

La investigación doctoral que se pretende, plantea la necesidad de estudiar la magnitud del fenómeno desde sus distintas aristas; por ello, parte de varias preguntas de investigación: i) ¿De qué manera la Globalización y el avance de las Tecnologías de la Información y Comunicación han facilitado la comisión del delito de trata de personas?; ii) ¿De qué manera los efectos de la Globalización y el avance de las Tecnologías de la Información y Comunicación afectan la implementación de las estrategias estatales en contra de la trata de personas?; iii) ¿Cuál es la responsabilidad del Estado (Colombia) en cuanto a la violación de los derechos humanos de las víctimas de Trata de Personas?; iv) ¿De qué manera ha ajustado el Estado (Colombia) su legislación para erradicar la trata de personas ante los cambios que conllevan las nuevas tecnologías de la información y comunicación y qué avances se han logrado con ello? El Objetivo general consiste en determinar cuál es la responsabilidad de los Estados en la defensa y protección de los Derechos Humanos de las víctimas de Trata de Personas en el contexto de la Globalización y de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Como objetivos específicos se destaca: i) revisar los instrumentos internacionales y nacionales (Colombia) e identificar los tipos, modalidades y características básicas de la trata de personas; ii) aproximarnos al concepto de globalización desde la socio-

logía jurídica y plantear las conexiones existentes entre sus efectos y la transformación del delito de Trata de Personas; iii) establecer la relación que existe entre el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación y la transformación del delito de Trata de Personas; iv) estudiar cómo los flujos migratorios configuran escenarios de riesgo para los individuos frente a la trata de personas; v) determinar cuáles son, por parte de los Estados, las obligaciones específicas de cooperación, promoción, aseguramiento, respeto y garantía, frente a las violaciones de Derechos Humanos que se cometen en el delito de Trata de Personas; vi) generar una propuesta de estrategia jurídica para comprometer la responsabilidad de los Estados y de terceros, en la lucha contra la Trata de Personas en la era digital.

Para responder a las preguntas de la investigación y alcanzar los objetivos propuestos, se busca hacer una investigación interdisciplinar con el fin de poner en diálogo herramientas conceptuales desde la sociología jurídica y el Derecho, y así tener una mirada amplia al problema propuesto.

Se pretende realizar una visión integrativa de la información; por ello, se debe partir de comprender el fenómeno de la trata de personas como un todo; es decir, relacionar la norma con el hecho social y los distintos intereses tutelados. Ello, por cuanto la regulación jurídica de una conducta determinada no se puede entender en una sola disposición jurídica, sino que ello generalmente “se realiza por medio de una sistematización armónica en diversos ordenamientos y con la integración de elementos inter y transdisciplinarios que participan en la generación, aplicación, interpretación y sanción de las normas jurídicas” (Rebolledo, 2001, p.21).

La trata de personas ha evidenciado la importancia de dar voz, conocer y tener presentes las diversas realidades de las personas a las que afecta este fenómeno. Precisamente por ello, se propone complementar el análisis jurídico con una metodología sociológica basada en la investigación cualitativa.

Para Elías Díaz (1965), la Sociología Jurídica “considera el Derecho —las normas— en conexión con la sociedad, como hechos o fenómenos sociales” (p.75), centrándose en “las recíprocas implicaciones de un sistema normativo con respecto a una sociedad” (p.76). Es decir, estudia, por un lado, las causas que originan la aprobación de las normas y los fines que persiguen y, por otro, su funcionamiento y efecto en la sociedad (Durkheim, 1950, 2002). Por ello, el análisis sociológico permite profun-

dizar en la finalidad y los valores que se encuentran en la regulación de la trata de personas y en su adecuación, eficacia e impacto en la sociedad.

Se debe indicar que no se desconoce la existencia de distintas formas de plantear los análisis sociológicos del Derecho⁴, y por ello en la presente investigación se ha seleccionado una metodología de investigación basada en la Sociología empírica del Derecho y, en particular, en la investigación social cualitativa. Aproximación que permite “descubrir la comprensión individual de los sujetos implicados en el marco en el que se desenvuelve la acción social y los factores simbólicos que la determinan” (Calvo, 1995, p.8). En el caso en cuestión, nos acerca un mayor conocimiento de la realidad social y del impacto de la trata de personas amparado por el ordenamiento jurídico: el colombiano, tanto en las víctimas de este delito, quienes pueden llegar a ser víctimas, en quienes son victimarios, como en el conjunto de toda sociedad en general, además de favorecer la interdisciplinariedad desde la que se plantea de manera transversal la presente investigación, cuestión básica para una comprensión integral de este fenómeno.

De manera que “la Sociología jurídica nace como un saber interdisciplinar y, por supuesto, transdisciplinar y reflexivo, con vocación de establecer comunicación con las disciplinas jurídicas y sociales” (Calvo, 1995, p.18), lo cual viene a favorecer el diálogo con otros agentes sociales, profesionales y con la sociedad civil.

Con el objetivo de profundizar en el análisis sobre el fenómeno de la trata de personas por el Derecho colombiano⁵, se ha optado por un recurso técnico cualitativo específico: las entrevistas semiestructuradas en profundidad y el grupo focal. El primero se realizará, principalmente, con funcionarios públicos, miembros de organizaciones de la sociedad civil, integrantes de las organizaciones internacionales, académicos. Estas fuentes permitirán profundizar y conocer más detalles acerca del desarrollo

⁴ Es posible distinguir tres planteamientos o formas de concebir el conocimiento sociológico según Manuel Calvo (1995): la Teoría sociológica del Derecho, la Jurisprudencia Sociológica y la Sociología empírica del Derecho. En la presente investigación se adopta la perspectiva de esta última, en cuanto se considera la más acertada para los fines propuestos.

⁵ En particular, a través de la investigación cualitativa se pretende dar cumplimiento a dos de los objetivos específicos propuestos, a partir de la experiencia personal de personas directamente implicadas: por un lado, profundizar en el concepto socio-jurídico de trata de personas y los cambios percibidos en las nuevas maneras de captar a las víctimas de este delito y, por otro, valorar el alcance y la efectividad de las distintas regulaciones en la materia, y constatar cómo se percibe el papel del Estado en cuanto a su deber internacional de luchar contra la erradicación del delito de la trata de personas.

del fenómeno. La segunda técnica, se realizará para conocer directamente de los participantes e integrantes de varios sectores (gubernamental, no gubernamental, organizaciones internacionales y academia), el conocimiento, experiencia y valoraciones en relación con el tema propuesto.

Como bien lo señala Miguel Vallés (1999), este tipo de recurso técnico cualitativo presenta ciertas ventajas, como el permitir la obtención de una gran cantidad de información; aporta un marco de interacción entre quien investiga y las personas entrevistadas de una manera más directa y flexible que otros recursos; aporta “puntos de vista, enfoques, hipótesis y otras orientaciones útiles” (p.198) para el análisis y, por último, mejora la comprensión y validación de los datos cuantitativos disponibles. Aunque se debe advertir que existen determinadas limitaciones que no se deben dejar de lado, como lo son los problemas de fiabilidad y validez de los datos obtenidos, se ha pensado para blindar este elemento, hacer uso de la investigación documental (Vallés, 1999) y, en particular, con fuentes doctrinales, informes oficiales y de organizaciones de la sociedad civil, de organismos internacionales, y todo dato que se obtenga en los distintos análisis cuantitativos existentes. La información obtenida a través de la investigación documental será de fuentes tanto primarias como secundarias, lo cual posibilita validar los resultados de la investigación, con el propósito de obtener una visión global de las realidades del fenómeno.

Se tiene presente, de manera transversal, las metodologías propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), evidenciando así de qué manera las normas inciden en los Estados en particular y cuáles son sus necesidades y circunstancias específicas, sin desconocer la interseccionalidad de factores que condicionan la respuesta a esas cuestiones, como la transnacionalidad, la migración, la edad, entre otros. En ese sentido cabe precisar que las perspectivas del DIDH cobran especial relevancia y se reflejan transversalmente en todas las fases del trabajo de campo.

Por lo tanto, se pretende realizar un estudio desde el DIDH con un enfoque garantista, en el cual la responsabilidad internacional de los Estados es una condición necesaria para la protección y defensa de los derechos de las víctimas de trata de personas.

Así, al recordar el primer intento de dar contenido sustantivo a las disposiciones sobre DDHH encontramos la Declaración Universal de

Derechos Humanos de 1948⁶; posterior a ella, distintos instrumentos de manera progresiva han ido orientando el proceso codificador hacia la adopción de determinados instrumentos especializados que den protección a los DDHH, en los que “protegen los derechos del individuo respecto de determinadas formas de violación, por un lado, protegen los derechos de las personas en su condición de miembros de determinados colectivos, considerados especialmente vulnerables” (Rodríguez de las Heras, 2012, p. 43). De manera que el conjunto de estos instrumentos de DDHH conforman un sistema de convenciones internacionales, los cuales constituyen un núcleo central de instrumentos, que, en su mayoría, crean un Comité para el respectivo control de cumplimiento por los Estados Parte⁷ (Abad, 2012). De modo que los Estados Parte se comprometen a asegurar que su propia legislación y sus políticas o prácticas nacionales cumplan los requisitos del tratado y estén de acuerdo con las normas de este.

Debemos recordar que, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, en octubre de 1945, se fueron adoptando distintos “instrumentos internacionales que reconocen la dignidad de la persona y su igualdad ante la Ley, y se da inicio al cambio que se conoce como la ‘humanización’ del Derecho Internacional” (Palacios Sanabria, 2013, p. 329). En virtud de esta humanización, nos explica Palacios Sanabria, se predicen los Derechos Humanos que son atribuibles a todo individuo; sin embargo, los “Estados si bien deben reconocer los derechos a todas las personas sometidas a su jurisdicción, podrán establecer legítimas distinciones, aunque justificadas en el Derecho Internacional” (Palacios Sanabria, 2013, p. 330).

Así, fruto de este proceso de humanización del Derecho Internacional, se ha formado en un amplio grupo de normas cuyo objeto es la protección internacional de los derechos humanos o, en ocasiones, de determinados colectivos. Este conjunto de normas se denomina de manera genérica *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Rodríguez de las Heras (2012) explica que se trata de

⁶La cual fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 217 (III) de 3 de diciembre de 1948.

⁷Obligaciones genéricas y específicas de respeto, protección y satisfacción de los derechos enunciados en cada instrumento, destinados al logro de su plena realización y, eventualmente, determinar la existencia de responsabilidad internacional por violación de un derecho protegido que incluye la obligación de reprimir a los presuntos responsables y otorgar a las víctimas una reparación.

Un sector del ordenamiento internacional caracterizado, como señala la amplísima doctrina, por su progresividad y su dimensión axiológica. Dentro de dicho ámbito rigen principios y estructuras propios de los distintos sistemas y regímenes que lo integran. [De manera que] sus normas más básicas han pasado a formar parte del Derecho Internacional general hasta el punto de que pueden afirmarse que constituyen el núcleo esencial del orden público de la Comunidad Internacional. (Rodríguez de las Heras, 2012, p.37)

Este proceso se ha situado, principalmente, en la segunda mitad del siglo xx, aunque existe una serie de antecedentes de Derecho positivo que, sin duda, deben ser considerados como una primera base. Para ello, nos remontamos al siglo xix, cuando “determinadas instituciones comenzaron a mostrar preocupación por la protección internacional de derechos de personas en cuanto tales, aunque fuera indirectamente, es decir, desde la limitada perspectiva de la protección de los derechos de los propios nacionales” (Rodríguez de las Heras, 2012, p. 37). Instituciones que abordaron cuestiones como la prevención y represión de las denominadas “prácticas odiosas” (esclavitud, trata de personas o tráfico de estupefacientes), a cuya línea normativa pertenecen, entre otras, la *Convención sobre la Esclavitud* de 25 de septiembre de 1926, la *Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena* de 9 de diciembre de 1948 e incluso la *Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud* de 30 de abril de 1956. Asimismo, se consolidaron: la práctica de la protección diplomática y del asilo en sus diferentes formas, y más en general determinados principios y normas del *Derecho Internacional de Extranjería*; junto a ellos se inició también el desarrollo del *Derecho Internacional Humanitario* (desde 1864) (Rodríguez de las Heras, 2012).

Así es que el DIDH viene a considerarse “la dignidad de toda persona como un valor autónomo de la Sociedad Internacional, y como tal, lo convierte en un bien objeto de protección ‘transversal’ por parte del Derecho Internacional en su conjunto” (Rodríguez de las Heras, 2012, p.38). Ello quiere decir que se debe ver al individuo ubicado en el centro del nuevo DIDH, precisamente porque se sitúa como el sujeto protagonista y de estatuto jurídico en la Comunidad Internacional.

Por lo tanto, los Estados tienen obligaciones que previamente han asumido al adoptar los instrumentos internacionales y, en consecuencia,

tienen responsabilidad en cuanto a la promoción, protección y defensa de los DDHH de quienes estén bajo su jurisdicción. Es debido a esta gran cobertura internacional de protección de los DDHH, que la protección exclusiva de los Estados bajo su soberanía ha quedado, en principio, extendida.

Ello por cuanto la internacionalización de dicha protección considera Rodríguez de las Heras (2012), “un ámbito material propio también de la regulación jurídica internacional” (p.38). De manera tal que, “este cambio de la naturaleza jurídica de la regulación del trato debido a las personas no significa, sin embargo, que los Estados pierdan sus competencias y poderes de jurisdicción al respecto” (p.38), sino que, explica, los Estados siguen siendo los principales y últimos garantes del respeto de los DDHH de quienes se encuentren bajo su jurisdicción; por ello, la novedad de esta extensión consiste en que “la Comunidad internacional en su conjunto admite que se les imponen a todos los Estados obligaciones internacionales establecidas por normas de Derecho Internacional” (p. 38).

Podemos afirmar que, en caso de incumplimiento por parte de los Estados con respecto a las obligaciones asumidas al aprobar y ratificar los instrumentos jurídicos internacionales e incorporarlos a sus ordenamientos, se le podrá exigir *responsabilidad internacional*⁸ ante su incumplimiento, en razón a que existen ámbitos de protección internacional de DDHH que los Estados Parte deben respetar.

No se puede olvidar que la responsabilidad de los Estados sobre sus nacionales se proyecta también fuera de sus territorios y:

A pesar de la importancia fundamental de la obligación que incumbe a los Estados de prevenir daños ilícitos a extranjeros, la misma se vulnera en muchas ocasiones por negligencia, al no adoptar los Estados las medidas de protección adecuadas a aquel propósito (González, 2012, p.14). [De manera que] el ejercicio extraterritorial de la competencia para enjuiciar determinadas conductas que constituyen vulneraciones particularmente graves de los derechos humanos se pone al servicio de la lucha contra la impunidad y de la protección de los derechos de las víctimas de aquellas vulneraciones (González, 2012, p. 23).

Lo anterior significa que se ha tenido que superar el principio clásico del Derecho Internacional, en el que se le atribuía solo al Estado en donde

⁸Debemos aclarar que los sistemas internacionales de protección de derechos humanos contemplan, por un lado, el sistema universal, desarrollado en el seno de la Organización de Naciones Unidas, y, por otro lado, cada uno de los sistemas regionales: el europeo, americano y africano.

ocurrieron los hechos la competencia para su respectivo enjuiciamiento⁹ y, en consecuencia, ahora se le otorga:

Al Estado de la nacionalidad de la/s víctima/s (principio de nacionalidad pasiva), de la nacionalidad del/los presuntos autor/es de las violaciones (principio de nacionalidad activa), al Estado en el que se encuentra el/los presunto/s responsable/s (regla *aut dedere aut iudicare*) o de cualquier Estado que se declare competente (principio de jurisdicción universal). (González, 2012, p.23)

Así, el DIDH al margen de su regulación viene a jugar un papel esencial en cuanto a la protección de los Derechos Humanos (DDHH) de toda persona y, concretamente en temas migratorios, a quienes son o están en una situación de mayor vulnerabilidad. Podemos afirmar que el Derecho Internacional frente al fenómeno migratorio cuenta con un marco jurídico internacional aún en desarrollo, y existen aspectos que se deben analizar según las realidades de quienes migran y los riesgos que todo ello conlleva, como las víctimas de la trata de personas.

Lo anterior lo deja de manifiesto Carmen González cuando señala que:

[...] la condición de migrante coloca al individuo en una situación de mayor vulnerabilidad frente a la discriminación y a las violaciones de los derechos humanos, y que dicha vulnerabilidad se agrava en determinadas circunstancias, como el género, la minoría de edad o el hecho de ser víctima de trata de personas, diversos mecanismos de protección internacional de derechos humanos, previstos en favor de la promoción y protección de los derechos humanos de aquellos colectivos, se han ocupado también de su protección (González, 2012, p.27).

Discusión y conclusiones

Debemos concluir señalando que si bien las iniciativas surgidas en ámbitos nacionales e internacionales para luchar contra la trata de personas ha representado un avance frente a la escasa coordinación de la que se adolecía en el pasado, lo cierto es que es un flagelo que siguen sufriendo más de doce millones de personas en el mundo (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito-UNODC, 2014) de las cuales las principales víctimas son las mujeres, las niñas y adolescentes, no solo porque les afecta en un porcentaje mayoritario, sino también y, especialmente,

⁹ Denominado: principio de territorialidad (González, 2012, p. 23).

porque a través de este tipo de delito se perpetúa la instrumentalización del cuerpo en sus diversas modalidades de explotación.

El estudio de este fenómeno debe comprender aspectos de índole jurídica, social y, con acento especial, sobre la relación existente con la globalización. En palabras de Castells (2002) “y su impacto con la Sociedad de la Información” (p. 28). Ello, por cuanto las actividades delictivas también han entrado al mundo digital, lo cual les ha facilitado la ejecución de este delito en perjuicio de los seres humanos. Por ello, debe prestarse atención al uso de las TIC por parte de los “tratantes” y exigir, la responsabilidad de los Estados ante las vulneraciones de este delito. Así, podemos concluir que:

- La trata de personas es un delito que afecta la dignidad y libertad de los seres humanos y como tal, está prohibida. Por ello, la trata de personas viola el DIDH y el Derecho nacional de cada Estado.
- El DIDH permite poner mayor atención en la dignidad de las personas, así como en las obligaciones de los Estados en cuanto a la protección, promoción y garantía de los derechos.
- Un factor de riesgo para considerar es el relativo al avance de las TIC que, aún con sus grandes logros, ofrece nuevas herramientas y posibilidades a los “tratantes” para captar a sus víctimas de una manera más célere, con menos riesgo y mayores ganancias.
- En la globalización tecnológica las redes criminales se aprovechan de los vacíos normativos y a lo difícil que resulta la persecución y judicialización del delito.
- El análisis socio-jurídico viene a facilitar conocer sobre los factores sociales que dan cuenta de la génesis y transformación del Derecho y, a su vez, poner de manifiesto el tipo de sociedad que de hecho se va configurando desde una determinada legalidad.

Referencias

- Abad, C. M. (2012). La protección internacional de los Derechos y Libertades de la persona: Principales instrumentos regionales convencionales, p. 63-85. En: *Instrumentos y regímenes de cooperación Internacional*. Fernando M. Mariño Menéndez (director). Madrid, España: Trotta.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (2011, marzo 11). Resolución A/RES/65/190, preámbulo, p. 17. Recuperado de http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/190

- Bauman, Z. (2011). *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*. [Lilia Mosconi, Trad.] Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica. Recuperado de <http://www.fce.com.ar/archivos/pdfs/baumanlcm1.pdf>
- Beck, U. (2007). *¿Qué es la Globalización?* Barcelona, España: Paidós.
- Calvo, M. E. (1995). *La investigación socio-jurídica en España: Estado actual y perspectivas*. Oñati, País Vasco, España: Instituto Internacional de Sociología Jurídica. <http://www.unizar.es/deproyecto/programas/docusocjur/on-yati94.doc>.
- Castells, M. (1995). *La ciudad informacional: Tecnologías de la información, estructuración económica y el proceso urbano-regional*. Madrid, España: Alianza.
- Castells, M. (2002). *La era de la Información. Economía, sociedad y cultura*. 4ª edición ed. Vol. 1. [C. M. Gimeno, Trad.] Ciudad de México, México: Siglo Veintiuno Editores.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional-Convención de Palermo (2000). Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Artículo 3. Recuperado de https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf
- Díaz, E. (1965). Sociología Jurídica y concepción normativa del Derecho. *Revista de estudios políticos*. Nº 143, p.75-104. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2047013>
- Durkheim, É. (1950, ed. 2002). *Leçons de Sociologie*. Chicoutimi, Québec. Recuperado de http://unige.ch/sciences-societe/socio/files/1214/0533/6006/Durkheim_1950.pdf
- Ferrajoli, L. (1997). *La sovranità nel mondo moderno*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, España: Trotta.
- González, C. P. (2012). Las competencias del Estado sobre las personas. *En: Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional* (Fernando M. Mariño Menéndez - director), p. 153- 177. Madrid, España: Trotta.
- Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario (2011). Análisis del modelo de empoderamiento legal y representación jurídica contra la explotación sexual de niños y niñas en Cartagena. Bogotá, Colombia: Antrópodos. Lida.
- Mariño Menéndez, F. M. (2012). *Instrumentos y regímenes de cooperación internacional*. Madrid, España: Trotta.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito-UNODC (2014). *Informe mundial sobre trata de personas*. Resumen ejecutivo. Recuperado de https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf

- Oficina Internacional del Trabajo- OIT, O. I. (2014). *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*. Recuperado de http://www.ilo.org/wcms-sp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_243391.pdf
- Palacios Sanabria, M. T. (2013, julio-diciembre). Los derechos de los extranjeros como límite a la soberanía de los estados. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. n.º 23, p.319-352. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n23/n23a10.pdf>
- Peces-Barba, G., Fernández, E. & De Asís, R. (2000). Curso de Teoría del Derecho. En J. M. Suaca, *Los conceptos jurídicos fundamentales*, p. 251-274. Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons.
- Rebolledo Herrera, O. (2001). Integralidad del derecho. *Revista Jurídica*, México: Tribunal de Justicia del Estado de Tabasco. n.º 31, 21.
- Rodríguez de las Heras, L. (2012). El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. En: *Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional* (Mariño Menéndez, F., coord.), p. 43-64. Madrid, España: Trotta.
- Sassen, S. (2015). *Una sociología de la globalización*. [Rodil, M. V. Trad.] Bogotá, Colombia: Katz Editores.
- Sentencia T-1078 (2012). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Uprimny Yepes, R., Rodríguez, C. & García, M. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá, Colombia: Norma.
- Vallés, M. S. (1999). *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*. Madrid, España: Síntesis.
- Villar Borda, L. (1998). *Derechos humanos: Responsabilidad y multiculturalismo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Villar Borda, L. & Rosales, J. M. (2005). *La inmigración y las oportunidades de la ciudadanía*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia

Consequences of the Global Rice Trade for the Market of the Tolima Region of Colombia

Oscar Leonardo Barrero Leal¹

Abstract. The practice of agriculture has traditionally been regarded as the pivotal turning point for the advancement towards complex social dynamics, which have significantly contributed to the emergence of what is typically understood as civilization. Agriculture comprises important implications for an assortment of fields of knowledge, among which anthropology, sociology, economics, politics and law are counted, making its study ambitious whether it is tackled independently or as a whole. This research aims to study one small, yet very important part of that agricultural universe, the descendent (s) of *Oryza Rufipogon*, two words that at first sight possibly do not mean anything to most people, until their modern counterpart is mentioned, rice. Originally a tough and enduring Asian wild grass, that grew around swampy areas, rice has sustained a longstanding close quartered relationship with the human race to say the least. Archaeological evidence has proven human interaction with the cereal, as far back as 11.500 B.P. (D.Norville 1997) and even to 13.500 B.P. (Jiang 2006) during the late Pleistocene. Nowadays such consolidated relationship finds in the local and international rice trade, just another expression worth of studying, looking to under-

¹Lawyer from University of Bogota Jorge Tadeo Lozano, LL.M. International Business Law from Middlesex University London, Mediator Under the Scope of Social Justice from the Social Justice Institute in Amherst Massachusetts, student of the Doctoral Institute at Middlesex University London. Full time lecturer and researcher of the Faculty of Law and Political Sciences of Universidad de Ibagué, specializing in International Economic Law, Economic Integration, World Trade Law and Globalization. oscar.leal@unibague.edu.co

pin what is the impact of the legal frameworks dominating said trade. To this end the Tolima region of Colombia as the main rice producing region in the country, becomes the perfect case study to assess the implications and consequences of changes in rice trade for producers and consumers in a non-Asiatic developing economy.

Keywords. Rice, Domestication, World Trade Organization, Colombia, Tolima, Trade Distortions.

Introduction

Among the objectives set for this research are exploring the importance of the relationship between humans and rice for the survival of the race, as well as understanding how, and why the relationship between humans and rice formed, and why it continues to be as current today, as it has been for at least the past ten millennia. The focus of those efforts will be centred on comprehending the effects of international trading practices, laws and intra-State commitments, regarding the rice trade, and the different consequences for a comparatively small economy such as Colombia's, utilizing as a case study the Tolima region, as the main rice producing region in the country (Banco de la Republica, DANE 2014).

Although there have been studies dedicated to rice from the stand point of the natural sciences, as well as the economics, and econometrics of agriculture, little effort has been given to analysing the history and consequences of the international legal framework for the rice trade within the scheme of the Multilateral Trading System that came to life with the advent of the World Trade Organization, but which genesis can be tracked to halfway the 20th century with the establishment of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). The gap in the literature is even deeper when it comes to studying the results of the international and local legal frameworks for the rice market in Colombia, and if belonging to the aforesaid organizations, as well as to regional integration structures such as the Andean Community, have had either positive or negative consequences for the Colombian economy in general.

By filling the mentioned gap, this project purposely wants to provide a valid scientific material, which could possibly help setting public policies, as well as assisting private organizations to grasp the potential

results of decisions taken in relation to free trade agreements, regional integration schemes, and of course WTO framework, in the hope that positive outcomes can be maximised, while trying to minimize the negative effects, on the rice producers of the Tolima region. In the end, there is confidence on indirectly benefiting the consumers when their access to a traditional and necessary staple is guaranteed under favourable conditions.

Scope & Rationale

Declaring that rice is important for the human race, could equal to an understatement, partly because our relationship has been consolidating for millennia, and partly because it involves an array of issues that range from the social, to the cultural, and the scientific, and are equally related to the different representations that rice portrays, crop, food-source, commodity, and a way of life. Rice's versatility goes beyond imagination, as it is adaptable to multiple climates, soil conditions, altitudes, farming techniques and irrigation systems, thus explaining why it is currently

Grown in more than a hundred countries, with a total harvested area of approximately 158 million hectares, producing more than 700 million tons annually (...) Nearly 640 million tons of rice are grown in Asia, representing 90% of global production. Sub-Saharan Africa produces about 19 million tons and Latin America some 25 million tons. In Asia and Sub-Saharan Africa, almost all rice is grown on small farms of 0.5-3 ha (Ricepedia.org 2018)

This makes rice the third most farmed crop after maize and wheat, but unlike these last two, the bulk of rice production is destined to be utilized by humans as food source, having a relatively small percentage of its output used for animal feed (Maclean, Hardy and Hettel 2013), and a marginal percentage for biofuel with non-commercial applications. This equals to a total human consumption of 78% of its global production, with an impressive 3.5 billion people eating rice (Maclean, Hardy and Hettel 2013), counting for approximately 21% of the global human per-capita energy (Nalley and others 2017). Hence according to (Maclean, Hardy and Hettel 2013), rice is the primary source of calories for more than 50% of the current global population, a population that continues to grow at a high rate, and therefore will continue to rely on rice, as its primary mean of subsistence.

These numbers, remarkable as they are, become alive when they are stripped of their statistical nature, and it is possible to think about them with either a name or a human face. Rice, aside from being the food of the most populated regions of the world, is largely consumed by the poorest inhabitants of Earth. Simply put, rice is a poor people's food, in fact, according to (IRRI 2014) "In major rice-eating areas of the world, an individual consumes up to 100 kilos or more of rice annually. The world today still has huge concentrations of poverty and most of these pockets are where rice is grown, largely in Asia", additional data asserts that about 900 million of the world's poor depend on rice as producers and consumers. Of these 900, an approximate 400 million poor are undernourished and rely directly on rice for their subsistence whether by producing it and/or consuming it (CGIAR 2018).

While it is stereotypically easy to think about rice only as the traditional food of Asia, in truth, its production and consumption have grown exponentially in different countries outside the Asian continent since the second half of the 20th century, accounting for approximately 44 million tons a year, which mostly concentrate in Latin-America, and Sub-Saharan Africa (Ricepedia.org 2014). This gradually but steadily shows rice gaining a place among the staples of the world, and coats it of additional importance justifying its study, by keeping in mind that whatever happens to rice is bound to have a direct impact on more than half of the world's population. A bad year for the crop, a change in trade flows, and especially local and international regulations can have massive effects on millions of lives, that depend on the cereal at different degrees for their subsistence. This was evident during the food price crisis of 2008. According to the (World Bank 2013) the crisis "pushed an additional 105 million more people into poverty", this translated in "rice prices tripling when a relatively small disruption of 8 % decrease in the global trade due to commercial restrictions in India and Egypt from 2007 took place" (Childs 2009) on top of large rice purchases by the Philippines from 2007 to 2009 (Maclean, Hardy and Hettel 2013), forcing millions of people to the verge of famine.

Paradoxically, rice being the third most farmed crop in the world, in addition to arguably the most human consumed cereal, does not guarantee its predominance as a global commodity, quite the contrary "it turns out to be a rather disappointing one. Today at the peak of its globalization

only 5-7 percent of the total world rice production is traded internationally” (Bray and others 2014). This means that the bulk of the grain produced and consumed steadily remains in Asia where it is farmed, with only a handful of countries working the international trading arena as exporters, among which Thailand, Vietnam and India have traditionally led the way, contrasting with a large and diverse assembly of net importers like the Philippines, Nigeria, Iran, Indonesia, and the European Union (FAO 2018).

Global rice markets have consistently been the living example of volatility, fragility, and disparities not only due to exports being dangerously concentrated among a few, meaning that the slightest of changes can upset their functioning, but also because of the very nature of rice’s relationship with humans, a staple and also a way of life. Although for the immediate future things look calmly enough with FAO’s expectations for the internationally available grain growing by 1.9 million tons from the 2017 harvests (FAO 2018), such prospects are not necessarily tight to a strong increase in overall global rice production, but arguably to an augmentation of imports by consolidated importers like Bangladesh, Indonesia, and Vietnam. At the moment, market predictions foresee a compensation in production cuts by exporters like Thailand and the United States, offsetting with an expected growth in production from other players like Brazil and Argentina (FAO 2018). However, the memory of what happened in 2008 and its deep repercussions continue to linger in the memory of too many, as well as concerns about the exponential growth in human population, projected to reach from 9.15 to 10.5 billion by 2050 (Alexandratos 2012). Meanwhile, rice production is expected to grow only by 0.6 percent during 2018 according to FAO’S Rice Market Monitor.

Ever since the establishment of The General Agreement on Tariffs and Trade, agriculture has been at the centre of the negotiating arena due to its economic importance, and strategic interest, discussions on the subject have been taking place since the second half of the 20th century, at the different negotiating rounds composing the multilateral trading system, and while there is no denying GATT and WTO’s achievements for trade and international stability, their shortcomings are more than evident when dealing with agriculture, the most disrupted economic sector of all. According to (Scott 2017) many of the world’s richest countries provide high tariff protection and generous subsidies to their farmers, denying

market opportunities to agricultural exporters (many of which are developing countries) and delivering them with depressing global prices.. Evidently enough this sort of irregularities in agriculture add complexity to some of rice's unique features like the fact that it has an inelastic supply and demand (Nally 2017). This makes dealing with rice harder than it would be with any another crop, as it is the representation of livelihood for billions of people depending on it.

However, while the (WTO 2013) claims that (an important part of the problem) export subsidies have been declining steadily since 2013, it would be prudent to remember that those incentives are only a fragment of the issue. Subsidies' versatility is well known as they can easily hide in different ways. Accordingly, it does not come as a surprise that the core of the question remains to be properly tackled within the WTO, or that a meaningful agreement on agriculture for all of WTO members emphasizing in developing ones has not been reached. Subsidies continue to have an important role in agricultural production and international trading, no longer being a sole concern of industrialized countries, but rapidly proliferating in their developing counterparts.

Protectionism is the very enemy against whom allegedly the multilateral trading system fights, as it is harmful of both multilateralism and of course trade liberalization, which is why results cumbersome that agriculture has been relegated undeservingly to a place that apparently does not even make the headlines, let alone worth of discussion at the latest WTO Ministerial Conference held in Buenos Aires in December 2017, on what appears to be a dominating trend, certainly to have effects on the less strong members of the WTO, among which Colombia is found.

According to the (Bank of the Republic of Colombia and the National Department of Statistics (DANE), 2014) Regional Economic Juncture Report, The Tolima department concentrates 3,0 % of the countries' population, its area accounts for 2,1 % of the countries' total area, and its GDP contributes with 2,2 % to the total national GDP. The base of the Tolima department's economy characterises for its agricultural vocation, although in recent years it has lost some of its predominance due to outsourcing, and the positioning of tertiary economic activities. Meanwhile the secondary sector has reached a slight agro-industrial development chained to the processing and transforming of raw materials from agriculture, although with a comparatively small aggregated value. Topo-

graphically speaking the Tolima department can be roughly divided in 2 zones: the flatlands next to the Magdalena river, where there is a predominance of agricultural activities specializing in transitory crops like rice maize and sorghum, and a second zone on the right hand of the central ridge where coffee plantations are the norm.

It is no secret that in order to grow rice, important amounts of water are needed, when they are coupled with a developed irrigation infrastructure, considerable yields can be achieved, by having both, the Tolima department has consolidated its position as the main rice producer of the country.

This activity takes place in three areas of the department, found in the north and south-central zones, the latest contains four irrigation districts: Aso Prado (municipality of Prado), Usosaldaña (municipalities of Saldaña and Purificación), Usoguamo (municipality of Guamo), and Usocoello (municipalities of Espinal and Coello) (...). (Bank of the Republic of Colombia & DANE 2014)

The economy of the Tolima department relies directly on agriculture, and highly on rice production, this dependency makes it the perfect case study for this work.

Research overview

As it was mentioned before, among the objectives set by this work are to find out how long we as a species have been acquainted to rice? How did it become so important? And how nowadays we continue to relate at both international and local levels in the case of Colombia? Taking into account that rice trade in general, might be only a small and contemporary expression of a relationship that seems to have been consolidating for a very long time. This justifies undertaking a historical and legal analysis of the international and local legal frameworks composing rice trade, starting with the early discussions leading to the creation of GATT in mid 20th century but also systematically examining the outcomes of the different negotiating rounds of the Multilateral Trading System commencing with Geneva, to Uruguay to what is happening in Doha, although some affirm that it has been “dead and buried” since Nairobi 2015 (Martin and Mercurio 2017); without forgetting to pay close attention to the WTO’s jurisprudence in respect to rice within the setting of the Dispute Settlement

System, or the different trade commitments acquired by Colombia since the year 2000. Looking to find out how those decisions could have affected either positively or negatively the market, using the Tolima region of Colombia as a case study.

Along the way, it is expected to find out among other matters if the so called “changes” to the WTO agreement on agriculture constitute any importance for a rice dependent geography like the Tolima region of Colombia and objectively recognize whether or not the country has managed to reap the benefits of liberalization, in the form of the Multilateral Trading System, free trade agreements and/or regional integration schemes, or if contrary to what the WTO framework stands for, by undertaken protectionist practices (if any), the country is better off, not forgetting that if it is found that subsidies have been distributed, not only they might account for a meagre part of the billions of dollars’ worth of incentives allocated by industrialized counter parts, or that arguably it might be the only way for Colombia to try and compete international trading wise. If it is actually proven that Colombia’s rice trade has only been at the giving end of trade liberalization, it will be easier to argue that trade liberalization has lately become a little more than discourse, in violation of what on paper the WTO stands for.

Therefore the hypothesis to be tested is that even though it appears that the common perception from rice farmers and producers of the Tolima department of Colombia, is that prices are singly tight to the fulfilment of commitments by the State, in the form of zero tariff rice imports, in reality, matters are more complicated, thus rice price fluctuations are inexorably dependant on a range of issues which primarily gravitate in the international trading scenario, having correlated effects on stakeholders in Colombia and Tolima. Accordingly, the local and international arenas composed by frameworks and data gathered by the likes of FAO and the WTO, are closely bridged with local regulations and commitments, although it seems that rice imports are not the only attributable cause of price fluctuations.

Methodology and Literature Review

Preliminarily, this work has been thought to be divided in three big sections. Section I will aim to assess some of the nuances of the early relationship between man and agriculture emphasizing on rice, addressing

questions like how it came to be? How old is that relationship? How did rice become a dietary and cultural staple? Why was rice recognized by the newly formed international community during the 20th century with chief importance? As well as exploring some of the early stages of the global rice trade. In order to aboard such queries the works of Ola (Olsson and Hibbs 2005), (Gebauer and Price 1992), (Diamond 1998), (Harari 2015), (Harland 1992), and classic thinkers like (Childe 1936) and (Vavilov 1951) are paramount as they provide the backbone for understanding the passage from hunter-gathering societies, to those based on agriculture and its consequences, in what it has been traditionally called the Neolithic or Agricultural Revolution. It seems that rice has been a long-time companion of mankind, and that on account of such long and close relationship, we have mutually benefited, rice by having been spread all over the world, and mankind, by having an important mean of subsistence to depend on. This highlights the core of the research conducted by authorities like (Normile 1997), (Jiang and Liu 2006), (Fuller 20017), (Garris and others 2004), (Sweeney and McCouch 2007), and (Kovach 2007), when it comes to rice domestication. Also, for this section the reports of FAO, in its flagship publication *The State of Food and Agriculture*, since the mid 1960s are a precious resource, as some of them are closely related to rice, such as the ones prepared in 1964 and 1966, with studies in *Protein and Nutrition*, and *Rice in the World Economy*. Addressing that information is the first part in a detailed historical analysis, aiming to accentuate the connection between mankind, and arguably the most important cereal of all.

Section II will tackle questions like what do trade distortions mean for rice? how does rice trade flow globally? what is the legal framework that allows rice to commercially move? in which way the local and international regulations on rice trade impact the local governance in the To-lima region? and if the international attempts to regulate rice trade flows work in practice?; these questions are to be confronted by conducting a legal-historical examination covering the early structure and outcomes of the now established Multilateral Trading System, starting with GATT, before advancing towards assessing the different discussions on agriculture along the negotiating rounds, commencing with Geneva all the way to the creation of the WTO, at the end of the Uruguay round, and of course what it has been negotiated so far in Doha, with all its shortcomings.

To this end the WTO database is one of the most valuable sources of information, by containing detailed materials on an ample collection of subjects, ranging from the early United Nations Charter on the failed International Trade Organization, to the GATT and WTO agreements and negotiation rounds transcripts as well as the controversies regarding rice, settled under the Dispute Settlement System. Context for this sets of data is found in the works of (Van Den Bossche 2013) and (Jackson 2007), both constituting referents on the subject. On the critical side, it is important to approach the research of (Anderson 2005), (de Paula and Pesally 2014), (Martin and Mercurio 2017), (Margulis 2014), and lately (Baldwin 2016) and (Scott 2017) when it comes to assess the system's shortcomings regarding agriculture and multilateralism.

Section III will deal with the Colombian and Tolima side of things. Firstly, by historically and legally contextualizing the importance of rice agriculture for the country and the region, as well as analysing the evolution of legal instruments and regulations regarding the trade. It is expected to deal with questions such as how do farmers perceive rice prices? to what do they attribute fluctuations if any? what do they think about regional integration? and if they are managing to export and therefore are taking advantage of the channels provided by trade liberalization. In order to approach such knowledge, it is expected to conduct interviews and survey small, medium and large farmers and millers of the Tolima region. The data found is to be contrasted with official numbers in the hope to understand issues like where does the rice imported by Colombia come from, how closely related are the amounts of rice imports to price fluctuations for farmers and consumers, and if fluctuations if any could be explained solely by imports. All this is directed to reach a conclusion on the either the positive or negative consequences on some of the different aspects of rice trade for the Tolima region of Colombia. To this end, statistical data provided by DANE, the National Federation of Rice Farmers (FEDEARROZ) and the Bank of the Republic is fundamental and can be accessed through their respective websites. Also, the Ministry of International Relations counts with a Virtual Library on Treaties, database which is to be complemented with the jurisprudence of the Constitutional Court regarding the validity of the instruments to be studied.

Bibliography

- Aksoy, M. Ataman and John C. Beghin, *Global agricultural trade and developing countries* (The World Bank, 2004a).
- Alexandratos, Nikos and others, 'World agriculture towards 2030/2050: ESA working paper no. 12-03' (2012) UN Food and Agriculture Organization: Rome.
- Anderson, Kym, 'Globalisation and Agricultural Trade' (2014) 54(3) Australian Economic History Review 285.
- Anderson, Kym, 'Can the WTO reduce agricultural trade distortions?' (2010a) 19(1) The Journal of International Trade & Economic Development 109.
- Anderson, Kym, 'Globalization's effects on world agricultural trade, 1960-2050' (2010b) 365(1554) Philosophical Transactions: Biological Sciences 3007.
- Anderson, Kym and Will Martin, 'Agricultural Trade Reform and the Doha Development Agenda' (2005) 28(9) World Economy 1301.
- Baldwin, Richard, 'The World Trade Organization and the Future of Multilateralism' (2016) 30(1) The Journal of Economic Perspectives 95.
- Balter, Michael, 'Archaeology. Recipe for rice domestication required millennia' (2009) 323(5921) Science (New York, N.Y.) 1550
- Banco de la República, Departamento Nacional de Estadística, 'Informe de Coyuntura Económica Regional: Departamento del Tolima' Banco de la República & DANE () 73 <https://www.dane.gov.co/files/icer/2015/ICER_Tolima2015.pdf>
- Bray, Francesca and others, *Rice : Global Networks and New Histories* (Cambridge University Press, New York 2015).
- Carney, Judith Ann and Judith Ann Carney, *Black rice: the African origins of rice cultivation in the Americas* (Harvard University Press, 2009).
- Castillo, Cristina Cobo and others, 'Archaeogenetic study of prehistoric rice remains from Thailand and India: evidence of early japonica in South and Southeast Asia' (2016) 8(3) Archaeological and Anthropological Sciences 523.
- CGIAR. 'ricepedia.org' <<http://ricepedia.org/rice-as-a-crop/rice-productivity>> accessed on May 12 2018.
- CGIAR and Research Program in Rice. 'CGIAR' <<http://ricecrp.org/reduced-pov-erty/>> accessed on June 21, 2018.
- Chen, C. and others, 'Fire and flood management of coastal swamp enabled first rice paddy cultivation in east China' (2007) 449(7161) Nature 459.
- Childe, V. Gordon, 'The urban revolution' in *The city reader* (Routledge, 2015).
- Childs, Nathan, *Rice situation and outlook yearbook* (Electronic Outlook Report from the Economic Research Service, United States Department of Agriculture, 2009).

- Clark, Angela L., Nancy Tayles and Siân E. Halcrow, 'Aspects of health in pre-historic mainland Southeast Asia: Indicators of stress in response to the intensification of rice agriculture' (2014) 153(3) *American journal of physical anthropology* 484 < >.
- De Candolle, Alphonse, *Origine des plantes cultivées* (G. Baillière et cie, 1883).
- de Paula, Nilson and Huáscar Pessali, 'Agricultural Trade Negotiations and the Challenges of Food Security' (2014) 3(3) *Agrarian South: Journal of Political Economy* 313.
- Deevey, Edward S., 'The human population' (1960) 203(3) *Sci Am* 194.
- Diamond, Jared M., *Guns, germs and steel: a short history of everybody for the last 13,000 years* (Random House, 1998).
- Dorian Q Fuller, Alison R Weisskopf and Cristina Cobo Castillo, 'Pathways of Rice Diversification across Asia' (2016) 19 *Archaeology International* 84 < >.
- Dorian Q. Fuller and Alison Weisskopf, 'The Early Rice Project: From Domestication to Global Warming' (2011) 13 *Archaeology International* 44 < >.
- FAO. 'Rice Market Monitor;2018 IIS 3410-P14' <<http://www.fao.org/economic/est/publications/rice-publications/rice-market-monitor-rmm/en/>> accessed on April 30, 2018.
- [ed.by] Food and Agriculture Organization of the United Nations, 'The state of food and agriculture, 1966 1966' Food and Agriculture Organization of the United Nations (Rome) accessed March 14 2018
- Food and Agriculture Organization of the United Nations, 'The State of Food and Agriculture 1964' (July-) <<http://www.fao.org/docrep/016/ap652e/ap652e.pdf>> accessed March 13 2018
- FULLER, DORIAN Q., 'Contrasting Patterns in Crop Domestication and Domestication Rates: Recent Archaeobotanical Insights from the Old World' (2007) 100(5) *Annals of Botany* 903.
- Fuller, Dorian Q., Emma Harvey and Ling Qin, 'Presumed domestication? Evidence for wild rice cultivation and domestication in the fifth millennium BC of the Lower Yangtze region' (2007) 81(312) *Antiquity* 316.
- Fuller, Dorian Q. and others, 'The Domestication Process and Domestication Rate in Rice: Spikelet Bases from the Lower Yangtze' (2009) 323(5921) *Science* 1607.
- Garris, Amanda J. and others, 'Genetic Structure and Diversity in *Oryza sativa* L' (2004) 169(3) *Genetics* 1631.
- Gebauer, Anne Birgitte and T. Douglas Price, 'Foragers to farmers: an introduction' (1992) *Transitions to agriculture in prehistory* 1.
- Georgios Mermigkas and Ekaterina Krivonos, 'FAO: Trade Policy Briefs, WTO Negotiations' (May) 1 <<http://www.fao.org/3/a-i7291e.pdf>> accessed March 19, 2018

- Gepts, Paul, 'Crop domestication as a long-term selection experiment' (2010) 24(Part 2) *Plant Breed Rev* 1.
- Glauber, Joseph W., 'Agricultural Insurance and the World Trade Organization' (2015).
- Global Rice Science Partnership. 'Ricepedia.org' <<http://ricepedia.org/rice-as-a-crop/rice-productivity>> accessed on June 18 2018.
- Gordon Childe, Vere, 'Man makes himself' (1936) Watts, London.
- Harlan, Jack R., *Origins of African plant domestication* (Walter de Gruyter, 1976).
- International Rice Research Institute. 'IRRI' <<http://irri.org/the-second-green-revolution-has-begun>> accessed on May 10 2018.
- Jackson, John Howard, *The jurisprudence of GATT and the WTO* (digitally printed first paperback version 2007 edn Univ. Press, Cambridge 2007).
- Jain, Subodh, 'Crops and Man. 2nd ed. 1992. By Jack R. Harlan. American Society of Agronomy, 677 S. Segoe Road, Madison, WI 53711. 284 pp. (1993) 8(1) *Am J Alternative Agric* 47.
- Jiang, Leping and Li Liu, 'New evidence for the origins of sedentism and rice domestication in the Lower Yangzi River, China' (2006) 80(308) *Antiquity* 355.
- Jin, GuiYun and others, '8000-Year old rice remains from the north edge of the Shandong Highlands, East China' (2014) 51 *Journal of Archaeological Science* 34 <
- Kovach, Michael J., Megan T. Sweeney and Susan R. McCouch, 'New insights into the history of rice domestication' (2007) 23(11) *Trends in Genetics* 578.
- Kumar, Vijay, 'Rice Production in India During Pre And Post World Trade Organization' (2015) 3(3) *Asian Journal of Multidisciplinary Studies*.
- Langlie, BrieAnna S. and others, 'Agricultural origins from the ground up: Archaeological approaches to plant domestication' (2014) 101(10) *Am J Bot* 1601.
- Littlefield, Daniel C., *Rice and slaves: Ethnicity and the slave trade in colonial South Carolina* (University of Illinois Press, 1991).
- Liu, Li and others, 'Evidence for the early beginning (c. 9000 cal. BP) of rice domestication in China: a response' (2007) 17(8) *The Holocene* 1059.
- Maclean, Jay, Bill Hardy and G. Hettel, *Rice Almanac: Source book for one of the most important economic activities on earth* (Fourth edn IRRI, Los Baños, Philippines 2013).
- Margulis, Matias E., 'Trading Out of the Global Food Crisis? The World Trade Organization and the Geopolitics of Food Security' (2014) 19(2) *Geopolitics* 322.
- Martin, Antoine and Bryan Mercurio, 'Doha dead and buried in Nairobi: lessons for the WTO' (2017) 16(1) *Journal of International Trade Law and Policy* 49.
- Muthayya, Sumithra and others, 'An overview of global rice production, supply, trade, and consumption' (2014) 1324(1) *Ann N Y Acad Sci* 7.

- Nalley, L. and others, 'The Production, Consumption, and Environmental Impacts of Rice Hybridization in the United States' (2017) 109(1) *Agron J* 193.
- Normile, D., 'Archaeology: Yangtze Seen as Earliest Rice Site' (1997) 275(5298) *Science* 309.
- Oka, H. I., 'Origin of cultivated rice. Japan scientific societies press' (1988).
- Olsson, Ola and Douglas A. Hibbs, 'Biogeography and long-run economic development' (2005) 49(4) *Eur Econ Rev* 909.
- Peter Van Den Bossche, *Thee law and policy of the World Trade Organization* (3. ed., 1. publ. edn Cambridge Univ. Press, Cambridge [u.a.] 2013).
- 'Research and Markets Adds Report: Analyzing Biofuels from Rice' (2009) *Health & Beauty Close-Up*.
- Scott, James, 'The future of agricultural trade governance in the World Trade Organization' (2017) 93(5) *International Affairs* 1167.
- SERRANO, RAÚL and VICENTE PINILLA, 'The Declining Role of Latin America in Global Agricultural Trade, 1963–2000' (2016) 48(1) *Journal of Latin American Studies* 115.
- Ting, Y., 'The origin and evolution of cultivated rice in China' (1957) 8 *Acta Agron Sin* 243.
- Vavilov, Nikolai Ivanovich, *The origin, variation, immunity and breeding of cultivated plants* (LWW, 1951).
- Wang, Muhua and others, 'The genome sequence of African rice (*Oryza glaberrima*) and evidence for independent domestication' (2014) 46(9) *Nat Genet* 982.
- Wang, X. K. and others, 'Origin and differentiation of Chinese cultivated rice' (1996) China Agricultural University Press, Beijing.
- Weisdorf, Jacob L., 'From Foraging To Farming: Explaining The Neolithic Revolution' (2005) 19(4) *Journal of Economic Surveys* 561.
- Wilkinson, Rorden, Erin Hannah and James Scott, 'The wto in Nairobi: the demise of the Doha Development Agenda and the future of the multilateral trading system' (2016) 7(2) *Global policy* 247.
- World Bank. 'World Bank Global Food Crisis Response Program' <<http://www.worldbank.org/en/results/2013/04/11/global-food-crisis-response-program-results-profile>> accessed on May 3, 2018.
- 'World Trade Organization, wto.org' accessed on June 12 2018.
- Wu, Yan and others, 'Morphological trend analysis of rice phytolith during the early Neolithic in the Lower Yangtze' (2014) 49 *Journal of Archaeological Science* 326.
- Zheng, Yunfei and others, 'Rice Domestication Revealed by Reduced Shattering of Archaeological rice from the Lower Yangtze valley' (2016a) 6 *Scientific reports* 28136.

Zheng, Yunfei and others, 'Rice Domestication Revealed by Reduced Shattering of Archaeological rice from the Lower Yangtze valley' (2016b) 6 Scientific reports 28136.

Zhijun, Zhao, 'The Middle Yangtze region in China is one place where rice was domesticated: phytolith evidence from the Diaotonghuan Cave, Northern Jiangxi' (1998) 72(278) *Antiquity* 885.

The Struggle of Re-Becoming: The Identity Resurgence of the Muisca Community of Suba

Paola Andrea Sánchez Castañeda*

La identidad es como un espiral, va de afuera hacia adentro; adentro está el corazón y nosotros hasta ahora vamos caminando lo exterior y vamos hacia lo interno. El corazón es la fuerza motora del ser humano, cuando lleguemos a ese corazón podremos decir que somos muisca. Podremos respetar el espacio, podremos generar nuestros modelos de vida sin necesidad de destruir el modelo de vida de la tierra.

[The identity is like a spiral, it goes from outside to inside; inside is the heart, inside is the heart and we are going to walk the outer and go towards the internal. The heart is the driving force of the human being; when we reach that heart, we can say that we are Muisca. We can respect space; we can generate our life models without destroying the model of life on earth.]—Member of the Muisca community of Suba.

Introduction

During the last decades of the 20th Century, the resurgence of indigenous identities in Latin America has been a challenge not only for the State—which has felt the need to implement new policies to respond to these movements—but also for scholars, who have been shifting their lenses to look at indigeneity, its meanings, its manifestations, its epistemologies, and its struggles.

After over a century of nation building, Latin American states had to change the discourse and faced the new reality of several processes of re-

* Estudiante de Doctorado en la Florida International University.

vitalization or re-indigenization of different communities that under the label of other categories, almost always associated with labor, undertook the task of re-interpret themselves within an ethnic identity category.

Even though related to a historical past, these cultural phenomena also responded to global movements of recognition of a multiethnic reality over the globe. Platforms like the *Indigenous and Tribal Convention* in 1989 allowed these communities to establish a new path in their pursuit of political, cultural and economic rights. The analytical change towards the category of indigenous was established based on the criteria founded at this convention. As the official document recognizes, indigenous peoples were recognized under these terms:

“Tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations; peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions” (International Labor Organization).

Additionally, the Convention stated the relevancy of the self-proclaimed communities to be considered into the framework of political, national, ethnic recognition, the “self-identification as indigenous or tribal shall be regarded as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention apply” (International Labor Organization). For the Muisca, and other communities in processes of re-indigenization, this criterion opened a space of political recognition necessary for their project.

As a matter of fact, as a state response to the possible uprising of these communities, there was a new political space, created for the consolidation of projects of re-indigenization, as Escobar quotes,

“There is a connection between the 1990s identities and the neoliberal state; however, the identities can be seen only in part as a result of the state. As the earlier model of a populist a racially homogenous project of nation-building entered into crisis, the state promoted the creation of

new identities it was unable to control” (Gros, Pardo, and Alvarez in Escobar 2008, 213).

The connection between the political changes in Latin American countries and these processes in the early 90s could be understood from the impact of the international pressures on Latin America agenda. This was one, if not the most, important reason for this shifting from *mestizaje* discourse to multiculturalism. Indeed, a wave of constitutional reforms took place in the continent, and as a model for the continent, Colombia established a new constitution in 1991. This new perspective stated the nature of the country as a pluri-ethnic nation, recognizing the diversity of cultural and ethnic groups, to manage this cultural diversity and to legislate the minority population. Furthermore, entitling these communities with differential rights such as: the recognition of the ethnic diversity and its protection,¹ the political recognition of communal ethnic lands,² the recognition of native languages or dialects as official languages in their territories,³ ethno-differential education,⁴ the protection of the archaeological heritage and other cultural resources that shaped the national identity,⁵ a particular political circumscription for ethnical candidates in the Chamber of Representatives,⁶ the recognition to their own exercise of their jurisdictional functions within their communal ethnic territory,⁷ and finally, the entitling of the self-governance of the ethnic territories based on their own political and organizational system, Further, they were encouraged to participate in the government decisions regarding the exploitation of natural resources within their territories.⁸ This constitution’s approach to ethnic acknowledgment was a model for other Latin-American constitutions reformations throughout the 1990’s, and the early 2000’s such as Peru (1993), Bolivia (1995), Ecuador (1998), Venezuela (1999), Brazil and Mexico (2001).

¹ Article 7-8, Colombian’s Constitution of 1991.

² Article 63, Colombian’s Constitution of 1991.

³ Article 10, Colombian’s Constitution of 1991, and developed in the Law 1381 of 2010 or *Ley de Lenguas* (Languages Law). This law regulates the recognition, the protection and the development of the linguistic individual and collective rights of the different ethnic groups in Colombia.

⁴ Article 68, Colombian’s Constitution of 1991, and developed in the national Decree 804 of 1995. This decree regulates the education for ethnic communities.

⁵ Article 72, Colombian’s Constitution of 1991.

⁶ Article 176, Colombian’s Constitution of 1991.

⁷ Article 246, Colombian’s Constitution of 1991.

⁸ Article 330, Colombian’s Constitution of 1991 and developed in the national Decree 1320 of 1998, and 982 of 1999.

As might be expected, since this shift regarding the position of indigenous peoples was an external imposition over national policies, rather than an internal change in what indigeneity meant for the state, and for the nation's imaginary; we could interpret why there is not a genuine inner longing in the collective imaginary of the indigeneity in Colombia, which led to the current troubled politics of alterity within the Nation. It was an external, but not an internal desire to acknowledge the indigenous diversity in the nation. Notwithstanding, the relations displayed after the constitutional recognition among the nation, whether between the indigenous communities and the political authorities or between the communities with the non-indigenous citizens, have been decisive for the natives.

Indigeneity a fixed category for non-contemporary indigenous

What is an indigenous community? Is there a shared agenda by all these communities that are categorized as indigenous? These are some of the questions that have accompanied me during the development of this study. It has been difficult to state a response due to the challenge that has been for the scholarship to analyze the concept of indigeneity.

Defining indigeneity has been a long work of significant amount of academics who have undertaken the work of establishing an analytical category that permeates multiple groups of communities around the world. This concept seeks to comprehend and legitimize the idea of shared identity based on an assumption of cultural continuity. Essentially, indigeneity has become a generic, indiscriminate, ambiguous concept used by international organizations, governments, and scholarship, and for this reason, it is deeply politicized. Being generic sustains the idea of unique indigenous identity, homogeneous, static and of course imprecise, and ineffective; this is a consequence of the long-standing objective of describing the "Other" from colonial and ethnocentric analytical terms. The category of the indigenous is reproduced based on past imaginaries supported on equally backward categories of analysis.

In this respect, the construction of the indigenous "Other" has been assigned to them based on generalized presumptions that have served to legitimize the mere existence of indigenous peoples, even the validity of the claim of their rights (Friedman 2008). As a consequence of this imposed construction over the communities, the reproduction of this imaginary has been constituted as a political tool by these groups. The

performance of what is expected as indigenous to fulfill certain requirements imposed by the State, is used within communities where their day-to-day lives are closer to “modernity” than to that exotic indigenous. This agenda is displayed in their discourses to political authorities, many times also addressed to anthropologists and academic researchers, with the purpose of gaining access to the ethnic rights within the frame of the multicultural policies of differentiation. In this regard, scholarship has served not only in the production of knowledge but the foundation for ethnic policies,

“The unquestioned right to know in terms of one’s disciplinary concepts and methods is at the foundation of the cognitive authority of scientist and other professionals. It places them in the local sites of laboratory and field, not as participants but as “judging observers” who are themselves to be unjudged. The outcomes of their work extend beyond the boundaries of their disciplines, professions, and institutions. This is because the institutions in which professionals make and transmit knowledge are instruments of governance. In the broadest sense, the double participation of scientist and other researchers is a participation in the local activity as hidden agents of governance. Except in special circumstances, whether any particular professional wills it or not, the participation is in support of the existing social, political, and economic orders—loyalty to these things are embedded in the institutional folk concepts of profession and university.” (Addelson in Valladolid and Apffel-Marglin 2001, 644).

Hence, these discourses, characterized by the traditionalist approaches of their project, are the product of the social and historical conjunction always addressed to the power structures (Lopez 2005; Escobar 2008), as one of the members of the Muisca community states:

“The anthropologist has come so many times with the same questions, forgetting our particularities, so the community already has a pre-established discourse. The scholar misses the chance to know the community outside his/her old structure of the study. That is why we also play our cultural performance. Now we know how to generate identity, we know that we need particular kind of things, revitalize and spread our language, revive specific clothing practices, and so on.”

In this pursuit of their rights, the indigenous communities have politicized their lives. Further, this strategy has also reaffirmed the historical stereotypes on indigeneity. Forgetting the importance of a careful look at

the particular differentiation of each community; even among their own Muisca identity, as one of the members affirms, there is not a homogeneous idea of a Muisca identity. In this sense, essentialist approaches that conceive identity as an unchanged element have exerted structural violence that perpetuates robust hierarchy systems, and indeed, under this inadequate academic framework, along with the popular imagination, these communities are self-essentializing their identity to respond to the demands from the state and the citizens.

In this process of rediscovering their roots, the Muiscas are going through a path of self-reinterpreting their place in the history, in the collective memory, as Escobar states,

“Identity in this view is a complex form of self-understanding improvised from the cultural resources at hand in a historical background. Their focus is on the intersection of person and society, the individual and the collective, and on how power and culture are negotiated at this intersection to produce particular identities in ways that evince the structured as well as the agential dimension of the process.” (Escobar 2008, 217).

Regardless of their particular conditions of life, both historical and current, all these communities have been defined in a reduced form that nationalizes the indigenous cultural identity analytically and invisibilizes the historical processes in which it develops (Jackson and Warren 2005). Tradition has been imposed through the multicultural laws as the unique valid path to be indigenous, under the form of identity diacritics demanded by the different governmental institutions. The indigenous have become themselves with the definitions, the discourses and the identity constructions that lay on them; reading them, constructing them, subverting them and re-configuring them. Their identity could be performed as rigid as the outsiders require, but despite this reality, as Wilson states, identity is “an incredibly slippery notion” ... Identity is better seen as a paradox rather than a statement, he says, for as soon as such a statement is made, it blurs and dissolves (Wilson in Jackson and Warren 2005).

The construction of ethnic alterity in an urban environment

As stated above, there is a substantial connection between identity and the political system in Colombia; either to deny the reality of different

ethnic identities, as it was the case of the *mestizaje* process to reaffirm and open the space for them. Unfortunately, these continuously change in the position of these communities in the society left profound consequences in the national imaginary of what ethnicity means for the state, scholarship and citizens. Indeed, these consequences have determined the nature and the complexity of the relationships between the groups and the rest of the nation, relations that have not been significantly positive.

In Bogota, the case of the Muisca re-identification process has been framed in a state of historical discontinuity that broke the cultural identification of the community for centuries. This void in their recognition as indigenous affect their identification as an ethnic community, as well as the way in the entire nation perceived the Muisca community. On the one hand, the external perception of the community was the result of the politics of invisibilization during the 19th and 20th centuries, and on the other hand, that perception determined the current situation of marginalization of the re-indigenization process of this community in the city, regardless the current political framework. As Pallares affirms, the shared inadequate indigenous imaginary, along with a long-standing marginalization of these communities, do not allow a natural incursion of these ethnic movements to the political and social field; however, “indigenous forms of activism that may appear to reflect a false consciousness are instead the outcome of the consciousness formation process of communities that have been racially subordinate” (Pallares 2002, 32).

Notwithstanding the newly opened space for the ethnic recognition of indigenous communities, the main problem that Muisca face is the lack of credibility in their project. As I have stated above, there is a gap in their history that has allowed this marginalization, but their current problem is the struggle between the Muisca and structures such as the state and the scholarship which, through the exertion of structural violence, have determined what fits in the category of indigenous in Colombia. As it is the case of the political district recognition of indigenous groups in Bogota, with the Decree 543 of 2011, the district states what will be categorized as indigenous community, “a group or set of families of Amerindian ascendancy, that have consciousness of that and share values, features, usages, customs of their culture, ways of government, management, and social control or, their own normative systems distinguished from other communities” (Concejo de Bogota).

Hence, even though the restricted and generic category where all the communities are cataloged, there is a particular element that I would highlight in light of the case study of this thesis; this element is the state of consciousness in the project of rebecoming an indigenous community. As it is stated in the district definition, these groups have a consciousness of sharing elements constitutive of their realities, and in the case of the Muisca community of Suba, this collective consciousness of their project is fundamental.

Re-becoming Muisca: the re-indigenization process of the traditional inhabitants of Suba.

In the late decades of the twentieth century, a group of families, traditional inhabitants of the territory of Suba undertook the project of re-identify themselves as an indigenous community, not as descendants of the “extinct and forgotten” Muisca, but as contemporary Muisca of Suba. This affirmation is shared by the community to leave behind those false and exotic ideas of their heritage; the Muisca ethnicity “has been reified as well as encumbered with multiple subtexts. The most popular of these has been the illusion that casts present-day ethnic groups as residual fossils of a pristine, pre-Columbian past” (Corr and Powers 2012). On the contrary of those pre-Columbian identities, this community in its process of re-indigenization has struggled between the reality in their inner dynamic and the external doubts about the possibility of being urban and indigenous (Lopez 2005, 336). In words of one of the women members: “yes, we are indigenous people wearing jeans and using cell phones; we do not need to disguise ourselves to please the government and the other citizens.”

In the process of re-constructing their identity, the Muisca developed a new sense of self-awareness in taking the constitution of their identity into their own hands. This process of rebecoming process of Muisca has been nourished by two processes, wholly embedded, that have allowed the current success in their project; through the revitalization of their traditional practices and knowledge, and through a process of ethnogenesis. These consciousness-altering practices of self-constitution are the result of multiple relations with the “outsiders,” multiple attempts to reposition themselves as a recognized ethnic community, and even, the multiple inner questions of their own identity. All these interactions ruled by power

structures are the frame for the re-indigenization process and their new understanding of their identity; as Escobar quoted Foucault,

“the production of subjects through discourses and practices [are] linked to the exercise of power—practices through which the subject is objectified in various ways, for instance through mechanisms of discipline and normalization [in this case by different institutions and citizens], as much as practices of subjectification that the subject performs on himself or herself. For some, a theory of identity cannot be complete without an account of subject’s active self-constitution.” (Escobar 2008, 205).

On the one hand, as a vital part of this process, the members of the community are revitalizing the collective memory through the interpretations of the oral tradition within the community, along with the study of academic and archeological data. From my perspective, the work of the youth members has been vital in this part; they have been taking advantage of the technological resources⁹ to rescue the traditional knowledge of the elders of the community. Additionally, most of the leaders of the community have been developing their research on data from Colonial times and archeological material to determine the legal ownership of the territories of Suba, finding as well myriad information regarding the cultural tradition of their ancestors. These members are continuously and consciously engaged in work of “inventory, experimentation, reconstruction, and fluidity of information, creating non-everyday bridges of the word among extended families, between paths, with raizales of other towns” (Carrillo 1997).

The research on these documents allowed the community to establish the real belonging of the traditional families to the *Cabildo*, furthermore to reaffirm the collective bond between the families that have suffered the same violent events throughout their history (Carrillo 1997). This recognition of the ethnic character of the last names¹⁰ of the families has been vital in this process to recognize that there is territorial continuation of the Muisca community,

“We have an Amerindian ancestry easily verifiable not only from the large number of existing historical testimonies, many of which date from

⁹ Among these resources are cameras, voice recorders, high quality microphones that were provided by the district government.

¹⁰ “The members of our indigenous community are who by paternal line—first surname—or by maternal route—second surname—had a clearly Muisca or Castilian surname that appeared in the registers of the late nineteenth century. It should be noted that the number of people who today have both surnames per paternal line and maternal line is significant” (Mususu in Lopez 2005, 340).

the mid-nineteenth century, about the *resguardos* and the community, but because through the surnames that are currently valid—Bulla, Bajonero, Cabiativa, Piracún, Nivia, Niviayo, Yopasá, Caita, Cuenca, Mususú, Nequén, Chízaba, Chipó, Caipa, Quinche, Cera, Landecho, Lorenzano, Rico, Ospina, Córdoba, Triviño, Torres and others of Spanish and European ancestry that are in the process of legitimization within the community—the offspring of the original owners of the Resguardos dissolved at the end of the 19th century” (Cabildo Indígena Muisca de Suba).

This sense of belonging verified through the study of these historical documents not only has meant a legitimate claiming of their ethnic rights, but also the accurate recognition of shared “hidden” history. Hence, a communal sense of differentiation with the new inhabitants of the post-urbanized Suba has been strengthened.

Additionally, this process of re-indigenization has used these historical findings along with the traditional knowledge to develop several microprocesses that will be studied throughout this work; the revitalization of the myths during the private and public gatherings, the use of their native language for the symbolic re-appropriation of the territory, or even its use in daily practices; the resignification of the *chicha* as a powerful, and sacred symbol of identity, the harvest of their traditional plants as source of food sovereignty, as well as other practices that they have found significantly essential to reconstruct their identity.

Likewise, this process has been characterized as a process of ethnogenesis. Ethnogenesis processes could be understood as paths of the creation of a culture within processes of the revitalization of identities. In the case of the Muisca community, it could be interpreted by Jonathan Hill’s conceptualization, as “a concept encompassing people’s simultaneously cultural and political struggles to create enduring identities in general contexts of radical change and discontinuity” (Hill 1996, 1). This process is the result of the historical gap lived by the Muisca community and their inner need to [re]create their identity. As evidence, during the time I shared with this community, I could interpret how some of the practices carried out by the community did not respond to the historical documentation, but by a conscious process of creation of identity.

Hence, this analytical framework of ethnogenesis allows a better understanding of the ongoing process of culture, even in ethnic communities. In the case of the Muisca community, since the first contacts with the

conquerors to current times, the constant interactions with outsiders have determined continuous change in their traditional practices, “however the concept of ethnogenesis is deployed, the symbolic criterion of contrast—one language, appearance, or culture as distinct from another—is a key feature.” (Corr and Powers 2012). Therefore, this symbolism is created and recreated several times to satisfy the external judgment on the indigenous diacritic markers (Lopez 2005); as one member of the community told me: “in the 90’s was the first approach to their first traditional custom, and since then we have created about four more, for women and men; however, when we are in different gatherings with other communities they make fun of us, there is intercultural discrimination. However, we understand that this is part of our process, to become visible.”

Since the state’s recognition of the political organization of Muisca, as the first urban indigenous cabildo in the country in 1991, this community has faced innumerable aggressions against their process of revitalization. Identity has become a task, instead of a static and pure inheritance, and the Muisca as an explicit contestation have responded with numerous performances not only in the private sphere but also in the public space. This has made the latter the most important in the pursuit of cultural and political visibility. This research suggests that, public celebrations have become the space to face the doubts of real indigeneity to the state, scholarship, and in general to the citizen that imposes the unchangeable idea of Indigenous on this contemporary urban community.

Conclusion

Identity has become a task instead of a reality for the Muisca community of Suba. In their path of reconciliation with history, this community has undertaken the challenge to re-interpret their traditional practices not only for a self-understanding of their identity but also for an external exaggerated indigenous performance. These performances respond to the power relations between scholars, government, citizens and the community; relations that have been constructed under socio-cultural categories that no longer expose the realities of the indigenous communities.

Throughout this chapter, I have shown how those fixed cultural categories of what indigeneity means are ineffective, ambiguous, and even conflictive. As Lopez asserts, “social identities [such as indigeneity] do not constitute fixed and irremovable essential categories, they are

cultural elaborations that are constructed in the midst of processes of conflict and struggle and that, therefore, are subject to constant reconfigurations.” (Lopez 2005, 335). Notwithstanding, these long-standing categories are still reproduced in the political frameworks addressed to ethnic groups, and furthermore, are present in the social imaginary of the indigeneity.

Consequently, some indigenous communities such as the Muisca reconstruct their identity consciously whether the revitalization of traditional ways or the creation of new meanings as it is the phenomenon called ethnogenesis. Whichever the path, the re-indigenization of the Muisca community has evidenced the resistance to oblivion and extinction; in words of Carrillo,

“The conscious reconstruction of their lost links is also a form of “strategic” resistance. Thus, societies that conceive the present as accumulated space and time, also have a historical experience accumulated conscious as unconscious (not only structural immutable) that governs the strategies of resistance, among which we highlight the restructuring of myths to achieve explanations of the past in the present” (Carrillo 1997).

Finally, within this process, as a strategic instrument, this community has used its performative acts as resistance mechanisms and spiritual empowerment. Rituals became ‘spaces of visibility,’ spaces of symbolic contestation to centuries of physical, social and cultural oppression, and furthermore, spaces of identity and territorial re-appropriation. These rituals could be interpreted in multiple ways, but within a spiritual environment, myriad silent battles are taking place. Inevitably, these performances have purposes as Taylor affirms,

“Performances function as “vital acts of transfer, transmitting social knowledge, memory, and a sense of identity” through reiterated behaviors. “Embodied practice offers a way of knowing” ... While there are many sorts of performance in the public sphere, [there is a special interest focusing on theatrically and spectacle], where actors draw from the ephemeral repertoire of embodied practices and knowledge such as spoken language, dance, and ritual.” (Taylor in Postero 2017, 18).

In this endeavor, the Muisca are using these spaces to re-construct their identity along with the transferring of indigenous knowledge to the youngest generations involved in this project.

References

- ACNUR. n.d. *Pueblos indígenas de Colombia*. Accessed September 21, 2017. <http://www.acnur.org/t3/pueblos-indigenas/pueblos-indigenas-en-colombia/>
- Basso, Keith H. (1996). *Wisdom Sits in Places: Landscape and Language among the Western Apache*. Albuquerque: University of New Press.
- BBC Mundo. 2013. *Así vive el pueblo que le heredo a Colombia la leyenda de El Dorado*. Accessed October 20, 2017. http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/02/130114_colombia_muiscas_indigenas_urbanos_bogota_aw
- Cabildo Indígena Muisca de Suba. (1999). *Los Muiscas un pueblo en reconstrucción*. Bogota: MJ Editores Ltda.
- Casey, Edward S. (2009). *Getting Back into Place: toward a renewed understanding of the place world*. Bloomington & Indianapolis: Indiana University Press.
- Carillo, María. 1997. *Los caminos del agua: según la tradición oral de los raizales de la Sabana de Bogotá*. Thesis., Universidad Nacional de Colombia.
- Chaves, Margarita, and Zambrano, Marta. (2006). From blanqueamiento to reindigenization: Paradoxes of mestizaje and multiculturalism in contemporary Colombia. *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*. 80: 5-23.
- De la Cadena, Marisol, and Starn, Orin. Ed. (2007). *Indigenous Experience Today*. UK: Berg Publishers.
- Corr, Rachel, and Powers, Karen Vieira. (2012). Ethnogenesis, ethnicity, and cultural refusal: The case of the Salasacas in Highland Ecuador. *Latin American Research Review*, Vol. 47, Special Issue:5-30. https://www.jstor.org/stable/41811572?seq=1#page_scan_tab_contents
- Eliade, Mircea. (2005). *The Myth of the Eternal Return*. New York: Princeton University Press.
- Escobar, Arturo. (2008). *Territories of Difference: Place, Movements, Life, Redes*. Duke University Press.
- Feld, Steven & Basso, Keith H. (1996). *Senses of Place*. Santa Fe, New Mexico: School of American Research Press.
- Goffman, Erving. (2006). *Estigma: la identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Gómez, Ana María Ed. (2005). *Muiscas: representaciones, cartografías y etnopolíticas de la Memoria* [Muiscas: representations, cartographies and ethnopolitics of memory]. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Gomez, Pablo. (2013). *Sacredness, torment and rescue: the social life of the Muisca chicha*. *Campos* Vol. 2, N.º 1:139-160. <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/campos/article/view/2851>
- Hill, Jonathan D. (Ed) (1996). *History, Power, and Identity: Ethnogenesis in the Americas, 1492- 1992*. Iowa City: University of Iowa Press.

- Jackson, Jean E., and Warren, Katy B. (2005). *Indigenous Movements in Latin America, 1992-2004: Controversies, Ironies, New Directions*. *Annual Review of Anthropology*. 34: 549-73.
- Jenkins, Willis. (2017). Sustainability in Grounding Religion: A Fieldguide to the Study of *Religion and Ecology*, 2nd Ed, edited by Whitney Bauman, Rick Bohannon, and Kevin O'Brien, 235-250. Routledge.
- Leistle, Bernhard. (2006). Ritual as Sensory Communication: A Theoretical and Analytical Perspective in *Ritual and Identity: Performative Practices as Effective Transformations of Social Reality*. 34-73. Berlin: Lit Verlag.
- López, Mercedes. (2005). Los resguardos muisca y raizales de la sabana de Bogotá: espacios sociales de construcción de la memoria in *Muisca: Representaciones, Cartografías y Etnopolíticas de la Memoria*, edited by Ana María Gómez, 333-347. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Machado, Absalón. (2009). *Ensayos para la historia de la política de tierras en Colombia: de la colonia a la creación del Frente Nacional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Parker, Cristian. (1993). *Otra lógica en América Latina: Religión Popular y Modernización capitalista*. Fondo de Cultura Económica.
- Pallares, Amalia. (2002). From Peasants Struggles to Indian Resistance; The Ecuadorian Andes in the late Twentieth Century. Norman: University of Oklahoma Press.
- Postero, Nancy. The Indigenous State: Race, Politics, and Performance in Plurinational Bolivia. Oakland, California: University of California Press, 2017. Accessed <http://www.jstor.org/stable/10.1525/j.ctt1pq34b0>.
- Kopping, Klaus-Peter, Bernhard Leistle, and Michael Rudolph (Eds). (2006). *Ritual and Identity: Performative Practices as Effective Transformations of Social Reality*. Berlin: Lit Verlag.
- Rappaport, Roy A. (1999). *Ritual and Religion in the Making of Humanity*. Cambridge University Press.
- Restrepo, Luis Fernando. (2005). Reflexiones sobre los estudios muisca y las etnopolíticas de la memoria in *Muisca: Representaciones, Cartografías y Etnopolíticas de la Memoria*, edited by Ana María Gómez, 316-330. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Tsing, Anna. (2007). Indigenous Voice in *Indigenous Experience Today*, edited by Marisol de la Cadena and Orin Starn, 33-67. Oxford: Berg Publishers.
- Valladolid, Julio, and Apfel-Marglin, Frederique. (2001). "Andean Cosmivision and the Nurturing of Biodiversity". In *Indigenous Traditions and Ecology: The Interbeing of Cosmology and Community*, edited by John A. Grim, 639-670. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Van Dooren, Thom. (2004). *Flight Ways: Life and Loss at the Edge of Extinction*. New York: Columbia University Press.

- Warren, Kay B. (1998). *Indigenous Movements and Their Critics: Pan-Maya Activism in Guatemala*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Zambrano, Marta. (2008). La historia en tiempo imperfecto: indígenas de la ciudad contemporánea in *Trabajadores, villanos y amantes: encuentros entre indígenas y españoles en la ciudad letrada*. Santa Fe de Bogotá (1550-1650), 199-211. Bogotá: Horizonte Impresores.

Notas: _____

Notas: _____

Estudiantes de maestría

Transfer of the program *Ciclovía Recreativa* to Mexico City

Alison López Rodríguez*

Abstract. For many years, the program *Ciclovía Recreativa* have contributed with the well-being of the citizens of Bogota through the opening of public spaces for sport, cultural and recreational activities. This program that was recognized internationally for the benefits that creates for the population was implemented in many cities. In this paper, I study the transfer of the program from Bogota to Mexico City through a comparative analysis and consider the history of both programs and their development. This example of policy transfer shows the benefits of implement ideas from one country to the other adapting them to the specific context.

Key words. *Program, ciclovía recreativa, policy transfer, Mexico City.*

Introduction

Globalization have created the possibility to spread ideas around the globe, public solutions from one country could resolve the problems in other country. Given local and national governments require innovative ideas to solve a complex problems with a limit budget, transfer programs become a strategy to implement new approaches that were not conceived before. In that sense, copy a program or some elements of it, and adjust it to the context could contribute to improve the conditions of many citizens in different contexts.

In this paper, I study the transfer of the program ‘*Ciclovía Recreativa*’ or Car Free Sunday from Bogota to Mexico City, which refers to tempo-

* Political scientist from the *Universidad San Buenaventura*, Bogotá. Student of the master program Development and Governance (Wi/So 2017/18), Universität Duisburg- Essen, Germany.

rally opening of streets to citizens for recreational, and sports activities; walkers, cyclists, skaters and joggers, and general population enjoy this public space for approximately 6 hours the Sundays. In the first part, I present the theoretical framework; in the second part, I explain the program and its background; in the third part, I analyze its success around the world; finally, I study the details of the transfer of the program of '*Ciclovía Recreativa*' in Mexico City.

Main concepts

Policy transfer refers to the application of knowledge related with policies, administrative arrangement, institutions, etc., of one context to another (Dolowitz and Marsh, 1996: 344). In the case of study, I analyze the policy transfer of a program, conceived as a specific measure to chance a stated objective through the financial, material and personal resources, as well, laws and procedures (Rose, 2005: 15-16).

There are different degrees of transfer define by Rose as copying, emulation, hybridization, synthesis and inspiration: *copying* refers to the implementation of a program without make changes, *emulation* refers to the idea that the program give the best standard but is transferred without copying all the details, *hybridization* and *synthesis*, refers to the creation of a program with elements of different programs which were implemented in diverse countries; and *inspiration* relates to a program that creates new possibilities without coping it (Dolowitz and Marsh, 1996: 344).

Origen of the program in Mexico City and Bogota

In the case of the *Ciclovía Recreativa* in Mexico City, public authorities took elements of the program in different countries to make their own version. They manifested, in the guidelines of the program '*Muévete en Bici*' published in the official Gazette, that they revised similar projects to identify the best practices, such as the '*Vía Recre-activa*' of Guadalajara (México), the '*Ciclovías*' of Bogota (Colombia), and the "*Ciclopaseos*" of Quito (Ecuador) (Gaceta Oficial del Distrito Federal, No. 820).

However, the principal transfer remains in the program that born in the city of Bogota, a Sunday of 1974, when 5.000 citizens protested by bicycle in the center of the city claiming routes for bicycles, as a response, the public authority Urban Developed Institute presented a project related with the creation of bikeways. In 1976, the local mayor signed 2

decrees (566 and 567) to assigned exclusive routs for cyclists and walkers, and transitory ways Sundays and holidays. In 1995, it management was assumed by the District Institute on Recreation and Sports. From 1976, people of the capital have enjoyed a space for recreation, and connivance.

The '*Ciclovía*' of Bogota is the largest in the world with an extension of 121 km, and have more than 1.500.000 users. It has received international recognition, in 2003 the World Health Organization (WHO) and the Physical Activity Network of the Americas (RAFA / PANA) awarded the '*Ciclovía*' as the program that contributes to making the city of Bogota the most active and healthy of the Americas; and in 2014 the '*Ciclovía*' received the award for sustainable culture granted by the Global Forum on Urban Settlements and supported by the Program of the United Nations for the Environment (UNEP) in the framework of the Rio + 20 International Summit.

Policy network and global transfer

In 2005, in Bogota, it was founded the *Ciclovía* Network United of the Americas (later renamed as *Ciclovía* Network of the Americas) as an initiative of the Pan American Health Organization (PAHO / WHO), the Center for Disease Control and Prevention (CDC) and the community of promoters of non-motorized mobility and sustainable urban development. The *Ciclovía* Network of the Americas was conceived as an international organization that integrated different members, public actors and civil society, who participate in the development of programs of *Ciclovías Recreativas* around the world, they share information and support each other in the process.

This network has generated spaces and created tools to help policy makers to apply the program. Since the first congress in 2005, the *Ciclovía* Network of the Americas have been meeting in different cities of the continent giving place to new initiatives and following the implementation of the program in different places. They have a website where share information about different *Ciclovía Recreativa* in different cities, news and information about technical issue; and since 2009, they have a guideline called "*Ciclovía Recreativa: Implementation and Advocacy Manuel*" where describe the resources and actions that governments should follow to implement the *Ciclovía Recreativa*, also they reference cases of different cities (Bogota, Guadalajara, and México).

The program of *Ciclovía Recreativa* was an international success, it was spread about 110 cities around the world. Now, it is important to understand which are the factors that make it so attractive. This program has not a single objective to enhance or respond to a single public problem. On the contrary, creates many benefits and respond to many problems while guarantee different human rights in the framework of sustainable cities. The benefits include decrease of the environmental and sound pollution, improvement in the health of citizens while decrease physical and mental diseases, access to cultural activities, economic development, social inclusion and integration, promotion of tourism, and a generation of a better relationship between citizens and their cities.

The transfer of the program

The emphasis of the program in every city varies depending on their priorities. For example, in the '*Ciclovía*' of Bogota the emphasis was to provide space for recreation and sports, for that reason, the public entity responsible is the District Institute on Recreation and Sports. Similar, the program called '*Vía Recre-activa*' in Guadalajara, which was implemented in 2004 to respond the demand of sport, recreation and cultural activities, is managed by the Municipal Council on Sports. The '*Ciclopasesos*' in Quito was created in 2003 to promote the public spaces and the use of bicycles, even though the public entity of the program the Metropolitan Mobility Secretariat, its management by a private organization.

In the Mexican case, the program '*Muévete en Bici*' was created in 2007 by the Secretary of Environment within the Sustainable Bicycle Mobility Strategy (EMB), which has the main objective to promote the use of bicycles as way of sustainable mobility. The strategy tries to create a safer city, with better mobility, healthier, enjoyable and with greater equity. The problems that the local government identified were high costs in the public transportation and long hours of traveling, overweight and obesity of more than 50% of the population, environmental contamination and deficit in green areas (Secretaría del Medio Ambiente, Universidad Autónoma de México).

The program of '*Muévete en Bici*' in Mexico City transfer the main concept of the program of '*Ciclovía*' of Bogota of opening specific roads of temporally to the pedestrian, cyclists, skaters, etc.; as well, and technical issues like the implementation of signs, barricades and plastic barriers to

delimited the spaces of the *ciclovía* routs and avoid the access of motorized vehicles, the implementation of technical studies to chose the routs, uniforms, public restrooms and technical and medical assistance. As well, human resources, persons that coordinate, command, and assistance in the field the program; and staff that support the initiative from their duties like police, transit agents, paramedics from municipal health service providers, firefighters and emergency services, and municipal inspectors.

Some specific activities of the program of '*Ciclovía*' of Bogota that was transferred to the '*Muévete en Bici*' were the school of bicycle -where people learn how to ride a bike-, the provision of free bicycles, itinerant activities to create environmental awareness, classes of yoga and aerobics, cultural activities -that involved music, dance and theater-, chess workshops, the '*Civlovía Nocturna*' called '*Paseo Nocturno*' in Mexico City -where the *Ciclovía Recreativa* is made in the night in some days at the year-, and the opportunity to articulate other programs or services from public or private organizations.

However, the program was adapted to the context of Mexico City to respond to the capabilities, resources, interested and geographic of the city. In Bogota the '*Ciclovía*' is implemented Sundays and holidays, in Mexico City just Sundays. In Bogota the program started from 7 a.m. to 2 p.m., and similar to Quito and Guadalajara, in Mexico City started from 8 a.m. to 2 p.m. The extension of the *Ciclovía Recreativa* in both cases have changed over time, now in Bogota, it has an extension of 121 km, and the México City, 55 km -being the fifth longest in the world-, generating a different capacity and number of users, in Colombia is of 1.500.000 in average, and in Mexico, 76.000. Another characteristic that was transferred to the Mexico City is that the *ciclovía* routs in Bogota, as well in Guadaluja, pass through neighborhoods with different socio-economic conditions to create inclusion. Additionally, the *ciclovía* routs were adjusted to the valuating the types of roadways, traffic flows, traffic density, and the types of vehicles. Other adjustment that were made in relation with the identity of the program is that every city give a specific name and logo to the program, and chose different colors for uniforms of the personal and to some physical resources.

Finally, similar to the Bogota's program, Mexico's program articulate different institutions such as Secretary of Government, Secretary of Public Security, Rescue and Medical Emergency Squadron, Secretary of

Health, Secretary of Culture, Secretary of Tourism, Secretary of Civil Protection, Institute of Youth of the Federal District, Trust of the Historical Center, General Direction of Urban Services, Transportation Network for Passengers, Collective Transportation System Metro, Undersecretary of Citizen Participation, Location of Missing Persons LOCATEL, Help Center for Missing and Missing Persons CAPEA and Sports Institute of the Federal District. These institutions developed different activities with the coordination of the Secretary of Environment.

Conclusions

The analysis of policy transfer could be result as a complex exercise when integrated the inclusion of different elements of the same program applied in different countries, which was the case of the program of *Ciclovía Recreativa* implemented as *'Muévete en Bici'* in Mexico City. This program was created base on the programs of *'Vía Recre-activa'* of Guadalajara (México), *'Ciclovías'* of Bogota (Colombia), and "*Ciclopaseos*" of Quito (Ecuador). Some questions emerged in the analysis: Which components were integrated from every program? If some particularities are share for all programs, who country was responsible and author for that specific initiative?

Given the complexity of the case, I reviewed the temporality of the programs finding that the oldest one was created in Bogota in the 70's. I found that the program of *'Ciclovía'* with their principal concept, and main characteristics created a international model called *'Ciclovía Recreativa'* which has been applying around the world from many years with the support of the *Ciclovía* Network United of the Americas. Within this context, I evidenced that the program of *'Muévete en Bici'* emulated the main idea of the program, the technical requirements, the human resources, and some activities of the program *'Ciclovía'* of Bogota. However, the public authorities of Mexico City adjusted some details to the context like the entity that coordinate the program, the main objectives, the institutions involved, the identity, the schedule and the routes. As a result, I considered that the degree of transfer of the program *'Muévete en Bici'* was emulation because copied the program of *'Ciclovía'* of Bogota but not in all details.

References

- Car Free Sundays (Ciclovía Recreativa) Implementation and Advocacy Manual. Pan American Health Organization, the National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, the Centers for Disease Control and Prevention, the University of the Andes, Bogotá, Colombia, La Vía Recreativa of Guadalajara, and La Ciclovía of Bogotá, 2009.
- Ciclovías Recreativas de las Américas. Accessed March 22, 2018. <http://cicloviasrecreativas.esy.es>.
- Dolowitz, David; Marsh, David (1996) "Who Learns What From Whom: a Review of the Policy Transfer Literature". In: *Political Studies*, XLIV: 343-357.
- Dolowitz, David; Marsh, David (2000) "Learning from Abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy-Making". In: *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, 13(1): 5-24.
- Evans, Mark (2009) "Policy transfer in critical perspective". In: *Policy Studies*, 30(3): 243-268.
- IDRD. Historia de la Ciclovía. Accessed March 22, 2018. <http://www.idrd.gov.co/sitio/idrd/content/historia-de-la-ciclovía>.
- IDRD. La Ciclovía de Bogota. Accessed March 22, 2018. <https://www.idrd.gov.co/sitio/idrd/content/la-ciclovía-bogotana>.
- Pacheco, Mayra (2017, February 8). La administración del ciclopaseo cambiará en Quito. *El Comercio* Accessed March 22, 2018. <http://www.elcomercio.com/actualidad/administracion-ciclopaseo-cambio-quito-municipio.html>.
- Rose, Richard (2005) *Learning from comparative public policy: A practical guide*: London and New York.
- Secretaría del Medio Ambiente (2010) "Lineamientos para la Coordinación de los Paseos Dominicales Programa "Muévete en Bici" para Instituciones, Dependencias, Entidades, Delegaciones, participantes y asistentes". Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 820, Ciudad de México.
- Secretaría del Medio Ambiente, Universidad Autónoma de México. "Estrategia de Movilidad en Bicicleta".

La inaplicabilidad del enfoque de género

Claudia Patricia Barreto Posada*

Resumen. El artículo tiene como intención presentar la importancia de la implementación del enfoque de género en caso de violencia, ya sea intrafamiliar o contra la mujer; pondera su importancia en la garantía de los derechos de esta. Aunado a ello, permite evidenciar el posicionamiento que aún se deviene de los postulados patriarcales y cómo estos inciden en el ejercicio de la cotidianidad que se suscita entre hombres y mujeres, impulsados por la idea de la supremacía de uno sobre otro.

Palabras claves: Género, enfoque, violencia, autonomía, derecho, patriarcado, femenino y masculino

Abstract. The article intends to present the importance of the implementation of the gender approach in case of violence, whether intra-familiar or against women; pondering its importance in guaranteeing their rights. In addition to this, the present document makes it possible to demonstrate the positioning that still comes from the patriarchal postulates and how these influence the exercise of daily life that arises between men and women, driven by the idea of the supremacy of one over another.

Keywords: Gender, focus, violence, autonomy, vindication, law, patriarchy, feminine and masculine

* Abogada egresada de la Universidad Libre, con énfasis en el campo social y comunitario, empoderando las políticas públicas y promoviendo la garantía de los Derechos Humanos y fundamentales. Actualmente realiza el trabajo de grado de la Maestría en Derecho con énfasis en Derechos Humanos y Justicia Transicional en la Universidad del Rosario. Correo electrónico: patico159@gmail.com

Introducción

El presente trabajo pretende, en primer lugar, dar cuenta de la permanencia en el tiempo de los postulados de la cultura patriarcal en nuestra sociedad, que impiden el goce efectivo de las mujeres de su autonomía y por ende la limitan; en segundo lugar, se mencionará el tema respecto a Colombia, donde se quiere ponderar la idea del enfoque de género como una medida para poder apreciar de alguna manera las diferencias que se suscitan siendo hombre o mujer en la temática del ejercicio del poder. Se relata la situación que se ha pregonado desde la concepción ideológica, pasando por los postulados que evidencian la importancia del enfoque de género, y la situación en particular del municipio de Soacha, donde se demuestra la inoperancia del enfoque de género.

1. La problemática de los roles sociales impuestos a los hombres y las mujeres

Los postulados que maneja la ideología patriarcal se basan en la idea del modelo androcéntrico, en el que la masculinidad adquiere fuerza y superioridad que genera la idea del poder, mediante el control y el dominio de la razón, con énfasis en ser el poseedor del conocimiento, lo cual le permite una independencia individual. Esto se antepone a lo que realmente debería ser el reconocimiento de una sociedad habitada por hombres y mujeres, los que deben coexistir de manera equitativa.

Las características sociales y culturales son las que diferencian a un hombre y a una mujer en un determinado contexto social. Esto, según Alda Facio (1999), ha devenido en un sistema sexo-género que postula las relaciones de desigualdad, exclusión y discriminación hacia las mujeres por parte de los hombres, debido a que estos son los que detentan el poder y establecen el modelo de lo humano.

Actualmente, esto aún prevalece, debido a que se sigue visibilizando el poder que ejerce el hombre sobre la mujer, que mitiga su papel dentro de la sociedad y le resta autonomía y desarrollo en su capacidad como sujeto de derecho, lo cual deja entrever como aún en estos tiempos el patriarcado continúa rondando su vida y las ubica en una inferioridad respecto al hombre. La realidad que enmarca la mujer se ha visto enfrentada a esta dicotomía de lo público y lo privado, debido a que el tiempo nos ha evidenciado como este terreno lo ha tenido que escalar la mujer poco a poco, para salir de lo privado y demostrarle a la sociedad su empuje y

empoderamiento para postular sus necesidades y diferencias. Del mismo modo, Marta Lamas muestra que:

[...] el género, es la simbolización cultural construida a partir de la diferencia sexual, rige el origen humano y se manifiesta en la vida social, política y económica. El género produce un imaginario social con una eficacia simbólica contundente y, al dar lugar a concepciones sociales y culturales sobre la masculinidad y feminidad, es usado para justificar la discriminación por sexo (sexismo) y por prácticas sexuales (homofobia). (Lamas, 2000, p.4)

Entonces podemos afirmar que el problema radica en las diferencias que se construyen sobre las desigualdades, ello nos lleva inevitablemente a otro de los presupuestos teóricos que tiene el género, la subjetividad como producto y como proceso reproductor del género.

Los seres humanos somos un producto del género, la relación que establecemos con la sociedad y las instituciones construye nuestra subjetividad y por ende la personalidad. Adquirimos la identidad de género y sexual que luego se van enriqueciendo, lo que demuestra que el contexto es importante para lo que somos, la subjetividad se está formando a lo largo de la vida, tiene una función mediatizadora que puede ser grupal y por supuesto individual. (Molina, 2010, s. p.).

Así, entra en juego la temática de la subjetividad abordada desde la heteronormatividad, desde la mirada que se da del lado masculino y del femenino, para permitir realizar un análisis real del porqué esto afecta la cotidianidad de uno y otro.

Respecto a la subjetividad masculina, es necesario mencionar que se basa en pilares que exteriorizan aquello que se supone debería ser el ideal de hombre y que tiene su raíz en postulados patriarcales que hacen evidente su superioridad, limitan su emocionalidad y ponderan su poderío, competencia y control. Así lo mencionan Burin y Meler (2000), quienes manifiestan que un hombre debe ser rudo, agresivo, maltratar a las mujeres, debe demostrar que no es una mujer.

Respecto a la subjetividad femenina, esta se soporta sobre la idea del cuidado del otro, llámese esposo, hijo, padre. La mujer se debe desempeñar como la sumisa, la que debe estar al servicio de otros desdibujando la autonomía que debe adquirir a la hora de solventar su proyecto de vida, haciendo énfasis en la necesidad del reconocimiento como sujeto de dere-

chos, haciendo visible la idea de la diversidad de las mujeres con diferentes sentires, que buscan un lugar importante en un mundo de hombres.

Sin embargo, se espera que se rompa con esa dicotomía entre lo femenino y lo masculino dando pie a una nueva subjetividad de género que permita replantear la posición del hombre y la mujer en la sociedad, de una manera equitativa. Estas particularidades que sobresalen en la temática de las subjetividades evidencian que es importante el posicionamiento del enfoque de género para visibilizar las particularidades que tiene tanto el hombre como la mujer, y que se deben ponderar para reconocer las inequidades sociales que cada uno posee, ya que generan un desequilibrio social y una discriminación.

Otro agravante, es la educación que se le ha dado a la mujer en el marco de esos postulados patriarcales, que limitan el ejercicio de la autonomía que debe tener frente a la garantía que le debe el Estado como sujeto de derechos. Esta acción requiere del empoderamiento de dicho Estado, con el fin de enriquecer su ejercicio ciudadano.

La autonomía de la mujer debe visibilizarse desde la idea de la independencia que comporta en el ejercicio de su cotidianidad, no se debe limitar a lo que la sociedad espera de ella sino a aquello que realmente se postula desde su sentir. Es necesario que efectivamente se den cambios que permitan superar los obstáculos que impiden alcanzar la equidad. Es evidente que se deben:

[...] transformar los patrones culturales discriminatorios y la cultura del privilegio, la superación de la desigualdad y la pobreza monetarias, la deconstrucción de la actual división sexual del trabajo y el desmantelamiento de la concentración del poder y las relaciones de jerarquía y subordinación presentes en nuestras sociedades. (Álvarez Lazo, s.f., p.1)

En síntesis, es necesario trabajar en la idea de buscar un equilibrio, en el que tanto hombres como mujeres realicen un buen uso de sus derechos y se empoderen como sujetos de estos, que buscan un ideal de sociedad.

Por consiguiente, la autonomía de la mujer es pieza clave para poder derrumbar los obstáculos que impiden el pleno goce de sus derechos, es la herramienta para poder incidir en las relaciones sociales y apropiarse del ejercicio de ser las abanderadas de la reivindicación de sus derechos. Esta emancipación permite que se piense en alcanzar la superación de las mismas y se posicionen como sujetos de derecho propiamente dichas, y puedan ser dueñas de las decisiones que lideran sus vidas.

Pese al trabajo que se ha realizado para el empoderamiento de las mujeres, la preexistencia de esta cultura andrógina, que limita su autonomía, ha hecho que se sigan maltratando y pasen por encima de sus derechos; las han puesto en la situación de vulnerabilidad frente a quienes soportan el poder, dando lugar a la violencia que sobre ellas se vivencia en su cotidianidad y, peor aún, al interior de la familia. Así mismo, se debe preconizar el tema del enfoque de género para hacer evidentes las diferencias existentes en las relaciones interpersonales y ponderar las necesidades que tiene la mujer por el hecho de serlo, permitiéndole un verdadero restablecimiento de sus derechos cuando estos son vulnerados de manera absurda por una cultura ya fundada y avalada en nuestra sociedad. Marcela Lagarde (1996) en la publicación *Género y feminismo* expone que:

[...] el único objetivo de la perspectiva de género es contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración de la concepción del mundo a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política, desde las mujeres y con las mujeres. Señalando que el reconocimiento a la diversidad de género y la diversidad de cada uno es el principio esencial de esa perspectiva. (Lagarde, 1996, p.1)

Esto demuestra que el enfoque debe dar lugar a una balanza en la que se equiparan las particularidades de las diferencias que existen entre la construcción de hombre y de mujer, para poder eliminar la dominación de uno sobre el otro y así mismo, la discriminación que impida la reivindicación de sus derechos.

El estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe, en lo atinente a las relaciones de control y poder ha indicado que:

La noción de patriarcado re-emerge para enfatizar el componente de poder en las relaciones de género. Se trata de un sistema de dominación masculina enraizado en las normas sociales, culturales, en las estructuras políticas y jurídicas, en las economías locales y globales que requiere de la violencia como dispositivo real y simbólico para el disciplinamiento de las mujeres. Tiene expresión particular en diferentes momentos históricos y en las diferentes culturas e intercepta con otros sistemas de subordinación y exclusión. Varios de los mecanismos de dominación y control masculinos son comunes a las diferentes culturas. (Frides & Hurtado, 2010, p.14)

Yuliuva Hernández (2006), en un artículo que realizó para la revista *Nómadas* titulado: “Acerca del género como categoría analítica”, efectúa

un análisis que allega de manera detallada todo lo que implica la temática. Expone que:

El género constituye la categoría explicativa de la construcción social y simbólica histórico-cultural de los hombres y las mujeres sobre la base de la diferencia sexual (p.1). [Afirma que] el género emergió para designar todo aquello que es construido por las sociedades para estructurar, ordenar, las relaciones sociales entre mujeres y hombres. Al basarse estas relaciones, estas construcciones sociales y simbólicas en la diferencia sexual, se estructuran relaciones de poder cuya característica esencial es el dominio masculino. (Hernández, 2006, p.1 y 3)

Nancy Piedra Guillen (2013) concluye que el enfoque de género busca “analizar las prácticas sociales y culturales de hombres y mujeres en un periodo socio histórico determinado. El desarrollo de nuevas prácticas, tanto en varones como en mujeres, está relacionado con los procesos de construcción identitaria” (p.14).

Con lo anteriormente expuesto, se quiere poner de presente que es necesario introducir el enfoque de género en las instancias judiciales para evidenciar la problemática que tanto hombres como mujeres vivencian en su cotidianidad y que deben ser reconocidas para evitar la vulneración de sus derechos y la invisibilidad de los mismos a la hora de reconocer sus particularidades respecto a su posición en la esfera pública y en la privada. Es decir, que debe procurarse un tratamiento diferencial que permita conocer la situación de la mujer y del hombre en una sociedad arraigada en postulados patriarcales.

De esta situación se desglosa el tema de la violencia contra la mujer que está definida en la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, aprobada en Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104, del 20 de diciembre de 1993, en el artículo 1, publicada el 23 de febrero de 1994, se expone de la siguiente manera:

[...] todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privada. (Organización de las Naciones Unidas, 1993, p.4)

La violencia contra la mujer genera la discriminación que se suscita por la subordinación que se realiza en cada uno de los aspectos de su vida

cotidiana, segmenta su identidad, permitiéndola ser vulnerable frente a los patrones sociales que han definido su condición de mujer que limita su pleno desarrollo y la lleva a obedecer lo impuesto y coartan su autonomía.

Por consiguiente, surge un agravante frente a la situación de la mujer y es que esa violencia a la que se ve sometida es ejercida por su pareja y suele visibilizarse de manera natural y, además, se vive de manera silenciosa. Situación que perpetúa la problemática de la mujer debido a que se mantiene en la esfera de la privacidad. Esta violencia que se ejerce, como se mencionó, está destinada a administrar las acciones de la mujer, a adiestrarla en el cumplimiento de su rol; es en síntesis, la manera como se mantiene la autoridad del hombre sobre la mujer (Bonino, 1999).

Ahora bien, esta violencia es reconocida como la violencia intrafamiliar que se suscita en la vida privada de las personas que comparten una misma vivienda o que están unidas por genealogías primarias, propias de los vínculos que se desprenden de la conformación de una familia y que tiene un trasfondo: la imposición de roles que la sociedad patriarcal ha asignado a las mujeres (Ramírez, 2010).

La violencia en sí, perpetrada contra la mujer, requiere que se establezca como una especificidad que visibilice la realidad a la cual se sigue sometiendo por el hecho de ser mujer, por la imposición social; además, que se realice un posicionamiento del enfoque de género que permita determinar la situación real como víctima y que no dé lugar a una revictimización, pues lo único que se logra es perjudicar su proceso terapéutico. Las mujeres suelen ser señaladas socialmente como culpables y propiciadoras de la violencia que se les ejerce y, por lo tanto, el miedo que conlleva el proceso de socialización de los hechos genera en ellas un resquemor que impide que se evidencie de manera real y efectiva la realidad de los padecimientos a los que se ven sometidas.

La violencia intrafamiliar o de pareja suele denominarse como una *naturalización de la violencia*, debido a que la mujer en su papel *social* asume una postura que no le permite ser consciente de que está atrapada en una relación abusiva, sino que ella es la culpable por el hecho de desobedecer los órdenes socialmente impuestos dentro de una sociedad dividida entre lo femenino y masculino.

Es tan relevante la problemática de la violencia intrafamiliar, que se ha hecho necesario implementar una *Guía de procedimientos con enfo-*

que de género para que las comisarías de familia brinden unas garantías basadas en el reconocimiento por la dignidad de la mujer. Se pretende priorizar esta guía con el fin de explorar la composición de términos de violencia y control de poder, autoridad, sumisión o aprovechamiento, con el propósito de encontrar acciones que permitan solventar de manera eficiente y oportuna este fenómeno. Cabe anotar que esta guía será la base para la revisión de los expedientes en la Comisaria, tomando sus postulados, los cuales se deben tener en cuenta para su aplicación respecto a la violencia intrafamiliar que se ejerce sobre la mujer.

Este enfoque permite compilar y explorar sistemáticamente la información sobre diferencias de género y relaciones sociales, a fin de asemejar, intuir y enmendar las inequidades que se presentan por esta razón. En tal sentido, el mismo inspecciona cómo interactúan las diferencias biológicas y sociales, y cómo todo ello genera desigualdad en las relaciones sociales. Este conocimiento es esencial para el abordaje que se debe realizar en la proyección de intervenciones en las diferentes instancias judiciales y para el tema que nos compete en las comisarías de familia, con el fin de que contribuyan a los derechos humanos. El estudio de componentes concretos de género en la vida cotidiana de mujeres y hombres constituye la base para su participación equitativa en procesos de desarrollo. Esto ayuda a identificar los problemas, objetivos y potenciales específicos de mujeres y hombres.

Los derechos humanos están concebidos de manera universal tanto para hombres como para mujeres; sin embargo, es necesario que con miras a lograr una equidad en el desarrollo de la cotidianidad de ambos se adopten instrumentos concretos, como es el caso del enfoque de género, para lograr visibilizar la diversidad, individualidad y el laberinto que vive la mujer en lo doméstico y en lo público, de tal manera que se consideren sus vulnerabilidades y se pongan de presente sus especificidades para lograr eliminar las brechas sociales que evidencian las injusticias que estas advierten por el solo hecho de ser mujeres. Esta vulneración ha cobrado la vida de miles de mujeres en el mundo, las estadísticas mundiales son alarmantes, según ONU Mujeres:

En todo el mundo, una de cada tres mujeres ha sufrido violencia física o sexual, principalmente por parte de un compañero sentimental. Ya sea en el hogar, en la calle o en los conflictos armados, la violencia contra las mujeres es una pandemia mundial que ocurre en espacios públicos y privados. (ONU Mujeres, 2015, s. p.)

2. Contexto colombiano

En la Constitución Política de Colombia se estipuló, en el artículo 43, que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. Por lo tanto, la mujer no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación, aunado a esto se creó una serie de leyes que constituyen un marco normativo que observa las normas sobre igualdad de género, discriminación, violencias, derechos de las mujeres. Esta situación evidencia que se requiere un soporte jurídico que permita la reivindicación de los derechos de las mujeres en el territorio; sin embargo, pese a esto, la situación sigue siendo difícil para la mujer en nuestro país debido a que, como lo expone Florence Thomas (2008): “El patriarcado es naturalizado y difundido por medio de la cultura” (p.17), que soslaya el empoderamiento de la mujer respecto a la exigibilidad de sus derechos.

La violencia contra las mujeres en Colombia es una situación que ha pasado de ser algo doméstico a un asunto de interés público, debido a la cantidad de víctimas que ha cobrado en los últimos tiempos. En el 2014, la cifra de víctimas de esta violencia fue de “44 228 casos y en el 2016 de 49 712 casos” (p.11), según lo informa el Boletín Epidemiológico (s.f.), emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Así mismo, según el mismo Boletín Epidemiológico, titulado *Violencia de género en Colombia. Análisis comparativo de las cifras de los años 2014, 2015 y 2016*, evidencia las cifras de homicidios de mujeres durante los últimos tres años. “Así, tenemos que durante los diez primeros meses de 2014 se asesinaron un promedio de 2.6 mujeres por día; en 2015, 2.2 y, en lo que va de 2016, 2.4” (p.4).

En el Estudio del Secretario General de Naciones Unidas (2006) titulado: *Poner fin a la violencia contra la mujer. De las palabras los hechos*, se consigna que:

Los Estados tienen obligaciones concretas y claras de abordar la cuestión de la violencia contra la mujer, ya sea que la ejerzan agentes del Estado como otros agentes. Los Estados tienen que responder ante las propias mujeres, ante todos sus ciudadanos y la comunidad internacional. Los Estados tienen el deber de prevenir actos de violencia contra la mujer; investigarlos cuando ocurran y enjuiciar y castigar a los perpetradores; así como de ofrecer reparación y socorro a las víctimas. (Naciones Unidas, 2006, p. vi)

Por lo anterior, se hace necesario identificar las diferentes acciones que se ejercen desde las instancias que abordan el conocimiento de

la violencia contra las mujeres, para poder solventar su problemática y así mismo tomar las medidas pertinentes que coadyuven a la reivindicación de sus derechos. Es en este punto que se requiere postular el enfoque de género, para: “Demostrar que la violencia contra las mujeres es un fenómeno histórico, no natural y que, por lo tanto, responde a las dinámicas relacionales de cada época y de cada sociedad” (Casique & Castro, 2008, p.14).

Carlos Valdés (2017, junio 12), director de Medicina Legal, manifiesta que: “Muchas de las acciones que se están haciendo en la actualidad son cosas que se hacen de manera improvisada, razón por la cual hay que formar, por ejemplo, médicos que estén preparados para tratar la violencia contra la mujer” (s. p.). Frente a lo cual hace evidente la necesidad de ponderar el enfoque de género para realizar acciones que realmente mitiguen esta situación.

Las problemáticas que viven cotidianamente las mujeres en nuestro país, por no cumplir con los dictámenes que la sociedad impone en su rol femenino, implican la necesidad de que se genere un concepto imparcial por parte del Estado y, por ende, que los funcionarios que las abordan no sean objetivos para visibilizar de manera clara y oportuna las posibles soluciones que afectan el goce efectivo de sus derechos de forma equitativa; es más, la falta de la aplicación del enfoque de género también genera que se susciten decisiones imparciales que no contribuyen a mejorar la situación de la mujer que se ve vulnerada nuevamente frente a la inoperancia de la justicia para solucionar su problemática.

Sin embargo, las instancias estatales se han pronunciado frente a la necesidad de introducir el enfoque de género. Es por ello que la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, creada por el Acuerdo 4552 de 2008 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, estipuló:

[...] fija la política y las reglas de equidad de género para la Rama Judicial, siendo la encargada de orientar e impulsar el desarrollo de la equidad de género e implementar acciones dirigidas a garantizar la igualdad y no discriminación de las mujeres en el acceso a la administración de justicia en todos sus campos. (Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, 2011, p.3)

A este mandato no debe ser ajena la Comisaria de Familia, que pese a no formar parte de la Rama Judicial, sí puede adherirse a sus designios

debido a que es reconocida como la primera instancia a la que acuden las mujeres para que se les garanticen y restablezcan sus derechos, con miras a erradicar la discriminación e incluir la equidad respecto de los derechos reconocidos a los hombres. Es por esto que se deben analizar una serie de factores, tales como la realidad social, las relaciones de poder y las manifestaciones de subordinación que se territorializan al interior de la familia y que están enfocados a la discriminación hacia las mujeres, para evitar caer en los estereotipos en que se les encasilla.

La problemática que se pretende afrontar en sí no es la violencia de género, sino la falta de mecanismos necesarios para abordarlas con un enfoque de género, el cual es imprescindible, para que las comisarías de familia entren en sintonía con las parvedades que preconizan la falta de equidad de las mujeres en la sociedad colombiana. Desde que entra en rigor la Ley 1257 de 2008 se enfatiza en la necesidad de que se realice una atención integral a la mujer víctima de violencia en la esfera pública como en la privada. Sin embargo, la postulación del enfoque de género ha sido una temática que pocos pueden dilucidar y esto ha generado que se sigan repitiendo, o mejor, permitiendo que se vulneren los derechos de las mismas. Igualmente, es necesario que se reconozca a la mujer dentro de un enfoque diferencial, debido a la vulnerabilidad a la que ha sido sometida y a la inequidad a la que se expone; es imprescindible que prevalezcan las diferencias que tiene con el hombre para que se logre visibilizar realmente su situación.

3. Situación en el municipio de Soacha, Cundinamarca

Como la indagación se realizó en el municipio de Soacha (Cundinamarca), es necesario mencionar que la temática de la violencia contra la mujer y la inclusión del enfoque de género y el tratamiento diferencial son aspectos que allí no han podido posicionarse. Según el informe de la Gobernación de Cundinamarca (s.f.), en el que se plasma que se han creado normas y acciones para solventar este flagelo, se visibiliza que sigue siendo una problemática que ha afectado a la mayoría de las mujeres en este departamento.

En el 2012, alrededor del 50.1 % de la población, eran mujeres y en lo que respecta a la violencia intrafamiliar el porcentaje es del 59.5 %, y en lo que atañe a los homicidios contra las mujeres fue del 17.25 % (6. Anexo 6.2 -Diagnóstico Mujer y Género, s.f.). Estas alarmantes cifras visibilizan

que la situación de la mujer en el Departamento es muy delicada y que deben tomarse medidas educativas que conlleven una deconstrucción de paradigmas culturales. También se debe dar paso a la introducción de la perspectiva de género y el tratamiento diferencial en los asuntos que conocen las diferentes autoridades en este tema, para posicionar la verdadera inclusión y reivindicación de derechos de las mujeres, buscando en últimas que se solventen sus problemáticas de manera adecuada y con una posición objetiva, sin sesgos de ninguna especie.

Este municipio no es ajeno al fenómeno de la violencia en contra de las mujeres, lo cual se visibiliza en lo manifestado en el *Diagnóstico de mujer y género* emitido por la Gobernación de Cundinamarca (s. f.). Las cifras que involucran dicho fenómeno manifiestan que, respecto a la violencia sexual, el municipio registra 24 casos en el año 2015, y en lo relacionado a los homicidios la cifra es de 20 casos, el 53.49 %. En el 2010 se realizó un estudio para la formulación de la Política Pública de Mujer y Género en el Municipio y se manifestó que uno de los principales problemas que afectan a las mujeres son las diferentes manifestaciones de la violencia y particularmente la violencia intrafamiliar, aunado a lo revelado por el Instituto Nacional de Medicina Legal al expresar que esta problemática puede obedecer a:

[...] la naturalización de la violencia, el temor de las mujeres, la dependencia económica y afectiva de las mujeres víctimas con respecto al agresor; la falta de confianza en el sistema de justicia; el desconocimiento de sus derechos; las dificultades para acceder a las instancias y a los mecanismos de protección de derechos en casos de violencia en su contra como factores todos que desestimulan la denuncia por parte de la mujer. (PNUD, 2012, s.p.)

El problema de la violencia de género en el Municipio es bastante marcado y ha generado muchos interrogantes frente a la manera en que se realiza el manejo de este flagelo, cuestionando el tratamiento diferencial y la inclusión del enfoque de género que requieren las mujeres, el que no está siendo postulado completamente en las comisarías de familia. Por esta razón, es necesario revisarlo para así poder solventar las problemáticas que viven las mujeres en su cotidianidad de códigos de diferencia sexual. Por lo anterior, se hace preciso analizar el grado de implementación del enfoque de género y el tratamiento diferencial en la atención de la violencia contra las mujeres en las comisarías de familia del municipio de Soacha.

Para demostrar esta problemática, se realizó la revisión documental de los expedientes de la Comisaría de Familia n.º 2 del municipio de Soacha (Cundinamarca), de los años 2015 y 2016. Se revisaron 105 expedientes del año 2015 y 393 de 2016. Se indagó acerca del tipo de violencia, de los posibles antecedentes de denuncias por hechos de violencia, en comisarías de familia o en la Fiscalía o en otra entidad, el lugar de los hechos y se determinó el factor de control del ejercicio del poder. Así mismo, se revisó el tema de la imposición de las medidas de protección.

De la revisión se constató que es el hombre, en su calidad de compañero, esposo e incluso excompañero, es el que en la mayoría de los casos agrede a la mujer, la cual se ve sometida a las diferentes tipologías de violencia, siendo la más representativa la psicológica, que de 105 expedientes revisados en el año 2015, se reportan 100 casos; es decir, un 95.24 %, seguida de la violencia física con un total de 71 casos, equivalentes al 67.62 % y, por último, están las amenazas, que son 63 que constituyen el 60 %.

Así mismo, se halló que en ambos años, el sitio de ocurrencia de los hechos, en su mayoría, es el lugar de cohabitación. Es al interior del hogar donde se perpetra la violencia, lo cual alude a lo mencionado antes: se produce al interior del domicilio, y siempre por la imposición del poder del hombre sobre la mujer; además, con énfasis en los que se supone son los roles que la mujer debe desempeñar, que preconizan la idea de lo privado y ponderan de nuevo la supremacía del hombre.

Ahora bien, respecto al año 2016, se demuestra nuevamente que el agresor es el hombre, que el porcentaje de acciones que se configuran en las tipologías de violencia es bastante alto; en primer lugar, encontramos de nuevo a la violencia psicológica con un total de 343 casos, que equivalen al 87.27 %, seguido de la física con 280 casos, que es de 71.25 %. Luego viene el tema de las amenazas que constituye 165 casos, es decir, un 41.98 %.

En casi todos los expedientes revisados se deja entrever por lo consignado en la denuncia que se hace preponderante el tema del poder del hombre sobre la mujer; se evidencia que se quiere dejar a la mujer sometida y que el hombre busca es que ella solo se comporte como él quiere; se demuestra el control que él quiere ejercer sobre ella, sometiéndola al miedo y a la sumisión para impedir su empoderamiento y autonomía.

Lo más preocupante es la manera en la cual se realiza la imposición de las medidas de protección, que se suponen están instituidas para garantizar el fin de la violencia. Sin embargo, es evidente que aún no se ha surtido este efecto; al contrario, para este ejercicio de comparación entre los años 2015 y 2016, se puede visibilizar que no se ha solventado la idea del fin de la violencia. Se supone que esta medida de protección busca que se garantice la integridad de la persona, pero la realidad es otra y las cifras lo demuestran, la violencia sigue latente, el agresor reincide en muchos casos en esa acción de imposición de su papel de hombre y sigue lastimando a la mujer. Y ella siente que no existe una garantía real que le permita una vida digna sin violencias, debido a que no ve en esta medida una evicción que pueda permitirle estar tranquila.

Es evidente que la idea del enfoque de género no es aún muy bien comprendida y que, pese a la guía existente, el tratamiento diferencial que amerita en el trabajo con las víctimas no ha soportado la debida rigurosidad, dejando vacíos que impiden un real y efectivo ejercicio de protección a las mujeres que siguen siendo maltratadas, por el posicionamiento de los roles que deja la cultura del patriarcado y que en la actualidad aún se pondera.

Referencias

- Álvarez Lazo, P. (s.f.). La agenda 2030 y la importancia de la participación de las mujeres en tecnología para alcanzar el desarrollo sostenible. [Discurso] Oficina Multipaís de UNESCO, San José de Costa Rica, Recuperado de http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/San-Jose/images/Discurso_DIR-SJO_MEET_UP.pdf
- Bonino, L. (1999). Las microviolencias y sus efectos. *Revista Argentina de Clínica Psicológica*. VIII, p.221-233. Recuperado de <http://www.camino.org.uy/las-microviolenciasysusefectos.pdf>
- Burin, M. & Meler, I. (2000). *Varones. Género y subjetividad masculina*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Casique, I., & Castro, R. (2008). Estudios sobre cultura, género y violencia contra las mujeres. México: Universidad Autónoma de México. Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias.
- Cifras alarmantes de violencia contra la mujer en el Atlántico. (2017, junio 15). *Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/hablan-las-marcas/articulo/cifras-alarmanentes-de-violencia-contra-la-mujer-en-el-atlantico/528676>

- Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial (2011). *Los derechos de las mujeres y la perspectiva de género. Un marco jurídico para la acción judicial*. Recuperado de http://www.mdgfund.org/sites/default/files/GEN_ESTUDIO_Colombia_%20los%20derechos%20mujeres%20y%20persp%20genero.pdf
- Facio, A. (1999). Feminismo, género y patriarcado. Recuperado de <http://centreantigona.uab.es/docs/articulos/Feminismo,%20g%C3%A9nero%20y%20patriarcado.%20Alda%20Facio.pdf>
- Frides, L. & Hurtado, V. (2010, marzo). *Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe*. Serie 99. Mujer y Desarrollo. Santiago de Chile: Naciones Unidas. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5826/S0900880_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Gobernación de Cundinamarca (s. f.). 6. Anexo 6.2. Diagnóstico Mujer y Género. Departamento de Cundinamarca. Recuperado de <http://www.cundinamarca.gov.co/wcm/connect/f6ac75ad-0e3a-4213-81a7-883bbc05219a/6.+Anexo+6.2+-+DIAGNOSTICO+MUJER+Y+GENERO+%281%29.pdf?MOD=AJPERES&CVID=llg4kkH>
- Hernández García, Y. (2006, I.). Acerca del género como categoría analítica. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*. n.º 13. Recuperado de <https://webs.ucm.es/info/nomadas/13/yhgarcia.pdf>
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (s.f.). *Boletín Epidemiológico. Violencia de género en Colombia. Análisis comparativo de las cifras de los años 2014, 2015 y 2016*. Recuperado de <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/57985/Violencia+de+G%C3%A9nero+en+Colombia.+An%C3%A1lisis+comparativo+de+las+cifras+de+los+a%C3%B1os+2014%2C+2015+y+2016.pdf>
- Lagarde, M. (1996). El género. En M. Lagarde, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Madrid, España: Editorial Horas y Horas, p. 13-38. Recuperado de http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/08_EducDHyMediacionEscolar/Contenidos/Biblioteca/Lecturas-Complementarias/Lagarde_Genero.pdf
- Lamas, M. (2000). Diferencias de sexo, género y diferencia sexual. *Cuicuilco*. Vol. 7, núm. 18, enero-abril. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/351/35101807.pdf>
- Ministerio de Justicia de Colombia (s. f.). *Guía pedagógica para comisarías de familia sobre el procedimiento para el abordaje de la violencia intrafamiliar con enfoque de género*. Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/GUIA%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20PARA%20COMISARIAS%20DE%20FAMILIA%20PARA%20EL%20ABORDAJE%20DE%20LA%20VIOLENCIA%20INTRAFAMILIAR%20CON%20ENFOQUE%20EN%20GENERO.pdf>

- Molina Brizuela, Y. (2010, octubre). Teoría de Género. En *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, s. p. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/cccss/10/ymb2.htm>
- Naciones Unidas. (2006). *Poner fin a la violencia contra la mujer. De las palabras los hechos*. Estudio del Secretario General Naciones Unidas. Recuperado de http://www.un.org/womenwatch/daw/public/vaw_Study/vaw-Spanish.pdf
- ONU Mujeres (2015, noviembre 6). Infografía: Violencia contra las mujeres. Recuperado de <http://www.unwomen.org/es/digital-library/multimedia/2015/11/infographic-violence-against-women>
- Organización de las Naciones Unidas (1993, febrero 23). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Recuperado de <http://www.servindi.org/pdf/DecEliminacionViolenciaMujer.pdf>
- Piedra Guillén, N. P. (2013). La importancia del enfoque de género en la investigación socio-histórica. *Revista Ciencias Sociales*. 140, p. 13-26. Recuperado de <https://revistacienciasociales.ucr.ac.cr/images/revistas/RCS140/01PIEDRA.pdf>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD. (2012). *Soacha 2012 Estado de Avance de los objetivos de desarrollo del milenio*. OCHA, UNCRD, ONU Mujeres, FAO, PNUD. Recuperado de <http://nacionesunidas.org.co/ferialibro/soacha-2012-estado-de-avance-de-los-objetivos-de-desarrollo-del-milenio/>
- Ramírez Cardona, C. C. (2010). *Ley 1257 de 2008: Por el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias*. Corporación Sisma Mujer. Bogotá, Colombia: Editorial Corcas Ltda. Recuperado de https://campusvirtual.univalle.edu.co/moodle/pluginfile.php/494821/mod_resource/content/1/ley%201257.pdf%3E
- Thomas, F. (2008, septiembre 22). El concepto de género. En *es.slideshare.net*. [Zárate Angarita, E.]. Recuperado de <https://es.slideshare.net/tutraconcu/concepto-genero-presentation>
- Valdés, C. (2017, junio 12). La violencia contra las mujeres es una pandemia: Mujeres en el Senado. En *Contagioradio.com*. www.contagioradio.com. Recuperado de <http://www.contagioradio.com/desde-el-senado-piden-renuncia-del-concejal-ramon-cardona-articulo-42132/>

Bibliografía recomendada

- Bernal, C. A. (2010). *Metodología de la Investigación*. Bogotá, Colombia: Pearson Educación.
- Cifuentes Gil, R. M. (2011). *Diseño de Proyectos de investigación cualitativa*. Buenos Aires: Noveduc Libros.

- Gorjón Barranco, M. C. (2010). *La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género*. [Tesis doctoral] Salamanca, España: Universidad de Salamanca. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20131008_01.pdf
- Lagarde, M. (s.f.). Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas. Recuperado de https://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/marcela_lagarde/construccion_humanas.pdf
- Lerner, G. (1990). *La creación del patriarcado*. Barcelona, España: Editorial Crítica S. A.
- Maqueda, M. L. (2006). La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 08-02, p.1-13. Recuperado de http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia_genero_maqueda.pdf
- OEA (1994, junio 9). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer. “Convención de Belem do Para”, Brasil. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Rubin, G. (1986, noviembre). El tráfico de mujeres: Notas sobre la economía política del sexo. *Nueva Antropología*. Vol. VIII, núm. 30, p. 95-145. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/159/15903007.pdf>
- Valpuesta, M. R. (2008). La violencia contra las mujeres un problema de igualdad. En L. L. Cruz, *Ni el aire que respiras*. Sevilla, España: Cajasol, p. 33-68.

Notas: _____

Gobernanza y criminalidad en el fútbol. Análisis de las atribuciones y límites de la FIFA frente a la prohibición de injerencia de terceros en el fútbol y el desarrollo de dinámicas criminales complejas en su interior como consecuencia*

César Andrés Barrera Alvira**

Resumen. Los estatutos de la FIFA consagran dentro de las obligaciones para cada confederación y federación una restricción o limitación a la injerencia de terceros y autonomía de los órganos judiciales en los asuntos por ella establecidos. Esta decisión estatutaria ha ocasionado una serie de interpretaciones, a raíz de distintos sucesos históricos y los recientes acontecimientos. Es por ello que surge la necesidad de determinar el alcance de esta prohibición y establecer si el poder de influencia de la FIFA es igual o mayor al de una organización supranacional de derecho público. Así mismo, del análisis que permita establecer este trabajo, si dentro de la organización sus normas estrictas para el manejo de asuntos internos y flexibles para los asuntos externos han permitido o consentido la creación de dinámicas criminales, que facilitan la comisión de delitos de Derecho Internacional Penal.

Palabras claves: Gobernanza, criminalidad, fútbol, poder, FIFA, Estado.

* Trabajo inédito y sin terminar; corresponde a un proyecto de trabajo de grado.

** Abogado de la Universidad de Ibagué. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Ibagué. Estudiante de la Maestría en Derecho de la misma Universidad. Docente de pregrado en Derecho Penal Especial y General de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Ibagué. Asesor de trabajos de grados línea: Delitos informáticos, Derecho Penal Económico, Derecho Internacional Humanitarios y Derecho Penal y Fútbol. Exdirector del programa de Derecho y actual director del programa de Tecnología en Investigación Criminal y Judicial de la Universidad de Ibagué. Exeditor de revistas académicas de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Ibagué. Litigante y asesor en Derecho Penal. Correo electrónico: cesar.barrera@unibague.edu.co

Introducción

El trabajo está organizado en tres puntos fundamentales. El primero, se dedica a la historia y evolución de la FIFA como ente rector del fútbol; en este se revisarán los estatutos de la FIFA desde las primeras versiones hasta la más reciente, para analizar los cambios en la normatividad; a su vez, los diferentes sucesos históricos que dieron lugar a perspectivas sobre la forma cómo se manejan algunos asuntos al interior de esta organización.

El segundo punto consiste en un estudio a la FIFA como Organización Supranacional, pues se han tejido muchas dudas al respecto del rol de esta en sus relaciones con los Estados, en donde se encuentran las federaciones asociadas. Así las cosas, al tener como fundamento normas rectoras del derecho internacional público y privado, fundamentos de las relaciones internacionales y la teoría del Estado, se analizarán los diferentes elementos que permitan establecer la naturaleza jurídica internacional de la FIFA.

En el tercer punto, se estudiará a la FIFA y su papel en la realización de conductas punibles de Derecho Internacional Penal. Para nadie es un secreto que al interior del fútbol son varias las conductas punibles que se han cometido, pero ¿es la FIFA cómplice o autora?, ¿la limitación de injerencia de la FIFA tiene como fin favorecer el crimen? Y ¿cuál es el sentido de la naturaleza jurídica de responsabilidad jurídica de la FIFA?

1. Discusión del tema

El fútbol es el deporte *rey* no solo por la práctica de esa disciplina, sino por la cantidad de personas que se congregan alrededor de un encuentro del balón pie en el mundo, también por los deportistas profesionales; todo ello se suma alrededor del andamiaje institucional y de los fanáticos en todo el globo. En la actualidad se estima que la final del mundial de fútbol Brasil 2014 fue seguida por "...más de tres mil millones de telespectadores" (FIFA, 2015, s. p.) en todo el mundo, casi la mitad de la población del planeta, que para el 2015 era de siete mil trescientos millones (UN. org., s.f.); sin ir muy lejos, la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) cuenta con más miembros que las Naciones Unidas (UN) siendo un espejo del impacto en el mundo del fútbol y su institucionalidad.

Nadie se imaginó, en sus orígenes en Inglaterra en 1863 (FIFA, 2004), que este simple juego de pelota sería un espectáculo que desbordaría las pasiones de miles de aficionados (hoy millones) y que se usaría, entre

otras cosas, como escenario para la manipulación social (el juego) y un símbolo de poder global (la FIFA).

La empresa en la que se volvió el fútbol parece, en nuestra opinión, no tener límites, ni barreras, pues cada año cobra más poder económico y político, con influencia en las decisiones que toman los Estados, sin que estas políticas la afecten; tal es el caso de las denuncias por maltrato laboral de los trabajadores migrantes que laboran para la construcción de los escenarios deportivos del mundial de Qatar 2022 (CNN, 2016).

Asimismo, las denuncias por trata de personas a través de los traspasos de futbolistas en varios países del mundo. Los inflados precios de los *pases de los futbolistas*. Los escándalos de corrupción (FIFA Gate) y los otros tantos delitos denunciados que se presentan al interior de esta organización, entre otros tantos temas que consideramos son de extrema complejidad y gravedad que llama a gritos la intervención del derecho y la comunidad internacional.

De acuerdo con lo anterior, es evidente la gobernanza y las complejas dinámicas criminales que se cuecen hoy por hoy en el fútbol, a través de la FIFA, pues como lo ha definido Bauman y Bordoni (2016), al referirse al poder —la FIFA lo tiene—; esta puede lograr que las cosas se hagan (p.19) y a su vez tiene la fuerza política, también definida por este autor como “la capacidad para decidir qué cosas deban hacerse” (p.19). En este sentido, sin que esta Federación tenga calidad de organización supranacional de derecho público, es evidente como este ente deportivo tiene el poder político, económico, social y cultural, para influenciar las decisiones que toman los gobiernos y a su vez, evitar verse afectado por estas cuando traspasan los límites fijados por sus estatutos.

Lo anterior tiene un origen, las reglas comunes de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA), desde su creación y su más reciente actualización (27 de abril de 2016), han limitado la injerencia de terceros. Los estatutos de la FIFA consagran normas que expresamente prohíben la injerencia de terceros en las federaciones de fútbol nacionales y las confederaciones continentales.

El artículo 14, literal I, de los Estatutos Generales de la FIFA, en las obligaciones de las federaciones consagra que “de conformidad con el artículo 19 de estos estatutos, administrar sus asuntos de forma independiente y procurar que no se produzca ninguna injerencia por parte de terceros en sus asuntos internos”. De la misma manera y por si fuera poco,

el artículo 15, literales c y d, al referirse a las disposiciones que se deben incluir en la constitución de los estatutos de las federaciones asociadas, se establece: “c) independencia y prevención de injerencias políticas; d) garantía de la independencia de los órganos judiciales (separación de poderes). Esta misma advertencia se hace en el artículo 23 para la constitución de confederaciones (FIFA, 2018, p.19-23).

De esta forma, la Federación de Fútbol blinda su actuar, que doloso o no, en nuestra opinión, es muestra de que no tiene ningún fin proteccionista del deporte sino de cómplice de las grandes actividades irregulares que se consienten al interior de esta. Además de lo grave que es la prohibición, la sanción es aún mayor, pues si un Estado quiere intervenir para remediar un problema interno, su Federación es expulsada de la FIFA o de los campeonatos que ella organiza, dejando a cientos de miles de personas sin este deporte (la FIFA tiene los derechos sobre el fútbol *soccer*).

El fenómeno social, económico y político en el que se ha convertido fútbol, la cantidad de personas alrededor de este deporte. Los escándalos recientes y todo aquello que mueve el *soccer* es una muy interesante fuente de estudio para comprender las dinámicas de la relación: Fútbol-FIFA-Estado-Derecho.

Como ejemplo de lo anterior, se pueden traer a colación varias de las más significativas decisiones de la FIFA cuando un Estado interviene en una Federación de Fútbol asociada este organismo; en primer lugar, la decisión de suspender a Malí porque su Ministerio del Deporte (de ese país), intervino en la Federación de Fútbol de Mali (FEMAFoot) despidiendo a varios de sus dirigentes (Versiónfinal.com, 2017, s. p.). Casos similares se presentaron con Nigeria y Pakistán. Hay otras situaciones polémicas que se revisarán en el trabajo como los casos de Mónaco, que no puede tener selección nacional por carecer de liga propia, y el de la antigua Yugoslavia, que fue expulsada por la UEFA con aval de la FIFA Eurocopa de 1992, lo que hubiese pasado con una eventual Independencia de Catalunya y no intervenir en el caso de Argentina; los fraudes en varios mundiales, los hechos presentados durante el mundial Suráfrica 2010 y Brasil 2014; la participación de la selección de fútbol de Israel en los torneos de Europa y no en Asia, el caso de Palestina.

En materia criminal, encontramos entre otros casos el sonado escándalo del FIFA Gate, el lavado de activos y enriquecimiento ilícito, la trata

de personas, la evasión fiscal, la agresión sexual y discriminación, los homicidios culposos y dolosos.

Así las cosas, en materia de relaciones internacionales se puede advertir que la FIFA interviene en asuntos políticos de los Estados demostrando todo su poder, al advertir que en principio es una organización de carácter privado pero, precisamente, tiene un gran poder político y reúne una serie de requisitos que la ubican como una Organización No Gubernamental (ONG), pues tiene un “objetivo internacional y promueve la lucha por un bien público” (Burbano, 2016, p.9). Este autor afirma:

Se debe tener en cuenta, que la FIFA es una organización que posee órganos permanentes pero sin presencia estatal y sin una carta constitutiva bajo un acuerdo internacional, persigue un objetivo público a niveles locales, nacionales e internacionales, con sede permanente como las ONG, pero deja en entre dicho su fin lucrativo o composición. Toda esta mezcla de factores genera que sus características entren en una conjunción y provoquen así una ambigüedad en su categoría, siendo una organización mixta, generando una necesidad de investigación de nuevas categorías de análisis. (Burbano, 2016, p.9)

Es de allí que surge la necesidad de ahondar en las generalidades y particularidades que fundamentan la organización reguladora del fútbol mundial, quien ostenta todos los derechos sobre ese masivo deporte.

En materia penal, son muchos los delitos que se han cometido durante años, décadas según la misma justicia norteamericana, después del destape del FIFA Gate, quedó en el aire una duda sobre la transparencia de la FIFA y cómo realiza sus actividades. Según Gimeno (2016):

Fue la justicia de Estados Unidos —un país en el que, si bien actualmente el fútbol está adquiriendo mayor popularidad, no es considerado un deporte mayoritario— a través del FBI y el *Department of Justice* (DOJ) quien ha destapado el asunto. Concretamente, a fecha de hoy, la Fiscalía ha acusado formalmente a más de treinta personas —y muchas más investigadas— por, entre otros delitos, sobornos, fraude, crimen organizado y blanqueo de capitales. La Fiscalía norteamericana considera que la corrupción de la institución ha sido generalizada durante los últimos veinte años, a través de la designación de sedes para albergar los mundiales, reventa de entradas, derechos de televisión. (Gimeno, 2016, p. 240)

Ahora bien, ¿qué responsabilidad internacional tiene la FIFA por permitir o consentir que se cometan irregularidades? Hasta ahora nada,

siempre hemos visto cómo se sancionan dirigentes, se excluyen y hasta van a la cárcel, y a la FIFA (como organización) nada, ni siquiera recibe sanciones (¿Cómo imponerlas si hasta ahora es una entidad de derecho privado?).

Es por ello, más allá del fútbol, que todos los países del mundo deben, en nuestra opinión, a través de un tratado y no por la costumbre, establecer un derecho internacional del deporte al cual se acojan todas las organizaciones deportivas internacionales y dentro de este poner límites a muchas actividades sospechosas e irregulares; entre ellas, eliminar de los estatutos de la FIFA las restricciones antes mencionadas y permitir la inspección, control y vigilancia de cada Estado o de una entidad supranacional independiente, los asuntos externos al juego, pero que tienen que ver con el deporte.

3. Conclusiones preliminares

La FIFA toma decisiones *políticas*, las que en ocasiones son controversiales, y pasan por encima de las atribuciones del Estado; de esta forma este último está perdiendo su poder soberano en asuntos de carácter interno y externo, lo cual representa, en teoría, que la FIFA puede, como si fuera una organización supranacional de carácter público, limitar el poder del Estado, aunque se contemple en su reglamentación una prohibición de injerencia de terceros.

A su vez, el poder y libertad que ostenta la FIFA ha generado que a través del fútbol se realicen transacciones criminales que afectan bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal; esta omisión implicaría una responsabilidad para el ente rector del fútbol más allá de la responsabilidad individual de sus directivos.

Referencias

- Bauman, Z. & Bordoni, C. (2016). *Estado de crisis*. Madrid. Paidós Ibérica. Recuperado de <https://ep00.epimg.net/descargables/2016/01/08/c85db9cc-c2f4339b45d00ffb93a96090.pdf>
- Burbano Forero, D. (2016). El papel de la FIFA en la soberanía del Estado. Una aproximación a la relación entre actores y sujetos del derecho internacional en la copa del mundo de fútbol Sudáfrica 2010 [Tesis de grado]. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/86436970.pdf>

- FIFA enfrenta acciones legales por maltrato a trabajadores inmigrantes en Qatar. (2016, diciembre 8). CNN. Recuperado de <https://cnnespanol.cnn.com/2016/12/08/fifa-enfrenta-acciones-legales-por-maltrato-a-trabajadores-inmigrantes-en-qatar>
- FIFA (2004). Los orígenes. Recuperado de: <https://es.fifa.com/about-fifa/who-we-are/the-game/index.html>
- FIFA (2015). Más de tres mil millones de telespectadores vieron el Mundial de 2014 en Brasil. Recuperado de <https://es.fifa.com/worldcup/news/mas-de-tres-mil-millones-de-telespectadores-vieron-el-mundial-de-2014--2745549>
- FIFA (2018). Estatutos de la Federación Internacional de Fútbol Asociado. [Edición de agosto 2018]. Recuperado de <https://resources.fifa.com/image/upload/the-fifa-statutes-2018.pdf?cloudid=azwxwekfmX0nfdixwv1m>
- Gimeno, J. (2016). Problemas actuales de la corrupción en el fútbol: Aspectos penales y procesales. *Revista Aranzadi Doctrinal*. nº 5, p. 225-244. Recuperado de http://www.academia.edu/31404515/Problemas_actuales_de_la_corrupci%C3%B3n_en_el_f%C3%BAtbol_aspectos_penales_y_procesales
- Mali mantiene la sanción a la federación de fútbol pese a protesta de la FIFA. (2017, marzo11). *Versiónfinal.com.ve*. Recuperado de <http://versionfinal.com.ve/deportes/mali-mantiene-la-sancion-la-federacion-futbol-pese-protesta-la-fifa/>
- UN.org. (2015). *Población*. Recuperado de <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/population/index.html>

Notas: _____

Ciberengaño pederasta (*grooming*), comunicación y poder

César Emilio Torres Reyes*

Resumen. El surgimiento de nuevas tecnologías estableció nuevos entornos que de alguna manera dejan ver ciertos vacíos en relación con la regulación del comportamiento de las personas. Esta falta de regulación trae consigo libertades que se convierten en delitos cuando se aprovecha el entorno digital para cometer perversidades de manera anónima. Es tal la situación, que en algunas circunstancias los niños y niñas se encuentran en una situación de vulnerabilidad gravísima, pues algunos adultos logran engañar a los menores con la creación de perfiles falsos, aparentan una edad contemporánea, con gustos y preferencias muy similares, para ganarse la confianza de los niños y luego lograr algún tipo de contacto sexual. Dicho esto, es importante analizar qué medidas se han tratado en el ámbito internacional para determinar si son suficientes para garantizar la protección de los menores en el internet.

Palabras claves: Ciberengaño pederasta (*grooming*), derecho de los niños, abuso sexual, Internet.

Introducción y planteamiento

En el marco del desarrollo de nuevas tecnologías, el internet sin duda ha permitido nuevas dinámicas entre los seres humanos; el acceso a la información es uno de los grandes baluartes que trae consigo este mundo digital. Ahora bien, los espacios novedosos en este progreso constante

*Profesional en Relaciones Internacionales enfocado en Derechos Humanos y Justicia Transicional de la Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Actualmente, cursa la maestría en Derecho con énfasis en Derechos Humanos y Justicia Transicional en la misma Universidad. Correo electrónico: cesartorres1120@hotmail.com. LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/torresreyescesar>.

de tecnologías y de las sociedades del mundo también dan lugar a zonas grises o vacíos jurídicos que el derecho de cada Estado o internacional no han entrado a regular. A simple vista podría decirse que su causa es que generalmente los adelantos tecnológicos se presentan de manera constante; por tal motivo, el Derecho no ha podido presentar regulaciones porque cuando pretende establecer un marco legal, las tecnologías ya han desarrollado nuevas dinámicas al margen de lo que el Derecho pretendía regular. Asimismo, otra causa relacionada con la dificultad de la regulación de los entornos digitales está dada porque en este universo digital las libertades en la mayoría de países están garantizadas, y el hecho de regular un medio que permite este tipo de derechos genera una dificultad.

Las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) facilitan mayor acceso de personas, incluidos menores que tienden a participar de manera normalizada o “natural” en el entorno virtual. De hecho, elementos como el anonimato y la capacidad de conectar personas desde la distancia hacen que se cree un escenario favorable para traspasar los límites de la legalidad y, en este sentido, del Estado, al facilitar diferentes tipos de abusos (Gámez-Guadix y De Santisteban, 2017).

En este contexto, algunos adultos ven incrementadas sus oportunidades para interactuar con menores, operan en diversos lugares y con diferentes víctimas o víctimas potenciales al mismo tiempo. Por tal motivo, ante esta problemática, el presente artículo académico pretenderá analizar el delito de ciberengaño pederasta (*grooming*) definido como el crimen mediante el cual un adulto busca generar una relación de confianza con un menor, con el objetivo de lograr algún tipo de contacto sexual, a través de perfiles falsos, principalmente en redes sociales (Gámez-Guadix y De Santisteban, 2017).

Por lo tanto, es fundamental que el tratamiento que se le dé a este delito en el ámbito internacional se encuentre en tratados o acuerdos que otorguen estándares mínimos e incluso puestas en común a través de la cooperación internacional, para prevenir, regular y tipificar este delito, y garantizar no solo la protección de los menores, sino la correcta superación de su sufrimiento. Dicho esto, el análisis se hará a través de tratados o acuerdos internacionales respecto a la vulneración de los derechos humanos (DD.HH) de los niños en relación con el delito de ciberengaño pederasta (*grooming*) para poder establecer si los actuales mecanismos son eficaces. Sin embargo, el análisis que se pretende tomará en cuenta el

Tratado del Consejo Europeo sobre protección de menores, puesto que fue el primer tratado internacional en la materia con el que se estipuló una referencia en cuanto a legislación y cooperación para países europeos y latinoamericanos.

Para un mejor entendimiento de este delito, se tomará la definición de Kenneth Lanning (2018), exagente del FBI, para delimitar algunos detalles de la problemática. Este delito consiste en el uso de técnicas que no se basan en la violencia física, sino psicológica, para que el abusador (adulto) logre obtener acceso sexual y control sobre la potencial víctima o los niños y niñas víctimas. El proceso del delito consiste en identificar las preferencias de las víctimas, reuniendo información acerca de sus intereses y vulnerabilidades, como deportes, religión, computador, etc. De esta manera, el abusador busca llenar las necesidades físicas y emocionales de la víctima, al mismo tiempo que disminuye las inhibiciones, manteniendo el control con desafíos, competencias, simpatía y presión (Lanning, 2018).

Mientras los abusos u ofensas sexuales abarcan un espectro bastante amplio del comportamiento abusivo, el centro de la atención de los recientes discursos públicos y oficiales trata en particular sobre lo que han sido los abusos sexuales en contra de los niños. Preocupados por la presencia de un depredador sexual en determinada comunidad se ha ocasionado un constante flujo mediático y pánico en el público (McAlinden, 2012). De hecho, reconocido este delito en particular, existe actualmente un cuerpo literario bastante detallado sobre cómo los abusadores sexuales suelen operar en la manipulación de niños, familias o comunidades, principalmente al comienzo o en la etapa previa del abuso sexual. Sin embargo, la literatura ha estado restringida o ha sido exageradamente simplista con respecto a la negligencia en el contexto institucional y para lo concerniente a este artículo, especialmente, en el contexto internacional (McAlinden, 2012).

En esta medida, es fundamental hacer un análisis internacional para ver qué medidas han surgido para tratar este nuevo tipo de delito, pues es indiscutible que si se comienza un desarrollo en este ámbito internacional serviría como guía para que los Estados intercambien una puesta en común para combatir dicho crimen, principalmente después del primer tratado internacional que trató el ciberengaño pederasta (*grooming*): Tratado del Consejo de Europa para la Protección de Niños contra la

Explotación y Abuso Sexual. Sin embargo, las ideas preconcebidas dan a entender que no se ha hecho un adelanto exhaustivo en la materia, o al menos parecen ser insuficientes.

Los primeros estudios psicológicos que han explorado el rol del delito y su *modus operandi*, especialmente con niños en condiciones vulnerables, tales como dificultades de aprendizaje, familias disfuncionales o problemas emocionales, están enmarcados en el contexto de Inglaterra, Gales y Estados Unidos, en particular (McAlinden, 2012). Sin embargo, el delito no solo involucra a la víctima (menor de edad) y al victimario. En este artículo se pretende analizar de manera multidimensional dicho crimen, para que en instancias globales se puedan crear los mecanismos necesarios para regularlo en el ámbito local. Por lo tanto, el proceso sociológico de este delito no solo se presenta en términos de abuso sexual extrafamiliar (desconocidos), sino en el plano intrafamiliar, en el que las personas conocidas por el niño (familia, comunidad y organizaciones) pueden abusar de él. De hecho, este puede ocurrir tanto en situaciones *cara a cara* como en línea, pues la idea del abusador es generar un escenario de confianza en el que la persuasión esté encaminada a convencer a los niños de que las relaciones sexuales o inapropiadas son naturales y comunes (McAlinden, 2012).

En este sentido, los discursos actuales suelen dejar de lado el hecho de que los abusadores sexuales no solo buscan persuadir al niño, sino a su familia o a la comunidad en general, como parte de su estrategia para poder acceder al niño. Es decir, los criminales sexuales suelen ganarse la confianza del entorno del niño para imposibilitarle a este que acuda a esas personas que lo protegen (McAlinden, 2012).

Lo anterior se menciona, porque si no se entiende el marco de acción del victimario, no es posible establecer parámetros internacionales adecuados para dar garantías a los niños. Es decir, si bien no es un delito exclusivo del internet como bien se ha mencionado, este ha creado un escenario favorable al traspasar las fronteras y permitir el anonimato. Por tal motivo, debería buscarse un desarrollo al respecto en términos de soluciones a una problemática internacional.

Discusión

La metodología empleada para la revisión bibliográfica se ha basado en la documentación que se ha producido sobre el tema en libros y revis-

tas académicas en la última década. En la parte esencial, se realizará una selección con respecto a los datos de revistas indexadas de mayor relevancia internacional sobre el tema del delito del ciberengaño pederasta (*grooming*) y su codificación en los tratados internacionales que surgieron después del primer tratado en la materia: Convenio del Consejo de Europa sobre Protección de Menores. Por tal motivo, la delimitación de la problemática se presentará desde el tratamiento de la definición del delito hasta la aparición de dicha problemática en los tratados internacionales que garantizan los derechos de niños y niñas.

En función de lo expuesto, vale la pena preguntarse sobre ¿cuál ha sido la efectividad de los tratados y acuerdos internacionales con respecto a los derechos humanos de los niños en relación con las víctimas? ¿Qué tratamiento le han dado a este tipo de delito? ¿Ha habido una puesta en común vinculante para el ordenamiento interno de los Estados o se le da libertad a los Estados para que en su ordenamiento interno decidan regularlo según sus convicciones? ¿De qué manera Colombia ha tratado dicho crimen en su legislación interna?, ¿se ha basado en tratados internacionales para garantizar la protección de los niños y niñas frente a ese crimen? Dichas preguntas cuestionan y delimitan la problemática en términos de efectividad, entendida como medidas de protección para evitar y luego castigar los crímenes relacionados con el delito.

El propósito es determinar no solo si el panorama de los tratados internacionales ha sido cumplido por los Estados que lo ratifican, sino precisar si la creación de estos tratados ha sido suficiente para tratar este delito en la agenda pública de los países. Asimismo, la respuesta de cada una de las preguntas se desarrollarán en los capítulos distribuidos de la siguiente manera: Evolución e historia del ciberengaño pederasta (*grooming*) (Estado del arte), aparición del delito en tratados internacionales, efectividad de dichos tratados, su tratamiento en Colombia y conclusiones.

Para tales fines, es preciso señalar como hipótesis que desde el 2007 el Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso precisó por primera vez la tipificación del delito del ciberengaño pederasta (*grooming*) en un tratado internacional. Ahora bien, como es un tema reciente, es fundamental mencionar que el trabajo que se realizará es de tipo especulativo y descriptivo. Dicho esto, se plantea que la efectividad de los tratados internacionales o más precisamente la efectividad del tratado de Consejo de Europa para la protección de niños ha sido

ineficaz, porque la problemática hasta el momento se desarrolla desde la academia y su estudio como política pública ha sido reciente.

Es decir, al tener en cuenta que la efectividad de un tratado se da en virtud de su cumplimiento, la eficacia de este sobre la protección de niños en relación al ciberengaño pederasta (*grooming*) no ha sido suficiente en virtud de que en el entorno digital se hace difícil regular las acciones preventivas y que, por el mismo desarrollo de nuevas tecnologías, los mecanismos para regular este tipo de comportamientos son hasta el momento emergentes. Por tanto, solo el acuerdo garantizaría la justicia una vez el acto se cometa y no la protección hacia los niños que se encuentran navegando en internet en una etapa previa a la incitación o acercamiento del posible pedófilo.

Así, las mismas dinámicas del desarrollo de nuevas tecnologías como el internet hacen que este delito no sea un comportamiento aislado de un pederasta en internet en relación a un menor en concreto, sino que hace parte de un entramado de conductas en las que pueden verse afectados todos los menores que hagan uso del internet y en especial de las redes sociales. Por tal motivo, es que se dice que las medidas de protección en el tratado del Consejo de Europa no han sido suficientes, pues la idea no es regular o castigar penalmente el delito una vez se haya cometido, sino implementar medidas de protección en la etapa previa en la que cualquier niño que navegue por la red se encuentra en peligro (Domínguez, 2015).

De hecho, en los años recientes ha aumentado la preocupación social y académica sobre el delito contra niños y adolescentes en internet, entendido como el medio por el cual un adulto a través de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) gana acceso y la confianza del menor para mantener algún tipo de interacción sexual con el menor, sea esta de carácter *online*, *offline* o ambas (Gámez-Guadiz, et al., 2018). La importancia radica en lo académico, esencialmente porque en este entorno se sientan las bases necesarias para afrontar una política pública específica, que permita entender términos como ciberacoso o *grooming*, pues si no estamos familiarizados con la problemática y los términos, será imposible garantizar la protección adecuada de niños y adolescentes.

Ahora bien, es necesario profundizar en este tema porque actualmente la protección de los niños y adolescentes en internet no está garantizada. De hecho, no se trata de prohibir el uso del internet porque afectaríamos directamente su derecho a la libertad. Tampoco se trata de

vigilar a los niños y adolescentes porque con esto también se violaría su derecho a la intimidad. Los niños y adolescentes no tienen por qué disminuir el goce pleno de sus derechos humanos, porque son las víctimas y no los victimarios.

En este sentido, es importante profundizar en este tema en Colombia porque actualmente no existe un proyecto de Ley que tipifique adecuadamente este delito. Es decir, los niños y jóvenes de Colombia se encuentran aún más desprotegidos que en Europa, donde al menos existe el Convenio de Europa sobre la protección de menores y se delimita el tratamiento específico que se le dará.

Asimismo, la investigación especulativa que se pretende realizar a través de este artículo busca precisamente entender cómo se están dando los casos de ciberengaño pederasta (*grooming*) y en qué medida han ido cambiando con el tiempo. Dicho objetivo es importante, en primer lugar, para entender la problemática; en segundo lugar, para evaluar si el Convenio de Europa sigue vigente en el momento de entender el fenómeno de este delito o si dicho crimen ha ido cambiando y, por tanto, la eficacia del Convenio de Europa ha disminuido por no entender las nuevas dinámicas que se están presentando en relación con este; en tercer lugar, la investigación presentará las últimas dinámicas para comprender las vulneraciones que pueden sufrir los niños y adolescentes en razón al mismo fenómeno o a la normatividad internacional expuesta en tratados o convenios, y al desarrollo normativo en el caso de Colombia, el que puede ser insuficiente.

Por último, dicho trabajo es importante no solo porque el tema ha tenido muy poco adelanto, sino porque su falta de tratamiento ha permitido que se sigan cometiendo abusos sexuales, con la gravedad de que los menores son los que lo padecen y probablemente con la presencia de sus mismos familiares, comunidades o escuelas, que a pesar de su cercanía con los niños y adolescentes, no pueden hacer nada para protegerlos de este delito.

Para explicar cómo funcionan las relaciones de poder en la sociedad red global, nos apoyamos en Manuel Castells (2009). Esto, con el fin de caracterizar el comportamiento de los victimarios en situaciones que si bien son novedosas por el nuevo entorno del internet, se han presentado en otros escenarios. Por ejemplo, las fuentes de poder social en nuestro mundo, como: violencia y discurso, coacción y persuasión, dominación

política y enmarcado cultural, no han cambiado desde nuestra experiencia histórica (Castells, 2009). Asimismo, este autor es fundamental para entender en su teoría de las relaciones de poder, la necesidad de configurar en el ámbito internacional un tratado que sirva como solución, en la medida que es un problema global respecto al internet.

En este sentido, es posible concebir una forma fundamental de ejercer el poder que es común a todas las redes: *la exclusión de la red*. Así se puede comprender cómo en estos delitos el victimario es capaz de excluir de la red a las personas cercanas, que naturalmente son los protectores de la víctima, como suelen ser: amigos, padres, profesores y familiares en general, precisamente porque estos no logran adaptarse al lenguaje y a las situaciones o intereses propios de las redes que configuran los niños, niñas o jóvenes en el internet.

Acá no se afirma que esas personas no tienen acceso a una red, sino que una persona, un grupo, o territorio, pueden ser excluidos de una red, pero incluidos en otras, pues las redes son múltiples, y las relaciones de poder son específicas de cada red. Dicho esto, el terreno en el que operan las relaciones de poder ha cambiado de dos formas principales: primera, se ha construido primordialmente alrededor de la articulación entre lo global y lo local y, segunda, se está organizando principalmente en redes, no en unidades individuales (Castells, 2009).

Debido a lo anterior, es que el posible victimario se identifica en una red propiamente de niños o jóvenes adolescentes como chats, redes sociales, cambia su imagen, su identidad y usa un lenguaje que se adecúa con el de las víctimas, para poder tener acceso a esa red sin que sea detectado. Esto está sustentado en el análisis cualitativo con agresores en prisión efectuado por Patricia de Santisteban y Manuel Gámez (2017). Por ejemplo, en las entrevistas se encontró que los agresores utilizan estrategias para iniciar el contacto con los menores y lograr que se involucren, pues se comprobó que los agresores adaptaban el lenguaje a la jerga típica de los menores y hablaban de temas de interés para estos (Gámez-Guadix y De Santisteban, 2017).

Ahora bien, Castells clarifica el problema de las redes para los Estados y parece anticipar que el ciberengaño pederasta (*grooming*) es un problema global: dado que las redes en la actualidad “son globales, el Estado que impone el poder mediante el monopolio de la violencia, encuentra límites considerables en la capacidad coercitiva, a menos que participe

en redes con otros Estados [...]” (Castells, 2009, p.83). Dicho planteamiento sustenta de alguna manera la hipótesis de que es necesario que el Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual sea fundamental en la medida que permita que el Estado participe en redes con otros Estados para combatir este delito globalmente.

Conclusiones

Las conclusiones parciales de este trabajo se desarrollan bajo la comprensión de este delito de acuerdo a las teorías de comunicación y poder, para que se pueda establecer un marco normativo más preciso que revierta las dinámicas delictivas que se presentan en la red, dirigidas hacia los más vulnerables: *niños*. Hasta el momento se podría deducir con Castells (2009) que en el plano internacional no han comprendido la magnitud del crimen del ciberengaño pederasta, pues las medidas para contrarrestarlo, a pesar de no ser meramente punitivas, al entender que lo fundamental es la etapa de prevención, se le da una mayor prioridad al aspecto punitivo que al preventivo.

Asimismo, se debe reconocer que en el ámbito internacional el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual es un gran avance en materia de creación de un marco común, no solo para visibilizar este tipo de delitos sino para judicializarlos de una manera parecida en países europeos y latinoamericanos. Sin embargo, en la etapa de prevención quedan dudas, pues es realmente complicado entender que este delito es generalmente invisible por la misma exclusión que se presenta en la red. La comunicación del victimario es persuasiva y logra excluir al resto de la sociedad que acompaña al niño e invisibiliza la situación que el menor padece o está por padecer.

Referencias

- Castells, M. (2009). *Comunicación y poder*. Madrid, España: Alianza Editorial. Recuperado de https://paisdospuntocero.files.wordpress.com/2015/04/07-comunicacion3b3n_y_poder_de_manuel_castells3.pdf
- Domínguez, C. (2015). *Tratamiento procesal del grooming: Análisis crítico de las últimas reformas*. [Trabajo de grado en Derecho]. Salamanca, España: Universidad de Salamanca. Recuperado de: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/127362/1/TG_DominguezEsteve_Tratamiento.pdf

- Gámez-Guadix, P. D. & De Santisteban, P. (2017). Estrategias de persuasión en grooming online de menores: Un análisis cualitativo con agresores en prisión. *Psychosocial Intervention*. Vol. 26. Nº3, p.139-146. Recuperado de <http://psychosocial-intervention.elsevier.es/en/persuasion-strategies-in-online-grooming/articulo/S113205591730011X/#.W1EWUdVkjcc>
- Gámez-Guadix, M., Almendros, C., Calvete, E. & De Santisteban, P. (2018). Persuasion strategies and sexual solicitations and interactions in online sexual grooming of adolescents: Modeling direct and indirect pathway. *Journal of Adolescence*. 53, p.11-18. Recuperado de <http://resolver.ebscohost.com.ez.urosario.edu.co/openurl?sid=EBSCO%3aedswss&genre=article&issn=01401971&isbn=&volume=63&issue=&date=20180201&spage=11&pages=11-18&title=JOURNAL+OF+ADOLESCENCE&atitle=Persuasion+strategies+and+sexual+solicitations+and+interactions>
- Lanning, K. (2018). The Evolution of grooming: Concept and term. *Journal of Interpersonal Violence*, p.1-12.
- McAlinden, A. M. (2012). *Grooming' and the Sexual Abuse of Children: Institutional, Internet, and Familial Dimensions*. Oxford: Oxford University Press.

La garantía de acceso a la propiedad rural a través de la prescripción adquisitiva en Colombia: Instrumentos legales y su efectividad

Diana Carolina Arana Franco*

Resumen. Este documento analiza el desarrollo de la garantía constitucional de acceso a la propiedad rural en Colombia; explica brevemente su evolución histórica, el estado actual de la discusión desde diversos enfoques y esboza algunos desaciertos de los instrumentos legales vigentes que consagran la posibilidad de formalización de la tenencia de la tierra a través de la prescripción adquisitiva de dominio, para ofrecer un panorama preliminar de la efectividad de los mismos en nuestro país.

Por ser un documento de trabajo y, por tanto, en construcción, constituye una primera aproximación al tema, que apenas deja planteadas hipótesis, susceptibles de ser confirmadas o desvirtuadas a lo largo de la investigación de la que hace parte.

Palabras claves: Propiedad rural, formalización, usucapión, posconflicto, eficacia del Derecho.

1. Introducción

La propiedad tiene una doble connotación en nuestro ordenamiento jurídico, se ha considerado a partir de la Constitución de 1886 como un derecho subjetivo, del que se podía hacer uso incluso arbitrariamente, pero respetando los límites impuestos por el derecho ajeno. Fue a partir de

*Diana Carolina Arana Franco es abogada graduada de la Universidad de Ibagué (2006), especialista en Ciencia Política con énfasis en políticas públicas de la Universidad de Ibagué en colaboración con la Universidad de Salamanca, especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario, actualmente se desempeña como Juez Civil Municipal de Ibagué y es estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de Ibagué. Correo electrónico: dcarana@gmail.com

la reforma agraria del año 1936 que se le adicionó la función social, que cambiaba íntegramente el enfoque del ejercicio de este derecho, para que además de los límites impuestos por la Ley y los derechos del otro, estuviera en consonancia con los fines del Estado. Posteriormente, la Constitución de 1991 añade una nueva función a la propiedad, la ecológica y consagra como derecho el acceso a la propiedad, a fin de que esta fuera extendida a todos los ciudadanos.

No obstante, Colombia se ha caracterizado por ser un país altamente inequitativo, debido a la concentración de la tierra en manos de unos pocos; esto es generado por la informalidad en la propiedad rural y pese a ser un problema histórico, reconocido como una de las causas del conflicto armado que nos azotó por medio siglo y parece estar llegando a su final, esta problemática sigue latente y representa una dificultad mayúscula para el desarrollo del país desde diversas aristas, pues de ello devienen otros problemas sociales como la pobreza en el sector rural, el desplazamiento forzado y despojo de predios, los cultivos ilícitos, el estancamiento económico del país, entre otros.

Aunque no ha sido poco el desarrollo legislativo en esta materia, lo cierto es que los resultados han sido precarios, pues los intereses de los latifundistas terminan por imponerse ante las desventajas que posee un grupo poblacional como el campesino, pues estas no han sido debidamente sopesadas al momento de crear las leyes, al punto de estar íntimamente relacionado el acceso a la propiedad y formalización de la misma, con la capacidad económica de los ciudadanos.

El interés por el estudio de este tema nace a raíz de la experiencia obtenida como funcionaria judicial, en relación con procesos de pertenencia de inmuebles prevalentemente de carácter urbano, en los que con frecuencia se deben negar las pretensiones debido a la falta de acreditación de exigentes requisitos para la viabilidad de la acción y el desconocimiento, incluso por parte de abogados litigantes, de tales presupuestos, que no son nuevos, sino que están consagrados en la legislación civil desde sus orígenes y que han ido morigerándose en algunos casos conforme al devenir de la sociedad. Ello plantea entonces inmensas inquietudes frente a la posibilidad de acceso de la población campesina, pues con este panorama en el sector urbano, es claro que no hay garantías para quienes se encuentran en lo rural.

El tema es relevante, no solo porque, se insiste, ha sido un problema histórico del país, sino porque el acceso y la formalización de la tierra fue

considerado como uno de los puntos claves dentro del acuerdo de paz celebrado en La Habana, lo cual lo convierte en cuestión obligada del gobierno presente y de los sucesivos, y que requiere la concurrencia de múltiples actores para su implementación y seguimiento.

En consecuencia, a lo largo del trabajo se propone un análisis histórico del régimen de acceso a la propiedad de la tierra en Colombia para el sector rural, y un análisis crítico de la legislación vigente desde la perspectiva de la prescripción como modo de adquirir el dominio, de cara a su efectividad.

2. Discusión

La relación hombre-tierra se remonta a la creación misma y es un vínculo indiscutiblemente estrecho, por lo que hablar de la historia del hombre sin consideración a su conexión con el entorno natural y propiamente con la tierra, es totalmente desacertado. Pues bien, el problema de la tierra en Colombia se remonta a la época colonial, donde se produjo la apropiación de terrenos indígenas por la Corona española y para su estudio, el autor Rengifo Gardeazábal (2011) divide la evolución de la propiedad rural colombiana en cuatro etapas, de las que Restrepo & Bernal (2011) ofrecen un buen resumen que se sintetiza así:

- 1) Etapa de la colonización espontánea y conflicto por la apropiación de la tierra baldía (1830-1926). Se constata el desaparecimiento de los propietarios ancestrales de gran parte de los pueblos indígenas, debido a la presión de los grandes propietarios, se tomaron importantes medidas para reformar la propiedad eclesiástica y permitir la libre circulación de estas, se acogió el Código Civil en el territorio nacional y se evidenció gran impulso de los proyectos de colonización de tierras baldías; sin embargo, la estructura de la tenencia de la tierra siguió siendo prácticamente la misma desde la Colonia.
- 2) Etapa de la legislación de tierras y conflicto sobre titularidad de la propiedad inmueble (1926-1960). En este periodo se produce una grande transformación, pues el conflicto agrario se había acentuado a finales de los años veinte con el surgimiento de colonias agrícolas y las invasiones de grandes extensiones de tierra en departamentos productores. Se promulga la Ley 200 de 1936 y se modifica la Constitución Política para consagrar la función social de la propiedad; también se regula el impuesto directo sobre la renta, se establece un régimen de presunciones ligadas a la necesidad de la prueba (demostración de la explotación de la tierra) y se crean los jueces de tierras. Sin embargo, la insuficiencia de las reformas hizo que los grandes terratenientes se

orientaran hacia la ganadería. Los contratos de aparcería fueron marchitados, al prohibir los cultivos de tardío rendimiento a través de la Ley 100 de 1944.

3) Etapa de reforma social agraria y el problema del subdesarrollo (1961-1994). El conflicto agrario se agudizó y generalizó en gran parte del territorio nacional. Posterior al periodo del Frente Nacional se dispuso una nueva reforma agraria y se creó el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) en 1961; sin embargo, el proceso de reforma agraria sufrió dificultades debidas al control territorial de grupos armados de derecha e izquierda sobre importantes extensiones rurales, también se abrió una brecha enorme entre la sociedad urbana y rural. Los grandes aportes del periodo fueron el reconocimiento de la diversidad cultural y la concesión de tierras para algunos grupos étnicos, por la Constitución Política.

4) Etapa de subsidio a la demanda y el nuevo conflicto por el territorio (1994 hasta la fecha). Se agudizó la existencia de un conflicto armado por el control del territorio y el tráfico de drogas, que golpeó gravemente a la sociedad rural. Se promulgó una nueva reforma agraria a través de la Ley 160 de 1994, la que consagró la negociación directa entre propietarios de la tierra y campesinos. Sin embargo, se redujo la institucionalidad agraria, provocando una implosión institucional del sector, creándose el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (INCODER), sin capacidad suficiente para responder por la ejecución de la política, controlada por los mismos actores que perpetraron los despojos de tierras. (Restrepo & Bernal, 2011, p.67)

Como puede observarse, el tema de la informalidad de la tierra ha estado presente durante todas las etapas de la evolución de la propiedad rural y no solo eso, sino que ha sido un elemento favorecedor de otros problemas como el despojo. Y es que en Colombia, como en la mayoría de países de América Latina, coexisten dos sistemas de tenencia de tierra, el formal y el informal. El primero de ellos se caracteriza por la existencia de título y modo que acredite a su titular como propietario, en el caso de inmuebles; este título puede ser escritura pública, resolución de adjudicación de la entidad respectiva que tenga a su cargo la administración de baldíos —actualmente la Agencia Nacional de Tierras— o la sentencia judicial que declare el dominio a su favor. En cada caso acompañado de la inscripción del respectivo título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar donde esté ubicado el predio.

Por su parte, el vínculo informal con la tierra tiene varias formas, la más importante de ellas y que nos interesa para efectos de este trabajo, es su posesión, que se caracteriza por la residencia en el inmueble,

su explotación económica, etc., con ánimo de señor y dueño, pero sin la concurrencia de título y modo. Es más, en algunos casos, el poseedor puede contar con título, pero sin su inscripción, lo que hace que no pueda completarse en cabeza suya el derecho de dominio; en otros eventos, el poseedor cuenta con un documento privado o no cuenta con nada escrito que lo acredite como tal. La posesión es definida en el artículo 762 del Código Civil Colombiano, así:

La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.

Y aunque conforme al citado precepto existe la presunción de dominio en el poseedor, realmente, posesión y dominio, tienen efectos bien diversos y solo este último tiene la capacidad de generar desarrollo y riqueza, no solo en quien lo detenta, sino para la sociedad, pues el hecho de contar con título formal que acredite como propietario de un inmueble, si bien ofrece más garantías en relación con el ejercicio de derechos frente al terreno, abre además inmensas posibilidades desde el punto de vista económico, para usar este activo como medio para obtener más recursos que permitan la creación de capital.

En este sentido, se ha considerado que en verdad de lo que carecen los pobres es de un fácil acceso a los mecanismos de propiedad que les permita aprovechar legalmente el potencial económico de sus activos para producir, afianzar o garantizar, mayor valor en un mercado de nuevas dimensiones (De Soto, 2000).

La informalidad en la tenencia de la tierra [por tanto] es uno de los obstáculos que le impiden a la población campesina acceder a bienes y servicios públicos del Estado como lo son los programas relacionados con el fomento de la productividad agropecuaria, generación de ingresos, acceso a créditos, acceso a mercados, mejoramiento de vías, vivienda, acueducto y alcantarillados; además, debilita el tejido social, limita las capacidades de organización y participación comunitaria, y por supuesto genera inseguridad en la tenencia de la tierra, lo que favorece el desarraigo, el desplazamiento forzado y la pobreza (Ceballos, 2016, p.31).

De acuerdo a lo anterior, se insiste, tener un título formal no es cuestión minúscula, por el contrario, representa un beneficio no solo personal

o particular, sino social, general, al tener notable injerencia en el progreso de un país. Así lo han reconocido la inmensa mayoría de economistas y expertos en desarrollo mundial, siendo importante resaltar que ya desde tiempo atrás se ha analizado, como:

Los derechos de propiedad seguros [...] estimulan a sus titulares a invertir en sus propiedades, pues les dan la seguridad de que ellas no serán dañadas ni usurpadas. Por eso, desde el punto de vista estrictamente económico, los derechos de propiedad sobre los bienes no tienen como principal objetivo beneficiar al individuo o entidad que es su titular, sino, más bien, proporcionarle los incentivos necesarios para que les agreguen valor, invirtiendo, innovando, o combinándolos provechosamente con otros recursos, de lo que se deriva un resultado provechoso para la sociedad. (De Soto, 1987, p.204)

En el mismo sentido, De Soto en su obra posterior, el *Misterio del capital*, indicaba que:

La propiedad formal es más que un Sistema para titular, registrar y mapear los activos; es un instrumento de pensamiento, al representar activos de manera que la mente humana pueda trabajar con ellos en la generación de valor excedente. La propiedad formal debe ser universalmente accesible para poder llevar a todos a un contrato social en el que la cooperación eleve la productividad de la sociedad. (De Soto, 2000, p.242)

Este problema ha querido solucionarse históricamente en Colombia a través de la expedición de normas y políticas públicas transversales que vinculen al agro y le ofrezcan herramientas para salir de su atraso.

Sin embargo, el esfuerzo conjunto del Congreso de la República y el Gobierno Nacional por crear instrumentos e instituciones que propendan por la formalización de la tierra en el sector rural, han sido insuficientes, no pasan de representar un anhelo y necesidad de la sociedad, que no se traduce en resultados a su favor, como lo demuestran los estudios realizados por Organizaciones Internacionales como PNUD y USAID e incluso estadísticas internas publicadas por el DANE, al reflejar cifras que evidencian una realidad comunitaria que sigue reclamando la garantía de acceso a la propiedad.

Así por ejemplo, además de los programas de formalización y restitución de tierras existentes, con los cuales, como no, se pretende garantizar el acceso a la propiedad de la tierra desde otras vías, se ha expedido la Ley 1561 del 2012, “por la cual se establece un proceso verbal especial para

otorgar títulos de propiedad al poseedor material de bienes inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica, sanear la falsa tradición y se dictan otras disposiciones”, norma con la que se pretendió dar un viraje al trámite del régimen de pertenencia para inmuebles rurales cuya extensión no exceda la de una (1) Unidad Agrícola Familia (UAF) y urbanos con avalúo catastral no superior a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta Ley, fue entonces pensada como respuesta a una necesidad social de formalización de la posesión material sobre inmuebles ejercida por un gran número de colombianos, especialmente en la zona rural, cuyo poder de hecho no contaba con reconocimiento ni protección del Estado ante la falta de título inscrito que les otorgara la condición de propietarios, situación que pese a la existencia de diversos mecanismos legales, no había podido ser mitigada, por la dificultad que representa para la población pobre la estrictez del tradicional proceso de pertenencia, tanto por sus exigencias formales, como por sus elevados costos en términos de tiempo y dinero. En suma, puede decirse, la Ley fue concebida como un instrumento de democratización de la propiedad, entendida la democracia en palabras de Bauman y Bordoni (2016), como “la aspiración general a la igualdad y al disfrute de unos mismos derechos para todos los ciudadanos y ciudadanas” (p.178), por cuanto genera unas condiciones más favorables para que pueda materializarse el contenido de los artículos 60 y 64 de la Constitución Política en cabeza de quienes en las condiciones actuales no podían concurrir a reclamar este derecho del Estado.

Sin embargo, en la práctica, la finalidad de la Ley no se ha cumplido y por el contrario, las innovaciones allí previstas, entre ellas el requerimiento de información que precede a la admisión de la demanda, para garantizar un trámite expedito y sin tropiezos, ha dilatado aún más la duración del proceso, precisamente porque las instituciones que deben colaborar armónicamente con el sistema judicial para remitir las constancias respectivas de acuerdo a sus sistemas, como son las alcaldías municipales, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), la Agencia Nacional de Tierras (ANT), la Fiscalía General de la Nación y el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, entre otras, no cumplen su función dentro de los términos establecidos; aspecto que de entrada descarta la agilidad que se persiguió al idear un procedimiento especial y paralelo al consagrado en el Código de Procedimiento Civil y hoy en

día, en el Código General del Proceso. Esto hace que en muchos casos se acuda al trámite ordinario, pese a cumplir los requisitos para acceder al verbal especial, máxime porque por vía jurisprudencial se indicó que este último no tiene carácter preferente, sino que su elección depende de la voluntad del actor.

Este aspecto, aunado a otros que serán explicados y soportados con más detalle en el documento final de la investigación, es útil para ilustrar la ineficacia de la legislación existente en torno a la garantía de un derecho que cada día adquiere mayor importancia, especialmente para los países en vía de desarrollo.

Y es que el tema de la formalización de la propiedad ha cobrado especial relevancia a raíz de la firma del Acuerdo de Paz, en cuyos principios se establece el de “Regularización de la propiedad”, que se define como:

La lucha contra la ilegalidad en la posesión y propiedad de la tierra y garantía de los derechos de los hombres y las mujeres que son los legítimos poseedores y dueños, de manera que no se vuelva a acudir a la violencia para resolver los conflictos relacionados con la tierra. (Acuerdo de Paz, 2016, p.3)

Este compromiso adquirido se hace evidente, por ejemplo, con la reciente expedición del Decreto Ley 902 de 2017, sancionado el 29 de mayo del año anterior, “por el cual se adoptan medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral contemplada en el Acuerdo Final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras”, cuya eficacia habrá también de analizarse y que demuestra que hoy por hoy no solo para el Gobierno Nacional sino para todos los actores de la sociedad, la propiedad como derecho y como institución está más vigente que nunca.

Por tanto, en aras al establecimiento de un sistema de propiedad formal, no puede perderse de vista que la vía de la prescripción adquisitiva del dominio, es uno de los medios para lograr ese objetivo, pues a través de ella se obtiene sentencia judicial que declara el dominio y en consecuencia constituye justo título para la demostración de la propiedad una vez inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente.

Sin embargo, se requiere una reforma que garantice la eficacia de los procedimientos, no solo desde el punto de vista de su duración, sino además, y principalmente, que ponga especial énfasis en la posibilidad de

acceso a los mismos, pues mientras la formalización de la propiedad, a través de sentencia judicial, requiera la solicitud de parte, la brecha no podrá acortarse, dado que en el estado actual de cosas la Ley presume las mismas condiciones de arribo al proceso para la población urbana y la rural, hecho que a todas luces es desacertado y merece acciones urgentes y diferenciales, que garanticen la igualdad de ambos sectores de la sociedad.

3. Conclusiones

- Estamos iniciando una nueva etapa dentro de la historia de la evolución de la propiedad rural colombiana, que está marcada por la firma del Acuerdo de Paz, en virtud del cual se contempló una “Reforma Rural Integral”, cuya implementación ha iniciado ya con la expedición de normas por parte del Gobierno Nacional.
- El Congreso colombiano ha legislado sin tener en cuenta las necesidades reales de cara a la formalización de tierras del sector rural, pues si bien se han hecho importantes esfuerzos, ellos no han logrado eliminar la brecha existente entre la población urbana y la agraria, en materia de usucapión, como mínimo en cuanto al acceso al proceso judicial, pues es un aspecto que no contempla la legislación nacional.
- Lejos de aplicar un enfoque diferencial como el que se requiere, la normatividad ha generalizado el procedimiento para adquisición por prescripción de los bienes urbanos y rurales, manteniendo por esta circunstancia el rezago histórico de los campesinos.
- Uno de los aspectos fundamentales que deben ser objeto de modificación para generar condiciones de igualdad, es el acceso al proceso judicial por demanda o por iniciativa de parte, pues mientras esto permanezca, la informalidad seguirá reinando en el campo colombiano, ya que los elevados costos en términos económicos y sociales que implica el inicio de una demanda para un campesino, hacen que este prefiera mantener su terreno sin título.

Referencias

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera: 03 [Colombia] (2016). Recuperado de https://es.wikisource.org/wiki/Acuerdo_Final_para_la_Terminaci%C3%B3n_del_Conflicto_y_la_Construcci%C3%B3n_de_una_Paz_Estable_y_Duradera:03

- Bauman, Z., & Bordoni, C. (2016). *Estado de crisis*. Barcelona, España: Paidós.
- Ceballos, C. (2016). *Efectos de la formalización de la propiedad de la tierra en el desarrollo rural. El caso de Leiva, Nariño*. [Tesis de Maestría en Desarrollo Rural] Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/21097/CeballosVarelaCatalina2016.pdf?sequence=1>
- Decreto Ley 902 de 2017. Presidencia de la República. Bogotá, Colombia. 29 de mayo de 2017. “Por el cual se adoptan medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral contemplada en el Acuerdo Final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras”.
- De Soto, H. (1987). *El otro sendero. La revolución informal*. Bogotá, Colombia: Oveja Negra.
- De Soto, H. (2000). *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*. Lima, Perú: El Comercio.
- Ley 1561 de 2012. Diario Oficial de la República de Colombia. Bogotá, Colombia, 11 de julio de 2012.
- Rengifo Gardeazábal, M. (2011). *Teoría General de la Propiedad*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes-Editorial Temis.
- Restrepo, J. C., & Bernal Morales, A. (2011). *La cuestión agraria. Tierra y posconflicto en Colombia*. (Penguin Random House, Ed.) 1.ª Edición. Bogotá, Colombia: Géminis Ltda.
- USAID-Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (2017). Aporte y Progresividad del Decreto 902 de 2017 en relación con la política de tierras del país.
- USAID-Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (2016). Programa de tierras y desarrollo rural de Colombia informe anual octubre de 2015-septiembre 2016.

La evaluación auténtica de estudiantes: Aproximación a un programa de Derecho

Esperanza Castillo Yara*

Resumen. El Derecho asegura un rol especial en tanto se ocupa de la organización institucional de la sociedad. La enseñanza-aprendizaje del Derecho no debe escapar a la reflexión teórica, filosófica y metodológica. Por ello, abordar cómo los estudiantes de un programa de Derecho hacen uso activo de material teórico y pueden aplicarlo a contextos prácticos a través de la evaluación modular, encuentra sentido en este estudio y pone de manifiesto las actividades auténticas en el aula.

El texto presenta los avances de la investigación que se adelanta para optar por el título de Magíster en Educación de la Universidad del Tolima. Su objetivo es resignificar los procesos de evaluación auténtica de los estudiantes, a partir de la construcción de referentes teóricos del Sistema Modular del programa de Derecho de la Universidad de Ibagué 2017-2018. La metodología implementada es de tipo cualitativa, bajo el paradigma interpretativo y diseño de teoría fundamentada. El sistema pedagógico modular puede responder efectivamente a la intención de formación en competencias. Estas habilidades son muy importantes en la formación jurídica del siglo XXI, cuando se desarrollan en los estudiantes; también son muy apreciadas por los posibles empleadores y, por lo tanto, el uso de una evaluación auténtica mejora las tasas de empleabilidad de los graduados.

Palabras claves: Evaluación auténtica, rendimiento del alumno, empleabilidad del alumno, formación jurídica, evaluación formativa.

* Abogada y magíster en Educación de la Universidad del Tolima, profesora auxiliar de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué y miembro del Grupo de Investigación Zoon Politikon de la misma Universidad. Correo electrónico: esperanza.castillo@unibague.edu.co

Introducción

La evaluación auténtica de los estudiantes se corresponde con la valoración del desarrollo de sus competencias. Evaluar se convierte entonces no en un momento último, sino en un proceso para mejorar los aspectos pedagógicos y como consecuencia asegurar la calidad educativa. Involucra aspectos de superación de errores y reflexión tanto en docentes como estudiantes, por ello el reconocimiento que se hace como contribución a una formación integral en cualquier nivel educativo.

Evaluar resulta más sencillo cuando se hace desde una óptica tradicional, que tiene como finalidad la observancia del *rendimiento académico* y deja de lado lo que en realidad requiere un profesional para desenvolverse en el mundo laboral. Evaluar la competencia en el sentido de la capacidad de los estudiantes para integrar conocimientos, habilidades y actitudes en tareas ocupacionales auténticas, requiere un tipo diferente de evaluación que las pruebas de papel y lápiz basadas en el conocimiento.

Este avance de investigación busca aportar argumentos desde algunos referentes teóricos de la evaluación auténtica, las competencias, y el modelo pedagógico modular, contrastado con un análisis documental, observación participante y entrevistas a docentes y estudiantes. Esto permite resignificar la evaluación auténtica de los estudiantes desde un sistema modular como un proceso complejo, pero con actividades alineadas a escenarios muy similares a la actividad del futuro profesional del Derecho.

1. Referentes teóricos

1.1. El módulo en la estructura curricular

La Universidad de Ibagué define el módulo a través del Proyecto Educativo del Programa de Derecho como un cuerpo homogéneo de contenidos con un elemento dinámico, la articulación de las asignaturas del semestre.

Un cuerpo homogéneo de contenidos que conforman una unidad temática producto del arreglo, la organización, el orden, de la generalidad articulada de asignaturas determinadas por un principio rector. No se trata simplemente de una agrupación de asignaturas complementarias, sino de una totalidad dinámica que hace convergentes (concurrentes al mismo fin) e independientes los diversos tratados o programas, ajustándolos en torno a una materia común (Derecho Político, Derecho Privado, Derecho Penal), que responda por el sentido integrador de los diversos aspectos de un mismo saber (Unibagué - PEPD, 2014, p. 11).

La estructura curricular del programa tiene en cuenta las áreas de saber y de práctica, que identifican y obedecen a la formación de un abogado, exigidas por la Resolución 2768 de noviembre 13 de 2003 del Ministerio de Educación Nacional (MEN), norma reglamentaria de los estándares de calidad para los programas de pregrado en Derecho. Lo cierto es que la esencia del sistema pedagógico modular radica en su organización, ejecución y compromiso de los participantes (estudiantes, docentes, directivos y administrativos). Se hace indispensable ejercer una praxis permanente alrededor de cada uno de sus elementos, manteniendo una evaluación sistemática que permita regular y sostener un adecuado ajuste de cada una de las áreas involucradas.

Abordar el Sistema Pedagógico Modular implica necesariamente hacer mención a la experiencia mexicana de la Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco. Fresán, Fabre & García (2015) refieren que el modelo educativo de esta Unidad cuenta entre otras características con “la organización global del proceso de enseñanza aprendizaje a través de ‘módulos’; es decir, a través de unidades de enseñanza aprendizaje que integran docencia, investigación y servicio y la ejecución de la didáctica modular a través de trabajo en equipo” (p.4).

En el contexto colombiano, además de la Universidad de Ibagué, la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás cuenta con el modelo pedagógico del sistema modular, introducido desde 1975. Las asignaturas hacen parte de un todo orgánico e interdependiente ubicadas en cada semestre, de acuerdo con una metodología cuyos componentes son: la *Materia Modular* (ver), el *Centro de Interés* (juzgar) y el *Eje Temático* (actuar). Cumpliéndose así la proposición teórica de la Episteme Tomista, de acuerdo con la cual los distintos aspectos del objeto de conocimiento deben concurrir y articularse dentro de una comprensión de *totalidad* (Universidad Santo Tomás de Aquino, 2017).

1.1.1. La evaluación auténtica

La evaluación educativa involucra el concepto de calidad, convirtiéndose en una tendencia en la sociedad cada vez más globalizada. En ocasiones tiende a ser limitada a un proyecto internacional para la calidad y excelencia de la educación, afectando la gestión administrativa, financiera y pedagógica. Es así como desafortunadamente la evaluación queda centrada en el resultado y la competencia, pero no en la retroalimentación que

asegura la mejora integral de las personas (García, 2017a). La evaluación educativa debe ser vista entonces como un proceso continuo, sistemático y formativo, y no restringido a la aplicación instrumental, que termina por no aportar a los estudiantes más que una nota que no refleja en realidad sus competencias desarrolladas.

La evaluación permite también conocer si se perjudica o favorece a los estudiantes en su constructo como personas con determinados valores. “No se debe (en realidad, no se puede) despojar a la evaluación de sus dimensiones éticas, políticas y sociales” (Santos, 2012, p.9). Por lo tanto, la finalidad con la que se concibe la evaluación resulta ser una de las categorías más importantes, como quiera que desde su intención y planeación se llegará a caminos disimiles al pretenderse un resultado o producto, o una enseñanza-aprendizaje (Santos, 2012). Esto conlleva una gran responsabilidad del docente, quien debe seriamente reflexionar acerca de su actividad planeadora y organizadora de la evaluación; definir las actividades indispensables para valorar la información que suministran los estudiantes, hacer seguimiento a los compromisos y saber si estos tuvieron efectos positivos y formadores en el evaluado.

La evaluación es un proceso para mejorar y construir, que implica un acto político, ético y pedagógico, y en este último aspecto, articula otros procesos como la enseñanza y el aprendizaje, para configurar una triada a la que acertadamente García (2017a) denomina trenza pedagógica; entrelazar permanentemente la enseñanza, el aprendizaje y la evaluación. Desde esta perspectiva, no puede desconocerse que la evaluación es un puente para llegar al aprendizaje y que si se realiza con sigilo, permite entender qué sucede y por qué, facilitando reconocer los errores, que no pueden ser vistos como desventajas sino oportunidades para la mejora y construcción del conocimiento propio.

Ahora bien, en esta investigación al estudiar la evaluación auténtica se acude a Gulikers, Runhaar y Mulder (2017), quienes a su vez se adhieren a la ‘pirámide’ de Miller (1990) de competencia profesional, que a menudo se utiliza en los programas educativos holandeses y en la investigación de evaluación. Entendiendo primero la competencia profesional para luego hablar de evaluación. De modo que considera la capacidad de realizar adecuadamente tareas y trabajos ocupacionales en su complejidad realista, a través de cuatro etapas: “sabe”, “sabe cómo”, “muestra cómo” y “hace” (Miller 1990).

Lo métodos de evaluación en tal sentido deben procurar ser cada vez más auténticos y complejos; esto significa que la evaluación se debe asemejar a la práctica profesional en el nivel de los estudiantes. En tal sentido, la resolución de casos jurídicos en cada uno de los módulos del programa de Derecho de la Universidad de Ibagué se encuentra dirigida a una evaluación auténtica (*authentic assessment*).

1.2. Las competencias en el contexto educativo de los programas de Derecho

Como bien se expuso en Castillo (2018), las competencias cuentan con dos perspectivas que difieren de sus intencionalidades. García (2017b) diferencia por ejemplo las competencias básicas, claves o fundamentales de las laborales. Caracteriza las primeras como las que se desarrollan durante la vida, brindadas por la escuela, sirven para el mundo de la vida y se constituyen en el paso previo para avanzar en las profesiones; mientras que las segundas, se suscriben a campos del saber y son desarrolladas por grupos reducidos; sin embargo, no son estáticas y requieren constante actualización. En tal sentido, el estudio abordado se enmarca en la segunda categoría, al tratarse de las competencias que en los programas de Derecho en Colombia deben adelantar los estudiantes.

La competencia recibe diferentes acepciones según el campo desde el que se le considere; al abordar el terreno educativo puede ser definida como: “La aptitud para afrontar eficazmente un conjunto de situaciones análogas, movilizandole a conciencia múltiples recursos cognitivos: saberes, capacidades, microcompetencias, informaciones, valores, actitudes, esquemas de percepción, de evaluación y de razonamiento, no hay más competencia que la competencia en acción” (Perrenoud, 2001, p.323). También se define como:

La posibilidad de movilizar e integrar diversos saberes y recursos cognitivos cuando se enfrenta una situación problema inédita, para lo cual la persona requiere mostrar la capacidad de resolver problemas complejos y abiertos, en distintos escenarios y momentos. Se requiere que la persona, al enfrentar la situación y en el lugar mismo, re-construya el conocimiento, invente algo, proponga una solución o tome decisiones en torno a posibles cursos de acción, y lo haga de manera reflexiva, teniendo presente aquello que da sustento a su forma de actuar en dicha situación. (Díaz-Barriga y Barroso, 2014, p. 39)

De acuerdo a lo planteado:

Un currículo por competencias demanda un cambio radical en las concepciones y prácticas de evaluación del aprendizaje del cuerpo docente. Las competencias requieren tiempo para experimentarse y ejercitarse hasta que se consigue un nivel de desarrollo satisfactorio que ha sido ya establecido, necesariamente habrá que reducir los contenidos del currículo, elegir entre aquellos que en verdad resulten esenciales para el logro de una ciudadanía activa o para el ejercicio de una profesión en el caso de la educación superior. Un currículo saturado de contenidos (academicista o enciclopédico, como lo denominan algunos) no casa bien con el enfoque de competencias; este demanda un cambio significativo en la cultura escolar si en realidad se espera una auténtica transformación educativa. (Moreno, 2012, p. 18)

La Resolución n.º 2768 de 2003 del Ministerio de Educación propuso como competencias básicas: las cognitivas, investigativas, interpretativas, argumentativas y comunicativas, y las capacidades para la conciliación, el litigio y para el trabajo interdisciplinario. Por su parte, el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES) fue el primero en proponer las competencias específicas de los estudiantes de Derecho en Colombia, que al año 2016 consistieron en: la comunicación jurídica, la investigación jurídica y la gestión del conflicto.

La comunicación jurídica, caracterizada por la preocupación de evaluar “la interpretación y argumentación de forma coherente, clara y precisa, con fundamento en los conceptos básicos del Derecho y según los principios éticos que rigen la profesión” (ICFES, 2016a, p.3). La investigación jurídica, con un interés puntual en la capacidad de comprender y aplicar el método de investigación científica, entre otros, identificando problemas que puedan ser objeto de investigación jurídica y socio-jurídica, planteando objetivos de investigación, interpretando resultados (ICFES, 2016b). Finalmente, la gestión del conflicto, para valorar “la capacidad para aplicar la dogmática jurídica, la teoría general del derecho y los principios éticos de la profesión a la prevención o idónea solución de conflictos” (ICFES, 2016c, p.3).

2. Aproximación al problema

En los últimos años, la formación jurídica ha tenido mayor preocupación para los investigadores, en aras de ofrecer mejores profesionales del Derecho. En el ámbito internacional, por ejemplo, Sanromán y Morales

(2016) realizaron un estudio comparado de los programas de licenciatura en Derecho en Chile, Colombia, México y Perú, encontrando que los documentos institucionales de cada país establecen una serie de competencias que debe desarrollar el estudiante y resalta como coincidencia, que el profesor es concebido como:

[...] un instructor del conocimiento [y] los alumnos deben participar activamente en el salón de clases utilizando sus habilidades para lograr un aprendizaje significativo, de modo que los alumnos vayan construyendo el conocimiento de acuerdo con lo investigado y la guía que siguen del docente. (Sanromán y Morales, 2016, p.179)

En Colombia es de relevancia el interés investigativo de Carreño, Goyes y Pabón (2014), quienes han aportado con sus investigaciones a los procesos de formación de los estudiantes de Derecho, a partir de sus inquietudes en la Universidad de Nariño, Universidad Autónoma de Bucaramanga y la Asociación Colombiana de Facultades de Derecho. Sin embargo, queda un amplio camino por recorrer, siendo esta la oportunidad para visibilizar los elementos del sistema modular a favor de la formación jurídica y, por supuesto los desaciertos, que permitan introducir mejoras.

Desde las apuestas que hace la Universidad de Ibagué frente a los propósitos formativos de sus estudiantes, se encuentra la mejora del proceso educativo mediante el desarrollo de competencias y el modelo pedagógico del Programa (sistema modular). Para ello, se realiza el examen modular, que consiste en una evaluación final en la que los estudiantes de cada módulo sustentan ante un jurado, conformado por los respectivos profesores, la solución de un caso real, correspondiente al área del Derecho a la que pertenecen. Los casos son previamente entregados para que el estudiante los estudie, analice, resuelva, prepare y presente en la fecha y hora, con anterioridad señalada.

En este sentido, para contribuir a la mejora de la formación de los futuros abogados, es trascendental que la evaluación tenga un sentido formativo. Sobre todo que atienda los fundamentos teóricos y pedagógicos. Caracterizar los elementos y características de la evaluación modular de los estudiantes permite conocer cuál es la finalidad, las técnicas e instrumentos que con mayor frecuencia son empleados, los criterios institucionales, las reglas de cada módulo, los usos de la información obtenida. Por

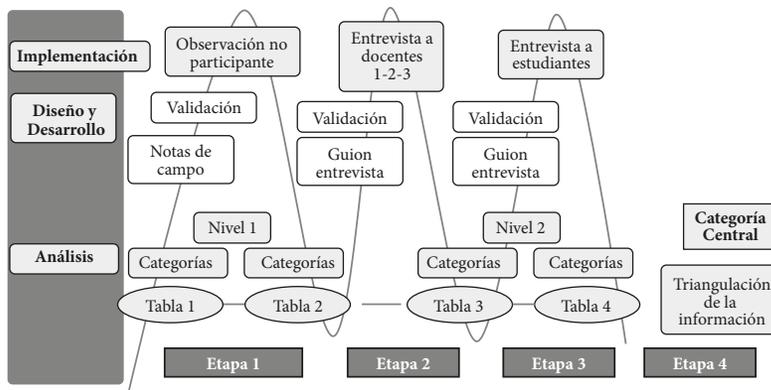
consiguiente, permite una comprensión de la dinámica acerca de la evaluación y por ende el planteamiento de recomendaciones para la mejora en la formación jurídica.

Por todo lo anterior, el objetivo general de la investigación consiste en resignificar los procesos de evaluación auténtica de los estudiantes en el marco del sistema modular del programa de Derecho de la Universidad de Ibagué, 2017-2018.

3. Metodología / método

En esta investigación la metodología implementada es de tipo cualitativa, bajo el paradigma interpretativo. Da cuenta de la profundidad de los datos, goza de dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno, detalles y experiencias únicas. También aporta un punto de vista “fresco, natural y holístico” de los fenómenos, así como flexibilidad (Hernández, et al., 2010). Se siguen las fases del procedimiento de investigación creado por la autora, denominado CIRPEAE y que se presenta a continuación:

Figura 1. Ciclo Investigativo para la Resignificación de los Procesos de Evaluación Auténtica de los Estudiantes – CIRPEAE.



Fuente: Elaboración propia

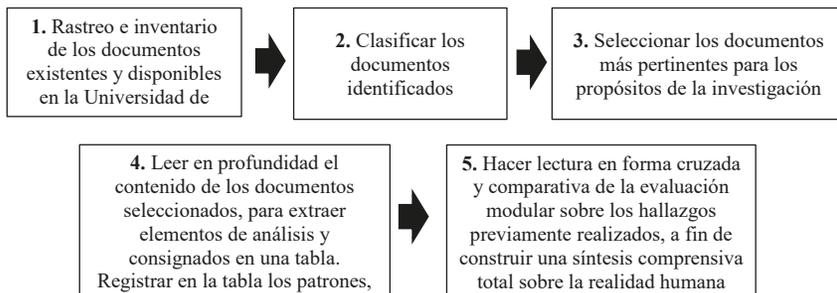
3.1. Etapa uno

Se inicia con una caracterización del programa de Derecho de la Universidad de Ibagué y la evaluación modular de los estudiantes, a partir del análisis documental y la concertación con los participantes. Se describe

su definición, finalidad, criterios institucionales, reglas, y con los datos obtenidos se procede a construir una narrativa que precisa la problemática investigada y se concatena en una tabla, como aparece en la Figura 1.

A continuación se presenta el mapa que se sigue para construir el análisis documental.

Figura 2. Proceso del análisis documental



Fuente: Adaptada de Quintana, 2006

Luego, bajo la égida de la postura de la observación directa no participante, se recogen los datos. El grupo estudiado es consciente de las actividades de observación del investigador. Se construye una segunda tabla como se evidencia en la Figura 1.

3.2. Etapa dos

De manera permanente, la investigadora por medio de revisión bibliográfica alimenta la teorización del marco referencial, con artículos publicados en revistas indexadas en los últimos cinco (5) años sobre evaluación auténtica (*authentic assessment*). Al mismo tiempo, se construye la guía o formato de entrevista semiestructurada para aplicar a tres (3) docentes y se somete a validación por medio de juicio de expertos. Posterior a la aplicación de las entrevistas a los docentes, se construye una tercera tabla como se muestra en la Figura 1.

3.3. Etapa tres

Se siguen los pasos de la fase anterior, pero con aplicación de entrevistas a tres (3) estudiantes de cada módulo del programa de Derecho.

3.4. Etapa cuatro

La información recaudada es cruzada de manera triangular con los referentes teóricos, a fin de develar que los procesos de evaluación auténtica son el fundamento de la evaluación modular del programa escogido para la investigación y que hasta el momento son desconocidos por la comunidad.

4. Resultados parciales

El programa de Derecho de la Universidad de Ibagué como bien advierte Castillo (2018), se suscribe a la propuesta del ICFES, al procurar el desarrollo de las competencias, de modo que los estudiantes interactúan en equipo de trabajo y autónomamente durante sus clases, a través de diferentes ejercicios. Posteriormente, son enfrentados a resolver conflictos jurídicos hipotéticos elaborados en conjunto por sus profesores, en los que se ponen a prueba los conocimientos. Se pretende que no se acuda a la repetición de la teoría que reposa en los libros, sino que por el contrario le den un uso a esa información, contemplando una lógica de la acción por sobre una lógica del contenido.

La evaluación descrita hasta ahora acoge la perspectiva de proceso continuo, debido a que se cursan en el semestre asignaturas interdependientes que guardan relación con un mismo caso jurídico y permite que la información contenida en la Ley, la doctrina y la jurisprudencia, sea aprendida no de memoria para dar cuenta de las clases, sino para la aplicación en un contexto dado, que corresponde al caso modular, procurándose el *Contexto de Recuperación*. Ruiz (2010) afirma:

La recuperación es un proceso a través del cual el sujeto recupera la información almacenada en la memoria de largo plazo para emplearla en la actividad que se tiene, para lo cual debe decidir en torno a la utilidad que tiene esa información para la actuación de que se trate. (Ruiz, 2010, p.21)

En su contenido se destaca el propósito de una evaluación auténtica, como la propuesta por Brown (2015), ya que resulta la resolución de un problema jurídico, una actividad alineada a escenarios realistas, similares a los que los estudiantes se encontrarán después de la Universidad; adicionalmente, los estudiantes estarían haciendo uso activo de material teórico y pueden aplicarlo a contextos prácticos, y así encontrar sentido a lo que están haciendo.

En la práctica evaluativa dentro del sistema modular presentada, pueden surgir serios obstáculos que atenten contra la armonía y pleno desenvolvimiento de los módulos, debido a la fuerza que aún en el medio tiene el proceso de enseñanza-aprendizaje tradicional. Muchas generaciones de profesionales aprendieron bajo dicha dinámica y hoy se desempeñan como docentes, de modo que pueden caer una y otra vez en sus prácticas anteriores. La superación de este estado de cosas requiere de formación en el campo de la educación, una gran responsabilidad y una praxis constante de directivos, estudiantes y docentes.

Conclusiones

La propuesta de adoptar el examen modular como un componente del sistema, constituye una herramienta que no reduce al estudiante a la comprensión y memorización. El ser, saber y saber hacer son evidenciados a lo largo del curso del semestre al abordar actividades pedagógicas dentro y fuera del aula. Pero esencialmente enfrentar al estudiante al desarrollo de casos jurídicos, conlleva la capacidad de afrontar una situación nueva y compleja, que requiere del empleo de sus competencias.

Esta estrategia educativa encaja con la propuesta de simulación que Moreno (2012) propone dentro de los métodos y técnicas de evaluación afines con el enfoque de competencias, al tener la ventaja de acercarse a la que sería una actividad auténtica. Los casos modulares entregados a los estudiantes permiten enfrentarlos a una realidad cercana a la que se afrontarán una vez se gradúen.

La práctica evaluativa actual en el sistema modular requiere un compromiso cierto de estudiantes y docentes, pero un esfuerzo adicional de estos últimos. Debido a que la falta de reflexión sobre la actividad evaluativa, el desinterés en ahondar en los errores que puedan cometer los estudiantes en la resolución de los casos modulares y en las actividades previas de clase, la falta de realimentación de los resultados, entre otros, redundan en la desatención del aprendizaje y por consiguiente en nada contribuiría al desarrollo de competencias necesarias para una formación integral como la anhelada. No cabe duda de que se trata de un compromiso ético para con las nuevas generaciones y el avance en el campo de la educación y la formación jurídica.

Referencias

- Brown, S. (2015). La evaluación auténtica: El uso de la evaluación para ayudar a los estudiantes a aprender. *Relieve*, 21 (2), p. 9-10. Recuperado de <https://ojs.uv.es/index.php/RELIEVE/article/view/7674/7464>
- Castillo, E. (2018, abril). Evaluación del Estudiante en un Modelo Pedagógico Modular. En O. Boude (Director). *Political and educational management*. Ponencia [sin publicar] llevada a cabo en el I Congreso Internacional CITE. Chía, Colombia.
- Carreño, M. T., Goyes, I. & Pabón, A. P. (2014). Formación basada en competencias para los estudiantes de Derecho en Colombia. En: *Formación en derecho basada en competencias*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, p. 45-80.
- Congreso de la República de Colombia (2009). Ley 1324 de julio 13 del año 2009. "Por la cual se fijan parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, se dictan normas para el fomento de una cultura de la evaluación, en procura de facilitar la inspección y vigilancia del Estado y se transforma el ICFES". Recuperado de http://mineducacion.gov.co/1621/articles-210697_archivo_pdf_ley_1324.pdf
- Consejo Académico Universidad de Ibagué (2012). Acta 246 del 27 de febrero de 2012.
- Díaz-Barriga F, & Barroso, R. (2014). Diseño y validación de una propuesta de evaluación auténtica de competencias en un programa de formación de docentes de educación básica en México. *Perspectiva educacional*, 53 (1), p.36-56. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3333/333329700004.pdf>
- Fresán, M., Fabre, V. & García, A. (2015). Los desafíos del modelo educativo en las Instituciones de Educación Superior. Foro sobre modelos educativos llevado a cabo por la Unidad Cuajimalpa de la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), México. Recuperado de <https://www.uv.mx/coloqueiomeu2016/files/2016/12/Los-Desafios-del-Modelo-Alejandra.pdf>
- García, L. (2017a). Generalidades de la Evaluación. *Evaluación Educativa*. Seminario [sin publicar] de Línea II llevado a cabo en la Maestría en Educación Universidad del Tolima, Ibagué, Colombia.
- García, L. (2017b). Competencias. *Evaluación Educativa*. Seminario [sin publicar] de Línea II llevado a cabo en la Maestría en Educación Universidad del Tolima, Ibagué, Colombia.
- Gulikers, J. T. M., Runhaar, P. & Mulder, M. (2017): An assessment innovation as flywheel for changing teaching and learning. *Journal of Vocational Education & Training*, 70:2, p.212-231. Recuperado de <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13636820.2017.1394353>
- Hernández, R., Baptista, P. & Fernández, C. (2010). *Metodología de la investigación*. 5.ª Edición. México McGraw-Hill. Recuperado de https://www.esup.edu.pe/descargas/dep_investigacion/Metodologia%20de%20la%20investigaci%C3%B3n%205ta%20Edici%C3%B3n.pdf

- Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (2016 a). Guía de orientación del módulo de Comunicación jurídica Saber Pro 2016-2. Recuperado de <http://www.icfes.gov.co/docman/estudiantes-y-padres-de-familia/saber-pro-estudiantes-y-padres/estructura-general-del-examen/modulos-saber-pro-2016-2/modulos-segunda-sesion-competencias-especificas-12/2370-guia-de-orientacion-modulo-de-comunicacion-juridica-saber-pro-2016-2/file?force-download=1>
- Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación. (2016 b). Guía de orientación del módulo de Investigación jurídica Saber Pro 2016-2. Recuperado de <http://www.icfes.gov.co/docman/estudiantes-y-padres-de-familia/saber-pro-estudiantes-y-padres/estructura-general-del-examen/modulos-saber-pro-2016-2/modulos-segunda-sesion-competencias-especificas-12/2384-guia-de-orientacion-modulo-de-investigacion-juridica-saber-pro-2016-2/file>
- Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (2016 c). Guía de orientación del módulo de Gestión del Conflicto Saber Pro 2016-2. Recuperado de <http://www.icfes.gov.co/docman/estudiantes-y-padres-de-familia/saber-pro-estudiantes-y-padres/estructura-general-del-examen/modulos-saber-pro-2016-2/modulos-segunda-sesion-competencias-especificas-12/2380-guia-de-orientacion-modulo-de-gestion-del-conflicto-saber-pro-2016-2/file>
- Ministerio de Educación Nacional (2003). Resolución 2768 del 13 de noviembre del año 2003, por la cual se definen las características específicas de calidad para los programas de pregrado en Derecho. Recuperado de https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-86421_Archivo_pdf.pdf en junio de 2017.
- Ministerio de Educación Nacional (2003). Decreto 3963 del 14 de octubre del año 2009, por el cual se reglamenta el Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior. Recuperado de https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-205955_archivo_pdf_decreto3963.pdf
- Sanromán, R. & Morales, L. G. (2016, mayo-agosto). La Educación por Competencias en el Campo del Derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLIX. N°146, p.179-203. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42746483006>
- Moreno, T. (2012, julio-diciembre). La evaluación de competencias en educación. *Sinéctica Tlaquepaque*. n.º39, p. 1-20 <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99826889010>
- Perrenoud, P. (2001). La formación de los docentes en el siglo XXI. *Revista de Tecnología Educativa*. XIV, n.º 3, Santiago de Chile: OEI-CREDI, p. 503-523. Recuperado de https://www.u-cursos.cl/commed/2007/0/INNCURCC/1/material_docente/bajar%3Fid_material%3D149051.

- Ruiz, M. (2010). *Cómo evaluar el dominio de competencias*. México: Editorial Trillas S.A. de C.V.
- Santos, M. (2002). Una flecha en diana. La evaluación como aprendizaje. *Andalucía educativa*. N°34. Recuperado de <http://multiblog.educacion.navarra.es/jmoreno1/files/2013/10/evaluaci%C3%B3n-de-la-escuela.pdf>
- Universidad de Ibagué (2014). Proyecto Educativo Programa de Derecho-PEPD. Recuperado de <https://derecho.unibague.edu.co/nuestro-programa>
- Universidad Santo Tomás (2017). Estructura modular del plan de estudios. Recuperado de: <http://facultadderecho.usta.edu.co/index.php/plan-de-estudios>

Notas: _____

El *software* y su protección ambivalente: Posibilidad de doble protección mediante control de cumplimiento internacional

Olga Lucía Troncoso Estrada*

Resumen. La presente investigación tiene por objeto analizar la evolución que ha tenido la regulación del *software* desde finales de los años setenta, cuando se consideró como un nuevo bien que debe ser protegido por ser creación del ingenio humano, para determinar si actualmente es posible en nuestro sistema jurídico otorgar una patente a este tipo de creaciones, cuando existe disposición expresa en la Decisión 486 del 2000 que prohíbe otorgar una patente a este tipo de bienes.

Se pretende entonces dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación: ¿Puede otorgarse en nuestro sistema jurídico una patente a un *software* individualmente considerado, pese a que el artículo 15 de la Decisión 486 del 2000 lo prohíbe expresamente, argumentándose como fundamento estar dando cumplimiento al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), suscrito y ratificado por Colombia?

Luego de considerar diferentes perspectivas, respondemos a la pregunta anterior afirmando que en virtud del principio del *Pacta Sunt Servanda*, las autoridades administrativas y judiciales del país en ejercicio del que hemos denominado “Control de cumplimiento internacional” pueden admitir la concesión de una patente a un *software* individualmente considerado, dado que el acuerdo ADPIC permite su reconoci-

* Olga Lucía Troncoso Estrada es abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Civil y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Ibagué en convenio con la Universidad de Salamanca. Conciliadora de la Cámara de Comercio de Ibagué. Estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de Ibagué, exjuez de la República, conjuer de la Sala Civil del Tribunal Superior de Ibagué, docente tiempo completo de la Universidad de Ibagué. Coordinadora del Módulo de Derecho Comercial de la misma Universidad. Asesora del área de Derecho Privado del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Universidad de Ibagué.

miento sin discriminación por el campo tecnológico de que se trate y pese a que la Decisión andina 486 del 2000 prohíbe expresamente su concesión.

De ser así, se abriría campo para una doble protección al *software*, desde el campo de los derechos de autor y bajo el régimen de una patente, lo cual dejaría zanjados los demás inconvenientes que se perciben en el actual régimen al brindarse de esta forma una protección integral a los creadores de este tipo de bienes informáticos.

Palabras claves: *Software* o programa de ordenador, propiedad intelectual, patente, obras literarias, ADPIC, Decisiones andinas, *pacta sunt servanda*.

1. Introducción

En torno a la actual protección que nuestro sistema jurídico brinda a los bienes inmateriales como el *software*, se han planteado diversas discusiones que se mantienen vigentes y es un tema candente en la academia y la doctrina. Si bien se llegó a un consenso mundial para garantizar su protección bajo normas de derecho de autor, algunos países han admitido su patentabilidad en casos especiales, lo cual vuelve la discusión a sus orígenes y lleva a que nos interese por el tema.

Son diversas las posiciones que se plantean acerca de si esta protección, asimilada a una obra literaria, comprende el llamado código objeto, si se permite o no la ingeniería regresiva y sobre la autoría de nuevas obras creadas a partir de la implementación de un programa de ordenador. Discusiones de gran relevancia, pero que no serán tema de este trabajo investigativo que se centrará en determinar si la actual protección que se brinda por nuestro sistema jurídico a este tipo de bienes implica un incumplimiento de nuestro país a obligaciones internacionales adquiridas al ratificar el acuerdo ADPIC.

De ser cierta la conclusión que se obtenga de este análisis, se formulará una hipótesis sobre la forma en que las autoridades administrativas y judiciales del país deben abordar esta problemática. Esto puede conllevar a que dejando de lado la prohibición que en este sentido se consigna en la Decisión andina 486 del 2000, se pueda otorgar una patente a un *software* de reunir este los presupuestos que para ello consigna la misma Decisión.

La posición inicial sobre otorgar protección a este tipo de bienes bajo el régimen autoral ha sufrido importantes modificaciones en el ámbito

mundial, a tal punto que la discusión acerca de la posible patentabilidad del *software* se encuentra nuevamente sobre el tapete, al encontrar que en nuestro país, a partir del año 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio, siguiendo estándares internacionales, ha estimado que el *software* aisladamente considerado no puede ser patentado, pero cuando hace parte integrante de otra invención que soluciona un problema técnico y siempre que reúna los demás requisitos, se considerará como una Invención Implementada por Computador (IIC) y es susceptible de ser patentada.

El cambio en la concepción llega aún más lejos, si pensamos que la Oficina de Patentes Europea y la Oficina de Patentes de Estados Unidos en épocas recientes han llegado a otorgar patentes para programas de *software* aislados, al considerar que cuando reúnen las condiciones de novedad, altura inventiva y aplicación industrial, nada excluye que puedan tener una doble protección, bajo derechos de autor y bajo el régimen de patentes, lo que aún no se admite para nuestro país dada la prohibición expresa consignada en la Decisión 486 del 2000.

Para la Unión Europea, el cambio de concepción fue evidente con el trámite en el año 2002 de un proyecto de Directiva Europea que permitía el otorgamiento de patentes sobre *software*, lo cual llevó a múltiples discusiones que perduraron por tres años para al final ser derrotada la iniciativa al ser votada negativamente por el Parlamento Europeo. No obstante, esta iniciativa revivió la discusión hasta el punto que, como ya se anotó, existen decisiones de las oficinas de patentes otorgando este tipo de protección.

Nos encontramos entonces frente a dos interrogantes que pueden plantearse así: ¿El *software* individualmente considerado reúne los requisitos legales para ser protegido mediante una patente?

¿En caso de ser afirmativa la respuesta al cuestionamiento inicial, se pregunta cómo podría otorgarse tal protección en nuestro país, dado que existe prohibición expresa en la Decisión 486 de 2000 de otorgar patentes a este tipo de bienes, pese a que el acuerdo ADPIC que supuestamente está desarrollando no contempla tal prohibición? El presente trabajo pretende dar respuesta a estos dos interrogantes.

2. Discusión

Desde mediados del siglo xx, cuando se inventó la computadora, se han formulado diversas concepciones relacionadas con la naturaleza jurídi-

ca de esta invención, que en principio no representó mayor problema al considerar la invención como un todo y por lo tanto, la idea primigenia llevaba a buscar su protección mediante una patente.

Se habló entonces de diferentes generaciones de ordenadores, cada cual más sofisticado que el anterior dados los avances que se obtenían, entre ellos la creación de los circuitos integrados, que permitió incorporar en un solo circuito todos los componentes funcionales requeridos.

Estos circuitos integrados, también conocidos como semiconductores, se convirtieron en la base a partir de la cual surgió toda la industria informática, por lo que en torno a su naturaleza jurídica se plantearon diversas opciones que garantizaran su protección. Como es lógico, dado su carácter tecnológico, la primera idea sobre el particular llevó a pensar en que su protección debe darse por medio de una patente, pero la misma se desechó al considerar que no contaban con el nivel inventivo necesario para su otorgamiento. Pese a esto, Japón alcanzó a otorgar patentes sobre este tipo de bienes.

Dado que igualmente se desechó su protección bajo el régimen autoral, ya que este no compagina con objetos meramente utilitarios, la tendencia mayoritaria fue la de crear un régimen *sui generis* para su protección y es así como Estados Unidos, el mismo Japón, Francia, Alemania e Inglaterra, expiden leyes especiales que garantizan a los creadores de estos semiconductores la protección sobre sus bienes.

Se promovió entonces por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) un acuerdo multilateral en torno a la materia, llegando a suscribirse el 26 de mayo de 1989 el Tratado de Washington que consignaba los términos mínimos de protección de los circuitos integrados, el que no obstante no fue aprobado por países como Estados Unidos y Japón, lo cual lo tornó inoperante.

Pese a lo anterior, sus disposiciones fueron incorporadas posteriormente en el acuerdo ADPIC (TRIPS) consignándose de esta forma un tratamiento especial para este tipo de creaciones, independiente del concebido para las patentes y los modelos de utilidad.

En nuestro sistema jurídico, la protección de los esquemas de trazados de circuitos integrados es uno de los temas novedosos que trae la Decisión 486 del 2000 que se expidió para dar cumplimiento a los acuerdos asumidos en el ADPIC, consignándose en la misma el derecho a su registro por un término de diez años contados a partir de la más antigua de dos fechas: el

último día hábil del año en que se hubiera realizado la primera explotación económica o desde la fecha en que se haya presentado la solicitud ante la oficina competente, pero sin que en ningún caso sobrepase el término de quince años desde el último día del año en que se creó el esquema.

La Decisión 486 de 2000 fue reglamentada internamente por el Decreto 2591 de 2000, que determinó que a las solicitudes de esquema de trazados de circuitos integrados se daría el mismo trámite que a una solicitud de patente, ratificando entonces la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio como máxima autoridad en el otorgamiento de derechos de propiedad industrial.

Volviendo a lo relacionado con el *software*, desde 1946 cuando surgen los primeros ordenadores, su diseño incorporaba la programación necesaria para que estos desarrollaran la función para la cual estaban destinados sin que existiera distinción alguna entre la máquina en sí y las instrucciones incorporadas en la misma, a fin de que esta operara.

En consecuencia, el costo de los programas precargados en el ordenador quedaba incluido en el precio del *hardware* a tal punto que en los registros contables de las empresas no aparecía valor alguno para estos programas, ya que no podían venderlo al estar incorporado de manera permanente al *hardware*.

La situación cambia con la demanda por monopolio formulada el 17 de enero de 1969 por parte de los Estados Unidos contra IBM, en la cual el Gobierno dictaminó que el *software* incorporado era anticompetitivo. Sobre el particular Álvarez & Restrepo (1997), señalan:

En 1969 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos le impuso a la IBM la obligación de deslindar los costos involucrados en la producción de hardware (de la máquina), de los costos relativos al software. A partir de allí el soporte lógico se separa del ordenador, constituyéndose en un bien intelectual susceptible de una protección jurídica diferente. (Álvarez & Restrepo, 1997, p.212)

En últimas, la imposición en este sentido terminó favoreciendo a la empresa, puesto que al separar los costos de producción del *hardware* y del *software*, le fue posible efectuar las respectivas deducciones para efectos de la renta a pagar.

Un segundo antecedente lo encontramos en la demanda formulada por la empresa *Digidyne* contra *Data General Corp.*, fallada en 1985 por

la Corte Suprema de Estados Unidos. En esta se determinó que la demandante al haber adquirido de la demandada un ordenador que incorporaba un *software* (Data General Nova), era libre para usarlo en otro aparato distinto y por ende, ordenó a la demandada a otorgar la licencia respectiva.

En consecuencia, cuando fue posible deslindar el *hardware* del *software*, la discusión jurídica se tornó álgida, pues al considerar este último como un conjunto de instrucciones que el desarrollador dirige al aparato electrónico a fin de que lleve a cabo determinadas funciones, se preguntaba si la protección debía mantenerse en el campo de las patentes o si debía desplazarse a otro campo, para llegar finalmente a un consenso acerca de que el *software* constituía una creación de índole literario al tratarse de un lenguaje de programación y por ende, su protección debía abordarse desde el derecho de autor.

Es oportuno comentar que, en principio, el criterio generalizado entre las diferentes empresas del sector era que la ganancia se encontraba en la producción de *hardware* y el *software* era algo secundario. No obstante, cuando se evidenció la posibilidad de comercialización que ofrecía este último, se presentó lo que se conoció como la “guerra del *software* de los años 80”.

En efecto, para esta época IBM empezó a incursionar en el campo de los computadores personales, pero no contaba con un sistema operativo eficiente, por esto llegó a un acuerdo con Microsoft, que le permitió el uso de un *software* operativo que luego se conoció como MS-DOS. La novedad reside en que Microsoft cambiando el modelo de negocio se negó a vender el sistema operativo, por lo que el acuerdo consistió en otorgar licencia a IBM para su uso en los computadores que proyectaba sacar al mercado. Esto, en principio, no generó reparos por IBM sin tomar en consideración que bajo esta modalidad Microsoft pudo comercializar el *software* con otras empresas, lo cual le generó ganancias astronómicas. Apple, por su parte, desarrollaba su *hardware* y su *software* sin otorgar licencias para su uso, práctica conservadora que restringió su avance en el mercado, pese a lo cual se convirtió en rival acérrimo de IBM, rivalidad que perduró durante bastantes años.

Se llegó además a distinguir entre el llamado *código fuente* que hace relación a las instrucciones que debe procesar el ordenador y el *código objeto*, que se refiere al proceso mediante el cual la máquina decodifica estas

instrucciones para convertirlas en un lenguaje binario que es ininteligible para el programador.

Una vez que se llegó a un consenso acerca de que el *software* se asimila a una creación de índole literaria, las legislaciones pasaron a ocuparse del tema contemplando los programas de ordenador como obra literaria en los términos establecidos en el Convenio de Berna. Así lo consignó igualmente la Decisión 351 de 1993 vigente para los países que integran la Comunidad Andina de Naciones, asignándose en nuestro país la facultad de efectuar el respectivo registro a la Dirección Nacional de Derechos de Autor que, no obstante, no lo considera propiamente como obra literaria sino que le asigna una categoría especial pero sometida a la misma normativa.

El 15 de abril de 1994 se suscribió el acuerdo ADPIC, uno de los anexos del acuerdo que da nacimiento a la Organización Mundial del Comercio (OMC), ratificado en nuestro país por medio de la Ley 170 de 1994 y en el cual se establecieron lineamientos en materia de propiedad intelectual, confirmándose la idea inicial en cuanto a que el *software* debía ser protegido mediante las normas de derecho de autor. No obstante, en el artículo 27, el mismo acuerdo enlistó los bienes que no eran susceptibles de ser protegidos mediante una patente, pero dentro de los mismos no se incluyó el *software*.

Por el contrario, la norma señala que serán susceptibles de ser patentadas todas las invenciones, independiente del campo tecnológico de que se trate, salvo las excepciones que taxativamente el artículo contempla, dentro de las cuales, como se anotó, no se encuentran los programas de ordenador.

Para los países de la Comunidad Andina (CAN), se expidió la Decisión 486 de 2000 para dar cumplimiento a los compromisos que adquirieron los países firmantes del ADPIC, pero sorpresivamente se observa que en la misma se reitera que el *software* será protegido como obra literaria, pero se prohíbe su protección mediante una patente, lo cual claramente contraría el acuerdo ADPIC, el cual no contempla tal prohibición.

Debe repararse que el artículo primero del acuerdo autoriza a los países miembros a consignar una protección más amplia que la que se contempla, a condición de que esta protección adicional no implique un incumplimiento al acuerdo, pero en el caso de la Decisión 486 de 2000, la protección es más restrictiva.

A su vez, el artículo trece del mismo acuerdo establece que los países miembros podrán determinar limitaciones o excepciones a los derechos reconocidos en determinados casos especiales, siempre que no se atente contra la explotación normal de la obra. En nuestro criterio, la excepción de patentabilidad consagrada en el artículo 15 de la Decisión, relacionada con el *software*, atenta contra la explotación normal de la obra, ya que no configura una protección integral de la misma, por lo cual consideramos que no aplica esta autorización.

Finalmente, debemos hacer referencia al artículo 72 del ADPIC, según el cual no se permite a los países miembros hacer reservas al acuerdo, salvo que se cuente con el consentimiento de los demás miembros, lo que no sucedió respecto del tema en discusión.

Así las cosas, no encontramos justificación jurídica alguna para que la Decisión 486 hubiera consignado una excepción de patentabilidad que no consagraba el acuerdo ADPIC.

Sin contrariar esta concepción tradicional, se abre campo a la posibilidad de invenciones implementadas por computador; es decir, aquellas que para su puesta en práctica requieren de un programa de ordenador a fin de dar solución a un problema técnico, caso en el cual se ha admitido la patentabilidad del *software*, pero no de este considerado de forma aislada, sino por ser parte de una invención que para su desarrollo requiere del mismo.

En este sentido, las diferentes oficinas de patentes incluida la nuestra, han otorgado patentes a este tipo de invenciones por considerar que no se contraría la prohibición legal, ya que la patente no se otorga al *software* sino a la invención que lo requiere para su ejecución. En consecuencia, se ha interpretado que cuando la norma excluye la “patentabilidad del software como tal”, se está refiriendo a los componentes del programa que no tienen un efecto técnico.

Se ha considerado, entonces, que el efecto técnico adicional que presente la invención va a determinar la patentabilidad de la misma, por lo que siguiendo el principio de que lo “*accessorium sequitur principale*”, el *software* queda incluido dentro de la patente pero como un componente accesorio, por lo que en principio estaríamos ante un solo objeto de protección, la invención, considerando al *software* como un componente de la misma.

No obstante, creemos que tomando en consideración que las normas del derecho de autor y las normas sobre patentes protegen aspectos dis-

tintos de un programa de ordenador, nada impide, incluso tratándose de una IC, que se otorgue un cúmulo de protecciones.

Ahora bien, sobre esta concepción tradicional de proteger el *software* asimilándolo a una obra literaria, dado que se expresa a través de un lenguaje de programación, se critica que estos programas de ordenador no comprenden solo el código fuente y el código objeto que responden a este criterio de lenguaje, sino que además lo conforman otra serie de elementos funcionales (componentes de audio y video relacionados), que no corresponden estrictamente a una obra literaria y que, por tanto, quedarían por fuera de la órbita de protección.

Por otra parte, cierto sector de la doctrina se muestra contrario a que se proteja el *software* bajo la figura de una patente, argumentando razones de índole económica, dado el costo que tendría que asumirse para determinar la novedad y el nivel inventivo en cada caso. Como ejemplo de esta posición, encontramos la opinión del profesor Ernesto Rengifo (2003) traído a colación por Metke Méndez (2002):

Se observó que un programa no sería patentable, porque no es un producto en el sentido que lo sería un aparato o una sustancia ni es un método, ni un proceso industrial. Además se arguyó que era complicado determinar la novedad y la altura inventiva de un programa respecto de otro. Su determinación implicaría una organización estatal conformada por técnicos y especialistas, lo cual incrementaría los costos para obtener la protección y esta se dilataría hasta tanto no fueran analizados los requisitos de la novedad y de la altura inventiva. Estas y otras razones fueron motivo para que el Convenio Europeo de Patentes de Múnich de 1973, en su artículo 52.2.C, expresamente excluyera la patentabilidad de los programas de computación. (Metke, 2002, p. 40)

Si bien son respetables las opiniones del doctor Rengifo, no considero pertinente negar la protección del *software* bajo la figura de la patente, atendiendo solo a razones de índole económica. En efecto, el que resulte costoso acreditar la novedad y la altura inventiva, no puede ser razón suficiente para que se desnaturalice su naturaleza jurídica de invención susceptible de la protección debida.

Otro sector aboga por la adopción de un régimen *sui generis* de protección para el *software*. Encontramos la opinión de Cristian David Sarmiento Páez (2016), miembro del grupo de arbitraje de la Universidad Nacional, que en diferentes artículos sobre el tema ha planteado la con-

veniencia de adoptar una normativa especial para el caso del *software* que garantice la totalidad de derechos involucrados y que implique para los países del esquema de integración, el dar cumplimiento a las obligaciones internacionales adquiridas; por ello se propone sustituir las normas pertinentes de las decisiones 351 de 1993 y 486 del 2000, por esta nueva normativa.

Comparto plenamente las razones que expone el investigador mencionado y sin duda la solución que propone dejaría de lado las múltiples problemáticas que la actual situación plantea, pero no es algo fácil de implementar, puesto que como bien lo señala, la adopción de esta nueva normativa implica derogar disposiciones andinas, lo cual no se considera factible en un futuro próximo, aun cuando hubiera consenso sobre el particular entre los países miembros.

Recientemente se encuentra la posición adoptada por la Oficina Europea de Patentes y la Oficina de Patentes de EE.UU, que admiten una doble protección. En efecto, si bien se conserva la protección bajo las normas del derecho de autor, se admite que si el *software* resiste el examen relativo a la novedad, al nivel inventivo y la aplicación industrial, bien puede ser cobijado igualmente con una patente, ambos tipos de protección regidos por las normas que les conciernen. Indudablemente esta es la solución más lógica y acertada, pero debe repararse que en estas legislaciones se dio estricto cumplimiento al ADPIC y que por lo tanto, no existe una prohibición expresa de patentar este tipo de programas.

Recordemos además lo expuesto en otro aparte de este escrito, en el sentido de que la Unión Europea ya se planteó la posibilidad de emitir una Directiva para sus países miembros permitiendo este tipo de protección, la que si bien no fue aprobada nos da a entender que los criterios sobre el particular no son pacíficos.

Lo anterior, vuelve y nos deja ante el problema inicialmente planteado, es decir, frente a la existencia de normas andinas de obligatorio cumplimiento que, por un lado, no ofrecen toda la protección necesaria al *software* al dejar de lado algunos de sus componentes funcionales y, por otro lado, constituyen un claro incumplimiento de obligaciones internacionales contraídas por el país en la materia.

Se podría argumentar por otra parte que bajo las normas que regulan el derecho de autor, el término de protección es mayor (*la vida del autor y ochenta años más*) que bajo el régimen de patentes (*20 años contados a*

partir de la solicitud). Esto es cierto, pero la propuesta de este trabajo no es el cambio en el régimen de protección, sino un cúmulo de protecciones tomando en consideración, como ya se dejó anotado, que ambos regímenes protegen aspectos diferentes del programa. En esa medida, vencido el término de protección que otorga la patente, algunos de los componentes del *software* continuarán protegidos bajo las normas del derecho de autor.

Creo conveniente hacer alusión a apartes del artículo publicado en la revista de la OMPI por Ania Jedrusik y Phil Wadsworth, expertos en propiedad intelectual y quienes a pesar de conceptualizar sobre la patentabilidad de las IIC, esbozan algunas ideas que traigo a colación en apoyo a la tesis que proponemos. Dicen los autores:

Estas innovaciones contribuyen a la sociedad y no son menos importantes que las basadas en soportes físicos. Los programas de ordenador, incluidas las invenciones que contienen software, son productos por derecho propio, independientemente de cómo se distribuyan. ¿No sería razonable entonces que esas invenciones estuviesen protegidas de forma efectiva por el Derecho de patentes? [...] En vista del ritmo extraordinariamente rápido al que se desarrolla la tecnología, excluir a los programas informáticos de la protección por patente podría obstaculizar el desarrollo tecnológico, dar lugar a soluciones técnicas poco eficientes y reducir así las oportunidades de colaboración y transferencia tecnológica. (Wadsworth & Jedrusik, 2017, p.7 y 11)

Frente al problema planteado, es claro que además de un tema de propiedad intelectual nos encontramos ante un conflicto de prelación de normas que nos lleva a una discusión de derecho internacional público; es decir, dentro del ámbito del *Ius normativismo*, determinar la validez de la norma andina cuando contraría una norma contenida en un convenio multilateral suscrito y aprobado por nuestro país. En efecto, desde un enfoque dogmático se nos presentan diferentes cuestionamientos, alrededor del tema objeto de investigación.

En primer lugar, es dable discutir sobre la obligatoriedad y naturaleza jurídica del acuerdo ADPIC suscrito por Colombia que, como se dijo, fue aprobado por la Ley 170 de 1994. En consecuencia, al ser ratificado por la Ley en mención: ¿Se convierte en norma interna? ¿Tiene el carácter de Ley? ¿O, si bien es aprobado por una Ley, conserva su carácter de convenio internacional?

Por otra parte, encontramos las normas andinas sobre cuya naturaleza jurídica también se ha discutido hasta la saciedad. El Acuerdo de Car-

tagena establece que estas decisiones andinas son de aplicación directa; es decir, que no requieren ratificación para ser incorporadas a los ordenamientos internos de los países miembros, tienen preeminencia sobre la legislación interna por ser normas supranacionales, lo cual implica que si bien no derogan la legislación interna, en caso de contradicción se aplican con prelación a la misma y por último, son inmodificables e inderogables por parte de los países miembros. Esto nos lleva a preguntarnos si estas normas andinas deben tener prelación sobre otros convenios internacionales suscritos por el país o si por el contrario, priman convenios multilaterales como es el caso del ADPIC frente a normas regionales, como lo son las decisiones andinas, las cuales como ya indicamos, se incorporan directamente al sistema jurídico interno.

No podemos olvidar que actualmente se habla de ADPIC Plus, los que según Cristancho (2017) son “acuerdos comerciales con países industrializados en los cuales se incluyen estándares más elevados de protección a la propiedad intelectual en comparación al acuerdo ADPIC” (p.125)

Cobran entonces importancia las diferentes teorías que se plantean en la doctrina, acerca de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. Tradicionalmente se plantean: la teoría Monista defendida por Kelsen (2001), para la cual existe unidad en el ordenamiento, pero que a su vez presenta dos corrientes: monismo con primacía del derecho interno y monismo con primacía del derecho internacional y, como segunda teoría, la dualista, según la cual se trata de dos sistemas independientes entre sí por lo que no puede hablarse de superioridad de uno sobre el otro.

Como una tercera opción, se encuentran las que Monroy Cabra (2011) ha llamado teorías conciliadoras, según las cuales las leyes internas que contraríen normas internacionales pueden ser válidas pero generan responsabilidad internacional para los Estados, que es precisamente el punto que se sostiene mediante este trabajo.

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual, debemos preguntarnos si el que se proteja el *software* bajo las normas del derecho autoral excluye su protección bajo las normas de propiedad industrial, específicamente las que regulan la concesión de patentes o por el contrario, es posible una doble protección siempre que en uno y otro caso la creación a proteger cumpla los presupuestos requeridos para cada tipo de obra.

Para cada uno de estos interrogantes es claro que no encontramos una respuesta desde el punto de vista de algunos de los métodos de interpretación. En efecto, no se cuenta con una interpretación auténtica, ya que al no ser posible hablar de un legislador internacional se descarta de plano un pronunciamiento a este nivel, que nos dilucide cuál de las normas debe prevalecer.

Tampoco se conocen pronunciamientos jurisprudenciales que se refieran específicamente al tema en discusión. En diferentes pronunciamientos, el Tribunal Andino de Justicia ha analizado las características y la naturaleza jurídica de las normas andinas, pero no se ha cuestionado su aplicación para el caso de que controviertan convenios multilaterales como en el caso que nos ocupa.

No obstante, son de ayuda algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostienen la viabilidad de lo que han dado en llamar “control de convencionalidad”, según el cual cuando el intérprete se encuentre frente a una norma interna que contraría la Carta Interamericana de Derechos Humanos que no es otra cosa que un acuerdo multilateral en esta materia, está facultado para dejar de lado esta norma interna por ser contraria al acuerdo internacional. Uno de estos pronunciamientos lo trae a colación Quinche (2014):

Así se afirmó en la sentencia de fondo proferida en el caso Juan Gelman contra Uruguay, también relacionado con la impunidad sobrevenida por la ley de Amnistía promulgada en Uruguay. En esta nueva ocasión la Corte precisó el contenido del control así: ‘Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, y en esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.’ (Quinche, 2014, p.52)

Si bien en este caso no nos encontramos frente a normas de esta naturaleza; es decir, su importancia no radica en proteger derechos funda-

mentales, la creación jurisprudencial a la que hacemos alusión nos abre una puerta para encontrar una solución para casos como el que investigamos, en el que existe una clara rivalidad entre una norma local y otra multilateral. En efecto, debemos cuestionarnos qué se entiende actualmente por *Bloque de constitucionalidad* y si acuerdos como el ADPIC forman o no parte del mismo, a fin de determinar su prelación frente a normas internas o subregionales.

Para este cometido, son especialmente útiles las sentencias de la Corte Constitucional, en las que se determina la prelación que ocupan tratados internacionales en nuestro sistema jurídico, cuando no se refieren a derechos humanos. En efecto, tratándose de tratados en materia económica y de integración regional la Corte ha dicho que si bien no hacen parte del bloque de constitucionalidad, no puede olvidarse el principio de *pacta sunt servanda* que obliga al Estado a honrar sus compromisos internacionales, lo que se traduce en que las diferentes autoridades tienen el deber de cumplir ineludiblemente estos acuerdos y las normas internas del país de rango inferior a la Constitución deben ser interpretadas de manera armónica con los compromisos internacionales del país.

Así lo ha sostenido reiteradamente nuestra Corte Constitucional al señalar en diferentes pronunciamientos que en caso de conflicto entre la legislación interna y los tratados o convenios internacionales, las autoridades deberán optar por una interpretación orientada a su armonización y el respeto de los compromisos internacionales suscritos por Colombia. Se sostiene por el Alto Tribunal en la Sentencia C-155 de 2007:

[...] Por tanto, en el contexto de la Constitución se impone un principio de armonización entre el derecho interno y las obligaciones internacionales del Estado, tal como lo señaló la Corte al referirse a las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 en la medida que en virtud del principio del *pacta sunt servanda*, que encuentra amplio sustento en la Carta, como ya se ha visto, es deber de los operadores jurídicos aplicar las normas internas distintas de la Constitución de manera que armonicen lo más posible con los compromisos internacionales suscritos que tiene el país (se subraya).

Así, al reconocerle fuerza jurídica interna a los tratados internacionales ratificados por Colombia, la Constitución protege aquélla interpretación que mejor permita armonizar el orden normativo interno y el internacional, de forma que el Estado no quede expuesto innecesariamente a incumplir sus obligaciones internacionales, pues como expresamente lo establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ‘una

parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.' Además, debe tenerse en cuenta que en el marco del principio de reciprocidad que orienta el derecho de los tratados y que también constituye un referente constitucional (art. 226 CP), el incumplimiento del Estado Colombiano de sus compromisos internacionales puede afectar a su vez la efectividad de los derechos de los nacionales colombianos ante otros Estados... (Corte Constitucional. Sentencia C-155, 2007)

Otro fundamento para nuestra hipótesis se consigna en el principio de supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, del que nos habla Quinche (2014), en la obra ya citada:

Este es un principio jurídico positivizado expresamente en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. El derecho interno y la observación de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Este es el principio básico en la determinación de la responsabilidad internacional de los Estados. De no existir este principio, les bastaría entonces a los Estados alegar simplemente la existencia de normas internas para evadir su responsabilidad internacional... (Quinche, 2014, p.64)

Nuestro camino lo encontramos igualmente en la llamada interpretación doctrinal o privada, ya que los diferentes estudios sobre el tema nos permiten hacernos una idea para una posible solución al problema planteado, y si bien aquellas teorías que pregonan la necesidad de un sistema *sui generis* de protección para el *software* no nos parecen suficientes dados los obstáculos para su obtención, sí nos permite tener una clara idea del problema y proponer otro tipo de soluciones.

Volviendo a las preguntas que nos hiciéramos anteriormente, es claro que si bien el acuerdo ADPIC no puede ser considerado como integrante del bloque de constitucionalidad, ha sido ratificado y, por tanto, en virtud del principio internacional del *Pacta Sunt Servanda* obliga al país, por lo que el mandato que el mismo contiene en el sentido de que las patentes deben ser otorgadas sin discriminar el campo tecnológico al cual pertenezca la creación que se pretende proteger, debe interpretarse de manera armónica con el derecho interno o subregional y es al intérprete al que compete hacer valer su fuerza frente a otras disposiciones que lo contradigan.

Entra entonces en juego el rol que deben desempeñar los operarios jurídicos, entendiendo por estos tanto los funcionarios administrativos encargados de otorgar o no las patentes sobre este tipo de bienes, como también los funcionarios judiciales competentes para dirimir las controversias que surjan a raíz de este tipo de decisiones.

No puede desconocerse, por otra parte, que en el acuerdo ADPIC se señalan los lineamientos que en materia de protección de la propiedad intelectual deben observar los países firmantes al adoptar las respectivas legislaciones internas. En gracia de discusión, podemos asimilar estos lineamientos a lo que internamente se conoce como leyes marco y la norma andina como un desarrollo de la misma, por lo cual es válido afirmar que así tratándose de las leyes marco como sucede, las normas que la desarrollan no pueden desbordar o exceder los lineamientos que las mismas contemplan.

Por otra parte, la Unión Europea y Estados Unidos, igualmente firmantes del ADPIC, reconocen la posibilidad de que el programa de ordenador sea susceptible de ser patentado de forma aislada. Esto abre la puerta a una doble protección; es decir, bajo las normas autorales y bajo normas de propiedad industrial siempre y cuando cumpla con los presupuestos necesarios para que se otorgue esta protección. Lo anterior no es exótico, si se piensa en que ya se reconoce, por ejemplo, para las llamadas obras de arte aplicado.

Lo anterior nos lleva, entonces, a afirmar que esta solución es viable ante el panorama que nos presenta nuestro sistema jurídico, que como ya se expuso, lo prohíbe expresamente, por ello proponemos aplicar el que denominamos *control de cumplimiento internacional*, en virtud del cual los operarios jurídicos otorguen prelación a los compromisos internacionales asumidos por el país, aceptando que si un programa de ordenador soporta el examen que requiere la concesión de una patente, pueda ser protegido desde los dos campos.

3. Conclusiones

- Los países firmantes del ADPIC, dentro de los cuales se encuentra el nuestro, acordaron mantener la óptica ya generalizada para la época acerca de que el *software* debía ser protegido bajo el sistema autoral al asimilarlo a una obra literaria, dado que el mismo se traduce en un lenguaje de programación. En nuestro país, la Ley 170

de diciembre 15 de 1994 aprobó el acuerdo multilateral por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio y sus acuerdos anexos dentro de los cuales se encuentran el ADPIC.

- El artículo 27 del ADPIC dispone que las patentes se otorguen a todas las invenciones en todos los campos de la tecnología, siempre y cuando reúnan los requisitos de novedad, altura inventiva y aplicación industrial.
- La misma norma predica que las patentes se otorgarán sin discriminación por el campo de la tecnología al que pertenezcan y finalmente, autoriza a los países firmantes para excluir de la patentabilidad las invenciones que atenten contra el orden público, la moralidad, la salud, el medio ambiente, o se trate de métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos o se trate de plantas y animales. Como puede observarse, en ninguna parte de la norma comentada se incluye una prohibición expresa para otorgar una patente sobre un programa de ordenador.
- Pese a lo anterior, encontramos que los países miembros de la CAN, con el objeto de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos en el ADPIC, expiden la Decisión 486 de 2000, la cual en su artículo 15, literal e, determina expresamente que no se considerarán invenciones los programas de ordenador o el soporte lógico como tal, cerrando de esta manera la puerta para que el *software* individualmente considerado pudiera ser protegido por una patente.
- Lo anterior constituye, según la hipótesis que plantea esta investigación, un claro desconocimiento del acuerdo ADPIC que pone al intérprete y al aplicador de la norma en una disyuntiva, pues por un lado se encuentra con un acuerdo multilateral que implica obligaciones internacionales para quienes lo suscriben, máxime cuando una Ley nacional lo ha aprobado e incorporado a nuestro sistema jurídico y, por otra parte, una norma andina que le es contraria y que igualmente reviste un criterio de obligatoriedad, puesto que son normas supranacionales de aplicación directa, que no pueden ser contrariadas por la normativa interna.
- Sostenemos que es dable a las autoridades administrativas y judiciales del país, otorgar una patente a un *software* individualmente considerado, argumentando obrar en ejercicio de un “control de cumplimiento internacional” respecto de las obligaciones adqui-

ridas en virtud del acuerdo ADPIC, según el cual las patentes deben ser concedidas sin discriminar el campo tecnológico de que se trate, abriendo de esta manera paso a la posibilidad de una doble protección para este tipo de bienes.

- La hipótesis que planteamos para nuestra investigación se centra entonces en el argumento de que es posible otorgar una patente de invención a un *software* individualmente considerado si de su examen resulta que reúne los requisitos de novedad, altura inventiva y aplicación industrial que requiere este tipo de protección.
- De ser admisible la doble protección que se propugna, se cobijarán con la misma todos los elementos que conforman este tipo de bienes y por ende, se obtiene una protección integral del mismo, evitando de esta forma los inconvenientes jurídicos que se advierten bajo la protección actual.

Referencias

- Álvarez M. & Restrepo M. (1997). *El derecho de autor y el software*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Cristancho Escobar, F. A. (2017). La propiedad intelectual en los acuerdos ADPIC plus suscritos por Colombia: Una visión desde la teoría económica de los derechos de propiedad. *Revista CES Derecho*. 8(1), p.124-138. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6046613.pdf>
- Jedrusik, A. & Wadsworth, P. (2017, febrero). La protección por patente de las invenciones implementadas por ordenador. *Revista de la OMPI*. N° 1, p.7-11. Recuperado de http://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/es/pdf/2017/wipo_pub_121_2017_01.pdf
- Kelsen, H. (2001). *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. 3ª ed. Lima, Perú: Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- Metke Méndez, R. (2002). *Lecciones de propiedad industrial*. Bogotá, Colombia: Baker & Makenzie. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Monroy Cabra, M. G. (2011). *Derecho internacional público*. 6ª Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). *El control de convencionalidad*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Rengifo García, E. (2003). *Propiedad intelectual: El moderno derecho de autor*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Sarmiento Páez, C. D. (2016). La protección del software desde la Propiedad Intelectual en Colombia: Conveniencia de la creación de una normativa especial que garantice los derechos de los desarrolladores. [Blog del Departamento de Propiedad Intelectual]. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://propintel.uexternado.edu.co/la-proteccion-del-software-desde-la-propiedad-intelectual-en-colombia-conveniencia-de-la-creacion-de-una-normativa-especial-que-garantice-los-derechos-de-los-desarrolladores/>

Sentencia C-155 (2007). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Bibliografía recomendada

Acuña, D. C. Manrique, P. V., Glogower Abadi, D., Salas Pasuy, B. & Peña Valenzuela, D. (2013). *Software libre y software propietario: Impacto jurídico, económico y cultural en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2013.

Agudelo Magalhaes, M. (2015). Manual de propiedad intelectual. Bogotá, Colombia: Asociación Cavalier del Derecho.

Arias García, F. (2012). *Estudios de propiedad intelectual*. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás-Editorial Grupo Ibáñez.

Barreto Granda, P. L. (2011). *Aspectos internacionales del derecho de autor: Análisis de las disposiciones generales y principios básicos del acuerdo sobre los ADPIC*. Bogotá, Colombia: Universidad Cooperativa de Colombia.

Calle D' Alemán, S. B. (2012). Protección jurídica del software: Crítica a su actual regulación y redefinición de su naturaleza frente al derecho. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Cavelier, G. (2000). Régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia. Bogotá, Colombia: Legis.

De la Guardia, E. (1997). *Derecho de los tratados internacionales*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Fajos Gardó, A. (2016). *La propiedad intelectual en la era digital*. Madrid, España: Dykinson.

Fawe, E. (2013, mayo). Unas notas sobre la propiedad intelectual. *Trama & Texturas*. N° 20, p. 85-103.

Mensilla y Mejía, M. E. (2017). *Derecho internacional privado*. Madrid, España: Iure Editores.

Narváez, C. (2016, julio 22). Protección del software. ¿Derechos de autor o patentes? *Colombia Digital*. Recuperado de <https://colombiadigital.net/opinion/columnistas/derecho-digital/item/9100-proteccion-del-software-derechos-de-autor-o-patentes.html>

- Plata López, L. C. & Yepes Ceballos, D. (2009) Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte. *Revista de Derecho*. N° 31. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000100008
- Pombo, L. C. (2015). *Estándares de valuación de activos intangibles de propiedad intelectual*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Vélez, S. & Cano Gutiérrez, E. (2015). *La protección legal del software: Dificultades en el sistema actual de protección y alternativas a su regulación*. Medellín, Colombia: Universidad EAFIT.
- Vaver, D. (2011). *Estudios de propiedad intelectual*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Vergara Molano, A. (2013). *Derecho internacional público*. 5.ª Edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

El daño jurídico: Determinación de los elementos conceptuales que componen los casos en que el Estado ha ocasionado un detrimento a los administrados en el cumplimiento de sus funciones; revocatoria de las concesiones para exploración y explotación minera de recursos no renovables

Wilman Fernando Gómez Martínez*

Resumen. Frecuentemente la doctrina y la jurisprudencia colombianas se han encargado de exponer que la responsabilidad del Estado tiene como elementos esenciales un daño que debe ser antijurídico, un título de imputación y un nexo causal entre la conducta efectuada y el daño producido; sin embargo, a través del presente escrito me permitiré analizar los elementos conceptuales en los casos que el Legislador ha determinado que el detrimento de los derechos debe ser soportable por parte de los ciudadanos colombianos y extranjeros que se encuentran de forma definitiva o temporal en este territorio, razón que ha considerado suficiente para omitir el reconocimiento de alguna indemnización por los perjuicios ocasionados en razón a las conductas legalmente desplegadas, en cumplimiento de sus fines sociales, económicos y culturales.

En desarrollo de lo anterior, se estudiará el caso de la empresa Eco Oro, la cual haciendo uso del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Canadá, decidió invertir en este país con el fin de realizar

* Wilman Fernando Gómez Martínez: Abogado y contador de la Universidad de Ibagué. Especialista en Derecho Administrativo y candidato a magíster de la misma Universidad. La trayectoria laboral ha estado encaminada en cargos de la administración de justicia —*Rama Judicial*—, pasando por: citador, sustanciador, secretario de juzgados administrativos del Circuito de la ciudad de Ibagué, contador liquidador del Tribunal Administrativo del Tolima y actualmente se desempeña como profesional universitario del Tribunal Administrativo del Meta. Correo electrónico: wilman_dido@hotmail.com.

actividades mineras en la provincia de Soto, Norte de Santander; no obstante, el cambio de legislación con la venia de la Corte Constitucional le prohibió continuar con la exploración y la explotación minera del páramo de Santurbán. En ese sentido, para realizar el estudio pertinente se efectuó una aproximación al concepto de daño, a los elementos de daño antijurídico y al desarrollo de la concepción del daño jurídico desde una referencia histórica hasta la aplicación actual de dicha institución; por ende, a pesar de que la jurisprudencia ha hecho énfasis en su antítesis (daño antijurídico), en este documento se estudió en el caso de la revocatoria de las concesiones sobre exploración y explotación de recursos no renovables, en el que pese a que el Estado ha actuado conforme a la Ley, produjo un daño a personas bien sean naturales o jurídicas.

Palabras claves: Daño jurídico, antijurídico, perjuicio, derecho adquirido, carga pública, seguridad jurídica y recursos.

Introducción

El estudio de la responsabilidad del Estado se ha desarrollado a lo largo de la historia desde el punto de vista del daño antijurídico o, en otras palabras, por los perjuicios producidos con ocasión del actuar ilegal de los agentes estatales. Por esto se han definido unos parámetros de indemnización de perjuicios objetivos y subjetivos por parte de la jurisprudencia; sin embargo, las fuentes del Derecho han sido limitadas en definir y establecer los elementos de los actos legítimos y jurídicos desplegados por el Estado y establecer si llegado el caso puede generar una responsabilidad estatal, así como la posibilidad de reconocimiento de indemnizaciones por los daños producidos, en razón de dicho actuar.

Por lo anterior, se valorará si el Estado en ejercicio de su actuar jurídico ha violado los principios de igualdad ante las cargas públicas, seguridad jurídica y el de confianza legítima, si existen otros derechos con mayor peso jurídico que se encuentren en contravención de los anteriormente indicados y si es procedente que se resarzan los derechos que fueron vulnerados en la medida de devolverlos a la condición en que naturalmente se encontraban; esto, con el fin de determinar los elementos en los cuales ha considerado que el daño debe ser soportado por el afectado.

Adicionalmente, este texto permitirá contextualizar al lector sobre el concepto de daño que ha expuesto el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa y la estableci-

da por el doctor Juan Carlos Henao (2007) en su obra: *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*; de igual manera, sobre el análisis del concepto de daño antijurídico y consigo, la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva del Estado, específicamente el de daño especial. El presente no es un escrito comparado.

Posteriormente, una vez contextualizados los conceptos, se procederá a analizar los ámbitos de responsabilidad del Estado por los daños producidos a particulares por su actuar dentro de los lineamientos jurídicos, abordando el punto de vista teórico-práctico que nos permita indicar las características del daño jurídico y la posibilidad de que estos sean resarcidos por parte del Estado, bien sea por la desigualdad de las cargas públicas, violación de la confianza legítima y por otro tipo de factores que se logren determinar a lo largo de la investigación.

1. Discusión académica

Al tener en cuenta que el daño jurídico proviene del actuar lícito del Estado, que en cumplimiento de sus fines esenciales despliega un comportamiento que produce un perjuicio a los particulares, se deberán establecer: ¿Cuáles son las características del daño jurídico generado a los ciudadanos de conformidad con los casos previamente identificados, en los que a pesar de evidenciarse la vulneración de un derecho, dicha carga deba ser soportada?

De igual manera, se deberá estudiar en el caso de la revocatoria de las autorizaciones para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, ¿cuáles son los criterios utilizados por el Estado para darle prevalencia al cuidado del medio ambiente sobre los actos administrativos proferidos por la autoridad competente, que autorizan la exploración y explotación de recursos naturales no renovables e incluso no garantizar el cumplimiento de los tratados internacionales suscritos en el marco del libre comercio?

En primer lugar, al acercarnos a la teoría de daños se observa que se encuentra ampliamente analizado el daño antijurídico causado por el Estado; sin embargo, el desarrollo doctrinal se ha olvidado del estudio, desde un enfoque práctico teórico, de su antítesis *el daño jurídico*; en ese sentido, tras el poco progreso del tema se encuentra la necesidad de es-

tablecer los parámetros teóricos del daño causado por el Estado en su actuar lícito, las características y su alcance.

Luego, se deberá buscar en el caso de la empresa Eco Oro cuáles fueron los criterios utilizados para la prohibición de la exploración y explotación de las inmediaciones del páramo de Saturbán y establecer cuáles fueron las circunstancias que prevalecieron frente a los derechos violados a la entidad, con el fin de identificar el criterio del Legislador y de la Corte Constitucional frente al alcance del daño que debe soportar el ciudadano por la actuación del Estado en el cumplimiento de sus funciones.

2. Del daño

En cumplimiento de la premisa de Estado Social de Derecho contemplada en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia, se ha buscado generar en los residentes la credibilidad de sus instituciones basada en los principios de publicidad, neutralidad y transparencia de las ramas del poder público, tomadas de la teoría de la división de poderes de Montesquieu (1906) en su obra: *El espíritu de las leyes*, en la medida que ha implementado la teoría de la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado por los daños antijurídicos causados a sus administrados, disponiendo de mecanismos para resarcir los perjuicios ocasionados.

En ese sentido, en Colombia la Rama Judicial fue creada con la competencia suficiente para evaluar, analizar, declarar y condenar por la responsabilidad de los particulares o entidades públicas que han afectado derechos de los demás residentes en el territorio colombiano, facultando, el constituyente primario, a la Corte Suprema de Justicia como máxima corporación de la jurisdicción ordinaria para resolver los conflictos que se suscitan entre los particulares, al Consejo de Estado por los conflictos que se produzcan entre particulares y el Estado o entre las entidades del mismo Estado y a la Corte Constitucional para la garantía de los derechos fundamentales.

Al tener en cuenta lo anterior, se debe señalar que el Consejo de Estado, como máxima autoridad en asuntos contenciosos administrativos, específicamente en las acciones de reparación directa definió el daño como:

[...] la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural], a la esfera de actividad de una persona jurídica [carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades], o a la esfera

patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno. (Consejo de Estado, Sentencia 2017, febrero 20)

De la anterior definición, se puede extraer que se considera daño a cualquier menoscabo de un derecho o libertad, bienes o intereses, el cual no es tolerable por la persona que se ve afectada por dicha perturbación; no obstante, no todos los daños son de interés para el Derecho, puesto que los únicos que son considerados como objetos de su estudio son los ocasionados irracionalmente o los que no tienen por objetivo la prevalencia del interés general.

En ese mismo sentido, el doctor Juan Carlos Henao (2007), en su libro: *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, definió y citó a otros autores que han precisado dicho concepto como:

[...] el daño en sentido jurídico reproduce el sentido común del término: la alteración negativa de un estado de cosas existente. (sic) Veamos algunas definiciones sobre el punto. Para De Cupis, 'daño no significa más que no-cimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable.' (De Cupis, citado por Henao, 2007, p.84)

Por lo expuesto, y al tener en cuenta la posibilidad de que el Estado produzca un daño a sus administrados, entendiéndose por Estado como la fuerza política elegida por una sociedad determinada, a quien el pueblo le ha otorgado soberanía y legitimación, facultades conferidas por medio de lo que Rousseau (2007) llamó el *Contrato social*, explicado como: "Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo" (p.46); el Estado debió tomar medidas para regular las relaciones entre este y sus administrados; sin embargo, como dichos actos pueden causar un agravio a los ciudadanos, para 1991 se estableció la responsabilidad del Estado propiamente dicha.

Según lo anterior, el inciso inicial del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 contempló dentro de su articulado la noción de daño por las acciones u omisiones efectuadas por el Estado; sin embargo, solo valoró el antijurídico, al indicar: "artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

No obstante ello, así como la responsabilidad del Estado no estaba directamente reconocida por la Constitución Política del 1889, obteniendo un cambio constitucional relevante, no podemos perder de vista las actividades de la Administración, que pese a ser lícitas producen efectos violatorios a los derechos de las personas que se encuentran en el territorio nacional, como es el caso de quien presta su servicio militar obligatorio, se le expropia un bien inmueble legalmente adquirido o se le priva de su libertad por toques de queda.

En ese orden de ideas, es preciso establecer claramente en cada caso particular, si el daño producido proviene de la conducta desplegada por el órgano estatal enmarcada dentro del deber de cumplimiento de las funciones y fines que le han sido impuestos o si por el contrario, en virtud de su actuación tardía, errada y omisiva, se genera en los usuarios receptores del servicio una inconformidad e insatisfacción que se ve reflejada en daños antijurídicos susceptibles de ser reparados; es decir, que la anomalía en el funcionamiento o las actividades desplegadas por la Administración, se materializan en la trasgresión de las obligaciones que le son propias.

3. Del daño antijurídico

En cuanto a la responsabilidad del Estado, el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 prevé que las entidades estatales deberán responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus funciones; por su parte, el Consejo de Estado frente al daño antijurídico ha citado a la Sala Plena de la Corte Constitucional, la cual ha señalado frente a la antijuridicidad que:

Antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública. (Consejo de Estado, Sentencia, 2012, febrero 1)

Por lo anterior, se debe hacer claridad que existen dos regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, que son: a) el objetivo y b) el subjetivo; en cuanto al primer régimen, se debe indicar

que está constituido por: i) el daño especial y ii) por el riesgo excepcional; frente al segundo, lo comprende la falla en el servicio por acción u omisión de los agentes estatales.

En cuanto a los eventos en los cuales el Estado compromete su responsabilidad sin necesidad de que medie el elemento subjetivo, es decir, la culpa o falla del servicio, ya sea presunta o probada, es posible determinar la responsabilidad bajo el análisis de los regímenes objetivos, como el daño especial o el riesgo excepcional; el primero tiene lugar cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia, produce mediante una actuación anormal un daño a los administrados, en la medida que le impone una carga o sacrificio adicional al que los administrados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad, y cuando el equilibrio se rompe perdiéndose así el principio de igualdad por el obrar legítimo de la Administración, es necesario restablecer el equilibrio a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Por otro lado, el riesgo excepcional se configura cuando la Administración, en desarrollo de una obra o actividad de servicio público, emplea recursos o medios que llevan a los administrados o a sus bienes a una situación de riesgo, tales como son:

La conducción de vehículos automotores, ii) el manejo y transporte de explosivos, iii) el uso de armas de fuego y iv) las actividades relacionadas con la conducción de redes de energía eléctrica, eventos que la jurisprudencia ha señalado que, teniendo en cuenta la gravedad de dichas actividades, se exceden las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos, por lo que al materializarse el riesgo, se produce un daño indemnizable.

Ahora bien, la falta o falla del servicio se presenta cuando los órganos y dependencias de la Administración, pese tener el deber legal y reglamentario de cumplir una serie de obligaciones y expectativas mínimas para garantizar la calidad de vida de sus asociados, presentan faltas o fallas que generan consecuentemente daños antijurídicos a la colectividad, sea por la acción, omisión o por operación administrativa.

Por tanto, es necesario que se ilustre en cada caso si se configuran los elementos previstos en la jurisprudencia para que se presente la responsabilidad extracontractual del Estado, estos son: i) el daño antijurídico, ii) la imputación de responsabilidad por acción u omisión del Estado, y iii) el

nexo causal entre el primero y el segundo —entre el daño y la falta o falla del servicio—.

4. Del daño jurídico

Pese a lo anteriormente expuesto, el estudio del daño no se agota solamente con el antijurídico, puesto que en una sociedad tan desigual económica y socialmente existen además diferentes menoscabos que son efectuados en el legal ejercicio de las actuaciones propias del Estado, y que se tratan de daños que no son reparables al ser originados en la puesta en marcha de las facultades otorgadas por el mismo derecho a las entidades; es en este punto en el que encontramos un elemento que ha sido omitido por el ordenamiento jurídico, puesto que de manera unilateral fue establecido un límite por parte de los agentes estatales, correspondiendo al operador jurídico determinar en qué casos la producción de un daño traspasó o no el extremo para ser considerado como daño antijurídico y en consecuencia, se considere como objeto para ser resarcido.

Por lo anterior, se puede afirmar que estamos tratando sobre la pugna entre la protección de determinados bienes jurídicos reconocidos y garantizados a los sujetos pertenecientes a una comunidad, y la acción legítima efectuada por los agentes del Estado, quienes en uso de las facultades otorgadas por la Ley realizan unos actos que no han sido establecidos por esta o por la jurisprudencia como reprochables dentro de la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Al respecto, Andrés Fernando Ospina Garzón en su artículo (Presentación): “La responsabilidad del Estado y el Estado de Derecho en Colombia” ha indicado que:

Si la responsabilidad es un componente fundamental del Estado de Derecho [...] permite dudar de la pertinencia de citar el adagio *The King can do no wrong* como un antecedente de nuestra responsabilidad del Estado y aceptar, por el contrario, que nuestra responsabilidad del Estado tiene antecedentes propios y lejanos, como lo señala Juan Carlos Peláez al recordar que el recurso de agravios del derecho indiano ya era una forma de condenar la responsabilidad del Estado por los perjuicios que su actividad causara. (Ospina, 2015, p.14)

Sin embargo, el suscrito no comparte dicha afirmación, puesto que, en primer lugar, en la época monárquica no todos eran considerados ciudadanos como para hacer efectivos dichos derechos y mucho menos para

interponer ese tipo de acciones, en tal medida que existía una relación estrictamente horizontal y en perjuicio del más débil; en segundo lugar, persistían fenómenos como la esclavitud y la relegación de los llamados burgueses.

En ese orden de ideas, se podría decir que teóricamente existía un antecedente de la responsabilidad del Estado por las actuaciones anti-jurídicas de sus representantes; sin embargo, en la práctica dicha figura desaparecía al ser limitada y acomodada al interés del rey, que en últimas constituía que *The King decide when he's wrong, if he thinks he's wrong* —*el rey decide cuando se equivoca, si se equivoca*—; sobre el tema, se advierte del libro de George R. R. Martin (2015): *El caballero de los siete reinos. Canción de hielo y fuego: La Precuela*, lo siguiente:

¿Quién maltrata a quién?

¡Aerion! —dijo el niño. ¡A ella, la titiritera! ¡Deprisa! (...)

Ser Duncan, dijo que era Aerion. De la casa real. Tenga cuidado (...)

La caseta de las titiriteras había sido derribada. La dorniense gruesa lloraba, sentada en el suelo. Otro soldado sujetaba los hilos de Florián y Jonquil para que les prendiera fuego un compañero. Había tres soldados más que abrían arcones, sacaban marionetas y las destrozaban a pisotones. La figura del dragón estaba hecha pedazos a sus pies: por aquí un ala, por allá la cabeza, la cola en tres trozos... En medio de todo el príncipe Aerion, con jubón rojo de terciopelo y largas mangas con festones, retorció el brazo de Tanselle con ambas manos. La chica imploraba piedad de rodillas, pero Aerion, sordo a sus quejas, le abrió la mano a la fuerza y se apoderó de un dedo. Dunk, estupefacto, no daba crédito de lo que veía. De repente oyó un crujido y un grito de Tanselle. (Martín, 2015, p.68-69)

Como se puede observar, en el caso de la titiritera no existía medio alguno que controlara lo que en la actualidad constituiría un abuso de autoridad, puesto que el daño era producido por uno de los príncipes del reino, a una “titiritera”; en tal sentido, los daños sufridos por dichos sujetos debían ser soportados.

En ese orden de ideas, se debe resaltar que para la época del contexto de la novela, que es en el mismo momento histórico en el que hace su cita el doctor Andrés Fernando Ospina Garzón, en el sentido práctico, no era procedente que una “titiritera” presentara acciones por los daños realizados por un miembro de la casa real. De esto se puede deducir que el daño producido a los plebeyos, esclavos y burgueses, eran jurídicos y

solo en virtud de la evolución del Derecho y las garantías constitucionales se ampliaron las circunstancias consideradas como daño antijurídico o en su defecto, la disminución de los eventos que debían ser soportados por los individuos de una comunidad.

Por lo expuesto, no cabe duda de que el Estado, entendiéndose por este desde el sentido amplio como la autoridad que ejerce las potestades de representación y orden de una sociedad determinada, puede producir una serie de daños, los cuales a lo largo de la historia y dependiendo de la época han sido catalogados como antijurídicos o simplemente legales a los ojos de dichos agentes; por esto, en ese último caso, los residentes están en la obligación de soportar, al encontrarse legitimados mediante la Ley o en otras ocasiones por la costumbre como fuente de derecho de la revocatoria de las concesiones para explotación de bienes naturales no renovables.

En Colombia se ha producido en los últimos años un movimiento ambientalista que ha concentrado sus esfuerzos en lograr la no extracción de bienes naturales no renovables, por lo que, fundamentándose y haciendo uso de mecanismos constitucionales, pretenden la erradicación de prácticas como la minería, la extracción petrolera y en este último caso, la utilización de técnicas como el *fracking*. [...] “Cuando hablamos de *fracking* o fracturación hidráulica, estamos hablando de la extracción de gas no convencional, familia en la que se engloban yacimientos conocidos como gas de pizarra, gas de esquistos y gas de lutitas” (Urresti & Marcelllesi, 2012, p.24).

Dentro de los casos más sonados, debido a la connotación internacional que reviste, encontramos el de la empresa Eco Oro, que al hacer uso del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Canadá, decidió invertir en este país con el fin de realizar actividades mineras en la provincia de Soto, Norte de Santander. En ese sentido, en 2001 Colombia expidió un nuevo Código de Minas en el que se garantizaba, a favor de los concesionarios, la estabilidad de las leyes que se encontraban en vigencia al momento de la suscripción del contrato hasta la terminación del contrato de concesión.

No obstante, pese a tener unos lineamientos establecidos en el Tratado de Libre Comercio y una codificación que les daba estabilidad a sus inversiones —artículos 805 y 811 *ibídem*—, en junio del 2011 el Congreso de la República sancionó la Ley 1450 en la que se prohibía expresa-

mente las actividades mineras en los ecosistemas de páramo, otorgándole la competencia al Ministerio de Ambiente de determinar los límites del sistema de páramo; sin embargo, solo hasta enero de 2013 la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga (CDMB) finalizó el trazado y estableció los límites del Parque Natural Regional Páramo de Santurbán y prohibió las actividades mineras en dicho parque.

Posteriormente, dicha postura fue avalada por la Corte Constitucional el 8 de febrero del 2016 mediante la Sentencia C-035 de 2016, en la cual expuso que las excepciones a la prohibición general de explotación minera en páramos eran inconstitucionales. Por lo tanto, a partir de dicha fecha no podían desarrollarse actividades mineras en las áreas de páramo, prohibiéndole continuar con las actividades que dicha compañía desempeñaba años atrás.

En primer lugar, debemos recordar que los páramos son ecosistemas consistentes en extensos territorios desarbolados productores de agua y biodiversidad, tal y como lo ha expuesto el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al señalar:

Según la FAO, las montañas son frágiles ecosistemas los cuales son globalmente importantes como fábricas del agua de la tierra, hábitats de rica diversidad biológica, lugares para la recreación y el turismo y áreas de un importante valor cultural.

[...] Desde el punto de vista funcional (vegetación) y biogeográfico, Cuatrecasas J., hace más de cuarenta años, estableció que los páramos son extensas regiones desarboladas que coronan las sumidas de las cordilleras por encima del bosque andino, desde 3800 m.s.n.m (localmente 3200 m.s.n.m) y que pueden dividirse en los subpisos: subpáramo, páramo propiamente dicho y superpáramo. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Páramos, s.f., s. p.)

De conformidad con lo anterior, el Estado colombiano debió realizar una serie de medidas con el fin de proteger una de las mayores fuentes hídricas nacionales como es el páramo de Santurbán, es por ello que se profirió la Ley 1450 del 2011: “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”, incluyendo un capítulo sobre la sostenibilidad ambiental y prevención del riesgo, facultando al Ministerio de Ambiente para que desarrollara una delimitación de ecosistemas de páramos y hu-

medales; por ello el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expidió la Resolución 2090 de 2014, exponiendo en su artículo 5, lo siguiente:

Artículo 5. Directrices específicas para actividades mineras.

A partir del 9 de febrero de 2010 está por la ley celebrar contratos de concesión mineros, otorgar nuevos títulos mineros en el ecosistema de páramo o expedir nuevas licencias ambientales que autoricen el desarrollo de actividades mineras en estos ecosistemas.

Las actividades mineras que cuenten con contratos de concesión o títulos mineros, así como licencia ambiental o el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, otorgados debidamente antes del 9 de febrero de 2010, que se encuentren ubicadas al interior del área identificada en el mapa anexo como 'Área de Páramo Jurisdicciones – Santurbán – Berlín', podrán seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga, sujetas a un estricto control por parte de la autoridad minera y ambiental, así como de las entidades territoriales. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 2090 de 2014)

En el *sub lite*, se observa que el Ministerio del Medio Ambiente se encontraba plenamente facultado para proferir la Resolución 2090 del 2014 y, consigo, tomar las medidas necesarias para la protección de los páramos, dentro de las cuales se prohibió otorgar nuevos títulos mineros y la prórroga de los mismos; sin embargo, decidió efectuar el proceso paulatinamente sin que se cancelaran las licencias que ya habían sido aprobadas y que se encontraban en vigencia. No obstante, la Corte Constitucional consideró que no existían garantías de control y seguimiento en el proceso para evitar la destrucción total del ecosistema, más cuando este es especialmente vulnerable y de difícil recuperación, al indicar:

En condiciones normales el anterior argumento resultaría plausible. Sin embargo, ello no ocurre tratándose de los ecosistemas de páramo por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque como se ha resaltado a lo largo de esta sentencia, la evidencia empírica demuestra que los ecosistemas de páramo son especialmente vulnerables y difícilmente se logran recuperar. Así, por ejemplo, aunque podría alegarse que la minería de socavón resulta menos dañina para el suelo, el aire y la vegetación, lo cierto es que afecta de manera importante los flujos subterráneos de agua, bloqueando el acceso de la población a dicho recurso. Una vez bloqueados los canales subterráneos a través de los cuales fluye el agua del páramo al ecosistema de bosque y a los centros poblados, resulta prácticamente imposible recuperarlos, lo cual, como ya se explicó, lleva a que los mismos fluyan por la

superficie de manera acelerada, dañando la capa vegetal del páramo que es especialmente frágil, y facilitando la erosión. La segunda razón por la cual el carácter contingente de los daños producidos por las actividades mineras y de hidrocarburos no resulta aceptable en el presente caso es el déficit de protección de los páramos en nuestro sistema constitucional. En efecto, la Corte también pudo constatar que en la actualidad no existe un sistema de protección especial de dichos ecosistemas. Sin duda las actividades mineras y de hidrocarburos pueden llevarse a cabo de manera responsable, previniendo, mitigando y corrigiendo al máximo los daños ambientales. (Corte Constitucional. Sentencia C-035, 2016, febrero 8)

De acuerdo con lo expuesto, se puede señalar que los actos por medio de los cuales se realizó la delimitación del páramo de Saturbán fueron expedidos por la autoridad competente en función de una actuación legal y reglamentaria que se encuentra en firme y con plenos efectos en virtud del principio de legalidad; en ese sentido, toda vez que el acto fue proferido respetando cada uno de los lineamientos consagrados por el Legislador debe darse cumplimiento, pese al daño que pueda generarse a la empresa Eco Oro.

De igual manera, no puede perderse de vista que dicho evento fue estudiado por la Corte Constitucional en Sentencia C-035 de 2016, la cual legitimó el procedimiento establecido por el Ministerio de Ambiente y, contrario a las pretensiones del reclamante, resolvió darle una protección mayor a los páramos colombianos, específicamente Santurbán, al considerar que debían suspenderse inmediatamente las actividades mineras en el sector, teniendo efectos de cosa juzgada constitucional.

En efecto, del presente caso se puede señalar que la técnica utilizada por la Corte Constitucional es la ponderación de derechos, que trata el doctor Carlos Bernal Pulido (2005) en su obra: *El derecho de los derechos*, que en este evento sería el de un medio ambiente limpio y sano versus la libre empresa y el derecho al trabajo, puesto que aunque se encuentra latente el derecho a tener un medio ambiente sano en cuanto al cuidado de una fuente hídrica como es un páramo, también se encuentran inmersos los derechos de la contra parte a la libre empresa, en el entendido de poder realizar actividades como las mineras e inversiones en hidrocarburos bajo los parámetros del libre comercio; de igual manera, el derecho al trabajo, puesto que al quedar prohibidas dichas actividades comerciales ocasionaría el despido masivo de personal.

En ese entendido, se puede afirmar que los criterios que ha avalado tanto el Legislador como la Corte Constitucional se han fundamentado en: i) la primacía del interés general sobre el particular, ii) se deduce que se les da mayor peso a los derechos de índole colectivo y iii) limita el principio de seguridad jurídica a la prevención de posibles daños irreversibles.

No obstante, considero que pese a que no es un daño antijurídico, puesto que el Legislador ni la jurisprudencia lo ha establecido dentro de los eventos del régimen objetivo de responsabilidad —como es el caso de privación injusta de la libertad—, así como tampoco se evidencia una falla o falta en el servicio, debe ser indemnizado de forma administrativa, puesto que sí tenía una expectativa legítima, la cual, ya sea por iniciativa popular o por el simple cambio legislativo, fue vedada.

En resumen, se logra establecer que el parámetro para que no sean resarcidos los derechos vulnerados de una persona es la garantía de los derechos de una colectividad en general, primando consigo el interés general sobre el particular, carga que para el Estado debe ser soportada y, por lo tanto, sin que se genere una responsabilidad contractual o extracontractual.

5. Conclusiones

- El daño es considerado como el menoscabo efectuado por una persona natural o jurídica de derecho público o privado en contra de un sujeto.
- El régimen jurídico colombiano se ha limitado al desarrollo del daño antijurídico establecido en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, dejando a un lado los daños que son causados por el actuar lícito del Estado.
- El daño antijurídico está dividido en dos regímenes: el objetivo, que lo constituye el i) daño especial y el ii) riesgo excepcional y el régimen subjetivo por falta o falla del servicio.
- Los eventos en que la Ley o la jurisprudencia han determinado que el daño debe ser soportado por el afectado —daño jurídico— varían dependiendo del momento histórico, y la evolución de las garantías de los derechos de los ciudadanos e inclusive del concepto de ciudadano.
- El daño jurídico es generado cuando la autoridad judicial o administrativa ha expedido un acto con fundamento legal y reglamentario, teniendo la facultad para proferirlo.

- Se diferencia del daño especial como régimen de imputación objetivo por el daño antijurídico, debido a que el daño causado debería ser establecido como tal; eventos que, al ser excepcionales, deben estar identificados taxativamente por la jurisprudencia o por la Ley, caso que no ocurre en el evento aquí estudiado.
- El interés general sobre el particular es el principio fundamental en el que se basa la postura de otorgarle mayor peso a los derechos colectivos sobre los derechos particulares de una entidad o persona, utilizando la técnica de ponderación.
- Es posible por la expectativa legítima de un derecho que sea indemnizado de forma administrativa, evitando consigo problemas de congestión judicial y el pago de intereses moratorios.

Referencias

- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia (2017, febrero 20). Proceso de radicación n.º 63001-23-31-000-2000-00021-01(33858). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia (2012, febrero 1). Proceso de radicación n.º 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464). Consejero ponente: Jaime Orlando, Santofimio Gamboa.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-285 (2002). Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-254 (2003). Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-035 (2016, febrero 8). Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado
- Henao, J. C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Martin, G. R. R. (2015). *El caballero de los siete reinos. Canción de hielo y fuego: La Precuela*. 1.ª edición. [Homedes Beutnagel, J., trad.] Bogotá, Colombia: Nomos Impresores
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 2090 de 2014. “Por medio de la cual se delimita el Páramo Jurisdicciones - Santurbán - Berlín, y se adoptan otras determinaciones”. Recuperado de <http://www.minambiente.gov.co/index.php/normativa/resoluciones>

- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (s.f.) Paramos. Recuperado de <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/410-plantilla-bosques-biodiversidad-y-servicios-ecosistematicos-12>
- Montesquieu (1906). *El espíritu de las leyes*. [García C., trad.] Madrid, España: Librería General de Victoriano Suárez.
- Ospina Garzón, A. F. La Responsabilidad del Estado y el Estado de Derecho en Colombia [Presentación]. En *La responsabilidad extracontractual del Estado*. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Henao, J. C. y Ospina Garzón, A. F., editores. 1ª edición. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rousseau, J. J. (2007). *El contrato social* [De los Ríos F., trad.]. Madrid, España: Espasa Calpe S. A.
- Urresti, A. & Marcellesi, F. (2012) Fracking: Una fractura que pasará factura. *Ecología política*. N° 43. [Ejemplar dedicado a: Nuevas fronteras de extracción de recursos y sumideros de residuos], p. 23-36. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4425198>

